



UOHSX00F2MRW

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0108/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-26743/2021/163/MBr

Brno 30.08.2021

V řízení o rozkladu ze dne 30. 6. 2021 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal navrhovatel –

- **Kaiser servis, spol. s r.o.**, IČO 26274906, se sídlem Bezručova 608/36, 678 01 Blansko, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0141/2021/VZ, č. j. ÚOHS-19952/2021/500/Alv ze dne 15. 6. 2021, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 9. 4. 2021 na návrh výše označeného navrhovatele ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –
- **Teplárny Brno, a. s.**, IČO 46347534, se sídlem Okružní 828/25, 638 00 Brno – Lesná, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 14. 4. 2021 obchodní společností S - Invest CZ s.r.o., IČO 25526171, se sídlem Kaštanová 496/123a, 620 00 Brno - Brněnské Ivanovice,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Svoz a likvidace odpadů z provozoven Teplárny Brno, a.s.**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 29. 1. 2021 a uveřejněno dne 1. 2. 2021 pod ev. č. zakázky Z2021-004178 a do Úředního věstníku Evropské unie bylo odesláno dne 29. 1. 2021 a uveřejněno dne 3. 2. 2021 pod č. 2021/S 023-055960,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské sp. zn. ÚOHS-S0141/2021/VZ, č. j. ÚOHS-19952/2021/500/Alv ze dne 15. 6. 2021

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Teplárny Brno, a. s., IČO 46347534, se sídlem Okružní 828/25, 638 00 Brno – Lesná, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 14. 4. 2021 obchodní společností S - Invest CZ s.r.o., IČO 25526171, se sídlem Kaštanová 496/123a, 620 00 Brno - Brněnské Ivanovice, (dále jen „**zadavatel**“) zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Svoz a likvidace odpadů z provozoven Teplárny Brno, a. s.“, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo odesláno ku veřejnosti dne 29. 1. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 2. 2021 pod ev. č. 2021/S 023-055960, (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je dle bodu 10.6. zadávací dokumentace zajištění sběru, výkupu, svozu, třídění, využití a likvidace odpadů vyjma odpadu komunálního v provozovnách zadavatele, a to včetně souvisejících služeb (bezplatné zapůjčení nádob, naložení, odvoz, zvážení apod.) dle platné legislativy.
3. Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky zadavatel stanovil v bodě 10.5. zadávací dokumentace ve výši 9 700 000 Kč bez DPH.
4. Zadavatel dne 8. 3. 2021 žádostí vyzval navrhovatele k písemnému zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny (dále jen „**žádost o zdůvodnění MNNC**“). Dne 11. 3. 2021 bylo doručeno zadavateli vyjádření navrhovatele k žádosti o zdůvodnění MNNC z téhož dne (dále jen „**zdůvodnění MNNC**“).
5. Rozhodnutím ze dne 18. 3. 2021 zadavatel rozhodl o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení**“), které bylo navrhovateli doručeno téhož dne.
6. Dne 29. 3. 2021 byly zadavateli doručeny námitky navrhovatele – Kaiser servis, spol. s r.o., IČO 26274906, se sídlem Bezručova 608/36, 678 01 Blansko, (dále jen „**navrhovatel**“) – z téhož dne směřující proti rozhodnutí o vyloučení (dále jen „**námitky**“). Zadavatel rozhodnutím ze

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení v daném případě ve smyslu ustanovení § 60 zákona.

dne 1. 4. 2021 námitky navrhovatele odmítl (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“). Rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno též 1. 4. 2021.

7. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí o vyloučení a rozhodnutí o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 9. 4. 2021 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**návrh**“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“).
8. Dnem doručení návrhu Úřadu došlo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) k zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0141/2021/VZ.
9. Návrh navrhovatele primárně napadá zadatelův postup, který vedl k jeho vyloučení z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny (dále jen „**MNNC**“).
10. Navrhovatel odmítá, že by přistoupil ke zdůvodnění MNNC liknavě, když na žádost o zdůvodnění MNNC reagoval řádně a včas. Navrhovatel má za to, že jeho zdůvodnění MNNC odpovídalo žádosti zadavatele o její zdůvodnění.
11. Za flagrantní porušení zásady transparentnosti, přiměřenosti a „*přezkoumatelnosti*“ považuje navrhovatel nevypořádání zásadní námitky navrhovatele týkající se tzv. korunových položek zadavatelem.
12. Navrhovatel vnímá postup zadavatele, kdy vyloučil navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení a poté odmítl jeho námitky, za rozporný s § 48 odst. 2 písm. b) zákona, v rozporu se základními zásadami stanovenými v § 6 zákona a v rozporu s § 245 odst. 1 zákona.
13. Navrhovatel se podáním návrhu domáhal toho, aby Úřad uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí (a oznámení) zadavatele o vyloučení navrhovatele z předmětného zadávacího řízení, rozhodnutí zadavatele o námitkách a veškerých navazujících úkonů.
14. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-16695/2021/510/MKo ze dne 19. 5. 2021 nařídil zadavateli předběžné opatření spočívající v uložení zákazu uzavřít smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku (dále jen „**předběžné opatření**“).

