



UOHSX00BWW8N

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0197/2018/VZ-03952/2019/322/JSu

Brno 7. února 2019

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 30. 11. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

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

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 13. 11. 2018, č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-33277/2018/542/VHu, vydanému ve správním řízení vedeném ve věci přezkoumání úkonů výše uvedeného zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**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 pod ev. č. 2017/S 098-194878, dne 10. 6. 2017 pod ev. č. 2017/S 110-222232, dne 25. 7. 2017 pod ev. č. 2017/S 140-288750 a dne 12. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 154-320818, jehož dalšími účastníky jsou

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

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

Výroky III., IV., V. a VI. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 13. 11. 2018, č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-33277/2018/542/VHu

r u š í m

a věc v tomto rozsahu

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – Hradčany (dále jako „**zadavatel**“) – odeslal dne 13. 4. 2017 k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení zadávacího řízení, čímž bylo podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon**“¹), zahájeno zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Kontroly a práce preventivní údržby speciálních přístrojů USA“ v užším řízení, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno 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 pod ev. č. 2017/S 098-194878, dne 10. 6. 2017 pod ev. č. 2017/S 110-222232, dne 25. 7. 2017 pod ev. č. 2017/S 140-288750 a dne 12. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 154-320818 (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. Zadavatel v čl. 2 zadávací dokumentace za předmět rámcové dohody stanovil „*ujednání rámcových podmínek pro zadávání veřejných zakázek na služby – kontroly a práce preventivní údržby speciálních přístrojů USA (dále jen ‚údržba‘) v letech 2017 – 2020*“. Konkrétním předmětem každého dílčího plnění pak 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 obsahujících 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.*“

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 § 58 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

3. Dne 30. 10. 2017 rozhodl zadavatel o výběru dodavatele – obchodní společnosti PRAMACOM-HT, spol. s r.o., IČO 26514753, se sídlem Na pískách 1667/36, 160 00 Praha 6 – Dejvice (dále jako „**vybraný dodavatel**“).
4. Dne 15. 11. 2017 obdržel zadavatel námitky od obchodní společnosti Glomex MS, s.r.o., IČO 28426525, se sídlem Pomněnková 1256/61, 106 00 Praha – Záběhlice (dále jako „**navrhovatel**“), proti výběru dodavatele. Tyto námitky zadavatel svým rozhodnutím ze dne 30. 11. 2017 (dále jako „**původní rozhodnutí o námitkách**“) odmítnul.
5. S ohledem na to, že navrhovatel nesouhlasil s tím, jak se zadavatel vypořádal s jeho námitkami, podal dne 11. 12. 2017 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „**Úřad**“) příslušnému podle § 248 zákona o výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona návrh na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky.
6. Úřad rozhodnutím ze dne 23. 2. 2018, č. j. ÚOHS-S0483/2017/VZ-05724/2018/544/IKo (dále jako „**původní rozhodnutí**“), které nabylo právní moci dne 22. 5. 2018, zrušil původní rozhodnutí o námitkách z důvodu jeho nepřezkoumatelnosti, resp. pro nedostatek důvodů. Podle § 263 odst. 5 zákona platí, že okamžikem, kdy nabylo prvostupňové rozhodnutí právní moci, byly podány nové námitky s totožným obsahem, které zadavatel nemůže odmítnout pro opožděnost.
7. Zadavatel rozhodnutím ze dne 6. 6. 2018 (dále jako „**nové rozhodnutí o námitkách**“) námitky navrhovatele opětovně odmítnul. S ohledem na to, že navrhovatel ani v tomto případě s postupem zadavatele nesouhlasil, podal dne 15. 6. 2018 k Úřadu návrh z téhož dne na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky (dále jako „**návrh**“).

