



UOHSX00ASVFS

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0435/2017/VZ-04920/2018/531/MHo

Brno: 16. února 2018

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 3.11.2017, na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6,
- navrhovatel – Glomex MS, s.r.o., IČO 28426525, se sídlem Pomněnková 1256/61, 160 00 Praha 10,
- vybraný dodavatel – OPTICS TRADE, spol. s r.o., IČO 61973378, se sídlem Suvorovova 909/114, 741 01 Nový Jičín,

ve věci veřejné zakázky „Opravy speciálních optických přístrojů“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 12.5.2017 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 17.5.2017, pod ev. č. 747199, ve znění oprav uveřejněných dne 14.6.2017 a dne 13.7.2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18.5.2017 pod ev. č. 2017/S 095-188044, ve znění oprav uveřejněných dne 15.6.2017 pod ev. č. 2017/S 113-228555 a dne 14.7.2017 pod ev. č. 2017/S 133-273304,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – **nedodržel** při zadávání veřejné zakázky „Opravy speciálních optických přístrojů“, zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne

12.5.2017 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 17.5.2017, pod ev. č. 747199, ve znění oprav uveřejněných dne 14.6.2017 a dne 13.7.2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18.5.2017 pod ev. č. 2017/S 095-188044, ve znění oprav uveřejněných dne 15.6.2017 pod ev. č. 2017/S 113-228555 a dne 14.7.2017 pod ev. č. 2017/S 133-273304, **postup stanovený v § 113 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 6 odst. 1 citovaného zákona**, tím, že při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele – OPTICS TRADE, spol. s r.o., IČO 61973378, se sídlem Suvorovova 909/114, 741 01 Nový Jičín – nedostatečně posoudil, zda nabídka vybraného dodavatele neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a to ani poté, co obdržel námítky dle § 241 citovaného zákona, které toto výslovně namítaly, včetně skutečností, které případně jsou obligatorním důvodem pro vyloučení z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 113 odst. 6 písm. a) citovaného zákona, čímž se úkony jmenovaného zadavatele v souvislosti s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele staly netransparentními, přičemž uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako nápravné opatření k nezákonnému postupu zadavatele – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – uvedenému ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 263 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ruší** „Rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele sp. zn. 1686-38/2016-1350“ ze dne 25.9.2017, jakož i všechny následné úkony zadavatele učiněné v předmětném zadávacím řízení, včetně „Oznámení o výběru dodavatele sp. zn. 1686-47/2016-1350“ ze dne 1.11.2017.

III.

Zadavateli – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – **se** podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. S0435/2017/VZ ve věci návrhu navrhovatele – Glomex MS, s.r.o., IČO 28426525, se sídlem Pomněnková 1256/61, 160 00 Praha 10 – ze dne 3.11.2017 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele **ukládá zákaz uzavřít smlouvu** v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Opravy speciálních optických přístrojů“ zadávanou v užším řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 12.5.2017 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 17.5.2017, pod ev. č. 747199, ve znění oprav uveřejněných dne 14.6.2017 a dne 13.7.2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18.5.2017 pod ev. č. 2017/S 095-188044, ve znění oprav uveřejněných dne 15.6.2017 pod ev. č. 2017/S 113-228555 a dne 14.7.2017 pod ev. č. 2017/S 133-273304.

IV.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejné zakázky, se zadavateli – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – **ukládá:**

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), ve Věstníku veřejných zakázek dne 17.5.2017 pod ev. č. 747199, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18.5.2017 pod ev. č. 2017/S 095-188044, oznámení o zahájení užšího řízení na nadlimitní veřejnou zakázku „Opravy speciálních optických přístrojů“ (dále jen „veřejná zakázka“). Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo zadavatelem do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 12.5.2017 a tímto dnem bylo podle § 56 odst. 1 zákona zahájeno zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku.
2. V bodu II.1.5) oznámení o zahájení zadávacího řízení zadavatel vymezil předmět plnění veřejné zakázky jako „*Provedení servisních oprav speciálních optických přístrojů USA na základě objednávek vystavených zástupcem objednatele.*“.
3. Zadavatel v bodu IV.1.1) oznámení o zahájení zadávacího řízení dále určil, že veřejná zakázka bude zadávána v užším řízení, přičemž v bodu IV.3.4) oznámení o zahájení zadávacího řízení určil lhůtu pro podání žádostí o účast, a to do 20.6.2017. Lhůta pro podání žádostí o účast byla zadavatelem následně změněna na 12.7.2017 a poté na 28.7.2017.
4. Základním kritériem hodnocení pro zadání veřejné zakázky stanoveným v bodu IV.2.1) oznámení o zahájení zadávacího řízení byla nejnižší nabídková cena.
5. Z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel celkem dvě žádosti o účast, a to žádost navrhovatele – Glomex MS, s.r.o., IČO 28426525, se sídlem Pomněnková 1256/61, 160 00 Praha 10 (dále jen „navrhovatel“) a žádost vybraného dodavatele – OPTICS TRADE, spol. s r.o., IČO 61973378, se sídlem Suvorovova 909/114, 741 01 Nový Jičín (dále jen „vybraný dodavatel“).
6. Z dokumentu „Záznam z jednání“ ze dne 21.9.2017 je zřejmé, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem dvě nabídky na plnění veřejné zakázky, a to nabídku navrhovatele a nabídku vybraného dodavatele.
7. V „Rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele“ ze dne 25.9.2017 je uvedeno, že zadavatel rozhodl o výběru dodavatele na realizaci šetřené veřejné zakázky, a sice vybraného dodavatele.
8. Zadavatel „Oznámením o výběru dodavatele“ ze dne 25.9.2017 (dále jen „první oznámení o výběru“), jež bylo doručeno navrhovateli téhož dne, oznámil navrhovateli, že rozhodl o výběru vybraného dodavatele.
9. Proti rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele podal navrhovatel námitky ze dne 9.10.2017, které zadavatel obdržel téhož dne. Zadavatel rozhodnutím ze dne 24.10.2017, které navrhovatel obdržel téhož dne, podaným námitkám částečně vyhověl, čímž námitky ve smyslu § 245 odst. 2 zákona odmítnul.
10. Zadavatel „Rozhodnutím o zrušení oznámení o výběru dodavatele“ ze dne 1.11.2017, jež bylo doručeno navrhovateli téhož dne, rozhodl o zrušení prvního oznámení o výběru.

11. Zadavatel současně „Oznámením o výběru dodavatele“ ze dne 1.11.2017 (dále jen „druhé oznámení o výběru“), jež bylo doručeno navrhovateli téhož dne, oznámil navrhovateli, že „nově“ rozhodl o výběru vybraného dodavatele.
12. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o jím podaných námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 3.11.2017 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

II. OBSAH NÁVRHU

13. Z návrhu navrhovatele vyplývá, že směřuje proti rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 25.9.2017.
14. Navrhovatel v úvodu návrhu sděluje, že zadavatel rozhodnutím o výběru dodavatele porušil zákon, když vybral k uzavření smlouvy na posuzovanou veřejnou zakázku, jejímž předmětem je provádění defektace a běžných oprav optických přístrojů americké výroby, vybraného dodavatele, a to z následujících důvodů.
15. Navrhovatel primárně předesílá, že vybraný dodavatel nesplňuje podmínky kvalifikace stanovené zadavatelem v čl. 4.1 zadávací dokumentace, jelikož nepředložil seznam významných služeb obdobného charakteru v úhrnné výši min. 10 mil. Kč včetně DPH, poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení, včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele. Uvedené tvrzení navrhovatel dokládá skutečnostmi ve vztahu k jednotlivým referenčním zakázkám vybraného dodavatele popsaných zadavatelem v dokumentu „Výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele“ ze dne 1.11.2017 (dále jen „výsledek splnění podmínek účasti“), jež tvořil přílohu druhého oznámení o výběru. Navrhovatel konstatuje, že část referenčních zakázek vybraného dodavatele, a to konkrétně smlouvy uvedené pod body č. 1) a 2) písm. „C“ výsledku splnění podmínek účasti, nesplňuje požadavek doby jejich plnění stanovenou v zadávací dokumentaci. Navrhovatel současně upozorňuje, že smlouvy uvedené v písm. „C“ výsledku splnění podmínek účasti (vyjma smluv uvedených pod body č. 4) a 5) ve vztahu k roku 2012) nesplňují požadavky zadavatele týkající se služeb obdobného charakteru, a jsou tudíž pro prokázání kritérií technické kvalifikace nepoužitelné, což navrhovatel blíže zdůvodňuje. Pokud jde o smlouvy uvedené pod body č. 4) a 5) ve vztahu k roku 2012, pak k nim navrhovatel poznamenává, že tyto nemohly být vybraným dodavatelem řádně plněny, neboť výhradním zástupcem společnosti Nightline Inc. pro Českou republiku je právě navrhovatel, který má tak jako jediný přístup k originálním náhradním dílům. Jestliže tedy předmětné smlouvy vybraný dodavatel skutečně realizoval, pak dle názoru navrhovatele k jejich plnění musel použít falzifikáty náhradních dílů.
16. S ohledem na výše popsané navrhovatel dovozuje, že vybraný dodavatel neprokázal kritéria technické kvalifikace stanovená zadavatelem v zadávací dokumentaci, neboť ani jednu z jím předložených referencí nelze použít. Zadavatel tedy postupoval v rozporu se zákonem, když vybraného dodavatele nevyloučil z účasti v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Navrhovatel k tomu doplňuje, že z důvodu pochybení zadavatele, jež k prvnímu oznámení o výběru nepřiložil v rozporu s ustanovením § 123 písm. b) zákona výsledek splnění podmínek účasti vybraného dodavatele, neměl k daným informacím týkajících se