II. **Napadené rozhodnutí**

15. Dne 15. 6. 2021 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0141/2021/VZ, č. j. ÚOHS-19952/2021/500/Alv (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
16. Výrokem napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
17. S námitkou navrhovatele, že žádost o zdůvodnění MNNC byla neurčitá, se Úřad neztotožnil. Úřad uvedl, že s ohledem na skutkové okolnosti případu nemohl navrhovatel tvrdit, že nevěděl, co přesně od něho zadavatel požaduje zdůvodnit.
18. K námitce nevypořádání námitky navrhovatele týkající se tzv. korunových položek Úřad uvedl, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách v souladu s § 245 odst. 1 zákona podrobně a srozumitelně vyjádřil ke „korunovým cenám“, a proto neshledal důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 5 zákona.

19. K námitce navrhovatele, že v souladu s rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S104/2011/VZ-6553/2011/540/VKu ze dne 25. 5. 2011 měl zadavatel navrhovatele vyzvat k dalšímu doplnění, Úřad uvedl, že uvedený případ se týkal jiné právní úpravy a současně ho provázely skutkově odlišné okolnosti.

III. Námitky rozkladu

20. Dne 30. 6. 2021 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 15. 6. 2021. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
21. Navrhovatel úvodem svého rozkladu rekapituluje svůj návrh a podává repliku k vyjádření zadavatele k návrhu. Navrhovatel uvedl, že svůj návrh opíral zejména o absenci důvodů pro vyloučení z veřejné zakázky včetně nepřiléhavé právní kvalifikace a z důvodu nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách.
22. Navrhovatel uvádí, že se Úřad dopustil flagrantního pochybení, které spatřuje v právním posouzení věci a v nevypořádání se se všemi aspekty a námitkami obsaženými v návrhu. *„Jak Navrhovatel předestřel již v čl. II Rozkladu, pro úplnost uvádí, aby v rámci Rozkladu byla posuzována i argumentace obsažená v Návrhu.“*
23. Navrhovatel se dále vyjadřuje k MNNC a korunovým položkám. Dle navrhovatele se zadavatel ani Úřad nevypořádali s jeho argumentací, kterou zdůvodňoval nabízenou cenu u tzv. „korunových položek“ (viz dále), která není stanovena pod hranicí ekonomicky nutných nákladů.
24. Dle názoru navrhovatele se zadavatel dále nevyjádřil ke zcela zásadní námitce týkající se těchto „korunových položek“ podrobně a srozumitelně, tak jak požaduje § 245 odst. 1 zákona. Okolnosti odůvodňující MNNC dle navrhovatele nevypořádal zadavatel a ani Úřad v napadeném rozhodnutí. S ohledem na absentující odůvodnění v této otázce považuje navrhovatel napadené rozhodnutí za nesprávné, nezákonné a nepřezkoumatelné.
25. Dále navrhovatel namítá, že Úřad pochybil i v otázce posouzení určitosti/neurčitosti žádosti o zdůvodnění MNNC. Navrhovatel má za to, že *„se dostatečně nevypořádal ani nesdělil Navrhovateli konkrétní důvody, které podle něj vedou k tomu, aby na věc nenahlížel jako je v obdobných případech rozhodovací praxe ÚOHS (např. a nikoliv výlučně ÚOHS-S104/2011/vz-6553/2011/540/VKu ze dne 25. 5. 2011).“* Navrhovatel postrádá specifikaci jasných mantinelů, z nichž je zřejmé, že žádost jako taková byla ve svých dotazech určitá, a stejně tak jasných mantinelů, které zodpoví otázku, proč tedy ze strany navrhovatele nedošlo podle Úřadu k zodpovězení dotazů, které byly předmětem otázek zadavatele.
26. Navrhovatel uvádí, že žádost o zdůvodnění MNNC byla neurčitá a nekonkrétní. Uvedené tvrzení je dle navrhovatele potvrzeno následným chováním zadavatele, který v pozdějších úkonech svoji žádost o zdůvodnění MNNC opožděně rozšiřuje, konkretizuje a nově předstírá, co očekával, že navrhovatel ve svém zdůvodnění MNNC uvede. Navrhovatel trvá na tom, že i přes neurčitost žádosti o zdůvodnění MNNC rozsah zodpovězení otázek nastolených zadavatelem splnil.
27. V závěru svého rozkladu navrhovatel uvádí, že považuje za nesprávný názor Úřad uvedený v bodě 73 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že kvůli odlišnosti právních úprav nelze právě

k tomuto rozhodnutí, týkající se neurčitosti žádosti přihlédnout, ač sám Úřad odkazuje později v bodě 76 odůvodnění napadeného rozhodnutí na rozsudek Krajského soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“) ze dne 5. 8. 2020, sp. zn. 31 Af 75/2018-57 (dále jen „**rozsudek**“), který se týká rovněž jiné právní úpravy.

Závěr rozkladu

28. Navrhovatel se rozkladem domáhá toho, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

29. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a dle § 88 odst. 1 téhož právního předpisu předal spis spolu se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele

30. Předseda Úřadu obdržel dne 9. 7. 2021 vyjádření zadavatele z téhož dne k rozkladu navrhovatele.
31. Zadavatel připomněl, že navrhovatel ve svém zdůvodnění MNNC a v návrhu tvrdil, „[ž]e díky svému optimalizačnímu procesu, tj. po vlastní ose, za vlastní náklady a prostřednictvím svého konkurenčně významného know-how a množstevním výhodám osvětlil zadavateli i svoji ziskovost ve výši 2 % - 30 %, čímž prokázal podmínku ekonomické ziskovosti. K tomu zadavatel ve svém vyjádření k návrhu uvedl, že pokud měl navrhovatel tímto tvrzením na mysli, že vlastní náklady nezapočítal do jednotkové ceny (neboť optimalizační proces provádí po vlastní ose za vlastní náklady), a tím odůvodňoval, že je hodnota jeho jednotkových cen přiměřená (a to i v případě, že je hodnota u některých položek ve výši 1 Kč), pak současně přiznal, že jeho jednotkové ceny neobsahují veškeré náklady, jak zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci.“
32. Z vyjádření navrhovatele dle názoru zadavatele vyplývá, že část odpadů likviduje prostřednictvím smluvního partnera a část odpadů po vlastní ose, za vlastní náklady a prostřednictvím svého know-how. Navrhovatel ovšem přesně nespecifikoval, jaké odpady jsou kterým způsobem likvidovány a není u nich ani podrobně zdůvodněn způsob kalkulace jednotkové ceny tak, jak zadavatel požadoval.
33. Dle názoru zadavatele byla žádost o zdůvodnění MNNC dostatečně určitá, přičemž navrhovatel podle požadavku zadavatele nepostupoval, k jednotlivým položkám jednotkových cen se nevyjádřil, tedy zdůvodnění MNNC tak, jak zadavatel požadoval, nepředložil a MNNC nezdůvodnil, což bylo důvodem pro jeho vyloučení z další účasti v zadávacím řízení.
34. Zadavatel zopakoval, že navrhovatel ve svém zdůvodnění MNNC neuvedl žádné skutečnosti k jednotlivým položkám č. 2, 5, 6, 8, 10 až 18, 20, 21, 28, 30, 31, 32, 33, 38, 39, 45, 48, 50, 51, 54, 55, jejichž jednotkovou cenu zadavatel požadoval vysvětlit. Údaje, které navrhovatel nyní uvádí v rozkladu ke „korunovým položkám“, ve svém zdůvodnění MNNC neuvedl, zadavatel tedy neměl možnost takové argumenty ani posoudit, ani ověřit, a to zejména vzhledem k situaci na trhu po novelizaci zákona o odpadech. Předložený důkaz k rozkladu v podobě faktury č. 2001108942 s podkladem pro fakturaci nemá ani zadavatel pro své vyjádření k dispozici, ale i v případě, že by jej zadavatel k dispozici měl, tak jeho předložení v této fázi posuzování veřejné zakázky je dle názoru zadavatele již nepřipustné (resp. opožděné).

35. Ke korunovým položkám zadavatel uvedl: „Ačkoliv navrhovatel opakovaně tvrdí, že se zadavatel nevypořádal s námitkou navrhovatele ke ‚korunovým položkám‘ (ačkoliv zadavatel je přesvědčen, že tomu tak není), zadavatel připomíná, že to byl především navrhovatel, který se ve svém zdůvodnění MNNC nevyjádřil k jednotlivým položkám (ani k těm ‚korunovým‘), k nimž zadavatel jeho vyjádření a zdůvodnění požadoval. Navrhovatel následně namítal něco (korunové položky), co měl nejprve sám zadavateli odůvodnit, což v rámci svého zdůvodnění MNNC neučinil.“
36. Faktický a materiální důvod vyloučení navrhovatele byl dle názoru zadavatele posouzen Úřadem správně, protože zadavatel napadené rozhodnutí ve věci nesprávné kvalifikace důvodu pro vyloučení navrhovatele považuje za logické a správné.

Stanovisko předsedy Úřadu

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

V. K námitkám rozkladu

Obecně k institutu MNNC a smyslu MNNC

39. Ohledně obecných východisek k institutu MNNC odkazují na bod 69 odůvodnění napadeného rozhodnutí a nad rámec tam uvedeného dodávám následující.
40. Nejvyšší správní soud uvedl v rozsudku sp. zn. 5 As 180/2016 ze dne 14. 9. 2017 následující: „Smyslem institutu mimořádně nízké nabídkové ceny je chránit zadavatele před situací, kdy uchazeč ve své nabídce uvede nereálnou cenu, za níž není možné z objektivních důvodů realizovat plnění veřejné zakázky, která by vedla například k nedokončení, nekvalitnímu splnění, případně nekontrolovatelnému navyšování původní nabídkové ceny. Citované ustanovení má také bránit uchazečům v nabízení objektivně nereálné nabídkové ceny s cílem získat ‚konkurenční výhodu‘ oproti ostatním uchazečům a zvítězit tak v zadávacím řízení.“
41. Zákon zadavateli dále ukládá povinnost dotázat se dodavatelů pouze v okamžiku, kdy přítomnost MNNC skutečně zjistí. Tento závěr ostatně následuje i logiku, se kterou je nutno na institut MNNC pohlížet. Není pochyb o tom, že institut MNNC chrání především samotné zadavatele před tím, aby byli nuceni uzavřít smlouvu na předmět plnění veřejné zakázky s dodavatelem, u něhož má zadavatel pochybnosti o tom, že bude schopen veřejnou zakázku řádně realizovat. Právě uvedené lze označit za primární ochrannou funkci MNNC (srov. KRUTÁK, T., KRUTÁKOVÁ, L., GERYCH, J. *Zákon o zadávání veřejných zakázek s komentářem k 1. 10. 2016*. Olomouc: ANAG, 2016, s. 341); nebo například důvodová zpráva k zákonu, kde je ve vztahu k § 113 uvedeno: „Institut mimořádně nízké ceny slouží k ochraně

zadavatele před nabídkami dodavatelů, které by s ohledem na cenu představovaly riziko, že dodavatel nebude schopen za nabízenou cenu zakázku splnit.“

