



UOHSX00DSY0V

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-S0271/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-29175/2020/512/JHé

Brno: 17. září 2020

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 7. 7. 2020 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika - Správa státních hmotných rezerv, IČO 48133990, se sídlem Šeříková 616/1, 150 00 Praha,
- navrhovatel – LUIING PYREX, spol. s r.o., IČO 64608484, se sídlem Marxova 372/6, 736 01 Havířov, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 15. 7. 2019 MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno,
- vybraný dodavatel – STIMAX International, s.r.o., IČO 26780763, se sídlem Emilie Dvořákové 546/7, 415 01 Teplice – Trnovany,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání části 1 a 2 veřejné zakázky „17-146.2 Hasivo – pěnidlo pro hašení polárních a nepolárních kapalin“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 23. 4. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 25. 4. 2019 pod ev. č. Z2019-013272, ve znění oprav ze dne 1. 7. 2019, 19. 7. 2019, 29. 7. 2019 a 19. 8. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 25. 4. 2019 pod ev. č. 2019/S 081-193190, ve znění oprav ze dne 3. 7. 2019, 19. 7. 2019, 30. 7. 2019 a 21. 8. 2019,

rozhodl takto:

I.

Správní řízení vedené ve věci návrhu navrhovatele – LUING PYREX, spol. s r.o., IČO 64608484, se sídlem Marxova 372/6, 736 01 Havířov – ze dne 7. 7. 2020 **se** v části návrhu citovaného navrhovatele směřující proti zadávacím podmínkám části 1 a 2 veřejné zakázky „17-146.2 Hasivo – pěnidlo pro hašení polárních a nepolárních kapalin“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 23. 4. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 25. 4. 2019 pod ev. č. Z2019-013272, ve znění oprav ze dne 1. 7. 2019, 19. 7. 2019, 29. 7. 2019 a 19. 8. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 25. 4. 2019 pod ev. č. 2019/S 081-193190, ve znění oprav ze dne 3. 7. 2019, 19. 7. 2019, 30. 7. 2019 a 21. 8. 2019, konkrétně směřující proti účelu a předmětu veřejné zakázky, proti požadavku na newtonskou kapalinu, proti požadavku na hasební výkon hasiva v souvislosti s certifikátem, proti pojmu „běžné příměšovače“, proti ekologické vhodnosti poptávaného hasiva, proti požadavku stanovenému v čl. II odst. 4 kupní smlouvy, proti stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a proti údajnému porušování tzv. zásad 3E, podle § 257 písm. h) citovaného zákona **zastavuje**, neboť uvedené části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.

II.

Návrh navrhovatele – LUING PYREX, spol. s r.o., IČO 64608484, se sídlem Marxova 372/6, 736 01 Havířov – ze dne 7. 7. 2020 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Česká republika - Správa státních hmotných rezerv, IČO 48133990, se sídlem Šeříková 616/1, 150 00 Praha – učiněných při zadávání části 1 a 2 veřejné zakázky „17-146.2 Hasivo – pěnidlo pro hašení polárních a nepolárních kapalin“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 23. 4. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 25. 4. 2019 pod ev. č. Z2019-013272, ve znění oprav ze dne 1. 7. 2019, 19. 7. 2019, 29. 7. 2019 a 19. 8. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 25. 4. 2019 pod ev. č. 2019/S 081-193190, ve znění oprav ze dne 3. 7. 2019, 19. 7. 2019, 30. 7. 2019 a 21. 8. 2019, **se** vyjma části návrhu citovaného navrhovatele směřující proti zadávacím podmínkám citované veřejné zakázky, konkrétně směřující proti účelu a předmětu veřejné zakázky, proti požadavku na newtonskou kapalinu, proti požadavku na hasební výkon hasiva v souvislosti s certifikátem, proti pojmu „běžné příměšovače“, proti ekologické vhodnosti poptávaného hasiva, proti požadavku stanovenému v čl. II odst. 4 kupní smlouvy, proti stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a proti údajnému porušování tzv. zásad 3E, podle § 265 písm. a) citovaného zákona **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká republika - Správa státních hmotných rezerv, IČO 48133990, se sídlem Šeříková 616/1, 150 85 Praha (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zadávací řízení na část 1 a 2 veřejné zakázky „17-146.2 Hasivo – pěnidlo pro hašení polárních a nepolárních kapalin“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 23. 4. 2019 a uveřejněno tamtéž dne 25. 4. 2019 pod ev. č. Z2019-013272, ve znění oprav ze dne 1. 7. 2019, 19. 7. 2019, 29. 7. 2019 a 19. 8. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 25. 4. 2019 pod ev. č. 2019/S 081-

193190, ve znění oprav ze dne 3. 7. 2019, 19. 7. 2019, 30. 7. 2019 a 21. 8. 2019 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. V bodu 1. 1. „PŘEDMĚT VZ“ zadávací dokumentace je předmět veřejné zakázky vymezen následovně:

„Předmětem VZ je dodávka 38 tun hasiva – pěnidla pro hašení nepochárných kapalin a dodávka 14 tun hasiva – pěnidla pro hašení polárních kapalin v oblasti prostředků pro likvidaci požárů, pro účely a k zajištění zákonné působnosti zadavatele vyplývající ze zákona č. 97/1993 Sb., o působnosti Správy státních hmotných rezerv (dále též „Správa“ nebo „zadavatel“), ve znění pozdějších předpisů. Hasiva jsou určena k omezení šíření a hašení požárů třídy B a k zabránění znovuvznícení. Mohou být také použita k ochraně proti vznícení hořlavých kapalin a za určitých podmínek k hašení požárů třídy A.

Předmět VZ je rozdělen dle § 35 zákona do 2 (dvou) samostatných částí:

Část 1: Dodávka 38 tun hasiva – pěnidla pro hašení nepochárních kapalin.

Část 2: Dodávka 14 tun hasiva – pěnidla pro hašení polárních kapalin.“

3. Podle bodu 1. 4. zadávací dokumentace:

„Předpokládaná hodnota zakázky 4.546.000 Kč bez DPH.

- *Předpokládaná hodnota pro část 1 činí 2.066.000 Kč bez DPH.*
- *Předpokládaná hodnota pro část 2 činí 2.480.000 Kč bez DPH.“*

4. Rozhodnutím ze dne 27. 5. 2020 (dále také jako „rozhodnutí o výběru“) zadavatel vybral pro obě části veřejné zakázky dodavatele – STIMAX International, s.r.o., IČO 26780763, se sídlem Emilie Dvořákové 546/7, 415 01 Teplice – Trnovany (dále jen „vybraný dodavatel“), jelikož po vyloučení dvou účastníků zadávacího řízení byla jeho nabídka vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější na základě nejnižší nabídkové ceny a zároveň dle zadavatele splňuje požadavky zákona i zadavatele a neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Rozhodnutí o výběru bylo navrhovatel – LUING PYREX, spol. s r.o., IČO 64608484, se sídlem Marxova 372/6, 736 01 Havířov, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 15. 7. 2019 MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno (dále jen „navrhovatel“ či „stěžovatel“) doručeno dne 28. 5. 2020.

5. Dne 12. 6. 2020 byly zadavateli doručeny námítky navrhovatele (dále jen „námítky“) směřující proti rozhodnutí o výběru.

6. Námítky navrhovatele zadavatel rozhodnutím ze dne 26. 6. 2020 o námítkách (dále také jako „rozhodnutí o námítkách“) odmítl.

7. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nesouhlasil s vypořádáním svých námitek a měl za to, že zadavatel postupoval v zadávacím řízení nezákonně, podal dne 7. 7. 2020 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) „Návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele“ z téhož dne.

Obsah návrhu ze dne 7. 7. 2020

8. Návrh navrhovatele ze dne 7. 7. 2020 (dále jen „návrh“) směřuje proti rozhodnutí zadavatele o výběru a proti rozhodnutí zadavatele o námítkách.

9. Navrhovatel se domnívá, že nabídka vybraného dodavatele nesplňuje zadávací podmínky a zároveň je v obou částech veřejné zakázky dumpingová, tedy obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu (dále také jako „MNNC“). Dle navrhovatele nabízené hasivo pro část 1 veřejné zakázky neodpovídá požadavkům zadavatele, neboť dle jeho názoru nelze použít ze strany hasičských záchranných sborů České republiky (dále jen jako „HZS ČR“) a zároveň je dle tvrzení navrhovatele ekologicky nevhodné. Navrhovatel také namítá, že již zadávací podmínky a jejich výklad zadavatele vedly k tomu, že jediná způsobilá nabídka je nabídka vybraného dodavatele, což navrhovatel dle svých slov odhalil až v rámci rozhodnutí o výběru. Zároveň navrhovatel poukazuje na to, že nabídky konkurenčního pseudoplastického hasiva byly vyloučeny, přestože jsou dle jeho názoru dlouhodobě využívány ke spokojenosti jednotlivých odběratelů a plně vyhovují jejich potřebám. Navrhovatel se domnívá, že postup zadavatele odporuje tzv. zásadám 3E a také zásadě transparentnosti, když požaduje doklady dle čl. II odst. 4 kupní smlouvy až současně s dodávkou hasiva. Navrhovatel dále uvádí, že proto proti rozhodnutí o výběru podal námitky, které však byly v rozhodnutí o námitkách zadavatelem odmítnuty. Navrhovatel se domnívá, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách nevypořádal s rozsáhlou argumentací navrhovatele ohledně MNNC u nabídky vybraného dodavatele, ekologické vhodnosti hasiva typu AFFF, které vybraný dodavatel nabídl, v souladu s § 245 odst. 1 zákona.
10. Navrhovatel na základě výše uvedeného v závěru navrhuje, aby Úřad provedl důkaz znaleckým/odborným posudkem, který ověří možnosti použití hasiva typu AFFF ze strany HZS ČR tzv. „běžnými příměšovači“ a pro ověření ekologické nezávadnosti tohoto hasiva, jelikož dle jeho názoru zadavatel takový relevantní důkaz navrhovateli v rozhodnutí o námitkách nepředložil. Dále navrhovatel požaduje uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení rozhodnutí o námitkách a rozhodnutí o výběru tak aby zadavatel měl povinnost rozhodnout o novém posouzení nabídky vybraného dodavatele, vč. posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny a posouzení splnění všech podmínek účasti a aby následně v souvislosti na uvedené vybraného dodavatele ze zadávacího řízení vyloučil. Následně navrhovatel požaduje, aby zadavatel provedl posouzení nabídky navrhovatele jako rovnocenného řešení, případně navrhovatele vyzval k objasnění či doplnění nabídky dle § 46 odst. 1 zákona a aby poté zadavatel provedl nové hodnocení nabídek v obou částech veřejné zakázky. Eventuálně navrhovatel po Úřadu požaduje, aby uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku v případě, že by byla údajná pochybení zadavatele již nezhojitelná.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

11. Úřad obdržel návrh dne 7. 7. 2020 a tímto dnem bylo podle ustanovení § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
12. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou zadavatel, navrhovatel a vybraný dodavatel.
13. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli a navrhovateli přípisem č. j. ÚOHS-21127/2020/512/JHé ze dne 10. 7. 2020.

14. Dne 17. 7. 2020 byla Úřadu doručena dokumentace o zadávacím řízení prostřednictvím datové schránky a prostřednictvím datových zpráv, včetně vyjádření zadavatele ze dne 17. 7. 2020 k návrhu (dále jen „vyjádření zadavatele ze dne 17. 7. 2020“).
15. Dne 24. 7. 2020 bylo Úřadu doručeno vyjádření vybraného dodavatele k návrhu z téhož dne (dále jen „vyjádření vybraného dodavatele ze dne 24. 7. 2020“).