II. **Napadené rozhodnutí**

8. Úřad dne 13. 11. 2018 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-33277/2018/542/VHu (dále jako „**napadené rozhodnutí**“), ve kterém rozhodl o tom, že návrh navrhovatele se v části, ve které návrh směřuje proti postupu zadavatele při posouzení splnění podmínek technické kvalifikace ze strany vybraného dodavatele a to konkrétně ve vztahu k referenčním zakázkám dle čl. 4 odst. 4.1. zadávací dokumentace a která obsahuje námitky ohledně nesplnění požadavku na předložení služeb obdobného charakteru ze strany vybraného dodavatele a dále námitky vztahující se k obsahu výsledku posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele uvedeného v oznámení o výběru dodavatele, zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření (výrok I.). Úřad v napadeném rozhodnutí za spornou otázku označil výklad pojmu „služby obdobného charakteru“ a dospěl k závěru, že nelze souhlasit s navrhovatelem v tom ohledu, že by se za služby obdobného charakteru měly považovat pouze ty, které se týkaly výhradně speciálních optických přístrojů vyrobených v USA. Úřad na tomto místě napadeného rozhodnutí akcentuje zejména to, že je to zadavatel, kdo v rámci zákonných mezí určuje způsob, jakým mohou dodavatelé prokázat splnění technické kvalifikace. Úřad také v tomto případě poukazuje na to, že zadavatel nikterak v zadávací dokumentaci nespécifikoval, co lze považovat za „služby obdobného

charakteru“, čímž tento pojem nikterak výkladově neomezil, a není tedy důvod pro to, aby referenční zakázka vybraného dodavatele neměla být posouzena jako relevantní pouze z toho důvodu, že se týká speciálních optických přístrojů vyrobených mimo území Spojených států amerických. Úřad nadto konstatuje, že sám zadavatel v novém rozhodnutí o námitkách navrhovatele uvedl, že jeho záměrem bylo pojmu „služby obdobného charakteru“ ponechat co nejširší význam. Úřad tak dospěl k závěru, že zadavatel posoudil splnění podmínek technické kvalifikace ze strany vybraného dodavatele v souladu se zákonem a zadávacími podmínkami.

9. Úřad dále rozhodl o zastavení správního řízení, které je vymezeno částí návrhu navrhovatele, která směřuje proti zadávacím podmínkám, resp. vymezení rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky, kdy požadovaný rozsah plnění veřejné zakázky dle navrhovatele odpovídá spíše provádění defektace a nikoliv provádění kontroly a prací preventivní údržby, neboť této části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky (výrok II.). Dle Úřadu totiž námitky navrhovatele brojí proti rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele a z časové posloupnosti zadávacího řízení je patrné, že týmiž námitkami nemůže brojit proti zadávacím podmínkám (vymezení rozsahu předmětu plnění), neboť již uplynula lhůta k podání takových námitek.
10. Úřad dále rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel při postupu dle § 113 odst. 1 zákona zásadu transparentnosti, když ve zprávě o hodnocení nabídek učinil závěr o neexistenci mimořádně nízké nabídkové ceny, aniž by, v situaci kdy identifikoval výrazný rozdíl mezi nabídkovými cenami účastníků zadávacího 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 optických přístrojů, účastníky zadávacího řízení (zejména pak vybraným dodavatelem) předloženy a naceněny. Dle Úřadu tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a doposud nedošlo k uzavření smlouvy na předmět plnění veřejné zakázky (výrok III.). Z vyjádření Agentury logistiky totiž Úřad zjistil, že předusíkování optického přístroje lze provést několika způsoby, které se mohou lišit svou náročností a bez toho aniž by najisto postavil, jaký způsob si jednotliví účastníci zadávacího řízení zvolili, dle Úřadu nelze konstatovat, že by zadavatel dostatečně transparentně posoudil, zda nabídka vybraného dodavatele neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu.
11. Úřad za pochybení zadavatele vymezené ve výroku III. napadeného rozhodnutí uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení úkonu zadavatele, který byl zachycen ve zprávě o hodnocení nabídek ze dne 30. 10. 2017, v němž zadavatel konstatoval, že nabídka vybraného dodavatele neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a ve zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 30. 10. 2017 a všech následných úkonů zadavatele (výrok IV.). Úřad dále uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu na předmět plnění veřejné zakázky (výrok V.) a uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (výrok VI.)