42. V rámci vyjasňování a vyhodnocování MNNC je zcela pochopitelný důraz kladený na maximální dodržení zásady transparentnosti, neboť tento postup může často směřovat k vyloučení dodavatele, v jehož nabídce byla MNNC identifikována, což je nepochybně krok zadavatele vedoucí k omezení hospodářské soutěže. V tomto smyslu se tak požadavek na transparentnost projeví zejména ve druhé fázi posuzování MNNC, tedy ve fázi, kdy zadavatel žádá dodavatele, aby odůvodnil vyskytující se MNNC. Při posuzování MNNC podle zákona je zde i patrný odklon od předchozí právní úpravy představované zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „ZVZ“). Předchozí právní úprava stanovila, že v případě, kdy MNNC není ze strany dodavatele zdůvodněna vůbec, nebo není zdůvodněna dostatečně, musí zadavatel přistoupit k vyloučení takového dodavatele, resp. k vyřazení jeho nabídky z hodnocení. Zákon takovou povinnost u zadavatele dovozuje pouze, pokud z odůvodnění MNNC plyne, že dodavatel porušuje pracovněprávní předpisy, povinnosti plynoucí z kolektivní smlouvy nebo právní předpisy vztahující se k předmětu plnění veřejné zakázky, případně v situaci, kdy je MNNC vyvolána veřejnou podporou a dodavatel není schopen předložit, že tato byla získána v souladu s předpisy Evropské unie, případně když vysvětlení dodavatele neobsahuje potvrzení skutečností podle § 113 odst. 4 zákona. To znamená, že pokud nebude MNNC dodavatele odůvodněna v jiném ohledu než dle předchozí věty, nemá zadavatel nadále povinnost takového dodavatele vyloučit.
43. Tomuto závěru pak odpovídá komentářová literatura, kde se uvádí následující: *„V případě, že z objasnění účastníka vyplývá, že mimořádně nízká nabídková cena je zapříčiněna porušením právních předpisů ve smyslu odstavce 4 písm. a) v realizační fázi veřejné zakázky nebo z důvodu neoprávněně poskytnuté veřejné podpory, resp. v případě, že účastník řízení nepotvrdí skutečnosti ve smyslu odstavce 4 písm. a) a b), zadavatel účastníka ze zadávacího řízení (povinně) vyloučí.“* (DVOŘÁK, D., MACHUREK, T., NOVOTNÝ, P., ŠEBESTA, M. a kolektiv. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 682.*).
44. V ostatních případech [tj. v případech, kdy z objasnění účastníka nevyplývá, že MNNC je zapříčiněna porušením právních předpisů ve smyslu odstavce 4 písm. a) nebo z důvodu neoprávněně poskytnuté veřejné podpory] závisí další postup v zadávacím řízení do značné míry na úvaze zadavatele. Komentářová literatura k uvedenému doplňuje: *„Je v první řadě na zadavateli, zda a do jaké míry vyhodnotí odůvodnění jako opodstatněné. Zadavatel si nikdy nemůže být zcela jist, zda je veřejná zakázka za nabídnutou cenu realizovatelná, neboť se předem nemůže v praxi přesvědčit. Zákon proto nechává na rozhodnutí zadavatele, zda riziko v konkrétním případě podstoupí, či nikoli, tedy zda zdůvodnění přijme jako dostatečné či nikoli. Je rovněž na zadavateli, zda v případě nedostatečného zdůvodnění v souladu s § 46 svoji žádost o objasnění zopakuje či doplní, anebo nikoli. Z těchto důvodů je vyloučení účastníka řízení ve smyslu § 48 odst. 4 konstruováno jako právo, nikoli jako povinnost zadavatele.“* (DVOŘÁK, D., MACHUREK, T., NOVOTNÝ, P., ŠEBESTA, M. a kolektiv. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 682.*).

45. Dříve než přejdu k řešení rozkladových námitek a předložení obecných východisek týkajících se MNNC, považuji za vhodné a účelné se alespoň stručně vyjádřit k částečně nesprávnému závěru Úřadu, který uvedl v bodě 74 odůvodnění napadeného rozhodnutí. V bodě 74 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad totiž uvedl, že žádost o objasnění podle § 46 zákona je koncipována jako možnost zadavatele, nikoliv povinnost. Současně Úřad uvedl, že shora popsanou situaci nelze považovat za případ, kdy by bylo možno s ohledem na zásady uvedené v § 6 jakkoliv dovozovat povinnost zadavatele dále s navrhovatelem komunikovat.
46. Úřad v bodě 74 odůvodnění napadeného rozhodnutí definoval koncepci ustanovení § 46 zákona, tj. koncepci ustanovení, které se týká objasnění nebo doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů. Podle ustanovení § 46 odst. 1 zákona platí, že zadavatel může pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil předložené údaje, doklady, vzorky nebo modely nebo doplnil další nebo chybějící údaje, doklady, vzorky nebo modely. Zadavatel může tuto žádost učinit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání.
47. Uvedený závěr je správný ve vztahu k žádosti o objasnění nebo doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů, nicméně tato fakultativnost žádosti se ve vztahu k zadavatelem identifikované MNNC mění v povahu obligatorní. Jinými slovy, ačkoliv je žádost o zdůvodnění MNNC považována za žádost podle § 46 zákona (viz ustanovení § 113 odst. 4 zákona) a je obecně žádostí fakultativní, tak ve vztahu k MNNC se jedná o žádost obligatorní a zadavatel při identifikaci MNNC musí žádost o zdůvodnění MNNC podat (alespoň jednou). Tato koncepce obligatornosti žádosti o zdůvodnění MNNC vychází z rozsudku Soudního dvora Evropské unie ve věci C-599/10 ze dne 29. 3. 2012 (viz body 27 – 29).