Vyjádření zadavatele ze dne 17. 7. 2020

16. Zadavatel se v úvodu svého vyjádření vyjadřuje obecně k návrhu navrhovatele. Uvádí, že ve všech řízeních zahájených na návrh navrhovatele se opakuje téměř stejná argumentace a proto v této věci odkazuje zejména na svá předchozí vyjádření v souvisejících řízeních sp. zn. ÚOHS-S0310/2019/VZ a sp. zn. ÚOHS-S0187/2020/VZ. Následně zadavatel uvádí, že s výjimkou argumentace ohledně údajně mimořádně nízké nabídkové ceny, je dle jeho názoru veškerá argumentace navrhovatele postavena na zpochybnění zadávacích podmínek, respektive se týká jednotlivých částí zadávací dokumentace.
17. Zadavatel se odkazuje na své rozhodnutí o námitkách, když uvádí, že již v jeho rámci navrhovateli sdělil, že otázky ohledně ekologické nevhodnosti požadovaných hasiv a příměšovačů byly již pravomocně vyřešeny rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S0310/2019/VZ-07229/2020/512/JHé ze dne 4. 3. 2020 a zároveň zadavatel sdělil, že námitky směřující proti zadávacím podmínkám byly podány po lhůtě. Zadavatel uvádí, že se k opožděně podaným námitkám přesto vyjádřil, i když je dle § 245 odst. 3 zákona opožděné námitky způsobily odmítnout bez dalšího. Tvrzení navrhovatele, že tak měl zadavatel učinit nedostatečně, proto zadavatel považuje za zcestné. Následně zadavatel ke ekologické nevhodnosti a požadovanému hasivu uvádí, co je účelem a tedy i předmětem veřejné zakázky, tj. hasiva pro hašení polárních a nepolárních kapalin a co předmětem veřejné zakázky naopak není, tj. hasivo pro hašení tzv. komunálních požárů, přičemž dle zadavatele na to byl navrhovatel již opakovaně upozorněn. Zadavatel tak odmítá argumentaci navrhovatele, že hasivo typu AFFF je údajně nepoužitelné, protože neodpovídá účelu, který si dle názoru zadavatele navrhovatel sám vykonstruoval.
18. K námitce navrhovatele týkající se údajné netransparentnosti, když zadavatel požaduje doklady dle čl. II odst. 4 kupní smlouvy až současně s dodávkou hasiva, zadavatel uvádí, že se jedná o námitku proti zadávacím podmínkám, která však byla také učiněna po lhůtě stanovené § 242 odst. 4 zákona. Zadavatel navíc uvádí, že navrhovatel sice využil svého práva podat námitky proti zadávacím podmínkám, avšak tuto námitku přitom nevznesl a učinil tak až nyní po výběru dodavatele, tedy po lhůtě.
19. Následně se zadavatel věnuje navrhovatelem tvrzené MNNC v nabídce vybraného dodavatele. V první řadě uvádí, že je přesvědčen, že v rozhodnutí o námitkách srozumitelně a přehledně sdělil, proč nabídkovou cenu vybraného dodavatele za MNNC nepovažuje, přičemž dle svého názoru reagoval na všechny stěžejní argumenty navrhovatele. Zadavatel se zároveň domnívá, že k vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení nemůže dojít automaticky bez dalšího, ale jedná se o možnost zadavatele, pokud MNNC nebyla účastníkem zdůvodněna, případně o povinnost vyloučit, pokud z vysvětlení účastníka vyplývají skutečnosti dle § 113 odst. 6 zákona. Zadavatel poté rozebírá, jak reagoval v rozhodnutí o námitkách na jednotlivé námitky a argumenty navrhovatele týkající se MNNC. Zadavatel mimo jiné upozornil na dle svého názoru rozpornou argumentaci navrhovatele,

který na jedné straně označuje hasivo nabízené vybraným dodavatelem za neúčelné vynakládání veřejných prostředků, za zbytečně drahé hasivo a na straně druhé spatřuje v nabídce vybraného dodavatele MNNC, což dle zadavatele navrhovatel činí v návaznosti na to, jak se mu to aktuálně hodí. Zadavatel se dle svého názoru vyjádřil také k argumentaci navrhovatele, že nabídková cena vybraného dodavatele nemůže generovat přiměřený disk.

20. Zadavatel se v závěru vyjadřuje k požadavkům navrhovatele, když uvádí, že dle jeho názoru není dán důvod pro vyhovění těmto požadavkům a to jak z věcného, tak z formálního hlediska, kdy převážná část argumentace navrhovatele byla uplatněna po stanovené lhůtě.
21. Zadavatel následně Úřad žádá, aby návrh v rozsahu části týkající se námitky mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele zamítl dle § 265 zákona a ve zbylém rozsahu návrhu rozhodl o zastavení řízení dle § 257 písm. h) zákona, případně aby návrh v plném rozsahu zamítl.

Vyjádření vybraného dodavatele ze dne 24. 7. 2020

22. Vybraný dodavatel v první řadě popisuje historii na trhu s hasivem v České republice. Dle jeho názoru byla situace na trhu hasiv-pěnídel v období let 2006-2012 monopolní ve prospěch navrhovatele. Vybraný dodavatel dále uvádí, že on vstoupil na trh v roce 2012 a do dnešního dne se musí vyrovnávat s dezinformacemi, které dle jeho názoru navrhovatel šíří, aby bránil své monopolní postavení na trhu i za hranou zákona. Opakované napadání veřejné zakázky ze strany navrhovatele proto vybraný dodavatel označuje za neopodstatněné a účelné. Vybraný dodavatel se zároveň pozastavuje nad tím, proč navrhovatel nezvolil pro účast ve veřejné zakázce hasiva, která odpovídají zadávacím podmínkám, neboť dle jeho názoru takovými hasivy ve svém portfoliu disponuje, na základě čehož dochází vybraný dodavatel k závěru, že tak učinil navrhovatel záměrně a zvolil si: *„destruktivní cestu účasti, kdy napadá vhodnost a účelnost veřejné zakázky, deklaruje svou diskriminaci spočívající v nemožnosti nabídnout hasiva odpovídající technické specifikaci zadávací dokumentace a neopodstatněně a nepravdivě napadá hasiva vybraného dodavatele, jako hasiva nepoužitelná, neekologická, nesplňující technickou specifikaci stanovenou zadávací dokumentací zadavatele, která jsou navíc nabídnuta, za mimořádně nízkou nabídkovou cenu, k čemuž navrhovatel nepředložil jediný relevantní důkaz.“*

23. Následně vybraný dodavatel uvádí:

„Celkový tržní podíl navrhovatele na trhu s hasivy – pěnidly v ČR tak lze označit z legislativního hlediska za podíl dominantní.“

Způsob, kterým jej navrhovatel získal nebo přesněji metody, kterými se jej snaží v období let 2012 – 2020 udržet, považujeme ze strany Navrhovatele za metody překračující hranici nekalé soutěže, a to konkrétně dle § 2977 odst. (1) a odst. (2) písm. a) zákona č. 89/2012 Sb. Občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále též NOZ).

Uvedením nepravdivých informací o produktech vybraného dodavatele v Návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele spatřujeme také porušení zákona dle § 2984, odst. (1). zákona č. 89/2012 Sb., NOZ, ve znění pozdějších předpisů.“

24. Poté se vybraný dodavatel věnuje jednotlivým námitkám navrhovatele, se kterými nesouhlasí. Vyjadřuje se také k MNNC, kdy uvádí, že ze zakázky generuje přiměřený zisk a to

i za současné situace, kdy vlivem neočekávaných událostí spojených s epidemií COVID-19 došlo ke snížení jeho předpokládané výše, vzhledem k pohybu kurzu eura a koruny.

25. Vybraný dodavatel je přesvědčen, že: *„jím nabízená hasiva splňují v plném rozsahu podmínky stanovené zadávací dokumentací v části 1 i části 2 veřejné zakázky, jsou použitelná ve smyslu aktuálně platné legislativy bez jakýchkoliv omezení jak po technické /mísitelná všemi – běžnými i speciálními přiměřovači v celém rozsahu požadovaných teplot/, tak ekologické /neobsahují žádné zakázané látky ve smyslu aktuálně platné České, evropské ani světové legislativy – hasiva obou nabízených typů se dodávají do celého světa) stránce, a že vybraný dodavatel je připraven Zadavateli hasiva dodat za nabídnuté ceny, které zohledňují požadované množství hasiv uvedené v obou částech veřejné zakázky, a to vč. veškeré požadované dokumentace v množství a v jakosti požadované zadavatelem.“*

26. Vybraný dodavatel proto navrhuje, aby Úřad návrh zamítl.

Další průběh správního řízení

27. Usnesením č. j. ÚOHS-22039/2020/512/ŠMr ze dne 21. 7. 2020 Úřad stanovil zadavateli lhůtu jednoho dne k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení.

28. Usnesením č. j. ÚOHS-22471/2020/512/ŠMr ze dne 23. 7. 2020 stanovil Úřad zadavateli lhůtu pěti dní k doložení vyjádření účastníka zadávacího řízení – ZAHAS s.r.o., IČO 60775840, se sídlem Trnávka 11, 751 31 Lipník nad Bečvou (dále jen „ZAHAS s.r.o.“) – k „Žádosti o písemné vysvětlení nabídky“ ze dne 20. 11. 2019.

29. Usnesením č. j. ÚOHS-24437/2020/512/JHé ze dne 11. 8. 2020 stanovil účastníkům řízení podle § 261 odst. 3 zákona lhůtu 7 dnů ode dne doručení tohoto usnesení, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí, přičemž dané usnesení bylo navrhovateli, zadavateli i vybranému dodavateli doručeno téhož dne.

30. Dne 12. 8. 2020 Úřad obdržel vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutím ze dne 11. 8. 2020, ve kterém zadavatel pouze v plném rozsahu odkazuje na veškerá svá dřívější podání a vyjádření v posuzované věci.

31. Dne 18. 8. 2020 Úřad obdržel vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne, ve kterém se primárně vyjadřuje k vyjádření zadavatele ze dne 17. 7. 2020 a vyjádření vybraného dodavatele ze dne 24. 7. 2020.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí

32. Navrhovatel se prvně vyjadřuje k převedení nespotřebovaného hasiva jednotkám HZS ČR a uvádí, že se dle jeho názoru jedná o převedení plánované a nikoliv „případné“, na základě čehož se navrhovatel domnívá, že je od zadavatele nezodpovědné poptávat hasiva typu AFFF na údajnou ochranu ropných uložišť zadavatele, když HZS ČR dle názoru navrhovatele pro svou činnost potřebují především víceúčelová hasiva typu S. Tuto argumentaci podle navrhovatele potvrzuje i článek v odborném časopise 112, číslo 8/2020. Na základě tohoto článku pak navrhovatel rozvíjí další argumentaci ohledně spotřeby pěnidel HZS ČR. Navrhovatel pak uvádí, že *„ke své nabídce přistoupil odpovědně a nabídnul hasivo, které je vhodné pro skutečný účel Veřejné zakázky, které HZS ČR skutečně potřebují pro svou*

standardní práci a které nebude podléhat neustálým restrikcím kvůli obsahu fluoru v následujících letech.“