III. Rozklad zadavatele

12. Dne 30. 11. 2018 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne proti výroku III. napadeného rozhodnutí. Ze spisového materiálu plyne, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 15. 11. 2018. Zadavatel tak podal rozklad v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

13. Zadavatel v rozkladu nejprve uvádí, že Agentura logistiky je nedílnou součástí zadavatele a ve správním řízení na ni nelze pohlížet jako na samostatný subjekt, což ovšem Úřad dle zadavatele v napadeném rozhodnutí činí (viz bod 379. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Zadavatel také poukazuje na to, že Agentura logistiky byla zastoupena v hodnotící komisi. Dle zadavatele si Úřad nesprávně vyložil vyjádření Agentury logistiky, jelikož na základě tohoto vyjádření dovozuje relevanci vyjasnění si rozsahu požadovaných úkonů pro určení, zda nabídka vybraného dodavatele obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Dle zadavatele Úřad k těmto závěrům dospěl toliko na základě toho, že Agentura logistiky ve svém vyjádření Úřadu jakožto „laikovi“ v oboru detailně objasnila požadované práce, nicméně tyto informace musejí být všem odborně způsobilým dodavatelům v oboru známy. U zadavatele tak dle jeho názoru nelze dovodit povinnost prověřovat, v jakém rozsahu byly jednotlivé úkony tvořící předmět veřejné zakázky naceněny.
14. Dle zadavatele nelze požadavek adresovaný uchazečům zadávacího řízení, dle kterého mají tito poskytnout ocenění jednotlivých služeb, považovat za souladný se zadávacími podmínkami, neboť takový požadavek nikde v zadávací dokumentaci nezaznívá. Dle zadavatele z přílohy č. 1 dohody č. 155110192 jasně plyne, že dodavatelé měli nacenit celkové práce na jednotlivých přístrojích. Na stejném místě uvedený rozsah prací pak ovšem slouží pouze jako popis služeb, nikoliv jako výčet jednotlivých položek, které měly být ze strany dodavatelů naceněny. Dle zadavatele je také zarážející, že se Úřad zaměřuje pouze na jednu z celkem 8 položek popisu služeb.
15. Zadavatel je také toho názoru, že Úřad svým postupem (kdy zadavateli *de facto* určuje, jak detailním způsobem měl přítomnost mimořádně nízké nabídkové ceny posoudit) nahrazuje myšlenkové pochody zadavatele vlastním správním uvážením, k čemuž není dle judikatury tuzemských soudů oprávněn.

IV. Závěr rozkladu

16. Zadavatel v závěru rozkladu konstatuje, že výrok III. napadeného rozhodnutí obsahuje vadu, pro kterou je tento výrok napadeného rozhodnutí nezákonný a navrhuje jeho zrušení.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele

17. Dne 6. 12. 2018 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele. V tomto vyjádření navrhovatel zprvu konstatuje, že nadále trvá na skutečnostech, které uvedl v návrhu, dále souhlasí se závěry Úřadu ohledně toho, že zadavatel neposoudil přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného dodavatele v souladu se zákonem.
18. Závěrem svého vyjádření navrhovatel uvádí, že je nadále toho názoru, že zadavatel postupoval v zadávacím řízení v rozporu se zákonem a že nedodržel pravidla stanovená pro posouzení nabídkové ceny a navrhuje, aby předseda Úřadu podaný rozklad zamítl.