K postupu zadavatele při posouzení MNNC v nyní posuzované veřejné zakázce

48. Považuji za vhodné na tomto místě odkázat v první řadě na body 55 – 66 odůvodnění napadeného rozhodnutí, ve kterých je detailně popsán průběh zadávacího řízení včetně citací ze žádostí zadavatele a z odpovědí/vysvětlení MNNC vybraného dodavatele. Nepovažuji za nutné tuto skutková zjištění opakovat, proto jsem se rozhodl celý proces posouzení MNNC shrnout do několika stěžejních bodů.
49. Z protokolu o 1. jednání hodnotící komise ze dne 8. 3. 2021 (dále jen „**protokol HK1**“) vyplývá, že zadavatel v nyní posuzované věci v rámci posouzení nabídkové ceny identifikoval u navrhovatele MNNC. V reakci na tato zjištění hodnotící komise rozhodla o tom, že navrhovatel (účastník, který předložil nabídku č. 1) bude požádán o zdůvodnění MNNC. Navrhovatelem předložené zdůvodnění MNNC bude komisí posouzeno na dalším jednání komise a následně bude provedeno hodnocení nabídek.
50. Dne 8. 3. 2021 zadavatel vyhotovil žádost o zdůvodnění MNNC, kterou zaslal navrhovateli. V uvedené žádosti zadavatel uvedl, že byly posouzeny jednotkové ceny, které byly použity pro výpočet modelově stanovené nabídkové ceny, přičemž právě jednotkové ceny jsou pro zadavatele zásadní, a to nejen pro stanovení hodnocené nabídkové ceny, ale i pro výběr dodavatele, neboť jednotkové ceny budou použity k účtování úhrad za likvidované odpady. Dále komise sdělila, že provedla porovnání navrhovatelem nabízených jednotkových cen s jednotkovými cenami uvedenými v nabídkách dalších účastníků zadávacího řízení, a protože je navrhovatel stávajícím poskytovatelem služeb spojených s likvidací odpadů, též s jednotkovými cenami, za které tyto služby poskytuje zadavateli nyní. Součástí žádosti

o zdůvodnění MNNC je přehledná tabulka s jednotlivými položkami z nabídky navrhovatele, které zadavatel shledal jako mimořádně nízké (konkrétně viz bod 60 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

51. Na žádost o zdůvodnění MNNC navrhovatel reagoval dne 11. 3. 2021 svým zdůvodněním MNNC. Navrhovatel uvedl, 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 že neobdržel veřejnou podporu. Dále navrhovatel uvedl, že mu nepřísluší vyjadřovat se k ostatním předloženým nabídkovým cenám. Navrhovatel s ohledem na uvedené považuje pochybnosti zadavatele o MNNC za neodůvodněné.
52. Ve svém zdůvodnění MNNC navrhovatel dále uvedl, že všechny položky, které uvedl, obsahují veškeré náklady a nejsou stanoveny částkami pod hranici ekonomicky nutných nákladů. Navrhovatel dále sdělil, že nabídková cena položek, které považuje zadavatel za mimořádně nízké, reflektuje přímou účast navrhovatele na likvidaci odpadů ve svých zařízeních pro fyzikálně chemickou úpravu odpadů v lokalitě blízké předvídanému plnění, kde případný zbytek odpadů navrhovatel převáží do svého velkokapacitního skladu, v němž zbylý odpad soustřeďuje ve větších celcích, díky nimž pak využívá množstevní slevu s konečným odběratelem.
53. Z protokolu o 2. jednání hodnotící komise ze dne 16. 3. 2019 (dále jen „**protokol HK2**“) vyplývá, že hodnotící komise se s navrhovatelovým zdůvodněním MNNC nespokojila a doporučila jeho vyloučení. V citovaném protokolu komise mj. uvedla: *„Vybraný dodavatel by tak v budoucnu mohl některé položky odpadu odmítnout likvidovat, čímž by byl zadavatel vystaven nutnosti ukončit smlouvu a opět realizovat nové zadávacího (!sic) řízení. Argument účastníka, že položky, jejichž jednotkovou cenu komise požadovala odůvodnit, tvoří jen cca 5% nabídkové ceny, není relevantní.“* Dále komise uvedla, že zdůvodnění MNNC předložené navrhovatelem nebylo předloženo tak, jak komise požadovala. Komise žádala navrhovatele o písemné zdůvodnění MNNC, konkrétně jednotkových položek 2, 5, 6, 8, 10 až 18, 20, 21, 28, 30, 31, 32, 33, 38, 39, 45, 48, 50, 51, 54, 55 ve vztahu k zadávacím podmínkám, tj. zejména skutečnost, že nabídková cena musí obsahovat veškeré náklady účastníka a že nabídkovou cenu nelze stanovit částkami, které jsou pod hranici ekonomicky nutných nákladů. Dle názoru hodnotící komise navrhovatel takové konkrétní odůvodnění jednotlivých položek komisi nepředložil.
54. Dne 18. 3. 2021 zadavatel vyhotovil rozhodnutí o vyloučení, ve kterém zrekapituloval proces hodnocení a posouzení MNNC navrhovatele. Na zdůvodnění MNNC v citovaném rozhodnutí o vyloučení zadavatel reagoval a uvedl, proč zdůvodnění MNNC navrhovatele nepovažuje za přesvědčivé a dostatečné. Zadavatel se v rozhodnutí o vyloučení opíral zejména o dosavadní průběh zadávacího řízení a o protokoly HK1 a HK2.
55. Jak jsem již výše uvedl. Zadavatel získal pochybnosti o výši nabídkové ceny navrhovatele a vyhodnotil ji tak, že se jedná o MNNC. Jestliže zadavatel dojde k závěru, že se nabídková cena jeví jako mimořádně nízká ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, požádá (obligatorně) účastníka zadávacího řízení (v tomto případě navrhovatele) o písemné zdůvodnění způsobu stanovení MNNC, což zadavatel učinil svojí žádostí o zdůvodnění MNNC, kterou adresoval