33. Následně se navrhovatel věnuje problematice MNNC a uvádí, že souhlasí s tím, že rozdíl mezi nabídkovými cenami je jen jedním z podpůrných indikátorů MNNC, ale poukazuje na to, že hodnotící komise doporučila posoudit cenu nabídky účastníka ZAHAS s.r.o. za účelem posouzení MNNC, právě a výhradně kvůli cenovému rozdílu, avšak u vybraného dodavatele tak neučinila. Navrhovatel je tak stále přesvědčen o tom, že cena nabídky vybraného dodavatele je dumpingová a uvádí, že zadavatel se s touto námitkou vypořádal jen obecnými proklamacemi. Navrhovatel se také domnívá, že zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky v rozporu s § 16 zákona.
34. Poté se navrhovatel věnuje vyjádření vybraného dodavatele, které označuje za emotivní, manipulativní, demagogické a neodborné. Dle navrhovatele jedná vybraný dodavatel v rozporu se zákonem a dopouští se svým vyjádřením nekalosoutěžního jednání, když dle názoru navrhovatele o něm rozšiřuje nepravdivé údaje, které jsou schopny způsobit mu újmu. Následně se navrhovatel vyjadřuje k údajnému klamání ze strany navrhovatele v souvislosti s viskozitou dodaného hasiva a uvádí, že jediná známá reklamacie byla řešena promptní výměnou za bezvadnou dodávku a výrobce poté provedl nápravné opatření pořízením nejmodernějšího měřícího zařízení. K tvrzení vybraného dodavatele ohledně zákazu navrhovatele mísení pěnidel různých výrobců uvádí navrhovatel, že jej pouze nedoporučuje, jelikož jakákoliv smíchání pěnidel různých výrobců může změnit vlastnosti, schopnosti a kvalitu, které však mají po určitou dobu držet záruku a garantovat deklarované vlastnosti. Následně navrhovatel uvádí, že se zadávacího řízení zúčastnilo poměrně malé množství výrobců, navíc byla značná část zadavatelem vyloučena, což dle názoru navrhovatele svědčí o tom, že zadávací podmínky nelze považovat za správné a férové.
35. Navrhovatel pak navrhuje, aby Úřad provedl analýzu relevantního trhu s důrazem na prověření, *„zda jednáním zadavatele nedochází k porušení soutěžního práva ve smyslu zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, tedy zda Zadavatel nezvýhodňuje určitého soutěžitele (Vybraného dodavatele), nevylučuje další skupinu soutěžitelů (odlišných od Vybraného dodavatele) z hospodářské soutěže anebo jinak neoprávněně neomezuje soutěž na relevantním trhu; taková analýza je dle názoru Navrhovatele nezbytným podkladem pro správné skutkové pochopení věci a zákonné rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve věci samé, jakož i projevem dobré správy.“*
36. Následně navrhovatel označuje za nedůvodný požadavek zadavatele na newtonskou kapalinu a uvádí k tomu, že tento požadavek dle jeho názoru nezajišťuje použitelnost ze strany HZS ČR, přičemž požaduje, aby byla známá konkrétní mezní hodnota viskozity. Navrhovatel poté opětovně napadá smysl a účel veřejné zakázky a opakovaně uvádí svou argumentaci ohledně užívání hasiva, které je předmětem veřejné zakázky, HZS ČR. Navrhovatel se opětovně zabývá problematikou fluorovaných látek v hasivech, neboli ekologickou vhodností hasiva vybraného dodavatele.
37. Dále navrhovatel předkládá tvrzení, že je nepravděpodobné, aby nabídková cena vybraného dodavatele zahrnovala veškeré náklady, proto se navrhovatel domnívá, že vykazuje znaky MNNC. Poté se navrhovatel vyjadřuje k certifikaci pěnidel a uvádí, že k jeho překvapení

„naprostá většina výrobců, v rozporu příslušnými právními předpisy v ČR, neprovádí zkoušení a certifikaci nezávislými akreditovanými, autorizovanými nebo notifikovanými osobami; pokud však výsledky zkoušek a stanovení hasebních výkonů není provedeno stanovenými nezávislými osobami, nelze tyto výsledky poměřovat“.

38. K předkládání některých dokladů až po uzavření smlouvy navrhovatel uvádí, že mu z vyjádření vybraného dodavatele vyplývá, že *„nelze předem potvrdit jakost a kvalitu produktu, který bude teprve vyroben; k tomu však Navrhovatel uvádí, že produkt se nejprve certifikuje s jasným stanovením skladby a vlastností produktu a po vyrobení příslušné dodávky se teprve provede průzkum takto jedinečně vyprodukovaného produktu, jestli za prvé splní požadavky normy a za druhé jestli splní požadavky objednatele; to vše si výrobce provede sám bez účasti nezávislých mezinárodně uznávaných zkušebních a certifikačních osob“.* Zároveň navrhovatel uvádí, že dle jeho názoru je povinností zadavatele, aby provedl příslušná prověření produktu vybraného dodavatele, pokud byl navrhovatelem upozorněn na nesplnění zadávacích podmínek, jinak dle jeho názoru nemůže rozhodnutí o výběru při přezkumu obstát.
39. Na závěr navrhovatel odkazuje na své dřívější tvrzení, zejména v návrhu a také na jeho petit.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

40. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména relevantních částí dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření předložených účastníky řízení a na základě vlastních zjištění dospěl k následujícím závěrům.
41. Úřad konstatuje, že se správní řízení v části návrhu směřující proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky, konkrétně směřující proti účelu a předmětu veřejné zakázky, proti požadavku na newtonskou kapalinu, proti požadavku na hasební výkon hasiva v souvislosti s certifikátem, proti pojmu „běžné přiměšovače“, proti ekologické vhodnosti poptávaného hasiva, proti požadavku stanovenému v čl. II odst. 4 kupní smlouvy, proti stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a proti údajnému porušování tzv. zásad 3E, podle § 257 písm. h) zákona zastavuje, neboť uvedené části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky a ve zbylé části se návrh podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
42. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.
- K postavení zadavatele*
43. Před přezkoumáním samotného postupu zadavatele v zadávacím řízení se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda zadavatel – Česká republika – Správa státních hmotných rezerv – naplňuje definici zadavatele podle zákona.
44. Podle § 4 odst. 1 písm. a) zákona je veřejným zadavatelem Česká republika; v případě České republiky se organizační složky státu považují za samostatné zadavatele.
45. Podle § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o majetku ČR“), jsou organizačními složkami státu mj. ministerstva a jiné správní úřady.

46. Podle § 3 odst. 2 zákona o majetku ČR organizační složka není právnickou osobou. Tím není dotčena její působnost nebo výkon předmětu činnosti podle zvláštních právních předpisů a její jednání v těchto případech je jednáním státu.
47. Podle § 1 odst. 1 zákona č. 97/1993 Sb., o působnosti Správy státních hmotných rezerv, ve znění pozdějších předpisů, je Správa státních hmotných rezerv ústředním orgánem státní správy v oblastech hospodářských opatření pro krizové stavy a státních hmotných rezerv.
48. Na základě výše uvedených ustanovení lze konstatovat, že zadavatel naplňuje definici veřejného zadavatele uvedenou v § 4 odst. 1 písm. a) zákona.

Relevantní ustanovení zákona a dalších právních předpisů

49. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
50. Podle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
51. Podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona se pro účely zákona zadávacími podmínkami rozumí veškeré zadavatelem stanovené
 1. podmínky průběhu zadávacího řízení,
 2. podmínky účasti v zadávacím řízení,
 3. pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,
 4. pravidla pro hodnocení nabídek,
 5. další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104 zákona.
52. Podle § 28 odst. 1 písm. b) zákona se pro účely zákona zadávací dokumentací rozumí veškeré písemné dokumenty obsahující zadávací podmínky, sdělované nebo zpřístupňované účastníkům zadávacího řízení při zahájení zadávacího řízení, včetně formulářů podle § 212 a výzev uvedených v příloze č. 6 k tomuto zákonu.
53. Podle § 28 odst. 1 písm. o) zákona se pro účely zákona mimořádně nízkou nabídkovou cenou rozumí nabídková cena nebo náklady uvedené účastníkem zadávacího řízení, které se jeví jako mimořádně nízké ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.
54. Podle § 113 zákona pro mimořádně nízkou nabídkovou cenu platí, že
 - 1) Posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatel provede před odesláním oznámení o výběru dodavatele.
 - 2) Zadavatel může v zadávací dokumentaci stanovit
 - a) cenu nebo náklady, které bude považovat za mimořádně nízkou nabídkovou cenu, nebo
 - b) způsob určení mimořádně nízké nabídkové ceny.
 - 3) V případě podle odstavce 2 není vyloučeno, aby zadavatel posoudil nabídkovou cenu nebo náklady jako mimořádně nízkou nabídkovou cenu i v jiných případech, než jsou uvedeny v odstavci 2 písm. a) nebo b).

- 4) Zadavatel požádá účastníka zadávacího řízení o písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny. Žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny se považuje za žádost podle § 46, lze ji doplňovat a vznést opakovaně. V žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny musí zadavatel požadovat, aby účastník zadávacího řízení potvrdil, že
 - a) při plnění veřejné zakázky zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a
 - b) neobdržel neoprávněnou veřejnou podporu.
- 5) Účastník zadávacího řízení musí v objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny potvrdit skutečnosti podle odstavce 4. Mimořádně nízkou nabídkovou cenu může účastník zadávacího řízení dále odůvodnit zejména prostřednictvím
 - a) ekonomických aspektů výrobního procesu, poskytovaných služeb nebo konstrukčních metod,
 - b) použitých technických řešení nebo výjimečně příznivých podmínek, které má účastník zadávacího řízení k dispozici pro plnění veřejné zakázky, nebo
 - c) originality stavebních prací, dodávek nebo služeb.
- 6) Zadavatel posoudí objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Zadavatel účastníka zadávacího řízení vyloučí, pokud z objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny vyplývá, že
 - a) nabídková cena je mimořádně nízká nabídková cena z důvodu porušování povinností uvedených v odstavci 4 písm. a),
 - b) nabídková cena je mimořádně nízká z důvodu veřejné podpory a účastník zadávacího řízení není schopen na výzvu zadavatele prokázat, že veřejná podpora byla poskytnuta v souladu s předpisy Evropské unie³³); jestliže je účastník zadávacího řízení vyloučen z tohoto důvodu, informuje zadavatel o této skutečnosti Evropskou komisí, nebo
 - c) neobsahuje potvrzení skutečností podle odstavce 4.
55. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma (dále jen „stěžovatel“).
56. Podle § 242 odst. 2 zákona námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení zadavateli.
57. Podle § 242 odst. 4 zákona pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání nabídek, musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty; v případě jednacího řízení s uveřejněním musí být námitky proti zadávací dokumentaci doručeny zadavateli nejpozději do skončení lhůty pro podání předběžných nabídek.

58. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
59. Podle § 245 odst. 2 zákona pokud zadavatel neshledá důvody pro vyhovění, námitky rozhodnutím odmítne. Za odmítnutí se považuje i částečné vyhovění námitkám nebo provedení jiného opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel v námitkách domáhal. Provede-li zadavatel jiné opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel domáhá, je stěžovatel oprávněn podat nové námitky i proti takovému opatření k nápravě.
60. Podle § 245 odst. 3 písm. b) zákona zadavatel odmítne námitky, které jsou podány opožděně.
61. Podle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky, to neplatí pro návrhy podle § 254 zákona.
62. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
63. Podle § 37 odst. 1 správního řádu je podání úkonem směřujícím vůči správnímu orgánu. Podání se posuzuje podle svého skutečného obsahu a bez ohledu na to, jak je označeno.
64. Podle § 140 odst. 1 správního řádu správní orgán může na požádání účastníka nebo z moci úřední usnesením spojit různá řízení, k nimž je příslušný, pokud se týkají téhož předmětu řízení nebo spolu jinak věcně souvisejí anebo se týkají týchž účastníků, nebrání-li tomu povaha věci, účel řízení anebo ochrana práv nebo oprávněných zájmů účastníků. Spojit řízení lze i v průběhu řízení za předpokladu, že tím nevznikne nebezpečí újmy některému z účastníků.

Zjištěné skutečnosti

65. Navrhovatel ve svém návrhu napadá přezkoumatelnost rozhodnutí o námitkách v souvislosti s MNNC, když uvádí:
„Zadavatel se současně nikterak nevyjádřil k námitce, že Vybraný dodavatel nepochybně nemohl vytvořit přiměřený zisk, když pouze uvedl, že náklady na certifikaci a vývoj nemusejí být pokryty a nejedná se tak o podnákladovou cenu s přihlédnutím k předmětu Veřejné zakázky a úsilí dodavatelů stran cenové politiky, čímž Námitky vypořádal jen obecnými tvrzeními, aniž by věcně reagoval na tvrzení, že Vybraný dodavatel nepochybně nemůže generovat přiměřený zisk. Tzn. Že k námitce, že nabídková cena vybraného dodavatele nezahrnuje (s ohledem na výši nabídkové ceny nemůže zahrnovat) přiměřený zisk, se zadavatel vůbec nevyjádřil, resp. Tuto námitku ani neproověřil. Zadavatel současně nereagoval ani na rozhodnutí ÚOHS a soudní judikaturu předloženou k MNNC v Námitkách.“
66. Navrhovatel ve svém návrhu dále napadá přezkoumatelnost rozhodnutí o námitkách v souvislosti s ekologickou ne/vhodností daného hasiva, když uvádí:
„Zadavatel se nikterak nevyjádřil ani k argumentaci ohledně vývoje, změn a trendu legislativy omezující používání fluoru v hasivech, k čemuž Navrhovatel v Námitkách předložil jako přílohu předkládací zprávu Parlamentu ČR. Zadavatel však předkládací zprávu Parlamentu ČR

ignoroval stejně jako návrh, aby se k této problematice vyjádřilo Ministerstvo životního prostředí.“

Námítky

67. Zadavatel podal své námítky s tím, že dle jeho názoru nebylo rozhodnutí o výběru, jakož celý dosavadní postup zadavatele počínaje vymezením zadávacích podmínek, učiněno v souladu se zákonem, se základními zásadami zadávacího řízení, ustálenou rozhodovací praxí Úřadu, soudní judikaturou a s tzv. pravidly 3E. Navrhovatel uvádí, že hasivo typu AFFF nabízené vybraným dodavatelem v části 1 veřejné zakázky je dle jeho názoru ekologicky nevhodné, nepoužitelné pro hašení HZS ČR mimo místa, kde je hasivo zachycováno do jímek, neodpovídá zadávacím podmínkám a zároveň dle jeho názoru nabídka vybraného dodavatele vykazuje znaky MNNC. Navrhovatel tedy v námitkách zadavateli navrhuje, aby rozhodnutí o výběru zrušil, provedl nové posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny a splnění podmínek účasti v zadávacím řízení a ve vztahu k vybranému dodavateli rozhodl o jeho vyloučení ze zadávacího řízení, poté opětovně posoudil nabídku navrhovatele pro část 1 i část 2 veřejné zakázky, v případě nejasností vyzval navrhovatele k doplnění nabídky, eventuálně aby zrušil celé zadávací řízení. Uvedené problémy dle názoru navrhovatele pramení již z údajně nedostatečně vymezených a netransparentních podmínek, kdy zadavatel údajně požaduje doklady dle čl. II odst. 4 kupní smlouvy dodat až při předání zboží, tedy po uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky.