V. Řízení o rozkladu

19. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**správní řád**“) a podle

§ 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

20. S ohledem na to, že zadavatel rozkladem napadl pouze výrok III. napadeného rozhodnutí, jsou z přezkumu v rámci řízení o rozkladu dle § 89 odst. 2 správního řádu vyloučen výrok I. a výrok II. napadeného rozhodnutí, neboť tyto výroky nebyly napadeny rozkladem a nelze je ani považovat za výroky závislé na výroku III. napadeného rozhodnutí.
21. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
22. Úřad tím, že výrokem III. napadeného rozhodnutí rozhodl tak, jak je shora uvedeno, nerozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil ke zrušení výroků III., IV., V., a VI. napadeného rozhodnutí a vrácení věci v tomto rozsahu Úřadu k novému projednání. Současně je v tomto rozhodnutí vysloven i právní názor, kterým je Úřad v dalším projednání věci vázán.

VI. K důvodům zrušení výroku III., IV., V. a VI. napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání

23. Výrok III. napadeného rozhodnutí stojí na posouzení postupu zadavatele při zjištění přítomnosti mimořádně nízké nabídkové ceny (dále jako „**MNNC**“). Úřad v tomto smyslu dovodil, že zadavatel nepostupoval transparentně, když dospěl k závěru, který je zachycen v protokolu z 2. jednání hodnotící komise, že nabídková cena vybraného dodavatele neobsahuje MNNC, i když se nezabýval dopodrobna tím, jak vybraný dodavatel a navrhovatel nacenili dílčí kroky poptávaného předmětu plnění veřejné zakázky, zejména pak předusíkování optických přístrojů.

Obecně k postupu zjišťování MNNC

24. Institut MNNC obecně upravuje § 113 zákona. Z daného ustanovení zákona pro zadavatele plyne povinnost zabývat se přítomností MNNC v nabídkách uchazečů o veřejnou zakázku. Obecně lze také uvést, že proces posouzení MNNC lze rozdělit do dvou fází. V první fázi provede zadavatel posouzení, zda nabídky uchazečů o veřejnou zakázku obsahují MNNC. Pokud dospěje k závěru, že tomu tak je, konkrétního dodavatele se následně dotáže, aby MNNC zdůvodnil. Na posouzení dodavatelem předloženého odůvodnění pak závisí, zda zadavatel bude mít povinnost takového dodavatele ze zadávacího řízení vyloučit (viz § 113 odst. 6 zákona), bude mít pouze takovou možnost (v případě, kdy zadavatel neshledá odůvodnění MNNC jako dostatečné), nebo jej – za předpokladu, že dodavatelem předložené odůvodnění bude zadavatel považovat za dostatečné – nevyloučí.