referencí vybraného dodavatele do doby doručení druhého oznámení o výběru přístup. Navrhovatel tak nemohl shora uvedené skutečnosti tvrdit již v rámci námitek, a tudíž je dle jeho slov v souladu s ustanovením § 251 odst. 4 zákona uvádí až v návrhu.

17. Navrhovatel v dalším sděluje, že vybraný dodavatel není schopen ani oprávněn veřejnou zakázku realizovat, což dokládá následujícími skutečnostmi. Navrhovatel předesílá, že je jedinou autorizovanou osobou ve střední a východní Evropě k poskytování služeb k přístrojům AN/PVS-21, AN/PVS-21 LP/N a modulu CEHUD k AN/PVS-21, jejichž servisní opravy tvoří předmět veřejné zakázky. Navrhovatel konstatuje, že veškeré technické informace ke shora jmenovaným přístrojům podléhají předpisům mezinárodního obchodu se zbraněmi (ITAR) a získání jakýchkoli technických údajů a souvisejících komponentů pro jejich opravy je možné pouze na základě licence před jejich vývozem z USA, přičemž podmínkou vydání této vývozní licence je uzavření dohody o technické asistenci s výrobcem přístrojů a licence k trvalému vývozu DSP-5. Navrhovatel zdůrazňuje, že výlučně on disponuje potřebnými oprávněními a licencemi a má s výrobcem Steiner eOptics, Inc. jako jediný uzavřenu „Dohodu o technické asistenci“ ze dne 19.10.2011, na základě níž a dalších licenčních podmínek americké vlády je jedinou oprávněnou osobou k prodeji náhradních dílů pro předmětné přístroje a k poskytování služeb spojených s defektací, opravami a výměnou náhradních dílů těchto přístrojů konečným uživatelům pro oblast České republiky a dalších států střední a východní Evropy.
18. Navrhovatel dále uvádí, že některé části shora specifikovaných přístrojů může opravovat výhradně jejich výrobce, z čehož plyne, že tyto činnosti je schopen zajistit pouze navrhovatel, který je výhradním obchodním partnerem výrobce Steiner eOptics, Inc. pro Českou republiku. Navrhovatel upozorňuje, že podle pravidel vydaných vládou USA je servisní úkony a činnosti s danými přístroji oprávněn provádět pouze personál vyškolený výrobcem nebo jeho pověřeným zástupcem, popř. výhradní zástupce a jeho certifikované servisní středisko s vyškoleným personálem a vybavením dle požadavků výrobce. Tento fakt vyplývá ze smluvních podmínek definovaných ze strany vlády USA vůči zadavateli při pořízení přístrojů nočního vidění v programu FMS/FMF, kdy v rámci tohoto programu zadavatel pořídil přístroje SFK-14, AN/PVS-21, AN/PVS-21 LP/N, AN/AVS-9, AN/PVS-14, AN/PVS-22, AN/PVS-27, PVS-15, NL-914-B. Navrhovatel konstatuje, že za dodržení těchto smluvních podmínek je odpovědný zadavatel, přičemž je povinen nakládání s přístroji v souladu s předmětnými podmínkami zajistit. Ve světle výše řečeného je tak navrhovatel přesvědčen, že zadavatel porušil § 39 odst. 2 písm. a) ve spojení s odst. 4 věty druhé zákona, když neprovedl posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení vybraným dodavatelem a vybral dodavatele, který nesplňuje podmínky účasti v zadávacím řízení, a to jak podmínky kvalifikace podle § 37 odst. 1 písm. a) zákona, tak i obchodní a technické podmínky podle § 37 odst. 1 písm. b) a c) zákona.
19. Navrhovatel nesouhlasí s argumentací zadavatele uvedenou v rozhodnutí o námitkách ze dne 24.10.2017, že na základě vlastní exkluzivity není možné dovozovat, že vybraný dodavatel nesplnil zadávací podmínky. Ve zde projednávané věci je totiž dle navrhovatele právě autorizace ze strany výrobce přístrojů a uzavření smlouvy s výrobcem přístrojů nezbytnou podmínkou pro samotné poskytování zadavatelem poptávaných služeb. Exkluzivita, jíž je navrhovatel nadán, tak nepochybně v negativním smyslu svědčí o nemožnosti plnění veřejné zakázky vybraným dodavatelem. Navrhovatel podotýká, že

ačkoliv byly zadavateli informace dokládající nemožnost plnění předmětu šetřené veřejné zakázky vybraným dodavatelem známy, nijak se jimi v rámci posuzování splnění podmínek účasti vybraným dodavatelem nezabýval. Navrhovatel má za to, že zadavatelem tvrzená jednoduchost zadávacích podmínek zadavatele nikterak nezbavuje povinnosti posoudit, zda vybraný dodavatel skutečně splňuje veškeré podmínky účasti v zadávacím řízení a je tak schopen veřejnou zakázku v souladu s příslušnými právními předpisy v praxi splnit.

20. Navrhovatel vyjadřuje přesvědčení, že postup zadavatele spočívající v lhostejnosti k tomu, zda při plnění posuzované veřejné zakázky budou porušovány právní předpisy a práva třetích osob, stejně tak fakt, že zadavatel ponechává zjištění o neschopnosti vybraného dodavatele plnit veřejnou zakázku až na dobu její samotné realizace, kdy se v tomto ohledu zbavuje jakékoliv odpovědnosti, je rozporné nejen s příslušnými mezinárodními předpisy a ujednáními definovanými vládou USA, ale současně i v rozporu se základními principy zákona. Navrhovatel k tomu doplňuje, že pokud by zadavatel postupoval podle příslušných ustanovení zákona a ověřil si splnění podmínek účasti ze strany vybraného dodavatele, získal by další podklady, jež by dokládaly nesplnění kritérií technické kvalifikace a neschopnost vybraného dodavatele plnit veřejnou zakázku. Dle slov navrhovatele zadavatel svým postupem porušuje, kromě zákona, i další právní předpisy, a to zejména zákon č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o majetku České republiky“) a zákon č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů (zákon o finanční kontrole), ve znění pozdějších předpisů.
21. Navrhovatel v další části návrhu uvádí, že nabídková cena vybraného dodavatele je nabídkovou cenou mimořádně nízkou, jelikož za tuto nabídkovou cenu není možno předmět veřejné zakázky řádně realizovat. Navrhovatel konstatuje, že jeho nabídková cena je nejnižší cenou, kterou lze za dodržení všech licenčních podmínek a naplnění zadávacích podmínek vůbec nabídnout. Dle názoru navrhovatele cenové údaje vybraného dodavatele neodpovídají reálným nákladům na plnění veřejné zakázky, přičemž zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, neboť by tuto skutečnost musel zjistit, a to již ve fázi posuzování podmínek účasti v zadávacím řízení podle § 39 odst. 2 ve spojení s odst. 4 zákona, nejpozději však v době posuzování nabídkové ceny z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 113 zákona. Povinností zadavatele bylo pochybnost o výši nabídkové ceny vybraného dodavatele vyvrátit a požádat vybraného dodavatele o objasnění nabídkové ceny na základě § 46 zákona. Navrhovatel je přesvědčen, že pokud by zadavatel řádně posoudil nabídkovou cenu vybraného dodavatele, jak mu ukládá § 113 odst. 1 zákona a současně § 39 odst. 2 ve spojení s odst. 4 zákona, zjistil by, že nabídková cena vybraného dodavatele je mimořádně nízká a cenové údaje vybraného dodavatele uvedené v jím podané nabídce neodpovídají skutečnosti a nelze za ně veřejnou zakázku realizovat. Rozdílně od zadavatele má navrhovatel za to, že nabídkové ceny jednotlivých účastníků zadávacího řízení mohou představovat určité vodítko pro identifikování mimořádně nízké nabídkové ceny, přičemž rozdíl v nabídkových cenách v šetřeném případě nelze dle slov navrhovatele považovat za marginální.
22. Na základě všech výše uvedených argumentů tudíž navrhovatel v závěru jeho návrhu Úřadu navrhuje uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení, popř. ve zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

23. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dnem 3.11.2017, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavateli byl stejnopis návrhu doručen taktéž dne 3.11.2017.
24. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel, a
 - vybraný dodavatel.
25. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům pod č. j. ÚOHS-S0435/2017/VZ-32625/2017/531/MHo ze dne 6.11.2017.
26. Usnesením č. j. ÚOHS-S0435/2017/VZ-33563/2017/531/MHo ze dne 14.11.2017 určil Úřad zadavateli dodatečnou lhůtu pěti dnů k provedení úkonu, a to doručení dokumentace o zadávacím řízení na veřejnou zakázku.
27. Usnesením č. j. ÚOHS-S0435/2017/VZ-34184/2017/531/MHo ze dne 21.11.2017 určil Úřad zadavateli lhůtu dvou dnů k provedení úkonu, a to k písemnému sdělení, zda v dokumentaci o zadávacím řízení na veřejnou zakázku existuje dokument pod pořadovým číslem „43“, přičemž v případě, že dokument s předmětným pořadovým číslem existuje, k písemnému sdělení, o jaký dokument se jedná a co je jeho obsahem.
28. Usnesením č. j. ÚOHS-S0435/2017/VZ-34241/2017/531/MHo ze dne 22.11.2017 určil Úřad zadavateli dodatečnou lhůtu pěti dnů k provedení úkonu, a to doručení dokumentu s pořadovým číslem „43“, případně dalších dokumentů, pokud tyto tvoří součást dokumentace o zadávacím řízení na veřejnou zakázku.
29. Usnesením č. j. ÚOHS-S0435/2017/VZ-35775/2017/531/MHo ze dne 6.12.2017 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí.
30. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0435/2017/VZ-37727/2017/531/MHo ze dne 22.12.2017 Úřad nařídil zadavateli z moci úřední předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení, neboť po předběžném posouzení doposud shromážděných podkladů pro vydání rozhodnutí získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, a tudíž s ohledem na dosavadní průběh zadávacího řízení shledal nezbytným zatímně upravit poměry účastníků správního řízení.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 13.11.2017

31. Zadavatel se k návrhu vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 13.11.2017, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž konstatuje následující.
32. Zadavatel se primárně vyjadřuje k tvrzení navrhovatele, že skutečnosti svědčící o tom, že vybraný dodavatel nesplňuje kritéria technické kvalifikace, se dozvěděl až na základě druhého oznámení o výběru, a proto je nemohl uvést již v rámci námitek, nýbrž až v návrhu. Zadavatel je toho názoru, že předmětné tvrzení navrhovatele nemůže obstát. Dle slov zadavatele má navrhovatel pochopitelně právo brojit návrhem proti skutečnostem uvedeným v druhém oznámení o výběru. Avšak aby tak mohl učinit, musel by proti druhému

oznámení o výběru nejprve uplatnit námitky. To se však nestalo. Zadavatel má tudíž za to, že vůči předmětné části návrhu je zapotřebí postupovat podle § 257 písm. h) zákona. Zadavatel nicméně dodává, že se nelze ztotožnit ani s obsahovou stránkou dané argumentace navrhovatele, což v podrobnostech zdůvodňuje.

33. Ve vztahu k argumentaci navrhovatele, jež se týká údajného nesplnění technických a obchodních podmínek vybraným dodavatelem, konstatuje zadavatel následující. Zadavatel zdůrazňuje, že v zadávacích podmínkách nepožadoval k realizaci předmětu šetřené veřejné zakázky „autorizovaného opravce“. Vzhledem k právě řečenému tedy není možné tvrdit, že vybraný dodavatel nesplňuje technické a obchodní podmínky veřejné zakázky, pokud není autorizovanou osobou. Zadavatel nijak nepopírá, že některé z přístrojů byly pořízeny cestou FMS/FMF. Tento fakt nicméně neznamená, že by byl zadavatel povinen zajistit servis těchto přístrojů prostřednictvím autorizované osoby. Takový závazek z příslušných smluvních vztahů dle přesvědčení zadavatele nevyplyvá. K tomu, že na obdobné plnění zadavatel v roce 2014 s navrhovatelem uzavřel smlouvu, jež byla výsledkem jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), zadavatel uvádí, že každé zadávací řízení je jedinečné a touto optikou je na něj třeba nazírat.
34. Zadavatel setrvává na názoru, že vybraný dodavatel zadávací podmínky tak, jak byly stanoveny v zadávací dokumentaci, splnil. Zadavatel odmítá tvrzení navrhovatele, že postupoval v rozporu se zákonem, když si neověřil věrohodnost údajů a dokladů poskytnutých ze strany vybraného dodavatele. Zadavatel je přesvědčen, že vybraný dodavatel zadávací podmínky splňuje, tzn. nepojal o tomto pochybnosti, a proto postup směřující k objasňování předložených dokladů neaplikoval. Dle slov zadavatele není pravdivý ani názor navrhovatele, že by jeho postupem měly být porušovány i některé další právní předpisy, a to z toho důvodu, že vybraný dodavatel splňuje zadávací podmínky.
35. K argumentaci navrhovatele stran mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného dodavatele zadavatel upozorňuje na posun v právní úpravě této otázky, v komparaci se ZVZ. V obecné rovině není ani pravdou, že i případné konstatování, že konkrétní nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, musí bez dalšího vést k vyloučení dodavatele, jenž tuto nabídku podal, z účasti v zadávacím řízení. K tomu je zadavatel povinen výlučně v zákonem stanovených případech. V ostatních případech lze dodavatele s mimořádně nízkou nabídkovou cenou v soutěži o konkrétní veřejnou zakázku ponechat, což plyne z dostupné literatury k zákonu.
36. V závěru svého vyjádření zadavatel podotýká, že navrhovatel předloženou argumentací fakticky nabádá k jedinému možnému způsobu zadání veřejné zakázky, a to užitím jednacího řízení bez uveřejnění, což je zřejmé z toho, že se označuje za jedinou osobu oprávněnou k jejímu plnění. Ovšem s ohledem na fakt, že je zájmem zadavatele činit soutěže o veřejné zakázky přístupné co nejvyššímu počtu dodavatelů, je nutné tento nátlak navrhovatele odmítnout.
37. Ve světle všech shora popsaných skutečností tedy zadavatel označuje návrh za nedůvodný, přičemž opakuje, že ve vztahu k části návrhu směřující vůči údajnému nesplnění technické kvalifikace vybraným dodavatelem je nezbytné postupovat ve smyslu § 257 písm. h) zákona.

Vyjádření zadavatele ze dne 20.11.2017

38. Zadavatel se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0435/2017/VZ-33563/2017/531/MHo ze dne 14.11.2017 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 20.11.2017, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž v něm sděluje následující.
39. Zadavatel uvádí, že dne 13.11.2017 odeslal na Úřad jeho vyjádření k návrhu a současně tentýž den odeslal prostřednictvím poskytovatele poštovní přepravy kompletní dokumentaci o zadávacím řízení na veřejnou zakázku v listinné podobě, přičemž tato obsahuje jak dokumenty, jejichž originál byl vyhotoven v listinné podobě, tak i dokumenty, jejichž originál byl vyhotoven v elektronické podobě.