68. Navrhovatel ve svých námitkách na str. 5 k MNNC mj. uvedl:

„Stěžovatel se v této souvislosti obrátil na etablovaného výrobce hasiv, společnost Dr. Sthamer, s dotazy ohledně ceny hasiv. Výrobce Stěžovateli sdělil, že obdobná cena u hasiv nabízených Vybraným dodavatelem může pokrýt náklady na suroviny a balení. Náklady na manipulaci, certifikaci, vývoj, investice do výroby apod. pokryty být nemohou, anebo mohou být pokryty pouze zčásti. Lze uzavřít, že v žádném případě v nabídkové ceně Vybraného dodavatele není prostor pro kompletní pokrytí nákladů spojených s dodávkou a na přiměřený zisk.

Výrobce Stěžovateli rovněž sdělil, že předpokládaná hodnota Veřejné zakázky reálně odpovídá víceúčelovým hasivům, nikoliv hasivům typu AFFF, která jsou výrazně dražší. Na nezákonnost zadávacích podmínek rovněž co do stanovení předpokládané hodnoty, která pramení z neznalosti trhu hasiv, přitom Stěžovatel již v minulosti upozorňoval, když poukazoval na to, že Zadavatel nesprávně stanovil předpokládanou hodnotu, což se nyní potvrzuje - Zadavatel zřejmě prováděl průzkum trhu jen u nyní Vybraného dodavatele, neboť nabídkové ceny účastníků, kteří nebyly vyloučení jsou vyšší o více než 35 % až 112 % než nabídka Vybraného dodavatele, Vybraný dodavatel se ani u hasiva pro hašení nepolárních kapalin nevešel do předpokládané hodnoty Veřejné zakázky a z celkem 10 nabídek podaných v Zadávacím řízení jsou 4 nabídky vyloučené (nevyhovující), 2 nabídky podal Vybraný dodavatel a zbylé nabídky výrazně překračují předpokládanou hodnotu veřejné zakázky (o 35 %, 52 %, 72 %, resp. 112 %).“

69. Navrhovatel poté v námitkách zmiňuje, že doklady dle čl. II odst. 4 kupní smlouvy budou vybraným dodavatelem předkládány až po uzavření smlouvy společně s dodávkou, tedy kdy bude údajně již kontrola postupu zadavatele omezena a proto je dle jeho názoru tato podmínka netransparentní.

70. Navrhovatel ve svých námitkách na str. 7 k námitce týkající se ekologické ne/vhodnosti daného hasiva mj. uvedl:

„Ve vztahu k části č. 1 Veřejné zakázky nutno dále dodat, že hasivo typu AFFF je prokazatelně ekologicky nevhodné, což znamená, že prohlášení, že dodané hasivo neobsahuje zakázané látky a je použitelné HZS ČR „běžnými“ přiměšovači nebude s velkou pravděpodobností věrohodné.“

71. Poté navrhovatel rozvíjí argumentaci ohledně převedení hasiva před jeho expirací do užívání HZS ČR, na což navazuje argumentací ohledně ekologické nevhodnosti daného hasiva a uvádí, že *„vodní film je aktuálně vytvářen fluorovanými uhlovodíky s řetězcem C6, přičemž zástupce Ministerstva životního prostředí, paní Mgr. Michaela Vytopilová, Ph.D., na dotaz ohledně problému fluorovaných látek v hasivech Stěžovateli sdělila, že i jiné fluorované sloučeniny než PFOS a PFOA mohou mít negativní vliv na životní prostředí a je k nim vydáno upozornění.“*

72. Navrhovatel poté uvádí, že *„pokud cílem bylo pořízení hasiva čistě pro potřeby Zadavatele, nutno dodat, že Zadavatel neměl v rámci zadávacích podmínek vyjavit záměr, že hasivo bude převedeno do užívání HZS ČR, neboť takové užívání nebude možné. Tím dochází k diskriminaci dodavatelů (vč. Stěžovatele), kteří tuto zadávací podmínku v nabídce hasiva zohlednili.“*

73. Následně navrhovatel rozvíjí argumentaci ohledně likvidace takového hasiva, které bude dle jeho názoru provedeno za vysoké náklady, současně údajně nesplňuje zadávací podmínky a nekoresponduje s tzv. pravidly 3E. K pravidlům 3E pak navrhovatel uvádí svůj názor, že ze soudní judikatury vyplývá, že pravidla 3E jsou promítnuty do právní úpravy zákona a nelze od nich proto odhlížet.

74. Navrhovatel dále brojí proti údajné netransparentnosti požadavku na hasební výkon, který by dle jeho názoru šlo porovnávat pouze tehdy, kdy by hasební výkony porovnávala jedna akreditovaná laboratoř v jeden okamžik.

75. Na základě uvedeného je tak navrhovatel přesvědčen, že nabídka vybraného dodavatele nesplňuje zadávací podmínky, což údajně plyne z nezákonně vymezených zadávacích podmínek a jejich interpretace zadavatelem.

Rozhodnutí o námitkách

76. Zadavatel se v rozhodnutí o námitkách předně vyjádřil k tvrzení navrhovatele, že má zájem na získání předmětné veřejné zakázky a uvádí, že má o jeho tvrzení pochybnosti, neboť navrhovatel dle jeho názoru nenabízí plnění, které je předmětem veřejné zakázky, právě naopak se snaží přesvědčit zadavatele o tom, že předmětem veřejné zakázky nemá být plnění, které poptává zadavatel, ale které nabízí navrhovatel, přestože neodpovídá zadávací dokumentaci, pročež byl navrhovatel vyloučen z části 1 veřejné zakázky. Zadavatel tak uvádí, že jediným důvodem, který brání stěžovateli zakázku realizovat, je právě to, že nabízí plnění, jenž nesplňuje požadavky stanovené v zadávací dokumentaci, přestože dle názoru zadavatele takovým hasivem ve své nabídce pravděpodobně disponuje. Zadavatel se tak domnívá, že navrhovatelem prezentovaný zájem není skutečný.

77. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách na str. 4 až 6 k MNNC uvedl:

„K odůvodnění skutečnosti, proč Zadavatel nepovažuje nabídkovou cenu vybraného dodavatele za mimořádně nízkou, Zadavatel uvádí (a tudíž se i věcně vyjadřuje k důvodům, pro které nepovažuje nabídkovou cenu za mimořádně nízkou) následující:

Cílem zadávacího řízení má být regulérní soutěž mezi dodavateli, pro účely získání co nejuvhodnějšího plnění pro Zadavatele. Pokud je jediným hodnotícím hlediskem takové soutěže výše nabídkové ceny, je logické, že jednotliví dodavatelé musí vyvinout úsilí právě ve sféře své cenové politiky, pokud mají zájem na tom, aby byli v soutěži úspěšní. Bylo by totiž naivní očekávat, že kterýkoliv z dodavatelů bude ve výběrových řízeních na dodávky velkého množství zboží úspěšný na základě svých standardních katalogových cen.

(...)

Zadavatel opět připomíná, že hasiva s požadovanou technickou specifikací jsou v portfoliu téměř všech dodavatelů, kromě jiného je v minulosti dodával i sám Stěžovatel. Zadavatel se tedy neztotožňuje s tvrzením, že požadovaná hasiva mohl dodat pouze vybraný dodavatel a s tvrzením, že pokud vybraný dodavatel nabízí svá hasiva za jím stanovenou nabídkovou cenu, pak se jedná o cenu dumpingovou. Nabídková cena vybraného dodavatele není dle Zadavatele ve vztahu k poptávanému předmětu VZ mimořádně nízká, s přihlédnutím k předpokládanému a odpovídajícímu úsilí dodavatelů na dosažení co nejlepšího hodnocení ve výběrovém řízení.

K argumentaci, že nabídková cena vybraného dodavatele údajně nepokrývá náklady na vývoj, certifikaci, případně investici do výroby Zadavatel uvádí, že předmětem VZ nebyl vývoj nového typu hasiv (ačkoliv samozřejmě nelze vyloučit, že za dobu trvání tohoto zadávacího řízení, které nyní v důsledku série námitek a správních řízení zahájených z iniciativy Stěžovatele trvá již více než rok, by některý z dodavatelů stihl vývoj a certifikaci zcela nového typu hasiva). Pokud je ale předmětem VZ dodávka již existujícího, certifikovaného, vyrobeného hasiva, jsou argumenty ohledně nákladů na vývoj a certifikaci dle názoru Zadavatele neodůvodněné.

Nabídkovou cenu vybraného dodavatele Zadavatel posuzoval ve vztahu k předmětu VZ, kterým je obecně hasivo – pěnídlo na hašení polárních a nepolárních kapalin, dle technických podmínek ZD, přičemž jak Zadavatel již několikrát uvedl, předmětem VZ není konkrétní značka hasiva od konkrétního výrobce. V rámci takového posouzení Zadavatel neshledal, že by nabídková cena Vybraného dodavatele vykazovala znaky mimořádně nízké nabídkové ceny ve vztahu k předmětu VZ. Vzhledem ke skutečnosti, že se Zadavatel tato nabídková cena nejevila a nadále ani nejeví jako mimořádně nízká dle § 28 odst. 1 písm. o) ZZVZ, nebyl Zadavatel povinen přistoupit k výzvě na vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny.