25. Tu je nutno přitakat závěru Úřadu uvedenému v bodě 369. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde dovozuje v návaznosti na relevantní judikaturu tuzemských soudů povinnost na straně zadavatele posoudit, zda nabídky dodavatelů neobsahují MNNC. Zákon zadavateli dále ukládá povinnost dotázat se dodavatelů pouze v okamžiku, kdy přítomnost MNNC skutečně zjistí. Tento závěr ostatně následuje i logiku, se kterou je nutno na institut MNNC pohlížet. Není pochyb o tom, že institut MNNC chrání především samotné zadavatele (obdobně jako například 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 o tom, že bude schopen veřejnou zakázku řádně realizovat. Právě uvedené lze označit za primární ochranou funkci MNNC (srov. Kruták, T., Krutáková, L., Gerych, J. Zákon o zadávání veřejných zakázek s komentářem k 1. 10. 2016. Olomouc: ANAG, 2016, s. 341; nebo například důvodová zpráva k zákonu, kde je ve vztahu k § 113 uvedeno: „*Institut 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.*“).
26. Právě s ohledem na to, že MNNC je – ve smyslu zákona – zejména nástrojem ochrany samotného zadavatele, je zcela pochopitelný imperativ na maximální dodržení zásady transparentnosti, neboť tento postup může často směřovat k vyloučení dodavatele, v jehož nabídce byla MNNC identifikována, což je nepochybně krok zadavatele vedoucí k zásahu do práv dodavatelů a k omezení hospodářské soutěže. V tomto smyslu se tak požadavek na transparentnost projeví zejména ve druhé fázi posuzování MNNC, tedy když již dochází k dotázení se dodavatele, aby odůvodnil nalezenou MNNC. Je avšak otázkou, zda je zadavatel nucen postupovat stejným způsobem i v první fázi posouzení MNNC, kdy doposud nemůže dojít k postupu, který by omezil hospodářskou soutěž, nebo vedl k vyloučení konkrétního dodavatele. Tu lze také poukázat na to, že koncepčně se přístup k MNNC v případě zákona liší od předchozí právní úpravy reprezentované zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**ZVZ**“). Předchozí právní úprava stanovila, že v případě, kdy MNNC není ze strany dodavatele zdůvodněna vůbec, nebo není zdůvodněna dostatečně, musí zadavatel přistoupit k vyloučení takového dodavatele, resp. k vyřazení jeho nabídky z hodnocení. Zákon 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 tato byla získána v souladu s předpisy Evropské unie, případně když vysvětlení dodavatele neobsahuje potvrzení skutečností podle § 113 odst. 4 zákona. Jinými slovy, pokud bude MNNC dodavatele neodůvodněna v jiném ohledu než dle předchozí věty, nemá zadavatel nadále povinnost takového dodavatele vyloučit. Ve zkratce tak lze tvrdit, že institut MNNC jako takový chrání zadavatele, nicméně v okamžiku, kdy zadavatel přistoupí k vyloučení dodavatele právě z důvodu, 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.
27. Tu lze také poukázat na rozhodovací praxi tuzemských soudů, která se vztahuje k právní úpravě MNNC obsažené v ZVZ. I když došlo k posunu v chápání MNNC ve smyslu zákona oproti ZVZ, závěry předmětné rozhodovací praxe jsou stále aplikovatelné, neboť nová právní

úprava MNNC neklade aplikaci těchto závěrů žádné překážky. Jmenovitě lze odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 19. 7. 2016, č. j. 31 Af 131/2012-263, kde je v bodě [62] odůvodnění uvedeno: „*Je tedy pravdou, že ZVZ nestanoví najisto, kdy je nabídková cena mimořádně nízká a kdy nikoliv (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 ...*“ (dále viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29. 8. 2008, č. j. 62 Ca 49/2007-107 nebo také Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 679)

K postupu zadavatele při posouzení MNNC

28. Předně je nutno uvést na pravou míru genezi celého posouzení MNNC v nabídce vybraného dodavatele. Ze záznamu z 1. jednání hodnotící komise ze dne 11. 10. 2017 (dále jako „**záznam z 1. jednání**“) plyne, že při posouzení obou podaných nabídek (tedy nabídky navrhovatele a vybraného dodavatele) byl shledán výrazný rozdíl mezi nabídkovými cenami obou účastníků zadávacího řízení a zástupce uživatele - tedy Agentury logistiky (dále jako „**AO**“) byl požádán o posouzení nabídkových cen ze strany odborníků z opravárenského centra AO.
29. Ze záznamu z 2. jednání hodnotící komise ze dne 19. 10. 2017 (dále jako „**záznam z 2. jednání**“) pak plyne, že AO nabídkové ceny posoudila a došla 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.
30. Zadavatel se tak zcela patrně nacházel pouze v první fázi posouzení MNNC, kdy provádí úvahy, zda nabídka některého z uchazečů skutečně MNNC vůbec obsahuje. Je nutno konstatovat, že 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 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.
31. Z obou záznamů z jednání je dále patrné, že hodnotící komise shledala, že v daném případě nešlo o situaci, kdy by nabídka některého z uchazečů obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu, ale že nabídka navrhovatele obsahovala mimořádně vysokou nabídkovou cenu, neboť patrně reflektovala jiný rozsah poptávaného plnění. S ohledem na to, že v daném případě vznikly pochybnosti o tom, zda nabídka vybraného uchazeče neobsahuje MNNC právě z důvodu výrazného rozdílu mezi oběma nabídkovými cenami, lze 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.
32. V tomto smyslu lze uvést, že ze záznamů o postupu zadavatele je zcela patrné, že zjištění a úvahy zadavatele mohly vést k závěrům o neexistenci MNNC v nabídce vybraného dodavatele. V takovém případě se ovšem 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. Je opět nutno poukázat na to, že zákon takovou povinnost u zadavatelů v této fázi posouzení přítomnosti MNNC jednoduše nezakládá. Nelze ani konstatovat, že by taková povinnost byla odvoditelná z imperativu postupovat v zadávacím řízení transparentně. 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 po vybraném dodavateli její vysvětlení.