navrhovatel. V takové žádosti má zadavatel rovněž povinnost požadovat, aby mu účastník zadávacího řízení (navrhovatel) potvrdil, že při plnění veřejné zakázky zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky (včetně pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění zakázky), a dále aby mu potvrdil, že neobdržel neoprávněnou veřejnou podporu, což zadavatel učinil. Navrhovatel na žádost o zdůvodnění MNNC reagoval svým zdůvodněním MNNC ze dne 11. 3. 2021, přičemž současně potvrdil, že při plnění veřejné zakázky zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky a že neobdržel neoprávněnou veřejnou podporu. Zadavatel však dospěl k závěru, že MNNC nebyla navrhovatelem zdůvodněna v takovém rozsahu, v jakém požadoval, a proto přistoupil k jeho vyloučení ve smyslu § 48 zákona.

56. Zde nejprve poukazují na skutečnost, že v rozhodnutí o vyloučení zadavatel argumentuje ustanovením § 48 odst. 2 písm. b) zákona, které směřuje na odlišné situace (kdy údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení nebyly objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46 zákona). S ohledem na obsah rozhodnutí o vyloučení, je však zřejmé, že reálným zákonným důvodem vyloučení byl důvod uvedený v § 48 odst. 4 zákona, tj. že nabídka navrhovatele obsahuje MNNC a tato nebyla navrhovatelem zdůvodněna. V šetřeném případě je zcela zjevné, že zadavatel ne zvolil správnou právní kvalifikaci důvodu vyloučení navrhovatele podle zákona. I přes tuto nepřesnost musím ve shodě s Úřadem konstatovat, že faktický a materiální důvod vyloučení byl skutkově nepochybně popsán a obsažen v rozhodnutí o vyloučení a navrhovatel ho rovněž ve stejném smyslu i pochopil. Ztotožňuji se též s Úřadem v tom, že pochybení zadavatele spočívající v nesprávné právní kvalifikaci vedoucí k vyloučení navrhovatele nepředstavuje nedodržení zásady transparentnosti, resp. nedosahuje takové intenzity, která by způsobila nutnost zrušení úkonu vyloučení navrhovatele. Podstatné je, že zadavatel měl právo navrhovatele vyloučit a dodržel i podmínky pro aplikaci ustanovení § 48 odst. 4 zákona, kdy tomuto vyloučení musí předcházet žádost o zdůvodnění MNNC, kterou zadavatel učinil.
57. V nyní posuzované věci tedy zadavatel uplatnil fakultativní, a nikoliv obligatorní důvod pro vyloučení navrhovatele. Jelikož v rámci šetřeného zadávacího řízení zadavatel přistoupil k objasňování MNNC a tato mu byla objasněna způsobem, jak je uvedeno výše, lze z toho dovodit, že bylo právě a jen na zadavateli, jak vyhodnotí zdůvodnění MNNC navrhovatelem, tj. zda i přes existenci MNNC a nedostatečného zdůvodnění MNNC přistoupí k další žádosti nebo přistoupí k vyloučení navrhovatele.
58. Je nutné si uvědomit, v jaké rovině jsou hodnocení nabídek (včetně hodnocení MNNC) ze strany Úřadu a předsedy Úřadu posuzována. Úřad není nadán pravomocí vstupovat do myšlenkových procesů hodnotící komise zadavatele, nýbrž má pouze možnost posoudit, zda postup zadavatele při hodnocení je v souladu se zákonem (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 3. 2004, č. j. 2 A 9/2002-62, rozsudek téhož soudu ze dne 20. 5. 2014, č. j. 2 Afs 23/2013-42 nebo rozsudek téhož soudu ze dne 6. 11. 2009, č. j. 5 Afs 75/2009-100, ze kterého se podává: „Úřad není oprávněn při své přezkumné činnosti vstupovat do myšlenkových pochodů jednotlivých hodnotitelů, tedy členů hodnotící komise, a tyto myšlenkové pochody jakkoliv přezkoumávat, hodnotit či dokonce nahrazovat vlastním správním uvážením, neboť zákon konstruuje hodnotící komisi jako kolegium odborně

způsobilých osob, kterým jedině je zákonem svěřena pravomoc posoudit veškeré odborné otázky, související s procesem hodnocení nabídek.“).