Jak Stěžovatel správně uvedl, poměr nabídkové ceny ostatních dodavatelů je pouze podpůrným indikátorem. V posuzovaném případě navíc Stěžovatel argumentuje v obou částech VZ nabídkovými cenami, které jsou výrazně vyšší ve vztahu ke kterékoliv nabídce obdržené v zadávacím řízení. Nabídková cena dodavatele, který se umístil jako pátý v pořadí a u jehož nabídky Stěžovatel poukazuje na rozdíl oproti nabídkové ceně vybraného dodavatele, je výrazně vyšší i ve vztahu k ceně Stěžovatele. Pokud by tedy Zadavatel srovnával nabídkové ceny účastníků, kteří byli hodnoceni na prvních třech místech

s nabídkovými cenami účastníků, kteří se umístili jako poslední, mohl by za mimořádně nízké označit veškeré obdržené nabídky (s výjimkou té nejhůře hodnocené). V souvislosti s argumentací vzájemného srovnání nabídkových cen u těch nabídek, které obsahují obdobný typ hasiva Zadavatel poukazuje na to, že ani takový způsob srovnání nepovažuje za jediný určující ve vztahu k posouzení otázky mimořádně nízké nabídkové ceny, jelikož významné cenové rozdíly vykazují i nabídky dodavatelů nabízejících pseudoplastická a nikoliv newtonská hasiva, jak vyplývá z nabídek obdržených v části 2 VZ. Zdůrazňování rozdílu mezi jednotlivými nabídkovými cenami za použití procentuálního vyjádření rozdílu (tj. argumentace o 30, 50 či 70% rozdílu) může být navíc zavádějící, a to v závislosti na konkrétních částkách. Nabídka s jednotkovou nabídkovou cenou 10 korun bude pokaždé o 50 % nižší než nabídka s cenou 20 korun, reálně v konkrétních částkách by se ovšem o významný rozdíl nejednalo.“

78. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách na str. 6 k ekologické ne/vhodnosti daného hasiva uvedl:
- „Zadavatel upozorňuje, že se k otázce ekologické nevhodnosti (resp. vhodnosti) poptávaných hasiv vyjádřil ve vztahu ke Stěžovateli v dostatečném rozsahu. Stěžovatel již v předchozím správním řízení argumentoval, že Zadavatel dle jeho názoru rezignoval na absenci jiných sloučenin než PFOS a PFOA, dále že zadávací podmínky nejsou v souladu s Technickými podmínkami TP-CHS/09B-2016 vydanými Ministerstvem vnitra - generálním ředitelstvím Hasičského záchranného sboru České republiky a tedy poptávaná hasiva nebudou dle názoru Stěžovatele použitelná. Zadavatel k výše uvedenému odkazuje na pravomocné rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0310/2019/VZ-07229/2020/512/JHé, ze dne 4. 3. 2020, ve kterém byla otázka zadávacích podmínek pravomocně vyřešena.“*
79. Zadavatel poté uvádí, že stěžovatel byl již několikrát upozorněn na skutečnost, že zadavatelem je Správa státních hmotných rezerv, nikoliv HZS ČR a technické podmínky HZS ČR nejsou součástí zadávacích podmínek předmětné veřejné zakázky a účelem veřejné zakázky je pořízení hasiva pro hašení polárních a nepolárních kapalin, nikoliv pro hašení komunálních požárů. Zároveň zadavatel uvádí, že sám navrhovatel některým zadavatelům dodává hasiva typu AFFF a proto se zadavatel dle svých slov diví tomu, že v těchto dodávkách navrhovatel ekologickou nevhodnost neshledal. Následně zadavatel uvádí k ekologické likvidaci hasiva, že tu předpokládá však pouze navrhovatel sám, neboť nakládání s pořízenými hasivy, včetně způsobu jejich využití je v gesci zadavatele a navrhovatel by tak neměl předpokládat neekologické využití hasiva nebo jeho likvidaci. Zároveň se zadavatel vyjadřuje k dodržování zásad 3E a uvádí, že jsou sice promítnuty do zákona, avšak zákon tohoto cíle dosahuje skrze vytváření podmínek pro to, aby byly zakázky zadávány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli, k čemuž má vlastní zásady zakotvené v § 6 zákona.
80. K námitce navrhovatele týkající se předložení dokladů dle čl. 2 odst. 4 kupní smlouvy až současně s dodávkou hasiva uvedl zadavatel, že tato podmínka byla zveřejněna dnem zveřejnění zadávacích podmínek a pokud tento požadavek považoval za rozporný se zákonem, měl možnost ve stanovené lhůtě dle § 242 odst. 4 zákona podat námitky proti zadávacím podmínkám, což dle zadavatele učinil až po této lhůtě. K námitce týkající se hasební účinnosti zadavatel uvádí, že mu ani se sebevětší vůli není zřejmý smysl uvedené námitky, jelikož tento požadavek byl kontrolován již v rámci podání nabídek a proto byl také dle zadavatele navrhovatel ze zadávacího řízení na část 1 veřejné zakázky vyloučen. Dále zadavatel uvádí, že pokud námitka směřuje proti čl. II odst. 4 písm. f) kupní smlouvy, pak

konstatuje, že „*uvedené ustanovení bylo upraveno na základě obdržení žádosti o vysvětlení právě od Stěžovatele, kdy se Stěžovatel dotazoval, zda Zadavatel připustí i předložení jiného rovnocenného dokladu než zkušebního protokolu. Pokud Stěžovatel napadá institut certifikace hasiv, není námitka adresována správnému příjemci. V každém případě se však jedná o námitku proti zadávacím podmínkám, ke které Zadavatel odkazuje na textaci uvedenou výše.*“

81. Následně se zadavatel vyjadřuje k tvrzením navrhovatele ohledně údajných výhod pseudoplastických hasiv a uvádí, že požadavky na technickou specifikaci předmětu veřejné zakázky v obou částech stanovil dle svých odůvodněných potřeb, v čemž navrhovatele odkázal na všechna svá předchozí vyjádření v této věci. V souvislosti s požadavkem na tzv. newtonská pěnidla pak zadavatel odkázal na „*pravomocné rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0310/2019/VZ-07229/2020/512/JHé ze dne 4. 3. 2020, ve kterém Úřad konstatoval, že je zjevné, že je hospodářská soutěž v zadávacím řízení zachována a požadavek Zadavatele na „Newtonská pěnidla“ není v rozporu se zásadou zákazu diskriminace. Newtonská hasiva nejsou označením konkrétního výrobku, či konkrétního dodavatele, jde pouze o typ kapaliny, jehož konkrétní variantu (hasiva) má v portfoliu široký okruh dodavatelů, včetně Stěžovatele, který je některým zadavatelům i dodává.*“
82. Zadavatel nadto k argumentaci navrhovatele ohledně odzkoušených a dlouhodobě využívaných pseudoplastických hasiv uvádí, že pouhý fakt, že je navrhovatel zvyklý dlouhodobě dodávat určitý druh výrobku ještě neznamená, že všichni zadavatelé jsou povinni jej odebírat bez ohledu na předmět a účel dané veřejné zakázky. Na základě uvedeného zadavatel uzavírá, že neshledal důvody pro vyhovění námitek a odmítá je.

Další zjištěné skutečnosti

83. Ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 4 ze dne 15. 8. 2019 je uvedeno, že z důvodu zmeškání lhůty podle § 98 odst. 4 zákona, zadavatel lhůtu pro podání nabídek prodlužuje do 22. 10. 2019 do 11:00 hod.
84. V „Písemné zprávě o posouzení a hodnocení nabídek“ je v kapitole 4 „Výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele“ k části 1 veřejné zakázky uvedeno:

„V případě účastníka STIMAX International, s. r. o. komise konstatovala, že nabídka splňuje veškeré požadavky zákona a zadavatele. Nabídka splňuje požadavky na prokázání základní a profesní způsobilosti a technické kvalifikace, splňuje požadavky zadavatele stanovené v zadávací dokumentaci (dále jen „ZD“), a to včetně technických podmínek. Nabídka neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu.“

K části 2 veřejné zakázky je pak v téže kapitole uvedeno:

„V případě účastníka STIMAX International, s. r. o. komise konstatovala, že nabídka splňuje veškeré požadavky zákona a zadavatele. Nabídka splňuje požadavky na prokázání základní a profesní způsobilosti a technické kvalifikace, splňuje požadavky zadavatele stanovené v ZD, a to včetně technických podmínek. Nabídka neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu.“

85. V rozhodnutí o výběru zadavatel uvedl:

„Z důvodu vyloučení účastníků, kteří se v hodnocení umístili jako první a druhý v pořadí, dle ust. § 48 odst. 2 písm. a) zákona, a to v obou částech výše nadepsané veřejné zakázky, byl vybrán účastník, který se v obou částech veřejné zakázky umístil jako třetí v pořadí, neboť po výše uvedeném vyloučení prvních dvou účastníků byla jeho nabídka vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější na základě nejnižší nabídkové ceny a zároveň splňuje požadavky zákona a zadavatele a neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Toto rozhodnutí odpovídá doporučení komise, která obdržené nabídky hodnotila a posuzovala, a která konstatovala, že nabídka účastníka v obou částech VZ splňuje veškeré požadavky zákona a zadavatele. Zároveň komise konstatovala, že nabídka vybraného účastníka neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu.“

86. V protokolu z druhého jednání hodnotící komise ze dne 14. 11. 2019 k nabídce ZAHAS s.r.o. pro část 2 veřejné zakázky hodnotící komise konstatoje, že *„nabídková cena účastníka se jeví jako mimořádně nízká, neboť průměrná cena nabídek, při ohlédnutí od nejnižší a nejvyšší nabídky, činí 1.787.333,333 Kč. To znamená, že nabídková cena účastníka činí pouhých 41,5% z průměrné ceny nabídek. Komise doporučuje zadavateli, aby si vyžádal od účastníka vysvětlení nabídky ve smyslu výše uvedeného, včetně zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny.“*

87. Žádostí o vysvětlení nabídky ze dne 20. 11. 2019 vyzval zadavatel dodavatele ZAHAS s.r.o. mj. k objasnění MNNC na základě doporučení hodnotící komise:

„Vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny v části 2 VZ, která zjevně nečiní ani polovinu průměrné ceny obdržných nabídek za tento typ hasiva. Zadavatel požaduje, aby účastník vysvětlil výši své nabídkové ceny ve vztahu k předmětu VZ kupříkladu způsobem dle § 113 odst. 5 zákona, nebo jinými ekonomickými či technickými aspekty, které odůvodňují výši nabídkové ceny.

Zadavatel současně v této souvislosti požaduje, aby účastník zadávacího řízení výslovně formou čestného prohlášení potvrdil, že

- *při plnění veřejné zakázky zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a*
- *neobdržel neoprávněnou veřejnou podporu.“*

88. ZAHAS s.r.o. ve svém „Vysvětlení k nabídce pro dodání hasiva pro SHR“ ze dne 21. 11. 2019 uvedl, že jeho cena je i po odečtení nákladů na dopravu a nákup zisková a tudíž je uvedená cena v kupních smlouvách správná. Následně rozvedl další argumentaci a připojil čestné prohlášení, které zadavatel v žádosti požadoval.

89. V protokole z třetího jednání hodnotící komise ze dne 4. 12. 2019 k posouzení doplnění nabídky ZAHAS s.r.o. pro část 2 veřejné zakázky hodnotící komise konstatoje, že *„účastník vysvětlil mimořádně nízkou nabídkovou cenu a dle názoru komise je vysvětlení dostačující. Zároveň účastník prohlásil, že při plnění VZ zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu VZ, jakož i pracovněprávních předpisů*

a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění VZ a dále prohlásil, že neobdržel neoprávněnou veřejnou podporu.“

Právní posouzení

K žádosti navrhovatele o spojení správních řízení

90. Dne 29. 7. 2020 Úřad obdržel v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0187/2020/VZ rozklad navrhovatele proti rozhodnutí č. j. ÚOHS-21279/2020/512/JHé ze dne 14. 7. 2020, jehož součástí byla žádost navrhovatele o spojení uvedeného správního řízení s tímto správním řízením, tj. se správním řízením vedeným pod sp. zn. ÚOHS-S0271/2020/VZ.
91. Úřad k této žádosti uvádí, že jí nelze vyhovět. Žádost navrhovatele na spojení správních řízení totiž byla součástí podaného rozkladu, na základě kterého bylo správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0187/2020/VZ již předáno předsedovi Úřadu jakožto druhostupňovému rozhodovacímu orgánu. Z tohoto důvodu není splněn zákonný předpoklad stanovený v § 140 odst. 1 správního řádu, že k rozhodování o obou potenciálně spojovaných správních řízeních je příslušný tentýž orgán.
92. Dále Úřad pro úplnost podotýká, že uvedená správní řízení se netýkají týchž účastníků, neboť účastníkem tohoto řízení je i vybraný dodavatel. Obě správní řízení se přitom liší i co do svého předmětu, přestože se týkají téže veřejné zakázky, jelikož v případě správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0187/2020/VZ se jedná o přezkum vyloučení navrhovatele z části 1 veřejné zakázky, ale v případě správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0271/2020/VZ se jedná o přezkum výběru dodavatele, a to na obě části veřejné zakázky.
93. Z uvedených důvodů Úřad konstatuje, že žádosti na spojení správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0187/2020/VZ a sp. zn. ÚOHS-S0271/2020/VZ nevyhovuje.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

94. Navrhovatel poukazuje v první řadě na údajnou nepřezkoumatelnost rozhodnutí o námitkách. Následně navrhovatel zpochybňuje posouzení MNNC zadavatelem v nabídce vybraného dodavatele. Těmito dvěma námitkami se však Úřad bude věnovat až v odůvodnění k výroku II. tohoto rozhodnutí.
95. Navrhovatel ve svém návrhu dále tvrdí, že hasivo typu AFFF, které vybraný dodavatel nabízí ve vztahu k části 1 veřejné zakázky, je dle jeho názoru ekologicky nevhodné a není použitelné HZS ČR tzv. „běžnými příměšovači“. K této námitce navrhovatel mj. uvádí, že by se k problematice fluoru v hasivech typu AFFF mělo vyjádřit Ministerstvo životního prostředí. K části 2 veřejné zakázky pak navrhovatel uvádí, že zadavatel rezignoval na uvedení mezní hodnoty viskozity a požadoval namísto toho „newtonskou kapalinu.“ Z těchto důvodů se navrhovatel domnívá, že by měl být vybraný dodavatel ze zadávacího řízení vyloučen, jelikož jím nabízené hasivo údajně nesplňuje zadávací podmínku, kterou je dle navrhovatele použitelnost hasiv HZS ČR. Navrhovatel také namítá, že z rozhodnutí o výběru lze dovodit, že konstrukce zadávacích podmínek a jejich výklad zadavatelem vedli k tomu, že jediná způsobilá nabídka je nabídka vybraného dodavatele. Následně navrhovatel poukazuje na údajně nezákonný postup odporující tzv. zásadám 3E a také zásadě transparentnosti, kdy zadavatel požaduje doklady dle čl. II odst. 4 kupní smlouvy až současně s dodávkou hasiva,

avšak těmito doklady má být dle navrhovatele zaručeno, že hasivo bude prosté fluoru a bude použitelné ze strany HZS ČR aplikací tzv. „běžnými příměšovači“.