Vyjádření zadavatele ze dne 24.11.2017

40. Zadavatel se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0435/2017/VZ-34184/2017/531/MHo ze dne 21.11.2017, resp. k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0435/2017/VZ-34241/2017/531/MHo ze dne 22.11.2017, stručně vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 24.11.2017, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž v něm sděluje následující.
41. Zadavatel uvádí, že pod pořadovým číslem „43“ vznikl dokument, jehož primární funkcí je předání příslušnému orgánu zadavatele kompletní dokumentace o zadávacím řízení, funkcí vedlejší je pak vyjádření k napadaným skutečnostem orgánu, který odpovídá za faktický proces zadávání veřejných zakázek. Předmětný dokument zadavatel připojil ke svému stanovisku.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 13.12.2017

42. Navrhovatel se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0435/2017/VZ-35775/2017/531/MHo ze dne 6.12.2017 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 13.12.2017, jež Úřad obdržel téhož dne, přičemž v něm sděluje následující.
43. Navrhovatel primárně opětovně uvádí, že v době podání námitek neměl v důsledku procesního pochybení zadavatele informace, že vybraný dodavatel nespĺňuje kvalifikaci, a proto je v souladu s § 251 odst. 4 zákona uplatnil až v návrhu. V další části svého stanoviska pak navrhovatel v podrobnostech popisuje důvody, proč vybraným dodavatelem předložené referenční zakázky nejsou způsobilé k prokázání kritéria technické kvalifikace.
44. Navrhovatel se neztotožňuje s argumentem zadavatele, že nelze mít za to, že by vybraný dodavatel nesplňoval technické a obchodní podmínky veřejné zakázky, jelikož zadavatel k jejímu plnění nepožadoval osobu „autorizovaného oprávněnce“. Dle navrhovatele sice platí, že zadavatel v zadávacích podmínkách nepožadoval předložit certifikát výrobce optických přístrojů, avšak tato skutečnost nemá na samotné splnění technických a obchodních podmínek vliv. Je totiž nepochybné, že zadavatelem poptávané plnění je schopna poskytnout pouze k tomu autorizovaná osoba, tj. výlučně navrhovatel. Navrhovatel nesouhlasí s názorem zadavatele, že jej smluvní vztahy uzavřené v rámci FMF/FMS nezavazují k autorizovanému servisu. Navrhovatel v této souvislosti odkazuje např. na smlouvu „EZ-B-UCX“ ze dne 12.12.2012, v níž je stanoveno, že odběratel, čili zadavatel, je povinen zajistit zařízení pro noční vidění i proti neoprávněnému přístupu.
45. Ve vztahu k argumentaci zadavatele, že každé zadávací řízení je jedinečné, kterou zadavatel uvedl ke skutečnosti, že v červenci roku 2014 uzavřel s navrhovatelem smlouvu

na poskytnutí obdobného plnění, jež byla výsledkem jednacího řízení bez uveřejnění, navrhovatel konstatuje, že situace se od doby uzavření dané smlouvy nijak nezměnila, tj. jeho výhradní práva nadále trvají. Dle slov navrhovatele si zadavatel byl a je vědom jedinečného postavení navrhovatele k předmětu šetřené veřejné zakázky. Navzdory tomu se však nyní z nepochopitelných důvodů snaží tvrdit opak. Navrhovatel považuje za nepravdivé tvrzení zadavatele, že nebylo zapotřebí vybraného dodavatele požádat o předložení dalších dokladů a údajů, neboť tento splňuje zadávací podmínky. Vzhledem ke znalostem zadavatele a informacím, které měl k dispozici, si zadavatel musel být vědom toho, že pro něj vybraný dodavatel není a nebude schopen šetřenou veřejnou zakázku realizovat. Právě řečené ostatně dokládá i to, že výrobce přístrojů AN/PVS-21, společnost Steiner eOptics, Inc., zaslal zadavateli dne 3.10.2017 e-mail, z něhož je zřejmé, že navrhovatel je jediným oprávněným a proškoleným střediskem na údržbu a servis AN/PVS-21 pro Českou republiku, přičemž je v rozporu s licenční politikou jmenovaného výrobce autorizovat k předmětným činnostem další osobu.

46. Navrhovatel je nadále přesvědčen o tom, že nabídková cena vybraného dodavatele je mimořádně nízká. Dle něj totiž tato cena neodpovídá skutečným nákladům veřejné zakázky, a tudíž za ni není možné její předmět zrealizovat. Vzhledem k právě řečenému proto navrhovatel povinnost vyloučení vybraného dodavatele ze zadávacího řízení dokládá odkazem na § 48 odst. 8 zákona, ve spojení s § 48 odst. 2 písm. c) zákona.
47. Navrhovatel v dalším poznamenává, že na základě nahlédnutí do příslušného správního spisu zjistil, že dokumentace o zadávacím řízení nebyla zadavatelem Úřadu zaslána v souladu s § 252 odst. 1 zákona. Dokladem právě řečeného je fakt, že tato neobsahuje protokoly týkající se posouzení kvalifikace dodavatelů, jež podali žádost o účast v zadávacím řízení. Ačkoliv je obecně pravdou, jak uvádí i zadavatel, že v zákoně není explicitně stanovena povinnost takový dokument vyhotovit, je navrhovatel přesvědčen, že tyto protokoly zadavatel vyhotovit musel, a to s ohledem na znění § 216 odst. 1 a 2 zákona, stejně tak i z důvodu zajištění zásady transparentnosti. Navrhovatel má tedy za to, že dokumentace o zadávacím řízení nebyla Úřadu, a to ani v dodatečné pětidenní lhůtě, zadavatelem zaslána v souladu se zákonem, protože Úřad nemá jinou možnost, než zadavateli uložit nápravné opatření podle § 263 odst. 4 zákona. Navrhovatel dodává, že o nekompletnosti dokumentace o zadávacím řízení svědčí i fakt, že její součástí nebyl dokument s pořadovým číslem „43“, přičemž zde vyvstávají pochybnosti o skutečném vyhotovení daného dokumentu.
48. S ohledem na výše uvedené tedy navrhovatel v závěru jeho stanoviska navrhuje, aby Úřad zadavateli uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.
49. Zadavatel ani vybraný dodavatel se ve lhůtě určené usnesením Úřadu č. j. ÚOHS-S0435/2017/VZ-35775/2017/531/MHo ze dne 6.12.2017, ani později, k podkladům rozhodnutí nevyjádřili.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

50. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření předložených účastníky řízení, a na základě vlastního zjištění rozhodl, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 113

odst. 1 zákona, v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, tím, že při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele nedostatečně posoudil, zda nabídka vybraného dodavatele neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a to ani poté, co obdržel od navrhovatele námítky ze dne 9.10.2017, které toto výslovně namítaly, včetně skutečností, které případně jsou obligatorním důvodem pro vyloučení z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 113 odst. 6 písm. a) zákona, čímž se úkony zadavatele v souvislosti s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele staly netransparentními, přičemž uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

51. Podle § 4 odst. 1 zákona je veřejným zadavatelem
 - a) Česká republika; v případě České republiky se organizační složky státu považují za samostatné zadavatele,
 - b) Česká národní banka,
 - c) státní příspěvková organizace,
 - d) územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace,
 - e) jiná právnická osoba, pokud
 1. byla založena nebo zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
 2. jiný veřejný zadavatel ji převážně financuje, může v ní uplatňovat rozhodující vliv nebo jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním nebo kontrolním orgánu.
52. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
53. Podle § 28 písm. o) zákona se mimořádně nízkou nabídkovou cenou pro účely tohoto zákona rozumí nabídková cena nebo náklady uvedené účastníkem zadávacího řízení, které se jeví jako mimořádně nízké ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.
54. Podle § 113 odst. 1 zákona posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatel provede před odesláním oznámení o výběru dodavatele.
55. Podle § 113 odst. 4 zákona požádá zadavatel 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.

56. Podle § 113 odst. 6 zákona 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 unie; jestliže je účastník zadávacího řízení vyloučen z tohoto důvodu, informuje zadavatel o této skutečnosti Evropskou komisí, nebo
 - c) neobsahuje potvrzení skutečností podle odstavce 4.

Relevantní ustanovení dalších právních předpisů

57. Podle § 3 odst. 1 zákona o majetku České republiky jsou organizačními složkami státu ministerstva a jiné správní úřady státu, Ústavní soud, soudy, státní zastupitelství, Nejvyšší kontrolní úřad, Kancelář prezidenta republiky, Úřad vlády České republiky, Kancelář Veřejného ochránce práv, Akademie věd České republiky, Grantová agentura České republiky a jiná zařízení, o kterých to stanoví zvláštní právní předpis anebo tento zákon (§ 51); obdobné postavení jako organizační složka státu má Kancelář Poslanecké sněmovny a Kancelář Senátu.
58. Podle § 7 odst. 1, věty první, zákona o majetku České republiky za stát právně jedná vedoucí organizační složky, již se toto právní jednání týká, pokud zvláštní právní předpis nebo tento zákon (§ 28 odst. 2) nestanoví jinak.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

59. Zadavatel v bodě 2. „Předmět rámcové dohody“ zadávací dokumentace uvedl, že *„Předmětem rámcové dohody je ujednání rámcových podmínek pro zadávání veřejných zakázek na služby, kterými je provedení běžných oprav speciálních optických přístrojů USA (...) v letech 2017 – 2020.*

Předmětem každé veřejné zakázky bude:

provedení defektace a běžných oprav přístrojů podle požadovaného rozsahu a doplnění chybějícího nebo poškozeného příslušenství přístrojů (...) za účelem zabezpečení jejich funkčnosti a provozuschopnosti na základě výzvy k podání nabídky vybranému účastníkovi rámcové dohody.“

60. Podle čl. XIII. „Zvláštní ujednání“, odst. 3., smluvních podmínek *„Zhotovitel prohlašuje, že provedené dílo není zatíženo žádnými právy třetích osob. Zhotovitel odpovídá za případné porušení práv z průmyslového nebo jiného duševního vlastnictví třetích osob při provádění díla.“*
61. Ve sdělení navrhovatele zadavateli ze dne 21.7.2017, jež zadavatel obdržel dne 24.7.2017, navrhovatel uvedl, že zasílá *„potvrzení o výhradním zastoupení od výrobců přístrojů nočního vidění, společností Nightline Inc. a Steiner eOptics, Inc., k doložení našich výhradních práv provádět služby požadované Ministerstvem obrany ČR v rámci veřejné zakázky „Opravy speciálních optických přístrojů“.“*

62. Ve sdělení navrhovatele zadavateli ze dne 15.9.2017, které zadavatel obdržel téhož dne, navrhovatel uvedl, že „v příloze zasíláme certifikáty amerických výrobců přístrojů nočního vidění Nightline, Inc. a Steiner eOptics, Inc.