59. Ačkoliv se judikatura² uvedená v bodě 58 odůvodnění tohoto rozhodnutí explicitně vyjadřuje k členům hodnotící komise zadavatele, je zřejmé, že lze z těchto úvah přiměřeně vycházet i v nyní posuzované věci. Lze dovést, že pokud zadavatel odůvodnění MNNC shledá nedostatečným, Úřad ani předseda Úřadu pak nemůže obecně vstupovat do jeho úvah a jeho úvahy nahrazovat.
60. Jak již bylo uvedeno výše, je to právě zadavatel, kdo nese zodpovědnost a musí zvážit všechna rizika s existencí MNNC spojená. Pokud zadavatel dospěje k závěru, že rizika spojená s existencí MNNC není schopen akceptovat a zdůvodnění MNNC účastníka zadávacího řízení nepovažuje za dostatečné, pak může účastníka zadávacího řízení, u něhož byla identifikována MNNC, skutečně ze zadávacího řízení vyloučit. Při posuzování a vyhodnocování MNNC je zcela pochopitelný důraz kladený na maximální dodržení zásady transparentnosti, což potvrdil krajský soud ve svém rozsudku ze dne 24. 9. 2019, sp. zn. 31 Af 48/2019, kde uvedl: *„Pro dodržení zásady transparentnosti musí být postup zadavatele především přezkoumatelný. Z dokumentace o zadávacím řízení musí být v prvé řadě seznatelné, že se zadavatel objasněním mimořádně nízké nabídkové ceny zabýval a s jakým výsledkem.“* V citovaném rozsudku krajský soud též uvedl: *„Přestože zákon o zadávání veřejných zakázek v případech nespádajících pod rozsah § 113 odst. 6 nechává na rozhodnutí zadavatele, zda v případě nedostatečného zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny účastníka zadávacího řízení vyloučí či nikoliv, či zda svoji žádost o objasnění v souladu s § 46 zákona o zadávání veřejných zakázek zopakuje či doplní, v každém případě musí být jím zvolený postup při posouzení objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny v souladu se zásadami zadávání veřejných zakázek.“*
61. Na základě shora uvedeného ve vztahu k postupu zadavatele při posouzení, objasnění a vyhodnocení MNNC v nabídce navrhovatele jsem (s ohledem na uvedené v kapitolách níže) dospěl k závěru, že zadavatel v souladu se zákonem navrhovatele ze zadávacího řízení vyloučil. I se zohledněním judikatury konstatuji, že postup zadavatele při posouzení, objasnění a vyhodnocení MNNC v nabídce navrhovatele je v souladu se zákonem. Zadavatel tak měl právo vyloučit navrhovatele z důvodu, že jeho nabídka obsahuje MNNC, která nebyla zdůvodněna.

K namítané neurčitosti žádosti o zdůvodnění MNNC a ke korunovým položkám

62. Navrhovatel namítá, že žádost o zdůvodnění byla neurčitá a nekonkrétní. Navrhovatel je přesvědčen o tom, že i přes neurčitost žádosti o zdůvodnění MNNC na ni reagoval dostatečně konkrétně. Pokud měl zadavatel nějaké pochybnosti o úplnosti zdůvodnění MNNC, měl dle navrhovatele poslat další, konkrétnější žádost o zdůvodnění MNNC.
63. Na straně č. 3 žádosti o zdůvodnění MNNC je uvedeno: *„Z tohoto pohledu komise u vaší nabídky zjistila významný rozdíl vámi nabízených jednotkových, a to jednak od jednotkových cen v nabídkách ostatních účastníků zadávacího řízení, a dále také od hodnoty jednotkových cen, za které nyní totéž plnění pro zadavatele poskytujete, v čemž právě komise spatřuje znaky*

² Přestože se uvedené závěry vztahují k právní úpravě veřejného zadávání podle ZVZ, jsou aplikovatelné i v poměrech stávající úpravy dle zákona.

*mimořádně nízké nabídkové ceny ve vaší nabídce, a to zejména u položek uvedených výše v tabulce.*³

64. Zadavatel dále uvedl: „V rámci svého písemného vysvětlení MNNC se vyjádřete ke každé z položek uvedených v tabulce⁴ výše, a to ve vztahu k podmínkám zadavatele uvedeným v odst. 13. 4. Zadávacích podmínkách, zejména:
- že nabídková cena musí obsahovat veškeré náklady účastníka
 - že nabídkovou cenu nelze stanovit částkami, které jsou pod hranicí ekonomicky nutných nákladů.“
65. Z tabulky vyhotovené zadavatelem⁵ vyplývá, že zadavatel identifikoval celkem 28 položek, jejichž cenu považoval za mimořádně nízkou. Nabídka navrhovatele obsahovala celkem 56 položek. Zadavatel tedy u celé jedné poloviny jednotkových cen navrhovatele získal pochybnosti o jejich reálnosti s ohledem na předešlé zkušenosti a nabídky ostatních účastníků zadávacího řízení.
66. Na základě výše uvedeného se nemohu ztotožnit s názorem navrhovatele, že žádost o zdůvodnění MNNC je nekonkrétní a neurčitá.
67. Za nekonkrétní a částečně vágní spíše považuji reakci navrhovatele. Ze zdůvodnění MNNC vyplývá (viz bod 51 - 52 odůvodnění tohoto rozhodnutí), že se navrhovatel dostatečně podrobně nevyjádřil ke každé z položek uvedených v tabulce (viz body 63 - 64 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
68. Navrhovatel si měl být vědom toho, že musí poskytnout zadavateli mnohem detailnější zdůvodnění u 28 položek, u kterých zadavatel identifikoval MNNC. Pokud je celá jedna polovina dílčích položek nabídkové ceny označená jako MNNC, pak musí navrhovatel jasně vysvětlit, z jakých důvodů byla u těchto položek stanovena cena v té které výši. Je zřejmé, že obecná formulace, že veškeré položky obsahují veškeré náklady a nejsou stanoveny částkami pod hranicí ekonomicky nutných nákladů, není pro zadavatele dostatečná. Takovým odůvodněním navrhovatel de facto pouze konstatoval to, na co se ho zadavatel tázal, a to bez uvedení jakýchkoliv důvodů. Odůvodnění odkazující se na přímou účast dodavatele na likvidaci předmětných odpadů a optimalizační proces rovněž není dostatečným vysvětlením pro rozptýlení pochybností zadavatele. Ve vztahu k této části zdůvodnění MNNC souhlasím se závěrem zadavatele, že zdůvodnění navrhovatele je obecného charakteru, přičemž zcela chybí, jaké konkrétní dotazované položky jsou takto likvidovány a jak je odůvodněna konkrétní jednotková cena za jejich likvidaci.
69. S čím se rovněž ztotožňuji jsou obavy zadavatele pramenící z předcházejícího vztahu s navrhovatelem, který byl předčasně ukončen. Zadavatel již v žádosti o zdůvodnění MNNC a v rozhodnutí o vyloučení uvedl, že navrhovatel pro něj likvidaci odpadů donedávna smluvně prováděl (smlouva byla uzavřena na dobu neurčitou). Tato smlouva však byla ukončena, neboť navrhovatel po zadavateli požadoval navýšení jednotkových cen za likvidaci odpadů nad rámec možností stanovených v § 222 zákona. Navzdory této skutečnosti předložil navrhovatel