33. Nelze se tak ztotožnit se závěry Úřadu uvedenými v bodě 388. odůvodnění napadeného rozhodnutí, 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 (což by v tomto případě vyžadovalo i součinnost ze strany dodavatelů, neboť nacenění dílčích kroků provádění kontroly a oprav nemělo být v nabídkách uvedeno), pokud již posouzení náročnosti předmětu plnění a označení nabídkové ceny navrhovatele za mimořádně vysokou vede zadavatele k závěru, že nabídka vybraného dodavatele neobsahuje MNNC. Z obou záznamů z jednání hodnotící komise je zcela patrné, na základě čeho dospěla hodnotící komise k závěru, že nabídka vybraného dodavatele neobsahuje MNNC. V tomto smyslu tak zadavatel dostal povinnost 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 ostatně dovozuje Krajský soud v Brně, ve svém rozsudku ze dne 15. 2. 2012, č. j. 62 Af 50/2011-72. Dlužno ovšem poukázat na to, že výše uvedený závěr ohledně nadbytečnosti objektivního zjištění (tedy dotázaní se) a posouzení nacenění dílčích kroků realizace veřejné zakázky je dán konkrétnostmi nyní řešené věci. Z tohoto rozhodnutí o rozkladu tak nelze činit obecný závěr, že posouzení nacenění dílčích kroků je vždy nadbytečným nástrojem pro posouzení existence MNNC v nabídce dodavatele.
34. Na tomto místě se lze také pozastavit 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. V tomto ohledu lze totiž uvést, 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. Toto je kupříkladu patrné z části návrhu, který je vymezen ve výroku II. napadeného rozhodnutí. Je pak otázkou, zda má jakoukoliv vypovídací hodnotu porovnání nacenění jednotlivých kroků v rámci realizace veřejné zakázky, pokud oba dodavatelé naceňují náročností odlišný rozsah předmětu plnění veřejné zakázky. V tomto smyslu pak může zcela stejným způsobem posloužit i prosté posouzení nabídkové ceny, která – jak plyne ze záznamu z 2. jednání – byla zohledněna společně i s předmětem veřejné zakázky, resp. rozsahem jednotlivých kroků poptávaného provádění kontroly a preventivní údržby. Tu je také nutno poukázat na to, že zadavatel si nestanovil kvalitativní standard, kterým mělo být předusíkování optických přístrojů provedeno, a ani se v daném případě nejednalo o hodnotící kritérium. V takovém případě se tak ovšem tato informace jeví jako zcela irelevantní. Dlužno poukázat na to, že zadavatel posuzoval eventuelní přítomnost MNNC i ve vztahu k předmětu plnění, čímž dostal své povinnosti.