96. Z § 37 odst. 1 správního řádu vyplývá, že podání se posuzuje podle svého skutečného obsahu a bez ohledu na to, jak je označeno. Správní orgán vždy zkoumá obsah podání a podle toho s podáním nakládá. Úřad proto posoudil obsah návrhu a dospěl k závěru, že návrh nesměřuje jen proti rozhodnutí o výběru dodavatele, ale naopak kromě části týkající se MNNC a namítané nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách, směřuje v dalších částech také proti zadávacím podmínkám, když navrhovatel brojí proti účelu a předmětu veřejné zakázky, proti požadavku na newtonskou kapalinu, proti požadavku na hasební výkon hasiva v souvislosti s certifikátem, proti pojmu „běžné příměšovače“, proti ekologické vhodnosti poptávaného hasiva, proti požadavku stanovenému v čl. II odst. 4 kupní smlouvy, proti stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a proti údajnému porušování tzv. zásad 3E.
97. Úřad dále posoudil také námitky ze dne 12. 6. 2020, jež návrhu předcházely, podle svého obsahu a vzhledem ke skutečnosti, že jsou obsahově téměř shodné, lze taktéž konstatovat, že nesměřují pouze proti rozhodnutí o výběru dodavatele, ale naopak kromě části týkající se MNNC a namítané nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách, směřují v dalších částech také proti zadávacím podmínkám, když navrhovatel (stěžovatel) brojí proti účelu a předmětu veřejné zakázky, proti požadavku na newtonskou kapalinu, proti požadavku na hasební výkon hasiva v souvislosti s certifikátem, proti pojmu „běžné příměšovače“, proti ekologické vhodnosti poptávaného hasiva, proti požadavku stanovenému v čl. II odst. 4 kupní smlouvy, proti stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a proti údajnému porušování tzv. zásad 3E.
98. Z ustanovení § 257 písm. h) zákona vyplývá, že návrhu musí předcházet řádně a včas podané námitky a pokud tomu tak není, je to důvod pro zastavení správního řízení. Podle § 242 odst. 4 zákona musí být námitky proti zadávacím podmínkám zadavateli doručeny nejpozději do skončení lhůty pro podání nabídek. Z toho tedy vyplývá, že aby bylo možné námitky navrhovatele proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky považovat za včas podané, musely by být zadavateli doručeny nejpozději do skončení lhůty pro podání nabídek.
99. Na základě vysvětlení zadávací dokumentace č. 4 ze dne 15. 8. 2019 byla lhůta pro podání nabídek prodloužena do 22. 10. 2019 a nejpozději tento den tedy mohly být námitky proti zadávacím podmínkám doručeny zadavateli. V řešeném případě však navrhovatel doručil námitky, jež, jak Úřad vyvodil výše, v části směřovaly také proti zadávacím podmínkám, až dne 12. 6. 2020, tudíž lze konstatovat, že v částech, jež směřují proti zadávacím podmínkám, tj. konkrétně v částech, kde navrhovatel (stěžovatel) brojí proti účelu a předmětu veřejné zakázky, proti požadavku na newtonskou kapalinu, proti požadavku na hasební výkon hasiva v souvislosti s certifikátem, proti pojmu „běžné příměšovače“, proti ekologické vhodnosti poptávaného hasiva, proti požadavku stanovenému v čl. II odst. 4 kupní smlouvy, proti stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a proti údajnému porušování tzv. zásad 3E, byly dané námitky podány opožděně.
100. Úřad tedy konstatuje, že částem návrhu, ve kterých navrhovatel brojí proti zadávacím podmínkám, tj. proti účelu a předmětu veřejné zakázky, proti požadavku na newtonskou kapalinu, proti požadavku na hasební výkon hasiva v souvislosti s certifikátem, proti pojmu

„běžné přiměšovače“, proti ekologické vhodnosti poptávaného hasiva, proti požadavku stanovenému v čl. II odst. 4 kupní smlouvy, proti stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a proti údajnému porušování tzv. zásad 3E, nepředcházely řádně a včas podané námitky, když tyto byly podány dne 12. 6. 2020, avšak lhůta pro podání nabídek, tedy dle § 242 odst. 4 zákona lhůta pro podání námitek proti zadávacím podmínkám, uplynula již dne 22. 10. 2019. V důsledku této skutečnosti Úřad rozhodl o zastavení správního řízení dle § 257 písm. h) zákona v uvedených částech návrhu, jelikož dané části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.

101. Úřad nadto k požadavku navrhovatele, aby byl proveden důkaz znaleckým/odborným posudkem, který ověří možnosti použití hasiva typu AFFF ze strany HZS ČR tzv. „běžnými přiměšovači“ a pro ověření ekologické nezávadnosti tohoto hasiva, uvádí, že zpracování takového posudku považuje v rámci tohoto správního řízení za nadbytečné a bezpředmětné, jelikož případná zjištění by se týkala zadávacích podmínek, jejichž přezkum však není předmětem tohoto řízení, neboť, jak Úřad vyvodil v předcházejících bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí, námitky v části směřující proti zadávacím podmínkám, konkrétně směřující proti účelu a předmětu veřejné zakázky, proti požadavku na newtonskou kapalinu, proti požadavku na hasební výkon hasiva v souvislosti s certifikátem, proti pojmu „běžné přiměšovače“, proti ekologické vhodnosti poptávaného hasiva, proti požadavku stanovenému v čl. II odst. 4 kupní smlouvy, proti stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a proti údajnému porušování tzv. zásad 3E, byly podány opožděně.
102. Pro úplnost Úřad uvádí, že v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku navrhovatel, jak vyplývá z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0310/2019/VZ-07229/2020/512/JHé ze dne 4. 3. 2020, námitky proti zadávacím podmínkám včetně stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky podal, a to již dne 16. 7. 2019, tedy ve lhůtě pro podání nabídek. O uvedených námitkách, resp. návrhu podaném na jejich základě, Úřad následně rozhodl v rámci rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0310/2019/VZ-07229/2020/512/JHé ze dne 4. 3. 2020, přičemž citované rozhodnutí Úřadu nabylo právní moci dne 21. 3. 2020. I přes tuto skutečnost však navrhovatel v námitkách a návrhu proti rozhodnutí o výběru opětovně argumentuje a brojí proti zadávacím podmínkám a proti stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
103. S ohledem na vše výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. tohoto rozhodnutí

K vyřízení námitek ze dne 12. 6. 2020

104. Úřad nejprve v obecné rovině k problematice institutu námitek uvádí, že námitky jsou procesní institut, který představuje primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Jsou-li námitky podány, je zadavatel povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje, či je odmítá, a zároveň toto své rozhodnutí odůvodnit, a to v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona), tedy tak, aby rozhodnutí zadavatele bylo zpětně přezkoumatelné. Úřad v této souvislosti odkazuje na ustálenou judikaturu (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010 č. j. 1 Afs 45/2010 – 159), podle které požadavek transparentnosti „(...) není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily

nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“ Tato povinnost zadavatele, dovoditelná již ze samotných zásad zadávání veřejných zakázek, je pak v § 245 odst. 1 zákona zdůrazněna výslovným požadavkem na to, aby se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem v nich uvedeným.

105. Vzhledem ke skutečnosti, že navrhovatel ve svém návrhu poukazuje na dvě konkrétní situace (viz bod 65. a 66. odůvodnění tohoto rozhodnutí), kdy dle jeho názoru nebyly námitky zadavatelem v rozhodnutí o nich vypořádány nebo se k nim dostatečně nevyjádřil a tvrdí tak, že zadavatel porušil § 245 odst. 1 zákona při vyřizování námitek, Úřad předně přikročil k posouzení toho, zda rozhodnutí o námitkách vyhoví nárokům, které na něj klade zákon, jinými slovy, zda se v rozhodnutí o námitkách zadavatel vyjádřil podrobně a srozumitelně ke všem skutečnostem v nich tvrzených, resp. zda není rozhodnutí o námitkách nepřezkoumatelné.
106. K námitce týkající se mimořádně nízké nabídkové ceny (viz bod 68. odůvodnění tohoto rozhodnutí) se zadavatel v rozhodnutí o námitkách (viz bod 77. odůvodnění tohoto rozhodnutí) poměrně obsáhle vyjádřil a uvedl, proč nepovažuje nabídkovou cenu vybraného dodavatele za mimořádně nízkou. Nejprve zadavatel uvedl, že během zadávacího řízení probíhá soutěž mezi dodavateli a ti tak dle zadavatele musí vyvinout úsilí právě ve sféře cenové politiky, pokud mají zájem na tom, aby byli v soutěži úspěšní. Zadavatel dále uvedl, že nepoptává žádnou konkrétní značku hasiva, ani žádného konkrétního dodavatele, ale hasivo určené zadávacími podmínkami, o kterých bylo již jednou Úřadem pravomocně rozhodnuto. K argumentaci navrhovatele, týkající se toho, že cena vybraného dodavatele údajně nepokrývá náklady na vývoj, certifikaci, případně investici do výroby, zadavatel uvedl, že předmětem veřejné zakázky nebyl vývoj nového typu hasiva, ale již existujícího, certifikovaného a vyrobeného hasiva, pročez považuje tyto argumenty za neodůvodněné. Dle Úřadu tak nelze připustit námitku navrhovatele, že by se zadavatel k této námitce vůbec nevyjádřil, jak ve svém návrhu navrhovatel tvrdí. Pro úplnost Úřad uvádí, že po zadavateli nelze ani rozumně požadovat, aby podrobně rozebíral všechna navrhovatelem citovaná rozhodnutí Úřadu, pokud s jejich zněním navíc souhlasí. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách přímo uvedl a převzal názor navrhovatele implikovaný uvedenou judikaturou a rozhodovací praxí Úřadu, tedy že poměr nabídkové ceny ostatních dodavatelů je pouze podpůrným indikátorem pro určení MNNC. Úřad proto nevidí důvod, aby zadavatel dál navrhovatelem uvedenou rozhodovací praxi rozebíral. S ohledem na právě uvedené tak Úřad považuje reakci zadavatele za zcela adekvátní dané námitce.
107. K námitce týkající se ekologické nevhodnosti poptávaného hasiva a fluoru v něm (viz bod 70. odůvodnění tohoto rozhodnutí) zadavatel v rozhodnutí o námitkách (viz bod 78. odůvodnění tohoto rozhodnutí) odkázal navrhovatele na pravomocné rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0310/2019/VZ-07229/2020/512/JHé ze dne 4. 3. 2020, ve kterém byla otázka zadávacích podmínek vyřešena, zároveň znovu zopakoval svoji argumentaci, že jím požadované hasivo je ekologicky vyhovující a věnoval se i příslušné legislativě. Vzhledem k tomu, že se jedná o námitku, která svým obsahem směřuje proti zadávacím podmínkám a byla jako taková, jak Úřad vyvodil v předcházejících bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí, podána po lhůtě dle § 242 odst. 4 zákona, je zadavatel oprávněn takovou námitku bez dalšího odmítnout dle § 245 odst. 3 písm. b) zákona. Dle Úřadu tak nelze namítat její

nevypořádání zadavatelem v souladu s § 245 odst. 1 zákona, když se zadavatel k námitce vyjádřil dobrovolně a nad rámec povinností mu uložených zákonem, tedy přesto, že se k dané námitce dle zákona vyjádřit vůbec nemusel. Jelikož mu tuto povinnost zákon v daném případě neuložil, zadavatel se z logiky věci ani nemohl dopustit nedodržení pravidla stanoveného pro zadání veřejné zakázky, tj. nemůže tedy ani dojít k naplnění podmínek pro uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 5 zákona. S ohledem na právě uvedené tak Úřad považuje reakci zadavatele, když odkázal na citované rozhodnutí Úřadu, kterým byla problematika ekologické vhodnosti již jednou řešena, a znovu uvedl svou argumentaci, za zcela adekvátní dané námitce, která byla navíc podána opožděně.