Certifikáty s úředně ověřeným překladem do českého jazyka potvrzují (již dekádu trvajících) jmenování společnosti Glomex MS, s.r.o. (tj. navrhovatele, pozn. Úřadu) jako jediného a výhradního opravce k provádění kontrol, oprav a údržby přístrojů nočního vidění a souvisejícího příslušenství pro teritorium České republiky, a to bez omezení, které by rozlišovalo, zda jsou přístroje v záruce, či nikoliv a bez ohledu na to, zda byly dodány komerční cestou nebo v rámci dodávek FMS/FMF. Jedná se především o přístroje typu AN/PVS-21, SFK-14 NVD-3GEN, AN/AVS-9/M949, AN/AVS-9, AN/PVS-14, AN/PVS-22 UNS 1600 R4, AN/PVS-27, NL-914-B, PVS 15 M 952, AN/PVS-15/M952.“

63. Přílohou tohoto sdělení učinil navrhovatel potvrzení společnosti Nightline, Inc. ze dne 10.4.2017, v němž je uvedeno, že „V rámci oblasti, pro kterou platí toto oprávnění a která zahrnuje Ministerstvo obrany České republiky, je tímto Glomex MS s.r.o. potvrzen jako jediné, výhradní a oficiální středisko pro opravu a údržbu SFK-14 NVD-3GEN, AN/AVS-9/M949, AN/AVS-9, AN/PVS-14, AN/PVS-22 UNS 1600 R4, AN/PVS-27, NL-914-B, PVS 15 M 952, AN/PVS-15/M952 a veškerého souvisejícího pomocného příslušenství; a je vybaven potřebnými nástroji, náhradními díly, spotřebním materiálem a vyškoleným personálem pro provádění výše uvedeného servisu a autorizovaných oprav.“

64. Přílohou předmětného sdělení učinil navrhovatel dále potvrzení společnosti Steiner eOptics, Inc. ze dne 10.4.2017, v němž je mj. uvedeno, že „Na území České republiky, pro které platí toto oprávnění a které zahrnuje Ministerstvo obrany České republiky, je tímto Glomex MS potvrzen jako naše jediné, výhradní a oficiální středisko pro opravu a údržbu nízkoprofilových brýlí nočního vidění AN/PVS-21, nízkoprofilového monokuláru nočního vidění model 2740 a souvisejícího pomocného vybavení; a je vybaven potřebnými nástroji, náhradními díly, spotřebním materiálem a vyškoleným personálem pro provádění kontroly, servisu a autorizovaných oprav.“

65. Ze „Zprávy o hodnocení nabídek“ ze dne 25.9.2017 vyplývá, že zadavatel hodnotil celkem dvě nabídky, a to nabídku navrhovatele a nabídku vybraného dodavatele. V dané zprávě je uvedeno, že „Hodnocení nabídek bylo provedeno podle pravidel pro hodnocení nabídek a výběr dodavatele uvedených v čl. 5 zadávací dokumentace.

Ekonomická výhodnost nabídek byla hodnocena podle nejnižší nabídkové ceny s výsledkem:

- | | |
|--------------------------------------|--------------------------------|
| <i>1. OPTICS TRADE, spol. s r.o.</i> | <i>2 130 600,00 Kč bez DPH</i> |
| <i>2. Glomex MS, s.r.o.</i> | <i>2 455 240,00 Kč bez DPH</i> |

K uzavření smlouvy bude vybrán účastník zadávacího řízení OPTICS TRADE, spol. s r.o.“

K postavení zadavatele

66. Úřad primárně posoudil, zda je splněn předpoklad stanovený v § 4 zákona, tedy zda je vůbec dána osoba zadavatele veřejné zakázky. Ustanovení § 4 odst. 1 zákona taxativně vymezuje pět skupin subjektů, které spadají pod definici „veřejného zadavatele“. Jedním z těchto subjektů je podle § 4 odst. 1 písm. a) zákona Česká republika, kdy dle citovaného ustanovení

zákona se v případě České republiky organizační složky státu považují za samostatné zadavatele.

67. Podle § 7 odst. 1, věty první, zákona o majetku České republiky za stát právně jedná vedoucí organizační složky, jíž se toto právní jednání týká, pokud zvláštní právní předpis nebo tento zákon (§ 28 odst. 2) nestanoví jinak.
68. Z dikce ustanovení § 7 odst. 1 zákona o majetku České republiky tudíž vyplývá, že za stát, tzn. za Českou republiku, coby veřejného zadavatele ve smyslu § 4 odst. 1 písm. a) zákona, jednájí, a tedy i veřejné zakázky zadávají, jednotlivé organizační složky státu.
69. Podle § 3 odst. 1 zákona o majetku České republiky jsou organizačními složkami státu, mimo jiné, i ministerstva.
70. S ohledem na shora uvedené skutečnosti Úřad tudíž tuto část odůvodnění uzavírá s konstatováním, že zadavatel, tj. Ministerstvo obrany, jakožto organizační složka státu podle § 3 odst. 1 zákona o majetku České republiky, tedy organizační složka České republiky, je veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. a) zákona. Osoba „zadavatele veřejné zakázky“ je tak v šetřeném případě bez nejmenších pochyb dána.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

71. Navrhovatel v návrhu mj. namítá, že nabídková cena předložená vybraným dodavatelem je mimořádně nízká, neboť za ni není možné předmět plnění posuzované veřejné zakázky řádně realizovat. Dle názoru navrhovatele zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, neboť jeho povinností bylo pochybnost o výši nabídkové ceny vybraného dodavatele vyvrátit a vyzvat ho k jejímu objasnění (viz bod 21. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu Úřad konstatuje následující.
72. Úřad nejprve v obecné rovině konstatuje, že smyslem ustanovení § 113 zákona, jež upravuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, je chránit zadavatele před „agresivní“ cenotvorbou konkurentů z řad zájemců o získání veřejné zakázky. Současně je nutno dodat, že tato ochrana zadavatele není absolutní, tzn. shora citované ustanovení zákona zadavatele nenutí, aby byl chráněn „proti své vůli“. Právě řečené znamená, že i v případě pochybností o tom, zda je nabídnutá cena některým z dodavatelů reálná a je možné za ni konkrétní veřejnou zakázku z ekonomického hlediska smysluplně realizovat, je právem zadavatele se rozhodnout (pokud nejde o některou ze situací popsanych níže), zda takového dodavatele, o jehož nabídkové ceně má pochybnosti, ze zadávacího řízení vyloučí či nikoliv. Lze tedy do jisté míry souhlasit s názorem zadavatele, že pokud jde o otázku mimořádně nízké nabídkové ceny, doznala současná právní úprava, tzn. zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v komparaci s předchozí právní úpravou, tj. ZVZ, určitého posunu. Ovšem je zapotřebí současně akcentovat, že výše uvedené rozhodně neznačí, že by měl zadavatel k posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídkách dodavatelů přistupovat jakkoliv „benevolentněji“, popř. že by nikdy nemusel dodavatele z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny z účasti v zadávacím řízení vyloučit, stejně tak není dotčena povinnost zadavatele postupovat i v této fázi zadávacího řízení v souladu se zásadou transparentnosti. V souvislosti s výše uvedeným je nutné akcentovat, že zákon i nadále pracuje s obligatorními důvody pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, za situace kdy je v jeho nabídce obsažena mimořádně nízká nabídková cena. V tomto ohledu lze poukázat na ustanovení