35. I pokud by nacenění jednotlivých kroků v tomto konkrétním případě poskytovalo relevantní východiska pro posouzení MNNC, což ovšem vylučuje předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu, zůstává 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 AO plyne, že není sporu o tom, že předusíkování lze provést několika způsoby, které se liší svou náročností (patrně i cenovou náročností). Takový předpoklad nicméně poukazuje na nelogičnost závěrů Úřadu. Pokud bude existovat několik přijatelných plnění, které se liší svou cenovou náročností, nejví se jako přijatelnější závěr, že nabídka některého z dodavatelů neobsahuje MNNC, právě s ohledem na to, že si k realizaci veřejné zakázky zvolil levnější řešení? Právě uvedené lze uvést na ilustračním příkladu. 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. V takovém případě se jeví jako logické, že taková nabídka neobsahuje MNNC, jelikož tento konkrétní dodavatel zvolil levnější variantu realizace veřejné zakázky. Pokud by ovšem 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 prvním ilustračním případě ovšem není nutné, aby se zadavatel zabýval tím, jaký postup si dodavatel, u jehož nabídky je posuzováno, zda obsahuje MNNC, zvolil. Nelze tak odhlédnout od vypovídací hodnoty té okolnosti, že veřejná zakázka může s ohledem na variabilitu možností realizace být za konkrétní nabídnutou cenu realizována.

Shrnutí

36. Závěrem lze tedy uvést, že z obou záznamů o jednání, stejně jako z následné zprávy o hodnocení nabídek ze dne 30. 10. 2017, je zcela patrné, na základě jakých skutečností učinil zadavatel 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. 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 zadavateli přičítat až v následující fázi posouzení MNNC, kdy je zadavatel povinen posoudit to, zda je MNNC odůvodněná nebo nikoliv. 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.
37. Pro řízení o rozkladu platí dle § 152 odst. 5 správního řádu právní úprava odvolání, pokud to nevyklučuje povaha věci. Ve smyslu § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu (obdobně i § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu) může odvolací orgán zrušit napadené rozhodnutí a věc v tomto rozsahu vrátit orgánu prvního stupně k novému projednání společně s právním názorem, kterým je orgán prvního stupně vázán.

38. S ohledem na výše uvedené lze Úřad v novém projednání věci zavázat právním názorem, že zadavatel při posouzení, zda nabídka vybraného dodavatele obsahuje MNNC, postupoval zcela v souladu se zákonem a zejména pak 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.
39. Jelikož výroky IV., V., a VI. napadeného rozhodnutí, kterými Úřad v návaznosti na pochybení zadavatele vymezené ve výroku III. napadeného rozhodnutí, rozhodl o uložení nápravného opatření, o uložení zákazu uzavřít na předmět plnění veřejné zakázky smlouvu a uložil zadavateli povinnost uhradit náklady správního řízení, jsou existenčně závislé na výroku III. napadeného rozhodnutí, lze shledat, že budou následovat stejný procesní osud. Jsou tak dány důvody pro zrušení i těchto výroků napadeného rozhodnutí.
40. Vzhledem k tomu, že správní řízení bylo zahájeno na návrh, pročež je i navrhovatel účastníkem řízení, nelze přistoupit ke zrušení výroků III., IV. V. a VI. napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení v tomto rozsahu, neboť by tím navrhovateli byla uzmuta možnost uplatnit prostředky procesní obrany. V tomto smyslu je nutno dbát na povinnost Úřadu postupovat v intencích § 4 odst. 4 správního řádu tak, aby dotčeným osobám (tu účastníkům řízení) bylo umožněno uplatňovat svá práva a oprávněné zájmy.
41. Předseda Úřadu při zrušení prvostupňového rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání z důvodu zachování účelu správního řízení obvykle nařizuje předběžné opatření, kterým zadavateli uloží zákaz uzavřít smlouvu na předmět plnění dané veřejné zakázky. V tomto případě by bylo uložení předběžného opatření v tomto rozhodnutí o rozkladu nadbytečné, neboť rozhodnutím Úřadu ze dne 2. 8. 2018, č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-22635/2018/542/VHu bylo předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu na danou veřejnou zakázku zadavateli již uloženo a doposud nepozbylo platnosti a účinnosti.

VII. Závěr

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

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Česká republika – Ministerstvo obrany, Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 - Hradčany
2. Glomex MS, s.r.o., Pomněnková 1256/61, 106 00 Praha 10 - Záběhlice
3. PRAMACOM-HT, spol. s r.o., Na pískách 1667/36, 160 00 Praha 6 – Dejvice

Vypraveno dne:

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