108. S ohledem na výše uvedené se dle Úřadu zadavatel k daným námitkám navrhovatele vyjádřil podrobně a srozumitelně. Z uvedeného vypořádání daných námitek dle Úřadu zřetelně vyplývají důvody, pro které uvedené námitky navrhovatele zadavatel odmítl. Úřad dále uvádí, že rovněž přezkoumal odůvodnění rozhodnutí o námitkách i v souvislosti s ostatními námitkami navrhovatele a konstatuje, že zadavatel ke všem námitkám vyjádřil podrobně a srozumitelně. Úřad tedy uzavírá, že neshledává postup zadavatele při vyřizování námitek navrhovatele za rozporný s ustanovením § 245 odst. 1 zákona a tudíž v šetřeném případě neshledal důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 5 zákona. Úřad nadto upozorňuje, že v této fázi nehodnotil argumentaci zadavatele z věcného hlediska, avšak podstoupil rozhodnutí o námitkách toliko testu toho, zda rozhodnutí o námitkách odpovídá zákonným nárokům, které jsou na něj kladeny § 245 zákona. Dále se tedy již Úřad bude zabývat napadeným rozhodnutím o výběru dodavatele na předmětnou veřejnou zakázku v souvislosti s MNNC.

K výběru dodavatele a posouzení MNNC

109. V posuzovaném případě návrh směřuje proti rozhodnutí o výběru dodavatele, přičemž navrhovatel primárně uvádí, že měl být dle jeho názoru dodavatel vyloučen, jelikož jeho nabídka obsahuje MNNC a zároveň údajně nesplňuje zadávací podmínky, protože nabízené hasivo nelze dle názoru navrhovatele použít ze strany HZS ČR. Argumentace navrhovatele týkající se ekologické ne/vhodnosti a použitelnosti hasiva HZS ČR byla vyřešena již v rámci odůvodnění k výroku I. tohoto rozhodnutí, kdy byla identifikována jako námitky proti zadávacím podmínkám. Úřad se proto dále zabýval postupem zadavatele při posouzení MNNC v nabídce vybraného dodavatele.
110. Úřad předně k institutu MNNC v obecné rovině uvádí, že smyslem právní úpravy týkající se MNNC je identifikovat nabídky, které vzbuzují na straně zadavatele oprávněné pochybnosti o tom, zda daný účastník zadávacího řízení bude schopen za takto nabídnutou cenu předmět veřejné zakázky řádně splnit. Zákon tímto institutem tedy chrání zadavatele před situací, kdy by byl nucen uzavřít smlouvu s účastníkem zadávacího řízení, který by nebyl schopen plnění veřejné zakázky za takovou nabídkovou cenu vůbec poskytnout, případně by jej nebyl schopen poskytnout řádně, včas či za stanovených podmínek. Nereálně stanovená nabídková cena by mohla být rovněž důvodem pro pozdější požadavky daného účastníka zadávacího řízení na navýšování původní nabídkové ceny. Otázkou účelu institutu MNNC se rovněž zabýval Nejvyšší správní soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 1 Afs 42/2012-57 ze dne 17. 10. 2012, v němž uvedl, že „(...) smyslem institutu mimořádně nízké nabídkové ceny je ochrana zadavatele proti takovým uchazečům, kteří jednají s cílem zvítězit ve výběrovém řízení předložením ceny, za kterou není možno zakázku realizovat. S tím je spojeno velké

nebezpečí, že zakázka nebude z důvodu finančních potíží takového uchazeče realizována, případně její cena by to bylo v rozporu se zákonem, bude dodatečně navýšena.“ Úřad dodává, že ačkoliv je rozhodnutí vydáno v poměrech zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, uplatní se i v poměrech zákona nového.

111. Úřad v návaznosti na právě uvedené dále uvádí, že zákon v § 28 odst. 1 písm. o) zákona definuje MNNC jako nabídkovou cenu nebo náklady uvedené účastníkem zadávacího řízení, které se jeví jako mimořádně nízké ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Úřad rovněž upozorňuje, že nelze přehlédnout určitý názorový posun zákonodárce vztahující se k MNNC oproti předchozí právní úpravě; i případná existence MNNC v nabídce dodavatele dle zákona automaticky neznamená povinnost zadavatele vyloučit účastníka zadávacího řízení ze zadávacího řízení z tohoto důvodu. Zákon však i nadále pracuje s obligatorními důvody pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, za situace kdy je v jeho nabídce obsažena MNNC (viz § 113 odst. 6 zákona). Ze zákona naopak vyplývá, že zadavatel může, tzn., není povinen, vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud nabídka tohoto účastníka obsahuje MNNC, která nebyla účastníkem zdůvodněna (viz § 48 odst. 4 zákona).
112. Úřad pak ve stručnosti v souvislosti s problematikou posouzení MNNC odkazuje na komentářovou literaturu, ve které je mj. uvedeno: *„Posouzení z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny je obligatorní úkon zadavatele v rámci každého zadávacího řízení. Volbu okamžiku, ve kterém zadavatel toto posouzení nabídkových cen v průběhu zadávacího řízení učiní, jakož i rozhodnutí o tom, ve vztahu ke kterým účastníkům řízení přezkoumání nabídkové ceny provede, ponechává ZVZ do značné míry na úvaze zadavatele. ZVZ v tomto směru zadavateli stanoví pouze následující limity. Posouzení z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny je třeba provést vždy alespoň ve vztahu k vybranému dodavateli, a to nejpozději před odesláním oznámení o výběru dodavatele.“* Dále je zde uvedeno: *„V případě, že zadavatel v zadávacím řízení mimořádně nízkou nabídkovou cenu neidentifikuje a účastníka nevyzve k objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny, platí obecně, že není povinen tento svůj postup v dokumentaci o zadávacím řízení blíže zdůvodňovat.“* Dále je uvedeno: *„Podle § 48 odst. 4 je však pouze právem, nikoli povinností zadavatele vyloučit účastníka zadávacího řízení, přestože mimořádně nízkou nabídkovou cenu nezdůvodnil. Nezdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny tedy zřejmě nebrání v další účasti dotčeného účastníka v zadávacím řízení.“* [DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 676. 978-80-7400-651-7]
113. Úřad dále uvádí, že institut MNNC plní v zákonem vymezených případech rovněž funkci ochrany veřejného zájmu. Jedná se o případy, kdy je důvodem MNNC nedodržování povinností dodavatelů vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, případně obdržení neoprávněné veřejné podpory. V uvedených případech existuje veřejný zájem na tom, aby veřejné zakázky za daných okolností plněny nebyly, proto je volnost zadavatelů ve vztahu k využití institutu MNNC v takovém případě nadále do značné míry omezena.
114. Zadavatel je podle § 113 odst. 1 zákona povinen před odesláním oznámení o výběru dodavatele posoudit, zda nabídková cena účastníků zadávacího řízení není ve vztahu k předmětu veřejné zakázky MNNC. V případě, že zadavatel vyhodnotí nabídkovou cenu

některého účastníka jako mimořádně nízkou, příp. získá-li podezření o přítomnosti MNNC (např. z obdržených námitek), pak je jeho povinností postupovat podle § 113 odst. 4 zákona a vyžádat si od tohoto účastníka písemné zdůvodnění způsobu stanovení jeho nabídkové ceny, které musí obsahovat potvrzení skutečností podle § 113 odst. 4 písm. a) a b) zákona, tj., že účastník zadávacího řízení zajistí při plnění veřejné zakázky dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky (dále také „dodržení právních předpisů“), a že neobdržel neoprávněnou veřejnou podporu. Za předpokladu, že ze zdůvodnění vyplyne, že nabídková cena daného účastníka je mimořádně nízká vlivem nedodržování právních předpisů, nebo že účastník zadávacího řízení obdržel neoprávněnou veřejnou podporu, případně písemné zdůvodnění způsobu stanovení MNNC neobsahuje potvrzení skutečností podle § 113 odst. 4 zákona, stíhá zadavatele povinnost podle § 113 odst. 6 zákona takového účastníka ze zadávacího řízení vyloučit. V ostatních případech je však podle § 48 odst. 4 zákona zcela na uvážení zadavatele, zda v zadávacím řízení ponechá účastníka zadávacího řízení, jehož nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky posoudil jako mimořádně nízkou, který např. nedostatečně zdůvodnil svou MNNC. Zadavatel však v takovýchto případech vždy musí mít potvrzeny skutečnosti vyžadované v § 113 odst. 4 zákona.

115. Úřad v této souvislosti dodává, že za nejvýznamnější a zcela zásadní změnu, kterou nová právní úprava ohledně institutu MNNC zavedla, lze považovat oprávnění zadavatele nevyloučit uchazeče v situaci, kdy nezdůvodnil svou MNNC (viz k tomu § 48 odst. 4 zákona), avšak potvrdil skutečnosti vyžadované v § 113 odst. 4 zákona. V této souvislosti je však třeba zmínit, že s tímto oprávněním zadavatele je bezprostředně spjata riziko, že za určitých okolností může být např. ohroženo řádné plnění veřejné zakázky. Nicméně vyhodnocení míry tohoto rizika náleží jen a pouze zadavateli.
116. K obdobným závěrům pak dospěl i Krajský soud v Brně, který v rozsudku č. j. 62 Af 78/2016-383 ze dne 4. 11. 2016 k institutu MNNC uvádí následující: *„je pravdou, že právní úprava na věc aplikovatelná (§ 77 ZVZ) ukládala zadavateli (hodnotící komisi) v případě zjištění mimořádné nabídkové ceny, aby si vyžádal zdůvodnění a pro případ nezdůvodnění či neopodstatněného zdůvodnění uchazeče povinně vyloučil, nyní účinná právní úprava (byť účinná až od 1. 10. 2016, tedy poté, co rozhodoval žalovaný), tj. zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, obsahuje v § 48 odst. 4 konstrukci, podle níž v případě nezdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatel účastníka zadávacího řízení může vyloučit (tedy nemusí) – tuto povinnost má pouze ve výjimečných případech, jak na ně pamatuje § 113 odst. 6 tohoto zákona. I z toho zdejší soud nutně dovozuje posun ve vnímání institutu mimořádně nízké nabídkové ceny v tom směru, že nově je upřednostňována odpovědnost samotného zadavatele za uzavření smlouvy za podmínek pro něj »podezřele výhodných« před nezměnitelným následkem spočívajícím v nemožnosti takovou smlouvu uzavřít; to ve výsledku také může směřovat k výkladu, podle něhož institut mimořádně nízké nabídkové ceny tu přestává být institutem chránícím rovným dílem zadavatele i ostatní dodavatele (resp. zajištění korektní soutěže mezi dodavateli), nýbrž spíše zadavatele, na něhož se pak zároveň klade vyšší odpovědnost při rozhodování o tom, zda se o mimořádně nízkou nabídkovou cenu jedná a jak při zjištění (nezdůvodněné) mimořádně nízké ceny postupovat.“* Úřad dodává, že ačkoliv je rozhodnutí vydáno v poměrech zákona č. 137/2006

Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, uplatní se i v poměrech zákona nového.