§ 113 odst. 6 zákona. Citované ustanovení například ukládá zadavateli povinnost vyloučit účastníka zadávacího řízení tehdy, jestliže z jím poskytnutého objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny vyplývá, že jeho nabídková cena je mimořádně nízká z důvodu porušování povinností uvedených v § 113 odst. 4 písm. a) zákona, čili mj. z důvodu nedodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky. Pokud tedy příslušný účastník zadávacího řízení v objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny nepotvrdí, že jeho nabídková cena není mimořádně nízká právě v důsledku porušování povinností vyplývajících z právních předpisů, které se vztahují k předmětu veřejné zakázky, pak zadavatel podle § 113 odst. 6 písm. a) zákona musí takového účastníka ze zadávacího řízení vyloučit, tj. vyloučení je v tomto případě obligatorní. Jestliže tedy zadavatel identifikuje nabídkovou cenu některého z účastníků jako mimořádně nízkou, čili získá o reálnosti jím předložené ceny pochybnosti, je jeho povinností postupovat dle § 113 odst. 4 zákona a vyžádat si od tohoto účastníka písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny. Za předpokladu, že z tohoto zdůvodnění následně vyplyne, že nabídková cena daného účastníka je mimořádně nízká vlivem nedodržování (porušování) právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, stíhá zadavatele povinnost aplikovat § 113 odst. 6 zákona a tohoto účastníka ze zadávacího řízení vyloučit.

73. Úřad v dalším sděluje, že pochybnosti o mimořádně nízké nabídkové ceně, resp. o reálnosti nabídkové ceny, mohou být na straně zadavatele vyvolány 2 způsoby. Předně k těmto pochybnostem může zadavatel dospět sám, např. v důsledku toho, že nabídková cena jednoho z účastníků zadávacího řízení je markantně nižší než nabídkové ceny zbývajících účastníků. Druhým způsobem, kterak zadavatel může získat pochybnosti o reálnosti (opodstatněnosti) nabídkové ceny, je upozornění na tuto eventualitu „zvenčí“, tj. typicky prostřednictvím konkrétního podání od jiného účastníka zadávacího řízení. K tomu Úřad dále poznamenává, že zadavatel je v celém průběhu zadávacího řízení povinen zajistit dodržování základních zásad zadávacího řízení stanovených v ustanovení § 6 zákona, mezi něž spadá i zásada transparentnosti. Otázkou výkladu zásady transparentnosti se ve své rozhodovací činnosti již opakovaně zabývaly soudy, např. Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 uvádí, že *„úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“*. Byť se uvedené závěry obsažené v citovaném rozsudku vztahují k předchozí právní úpravě, tj. ZVZ, jsou dle názoru Úřadu plně aplikovatelné i ve vztahu k zákonu č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, neboť přijetí nové právní úpravy nikterak nepozměnilo smysl základních zásad. Úřad dodává, že zásada transparentnosti se prolíná celým průběhem zadávacího řízení, přičemž zadavatel je povinen této zásady dbát při veškerých svých úkonech, jež v zadávacím procesu činí, úkony související s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny nevyjímaje.
74. Zadavatel v rozhodnutí ze dne 24.10.2017 o námitkách navrhovatele mj. výslovně konstatoval, že *„[z]de je vhodné upozornit na posun v právní úpravě, kdy dle zákona je zadavatel povinen účastníka zadávacího řízení vyloučit pouze v případech uvedených*

v ustanovení § 113 odst. 6 písm. a), b) a c) zákona. V ostatních případech se jedná pouze o oprávnění tak učinit, což je odlišná právní úprava oproti [ZVZ] a je tedy na vlastním uvážení zadavatele, zda dodavatele, jehož nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, vyloučí či nikoli. Uvedené však popisuje situaci, kdy je mimořádně nízká nabídková cena identifikována, což ovšem nenastalo v rámci veřejné zakázky, neboť z dokumentace k veřejné zakázce lze vyvodit, že zadavatel žádnou z nabídkových cen neshledal cenou mimořádně nízkou, tudíž ani nemohl postupovat dle ustanovení § 113 odst. 4 a násl. zákona.“. Z právě řečeného je zřejmé, že zadavatel „z vlastní činnosti“ pochybnosti o reálnosti nabídkové ceny ani u navrhovatele, ani u vybraného dodavatele, coby 2 účastníků, kteří podali nabídku na plnění šetřené veřejné zakázky, nezískal. Zůstává ovšem otázkou, zda vzhledem k průběhu zadávacího řízení neměly tyto pochybnosti ve vztahu k některému z těchto dvou účastníků u zadavatele vyvstat, a zda tudíž posouzení nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny bylo zadavatelem provedeno tak, aby jeho úkony dokumentující toto posouzení byly způsobilé obstát v testu transparentnosti.

75. Úřad primárně předepisuje, že ve „Zprávě o hodnocení nabídek“ ze dne 25.9.2017 se o posouzení nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny vůbec nehovoří. Úřad uvádí, že ačkoliv zákon zadavateli výslovně neukládá, aby průběh posouzení nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny zaznamenal v konkrétním dokumentu, jenž tvoří součást dokumentace o zadávacím řízení, jeví se z hlediska zásady transparentnosti nanejvýš vhodným, tzn. lze zadavateli doporučit, aby takto učinil, tj. posouzení nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny „někde“ zachytil, aby bylo zřejmé, že se zadavatel touto otázkou vůbec zabýval, a to i za situace, kdy zadavatel pochybnosti o reálnosti některé z nabídkových cen ať už z vlastní činnosti či na základě informací „zvenčí“ nezíská. Úřad konstatuje, že i za předpokladu, že by abstrahoval od toho, zda neměl zadavatel pochybnosti o opodstatněnosti nabídkové ceny vybraného dodavatele získat již z obsahů podání navrhovatele ze dne 21.7.2017 a 15.9.2017 (viz body 61. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a obdobně z podání společnosti Steiner eOptics, Inc. ze dne 3.10.2017, má Úřad za to, že tyto pochybnosti do zadávacího řízení prokazatelně vnesl navrhovatel prostřednictvím jeho námitek ze dne 9.10.2017. V předmětných námitkách navrhovatel uvedl, že vybraný dodavatel postrádá k plnění posuzované veřejné zakázky nezbytná licenční ujednání, nemá a do budoucna ani nebude mít přístup k potřebným náhradním dílům, přičemž pokud by vybraný dodavatel k realizaci veřejné zakázky používal své vlastní náhradní díly, došlo by k porušení licenčních podmínek a současně průmyslových práv výrobce. Z pohledu Úřadu tak navrhovatel těmito námitkami zadavatele upozornil na to, že nabídková cena vybraného dodavatele je, resp. může být mimořádně nízká z důvodu nedodržení povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu šetřené veřejné zakázky (§ 113 odst. 4 písm. a) zákona), tzn. vzhledem k tomu, že vybraný dodavatel nebude dodržovat závazná licenční ujednání, lépe řečeno těmito obligatorními licencemi vůbec nedisponuje, a že bude k plnění veřejné zakázky používat neoriginální náhradní díly, slovy navrhovatele falzifikáty. Navrhovatel tak v námitkách ze dne 9.10.2017 vyjádřil přesvědčení, že nabídková cena vybraného dodavatele je mimořádně nízká vlivem skutečností, jež případně mohou představovat obligatorní důvod pro vyloučení ze zadávacího řízení podle § 113 odst. 6 písm. a) zákona.
76. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že navrhovatel v námitkách předložil relevantní argumenty týkající se toho, že nabídková cena vybraného dodavatele může být eventuálně