117. S ohledem na vše shora obecně uvedené Úřad předně přistoupil k otázce, zda se v řešeném případě zadavatel u vybraného dodavatele posouzením MNNC před oznámením o výběru dodavatele zabýval.
118. Dle zjištěných skutečností (viz bod 85. odůvodnění tohoto rozhodnutí) zadavatel v rozhodnutí o výběru uvedl, že nabídka vybraného dodavatele byla po vyloučení prvních dvou účastníků ze zadávacího řízení vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější na základě nejnižší nabídkové ceny a zároveň splňuje požadavky zákona a zadavatele a neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, což odpovídá i doporučení komise, která nabídky hodnotila a posuzovala, a která uvedené konstatovala v „Písemné zprávě o posouzení a hodnocení nabídek“ (viz bod 84. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dle Úřadu tudíž z uvedeného vyplývá, že se zadavatel, resp. hodnotící komise posouzením MNNC zabývala, avšak došla k závěru, že nabídka MNNC neobsahuje, což ve svém rozhodnutí o výběru následně zadavatel jasně deklaroval. Z uvedeného lze proto dovodit, že zadavatel z nabídky vybraného dodavatele MNNC nezjistil a proto si ani nevyžádal její zdůvodnění, resp. zadavateli nevznikla povinnost dle § 113 odst. 4 zákona, tj. požádat účastníka zadávacího řízení (v tomto případě vybraného dodavatele) o zdůvodnění způsobu stanovení MNNC.
119. V šetřeném případě navrhovatel ve svých námitkách a návrhu tvrdí, že:
- „Hodnotící komise nepostupovala v souladu s § 113 ZZVZ, když se nezabývala tím, že nabídková cena účastníků na čtvrtém a pátém místě v pořadí je o více než 35 %, resp. 52 %, resp. 72 %, resp. 112 % vyšší než cena Vybraného dodavatele, ačkoliv daní účastníci nabízejí obdobné hasivo jako Vybraný dodavatel. Hodnotící komise nepostupovala v souladu s § 113 ZZVZ, když se nezabývala skutečností, že cena nabízená Vybraným dodavatelem není objektivně reálná ve vztahu k typu nabízeného hasiva a jedná se cenu o dumpingovou (podnákladovou), čímž dochází k významnému narušení hospodářské soutěže a zásady transparentnosti de § 6 odst. 1 ZZVZ, přičemž toto vyvolává důvodné pochyby, zda vůbec bude Vybraný dodavatel schopen řádně poskytnout nabízené plnění.“*
120. K uvedenému Úřad uvádí, že z rozhodnutí o námitkách (viz bod 77. odůvodnění tohoto rozhodnutí) vyplývá, že ani na základě výše uvedených námitek navrhovatele zadavatel nezískal podezření o přítomnosti MNNC v nabídce vybraného dodavatele, tudíž ani na základě skutečností vyplývajících z námitek nebyl povinen postupovat podle § 113 odst. 4 zákona a vyžádat si od tohoto účastníka písemné zdůvodnění způsobu stanovení jeho nabídkové ceny.
121. Úřad v této souvislosti zdůrazňuje, že jelikož riziko toho, že by mohlo být ohroženo řádné plnění veřejné zakázky, nese sám zadavatel, je tak i vyhodnocení míry tohoto rizika na něm.
122. Dále Úřad akcentuje, že navrhovatel v rámci svých námitek i návrhu zjevně vůbec nenamítá, že by byly naplněny obligatorní důvody pro vyloučení vybraného dodavatele podle § 113 odst. 6 zákona, které spočívají pouze v nedodržování povinností uvedených v § 113 odst. 4 písm. a) a b) zákona, tj. při plnění veřejné zakázky účastník zadávacího řízení nezajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i pracovně právních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se

na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, dále ve skutečnosti, kdy je nabídková cena mimořádně nízká z důvodu veřejné podpory a účastník není schopen na výzvu zadavatele prokázat, že veřejné podpora byla poskytnuta v souladu s předpisy Evropské unie, a v nedoložení potvrzení skutečností podle § 113 odst. 4 zákona.

123. Jak již Úřad argumentoval výše, koncepce MNNC je v zákoně, jak vidno, zcela odlišná od předchozí právní úpravy (§ 77 ZVZ). Je to pouze zadavatel, který má sám zvážit všechna rizika spojená s nabídnutou MNNC. Pokud se rozhodne, že takové riziko je schopen unést, může ponechat účastníka v zadávacím řízení i v případě, kdy jeho nabídka MNNC obsahuje. To, zda zadavatel uvážil všechna rizika, či jejich míru pro plnění veřejné zakázky, není předmětem rozhodování Úřadu. Jak již Úřad výše uvedl, v tomto pohledu tedy v případě institutu MNNC nastala oproti předchozí právní úpravě principiální změna. Vzhledem k tomu, že institut MNNC má primárně sloužit k obraně zadavatelů, kdy případné riziko spojené s plněním zakázky v případě MNNC nese zadavatel, který je povinen vyloučit účastníka řízení pouze z důvodů zákonem stanovených v § 113 odst. 6 zákona, může Úřad k posuzované věci dále uvést, že pokud navrhovatel v případě MNNC, jak vyplývá z jeho námitek i návrhu, zjevně namítá nedodržení postupu zadavatele z jiných, než ze zákonem daných důvodů pro vyloučení uvedených v § 113 odst. 6 zákona, zadavatel se v této situaci nevyloučením účastníka zadávacího řízení nemůže dopustit nedodržení pravidla stanoveného pro zadání veřejné zakázky, tj. nemůže tedy ani dojít k naplnění první z podmínek pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona. Jelikož se jedná o situaci, kdy se zadavatel nemůže objektivně dopustit nedodržení pravidla stanoveného pro zadání veřejné zakázky, jelikož takové pravidlo zadavateli nestanoví žádnou povinnost či neukládá žádný zákaz, ale pouze zadavateli umožňuje určitý fakultativní postup, je zjevné, že jsou dány důvody pro zamítnutí této části návrhu podle § 265 písm. a) zákona.
124. Z uvedeného je tedy zřejmé, že zadavatel, resp. hodnotící komise posoudila nabídku vybraného dodavatele z hlediska MNNC, tudíž splnila povinnost vyplývající z § 113 odst. 1 zákona, avšak dospěla k závěru, že nabídka vybraného dodavatele MNNC neobsahuje a dále že zadavatel nezískal podezření o přítomnosti MNNC v nabídce vybraného dodavatele ani na základě námitek navrhovatele, tudíž mu nevznikla povinnost dle § 113 odst. 4 zákona. Navrhovatel navíc v námitkách neuvádí, že by v posuzovaném případě byly naplněny některé z obligatorních důvodů pro vyloučení vybraného dodavatele podle § 113 odst. 6 zákona. S ohledem na tyto skutečnosti tedy Úřad neshledal, že by zadavatel porušil při zadávání veřejné zakázky pravidla pro zadávání veřejné zakázky stanovená zákonem, když vybraného dodavatele dne 27. 5. 2020 vybral pro plnění veřejné zakázky.
125. Na právě uvedených závěrech Úřadu nemůže nic změnit ani argumentace navrhovatele ohledně posouzení MNNC zadavatelem u účastníka zadávacího řízení ZAHAS s.r.o. V této souvislosti Úřad uvádí, že posouzení MNNC náleží zcela do kompetence zadavatele, resp. hodnotící komise (viz § 113 odst. 1 zákona). Úřad tudíž nemá právo vstupovat do myšlenkových pochodů hodnotící komise a jakkoliv hodnotit důvody, proč a jak u účastníka ZAHAS s.r.o. hodnotící komise MNNC identifikovala a následně jej vyzvala k jejímu objasnění, zatímco u vybraného dodavatele nikoliv. Z uvedených důvodů tedy Úřad uvedenou argumentaci navrhovatele odmítá jako lichou. Pro úplnost Úřad s odkazem na závěry vyvozené výše doplňuje, že i kdyby zadavatel, resp. hodnotící komise MNNC v nabídce vybraného dodavatele na základě skutečností uvedených v námitkách

navrhovatele identifikovala a ten by ji následně třeba i nedostatečně odůvodnil, nevznikla by zadavateli s ohledem na skutečnost, že navrhovatel v námitkách namítal nedodržení postupu zadavatele z jiných, než ze zákonem daných důvodů pro vyloučení uvedených v § 113 odst. 6 zákona, ani za takových okolností dle § 48 odst. 4 zákona povinnost takového dodavatele ze zadávacího řízení vyloučit, samozřejmě za předpokladu, že by ve svém odůvodnění potvrdil skutečnosti dle § 113 odst. 4 písm. a) a b) zákona. Jak již Úřad uvedl výše, jelikož riziko toho, že by mohlo být ohroženo řádné plnění veřejné zakázky, nese sám zadavatel, je tak i vyhodnocení míry tohoto rizika na něm. Úkolem Úřadu je pouze zjistit, zda zadavatel dostal předně své povinnosti dle § 113 odst. 1 zákona posoudit MNNC před odesláním oznámení o výběru dodavatele, dále zda, pokud shledal MNNC v nabídce některého z účastníků zadávacího řízení, požádal dle § 113 odst. 4 zákona daného účastníka o písemné zdůvodnění způsobu stanovení MNNC a zda tato žádost zadavatele obsahovala rovněž požadavek na potvrzení skutečností dle § 113 odst. 4 písm. a) a b) zákona a nakonec zda, pokud z objasnění MNNC vyplynuly některé ze skutečností uvedených v § 113 odst. 6 zákona, takového účastníka vyloučil z účasti v zadávacím řízení. Uvedené skutečnosti tedy Úřad v předcházejících bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí posoudil a neshledal ze strany postupu zadavatele porušení zákona.

126. Podle ustanovení § 265 písm. a) zákona platí, že Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
127. S ohledem na všechny shora uvedené skutečnosti Úřad neshledal, že by se zadavatel dopustil v intencích návrhu namítaných skutečností porušení zákona, a proto rozhodl podle § 265 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu navrhovatele tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
128. Z důvodu procesní ekonomie Úřad rozhodl o zastavení řízení o části návrhu (výrok I.) rozhodnutím a nikoli usnesením, jak předpokládá § 257 zákona, a to rovněž s přihlédnutím k závěrům předsedy Úřadu, ke kterým dospěl v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0204/2018/VZ-04701/2019/321/ZSř ze dne 15. 2. 2019: „*Za třetí lze zmínit situaci, kdy navrhovatel uvede v návrhu rozsáhlou argumentaci týkající se výhrad, které v námitkách neuplatnil, pak o této části návrhu Úřad rozhodne podle § 257 písm. h) zákona samostatným výrokem. V této situaci zákon sice předpokládá formu usnesení, ale tato forma není nezbytně nutná, pakliže Úřad o zbytku návrhu rozhoduje rozhodnutím. Tudíž Úřad může podle § 257 písm. h) zákona přímo rozhodnout v samostatném výroku rozhodnutí, v jehož dalších výrocích pojedná zároveň i o dalších částech návrhu. Rozhodnutí je totiž vyšší forma než usnesení, tudíž v rámci něj může Úřad pojednat o všech skutečnostech, i o těch, u kterých, pokud by se rozhodovalo pouze o nich, by postačovala forma usnesení. Takový závěr potvrzuje např. usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 1662/2004 ze dne 2. 5. 2005, z něhož vyplývá: »O zrušení rozsudku soudu prvního stupně a o vrácení věci k dalšímu řízení odvolací soud rozhoduje - jak vyplývá z ustanovení § 223 o.s.ř. - formou usnesení. Povahu usnesení neztrácí toto rozhodnutí ani v případě, je-li přiřčeno k jinému rozhodnutí odvolacího soudu, pro něž je ustanovením § 223 o.s.ř. stanovena forma rozsudku.«“ Z toho důvodu Úřad rozhodoval o zastavení řízení o části návrhu rozhodnutím.*

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Rozklad proti výroku I. tohoto rozhodnutí nemá podle § 76 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, odkladný účinek. Včas podaný rozklad proti výroku II. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Česká republika - Správa státních hmotných rezerv, Šeříková 616/1, 150 00 Praha
2. MT Legal s.r.o., Jakubská 121/1, 602 00 Brno
3. STIMAX International, s.r.o., Emilie Dvořákové 546/7, 415 01 Teplice – Trnovany

Vypraveno dne

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