mimořádně nízká v důsledku nedodržení (porušení) povinností plynoucích z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky. Navrhovatel tak dle názoru Úřadu na základě předmětných námitek vnesl do zadávacího řízení pochybnosti o reálnosti nabídkové ceny vybraného dodavatele, když namítal, že nabídková cena vybraného dodavatele je mimořádně nízká právě i v důsledku porušení povinností vyplývajících ze shora citovaného ustanovení zákona. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách ze dne 24.10.2017 sdělil, že v zadávací dokumentaci nepožadoval realizaci veřejné zakázky prostřednictvím „autorizovaného opravce“, tj. nepožadoval předložení žádných certifikátů, přičemž tvrzení navrhovatele, že vybraný dodavatel použije k plnění veřejné zakázky falzifikáty, označil za pouhou spekulaci. Zadavatel dále dodal, že respektování průmyslových práv výrobců potřebných náhradních dílů leží na straně dodavatele, nikoliv na straně zadavatele. Ve vztahu k této argumentaci zadavatele Úřad poznamenává, že předmět plnění šetřené veřejné zakázky má spočívat v provádění běžných oprav speciálních optických přístrojů, včetně doplnění chybějícího nebo poškozeného příslušenství těchto přístrojů. Je tedy zřejmé, že k tomu, aby mohl vybraný dodavatel veřejnou zakázku v praxi úspěšně realizovat, musí být schopen požadované opravy provést a musí být nadán náhradními díly, resp. musí mít k těmto náhradním dílům zajištěn přístup, popř. toto musí mít zajištěno prostřednictvím poddodavatele. Úřad opakuje, že navrhovatel v námitkách vyjádřil pochybnosti, že nabídková cena vybraného dodavatele může být mimořádně nízká v důsledku nereflektování povinností, které z plnění předmětu veřejné zakázky vyplývají, jelikož vybraný dodavatel nedisponuje potřebnými certifikáty a náhradními díly. Podle navrhovatele vybraný dodavatel při plnění veřejné zakázky nezajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky. Úřad zdůrazňuje, že fakt, že zadavatel nepožadoval předložení konkrétních certifikátů, resp. nepožadoval k plnění posuzované veřejné zakázky autorizovaného opravce, tzn. neučinil tyto požadavky součástí zadávacích podmínek, ničeho nemění na povinnosti zadavatele řádně posoudit otázku mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného dodavatele. Tato skutečnost tedy automaticky neznamená, že vybraný dodavatel může porušovat § 113 odst. 4 písm. a) zákona, a že tedy jeho nabídková cena může být z tohoto důvodu mimořádně nízká v důsledku skutečností, které případně mohou představovat obligatorní důvod pro jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení postupem dle § 113 odst. 6 písm. a) zákona. Úřad k tomu doplňuje, že je vždy třeba ve vztahu k posouzení splnění podmínek účasti nezbytně posoudit, „co vše“ zadavatel po dodavatelích požaduje prokázat v rámci zadávacího řízení; nicméně toto neznamená, že nabídková cena bude kalkulována v rozporu s příslušnými právními předpisy, jež se k ocenění nabízeného plnění vážou.

77. Jak bylo popsáno již výše, navrhovatel námitkami ze dne 9.10.2017 vnesl do zadávacího řízení pochybnosti o mimořádně nízké nabídkové ceně vybraného dodavatele, mj. pochybnosti o právní bezvadnosti nabízené nabídkové ceny za zadavatelem poptávané plnění. Úřad má za to, že za této situace, tj. když zde byly dány pochybnosti o opodstatněnosti nabídkové ceny vybraného dodavatele, bylo povinností zadavatele, aby tyto pochybnosti relevantním a přezkoumatelným způsobem rozptýlil. Úřad uvádí, že na místě bylo kupříkladu konfrontovat vybraného dodavatele s obsahem těchto námitek a požádat jej o zdůvodnění, resp. potvrzení, zda skutečně a jak je schopen v rámci realizace veřejné zakázky zajistit dodržování konkrétních povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, aby mohlo být postaveno najisto, že nabídková

cena vybraného dodavatele není mimořádně nízká, zejm. pak ve vztahu k obligatorním důvodům vyloučení definovaných v § 113 odst. 6 písm. a) zákona. Zadavatel však tyto návrhovatelem vnesené pochybnosti v rozhodnutí o námitkách nijak nerozptýlil, kdy se fakticky omezil pouze na konstatování, že v zadávacích podmínkách po dodavatelích nepožadoval předložení žádných certifikátů. Úřad opětovně akcentuje, že daná skutečnost, tzn. že zadavatel v zadávacích podmínkách nepožadoval předložení konkrétních certifikátů, popř. příslušných licenčních oprávnění, bez dalšího nemůže vést k závěru (nemůže zaručovat), že vybraný dodavatel bude v průběhu realizace šetřené veřejné zakázky schopen zajistit dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů týkajících se jejího předmětu, a že se pak ve svém důsledku nejedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Ačkoliv tak zadavatel neučinil součástí zadávacích podmínek požadavek na předložení konkrétních certifikátů (licenčních oprávnění), nezbavuje jej to povinnosti řádně posoudit předložené nabídkové ceny, a to obzvláště za situace, kdy bylo návrhovatelem zpochybněno ocenění nabídky vybraným dodavatelem, kdy z podaných námitek jednoznačně vyplývalo, že návrhovatel má pochybnosti o právní bezvadnosti nabízené ceny a potažmo nabízeného plnění vybraným dodavatelem. Tu Úřad opětovně akcentuje, na uvedeném ničeho nemění, že zadavatel v zadávacích podmínkách po dodavatelích nepožadoval předložení příp. certifikátů, licencí apod. a nelze v tomto ohledu přijmout tuto jeho argumentaci ve vztahu k postupu při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny.

78. Úřad uvádí, že v dokumentaci o zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku tudíž absentuje, tzn. v žádném dokumentu tvořícím její součást není zachyceno, na základě jakých konkrétních podkladů a informací a od nich odvozených myšlenkových úvah má zadavatel za prokázané, že nabídková cena vybraného dodavatele není nabídkovou cenou mimořádně nízkou, resp. proč zde nejsou dány důvody pro obligatorní vyloučení z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny. Přetrvávají zde proto pochybnosti o tom, zda nabídková cena vybraného dodavatele není nabídkovou cenou mimořádně nízkou vlivem zákonem nedovolené příčiny.
79. S ohledem na výše uvedené proto nelze konstatovat jinak, než že zadavatel při posuzování nabídky vybraného dodavatele z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny nepostupoval v souladu s § 113 odst. 1 zákona, v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, jelikož dostatečně neposoudil, zda nabídka vybraného dodavatele neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a to ani poté, co obdržel námitky návrhovatele ze dne 9.10.2017, jež toto výslovně namítaly, a to včetně skutečností, které jsou případně obligatorním důvodem pro vyloučení z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 113 odst. 6 písm. a) zákona, v důsledku čehož se úkony zadavatele v souvislosti s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele staly netransparentními, přičemž uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
80. Úřad se dále zabýval otázkou vlivu nezákonného posouzení nabídky vybraného dodavatele z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatelem na výběr dodavatele. Úřad odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. R128/2014, v němž je konstatováno, že zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Výše uvedený závěr předsedy Úřadu o potencialitě vlivu lze demonstrovat na ustálené rozhodovací praxi jak Úřadu, tak soudů, a byť se uvedené příklady týkají řízení o deliktu (posuzovaného podle ZVZ),

ve vztahu k potencialitě vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, je možná jejich aplikace i na zde posuzovaný případ, kdy Úřad přezkoumává postup zadavatele v zadávacím řízení ještě před uzavřením smlouvy, neboť ustanovení § 263 odst. 2 zákona stanoví, že nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele. Jak rovněž konstatoval Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20.3.2012 *„Pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbývá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou...K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat.“*. Obdobně pak v rozhodnutí sp. zn. R406/2013 předseda Úřadu konstatoval, že *„v tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „...nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku“.*

81. V rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc již ze dne 12.2.2009 předseda konstatoval, že *„Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona [ZVZ, pozn. Úřadu] je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. ...k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění.“*. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7.10.2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že *„pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [§ 120 odst. 1 písm. a) ZVZ, pozn. Úřadu] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“.*
82. K výše uvedeným závěrům dospěl rovněž Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 9 As 63/2016-43 ze dne 18.8.2016, ve kterém bylo mimo jiné konstatováno následující. *„Devátý senát neshledal důvody se od výše citované judikatury v projednávané věci odchýlit. Lze tedy uzavřít, že stěžovatel není u ohrožovací formy správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách (nezákonným postupem zadavatele mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky) povinen prokazovat, že zde existoval konkrétní dodavatel, který by se, nebýt pochybení zadavatele, zadávacího řízení zúčastnil a mohl podat výhodnější nabídku. Postačí, aby stěžovatel v rozhodnutí učinil kvalifikovanou úvahu, z níž bude logickým*

a srozumitelným způsobem vyplývat, proč v důsledku pochybení zadavatele mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tj. k ohrožení soutěže o veřejnou zakázku.“

83. Jak již Úřad uvedl výše, citované závěry o potencialitě vlivu byly ze strany Úřadu a následně v rámci soudních přezkumů učiněny za účinnosti ZVZ, avšak vyslovené závěry stran potenciality vlivu na výběr nejvhodnější nabídky jsou aplikovatelné i za účinnosti zákona, kdy je posuzován možný vliv na výběr dodavatele.
84. Úřad konstatuje, že konkrétním projevem potenciality vlivu na výběr dodavatele je v posuzovaném případě skutečnost, že pokud by zadavatel posouzení nabídky vybraného dodavatele z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny provedl v souladu se zákonem, nelze zcela vyloučit možnost, že by k plnění veřejné zakázky byla vybrána nabídka druhého z účastníků zadávacího řízení, tj. nabídka navrhovatele. Potentialita vlivu nezákonného postupu zadavatele na výběr dodavatele je tak ve zde projednávané věci prokazatelně dána.
85. K dalším namítaným skutečnostem navrhovatele, tj. k tomu, že vybraný dodavatel údajně nesplnil technické a obchodní podmínky, Úřad konstatuje, že jelikož dospěl k závěru, že zadavatel při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele postupoval v rozporu se zákonem, považuje šetření dalších skutečností uvedených v návrhu za nadbytečné, poněvadž toto by nemohlo mít na výsledek rozhodnutí Úřadu, co do uloženého nápravného opatření, vliv. Úřad tak postupuje v souladu s konstantní rozhodovací praxí, dle níž zkoumání dalších důvodů pro uložení nápravného opatření je nadbytečné, existuje-li alespoň jeden oprávněný důvod. Takový postup v rámci přezkumu je nejen v souladu s rozhodovací praxí Úřadu a správních soudů, ale též v souladu se zásadou procesní ekonomie. Je neúčelné, aby se Úřad věcně zabýval všemi důvody pro uložení nápravného opatření a k prokázání či vyvrácení jejich existence prováděl rozsáhlé dokazování, jež dále zatíží účastníky řízení a případně též nedůvodně pozdrží průběh přezkumného řízení, když i po posouzení těchto skutečností by se na uloženém nápravném opatření nic nezměnilo. Úřad však doplňuje, že svůj náhled v podstatě okrajově vyjádřil již v odůvodnění tohoto rozhodnutí vztahujícímu se k posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného dodavatele zadavatelem. Úřad však v tomto ohledu vyjadřuje podiv nad tím, jak zadavatel s ohledem na specifickou („citlivost“) předmětu veřejné zakázky a současně vzhledem k určitým závazkům pramenícím z jeho samotného „poslání“ přistoupil.
86. Na tomto místě se Úřad pro úplnost vyjadřuje k argumentaci navrhovatele, jejímž obsahem je tvrzení, že zadavatel při vyhotovování dokumentace o zadávacím řízení a při jejím následném zaslání Úřadu porušil zákon (viz bod 47. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Navrhovatel uvádí, že zadavatel měl povinnost vyhotovit protokoly o posouzení kvalifikace dodavatelů, kteří podali žádost o účast. Úřad k tomu konstatuje, že se zcela ztotožňuje s argumentem zadavatele, že zákon, zadavatelům neukládá povinnost protokol, popř. protokoly, o posouzení kvalifikace vyhotovovat. Záleží tedy na úvaze zadavatele, zda k vyhotovení těchto protokolů přistoupí či nikoliv. Vyhotovení těchto protokolů může pochopitelně vést ke zvýšení transparentnosti zadávacího řízení. Avšak skutečnost, že zadavatel v šetřeném případě tyto protokoly nevyhotovil, jak vyplývá z jeho vyjádření ze dne 20.11.2017, neznamená, že postupoval v rozporu se zákonem, neboť žádné zákonné ustanovení zadavateli tuto povinnost obligatorně nestanoví. Pakliže tedy zadavatel předmětné protokoly nevyhotovil, pak tyto, zcela logicky, nemohou být součástí dokumentace o zadávacím řízení ve smyslu § 216 zákona a zadavatel je tak samozřejmě ani

nemohl podle § 252 odst. 1 zákona Úřadu zaslat. Ve vztahu k těmto protokolům, které dle vyjádření zadavatele neexistují, jelikož nebyly zadavatelem vyhotoveny, a Úřadu nejsou známy okolnosti, které by tvrzení zadavatele vyvracely, zadavatel z pochopitelných důvodů nemohl porušit ustanovení § 263 odst. 4 zákona, a tudíž zde není dán důvod pro uložení nápravného opatření zadavateli podle posledně citovaného ustanovení zákona, jak se domáhá navrhovatel. Ve vztahu k dokumentu s pořadovým číslem „43“, k němuž navrhovatel podotýká, že nebyl součástí zadavatelem zasláné dokumentace o zadávacím řízení (viz opětovně bod 47. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí, že po jeho přezkoumání dospěl k závěru, že se jedná o interní dokument zadavatele, v němž „Sekce vyzbrojování a akvizic Ministerstva obrany“ sděluje „Sekci dozoru a kontroly Ministerstva obrany“ konkrétní informace. Z pohledu Úřadu předmětný dokument, jenž mu byl zadavatelem zaslán dodatečně, nenaplnuje ani dikci ustanovení § 216 zákona, čili se nejedná o dokument, který nutně musí tvořit dokumentaci o zadávacím řízení, a to právě vzhledem k tomu, že se jedná o interní dokument zadavatele, tzn. jeho pořízení není zákonem od zadavatele vyžadováno a i pokud by právě uvedené neplatilo, nelze přehlédnout, že tento dokument byl doručen v dodatečně stanovené lhůtě ve smyslu § 263 odst. 4 zákona a tedy není na místě ukládat nápravné opatření dle citovaného ustanovení zákona. Pro úplnost Úřad uvádí, že není možno přisvědčit dodatečné argumentaci navrhovatele ohledně netransparentnosti předmětného zadávacího řízení z důvodu dodatečného zaslání dokumentů, popř. neexistenci konkrétních protokolů o posouzení kvalifikace, stejně tak obsahu informací obsažených v dokumentu č. 43, kdy tato otázka ani není předmětem správního řízení, který byl vymezen podaným návrhem navrhovatele.

87. Úřad pro úplnost dodává, že o zbývající části návrhu navrhovatele, tj. o části, kterou brojí proti údajnému neprokázání kritéria technické kvalifikace podle § 196 odst. 1 písm. b) zákona vybraným dodavatelem, jež bylo zadavatelem stanoveno v čl. 4. „Podmínky účasti v zadávacím řízení“, bodě 4.1 „Podmínky kvalifikace“, zadávací dokumentace (viz body 15. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí), je Úřadem rozhodováno samostatným usnesením č. j. ÚOHS-S0435/2017/VZ-36099/2017/531/MHo, a to vzhledem k dikci ustanovení § 257 písm. h) zákona, neboť této části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námítky.
88. Úřad doplňuje, že tímto rozhodnutím není vyloučeno, že zadavatel dospěje opětovně k závěru, že nabídková cena vybraného dodavatele není mimořádně nízká, popř. že sice mimořádně nízká je, avšak ze zákonem aprobovaného důvodu. Je ovšem nezbytné, aby zadavatel své závěry řádně popsal a osvětlil, aby tyto byly zpětně přezkoumatelné a aby tak posouzení nabídky vybraného dodavatele z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny bylo možné označit za učiněné v souladu se zákonem.
89. S ohledem na výše uvedené skutečnosti proto rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K uložení nápravného opatření

90. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

91. Při rozhodování podle § 263 odst. 2 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy protiprávního stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace účastníků zadávacího řízení.
92. Úřad výše konstatoval, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 113 odst. 1 zákona, v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, tím, že při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele nedostatečně posoudil, zda nabídka vybraného dodavatele neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a to ani poté, co obdržel námítky dle § 241 zákona, které toto výslovně namítaly, včetně skutečností, které případně jsou obligatorním důvodem pro vyloučení z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 113 odst. 6 písm. a) zákona, čímž se úkony zadavatele v souvislosti s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele staly netransparentními, přičemž uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
93. Vzhledem k tomu, že došlo k naplnění podmínek dle § 263 odst. 2 zákona, je Úřad povinen rozhodnout o uložení nápravného opatření. Úřad jako opatření k nápravě zvolil zrušení úkonu zadavatele spočívajícího v „Rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele sp. zn. 1686-38/2016-1350“ ze dne 25.9.2017, jakož i všech následných úkonů zadavatele učiněných v předmětném zadávacím řízení, včetně „Oznámení o výběru dodavatele sp. zn. 1686-47/2016-1350“ ze dne 1.11.2017, tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení

94. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.
95. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok je účinný dnem vydání rozhodnutí, a tedy je účinný i u nepravomocného rozhodnutí. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.
96. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení úkonů zadavatele, zakázal zároveň ve výroku III. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.

K uložení úhrady nákladů řízení

97. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen

zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.

98. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
99. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2017000435.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti výroku I., II. a IV. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se Úřadu podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona zasílají výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Česká republika – Ministerstvo obrany, Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6
2. Glomex MS, s.r.o., Pomněnková 1256/61, 160 00 Praha 10
3. OPTICS TRADE, spol. s r.o., Suvorovova 909/114, 741 01 Nový Jičín

Vypraveno dne

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