³ Zvýrazněno předsedou Úřadu

⁴ Zvýrazněno předsedou Úřadu

⁵ Viz bod 60 odůvodnění napadeného rozhodnutí

nyní nabídku, v níž požadavky na původně požadované navýšení některých jednotkových cen nejen nezopakoval, ale dokonce některé své původní jednotkové ceny ještě snížil. Na uvedené chování navrhovatele upozornil zadavatel i v rozhodnutí o námitkách a ve vyjádření k rozkladu. Tato tvrzení navrhovatel vůbec nerozporuje. Ztotožňuji se proto se závěrem Úřadu uvedeným v první polovině bodu 70 odůvodnění napadeného rozhodnutí.

70. S ohledem na shora uvedené nemohu přisvědčit argumentaci navrhovatele, že žádost o zdůvodnění MNNC byla nekonkrétní a neurčitá. Navrhovatel věděl, ke kterým položkám se má vyjádřit a že tak má učinit ke každé z nich. Jak konkrétně to provede, to ponechal zadavatel na jeho uvážení. Obecně lze říci, že pokud by zadavatel stanovil, jak mají být položky odůvodněny, avšak navrhovatel by zvolil jiný, ale stejně kvalitní způsob odůvodnění, nemohl by zadavatel bez dalšího uvést, že MNNC nebyla zdůvodněna.
71. K námitce, že se zadavatel ani Úřad nevyjádřili ke korunovým položkám, uvádím následující. V žádosti o zdůvodnění MNNC zadavatel vyhotovil tabulku, která obsahovala 28 položek. V uvedené tabulce se nachází celkem šest korunových položek (12, 13, 14, 15, 20, 30).
72. Na korunové položky zadavatel reagoval v rozhodnutí o námitkách (str. 9) a dále pak Úřad v bodech 81 – 86 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
73. Z uvedeného přehledu je zřejmé, že zadavatel na tuto námitku reagoval a Úřad se touto námitkou též zabýval. Lze souhlasit s navrhovatelem, že zdůvodnění zadavatele v rozhodnutí o námitkách není nikterak obsáhlé a detailní, nicméně je přezkoumatelné a dostatečné. Považuji za vhodné rovněž zdůraznit, že navrhovatel nebyl vyloučen za existenci korunových položek v nabídce nebo za to, že u nich nepředložil zdůvodnění MNNC. Navrhovatel byl vyloučen za to, že neposkytl zdůvodnění celkem 28 položek v jeho nabídce, na které se zadavatel dotazoval. Korunové položky, které navrhovatel zdůvodnil alespoň částečně tím, že tyto odpady dále prodává a generuje na nich zisk, samy o sobě nezapříčinily navrhovatelovo vyloučení.
74. Zadavatel nechtěl zdůvodnit pouze korunové položky, ale chtěl zdůvodnit i dalších 22 zbývajících položek, u kterých identifikoval MNNC. Jednalo se o položky, které nebyly korunové, ale byly velmi nízké oproti konkurenčním nabídkám a některé položky byly dokonce i nižší, než za jaké navrhovatel poskytoval obdobné plnění zadavateli ještě na počátku roku 2021 (u kterých požadoval jejich zvýšení jednotkových cen za likvidaci).
75. Oproti závěru Úřadu uvedenému na konci bodu 70 odůvodnění napadeného rozhodnutí souhlasím s navrhovatelem, že korunové položky nutně neznamenají, že jsou nereálné nebo pro navrhovatele podnákladové (viz tvrzení navrhovatele doložené fakturou). Některé odpady jsou odpadem i pro navrhovatele, ale může se také jednat o odpad, který lze dále zpeněžit, tj. generovat na něm zisk „*One man's trash is another man's treasure*“ (pro jednoho odpad, pro druhého poklad). Navrhovatel však ve zdůvodnění MNNC neuvedl konkrétně, o které položky se jedná. Z jeho tvrzení totiž nelze dostatečně jasně určit, ke kterým položkám, které zadavatel požadoval zdůvodnit, se zdůvodnění navrhovatele vztahuje. Tato nepřesnost tedy není důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí.
76. V nyní posuzované věci byl přezkoumáván postup zadavatele při zjištění MNNC, který posléze vedl k vyloučení navrhovatele. Byly zkoumány důvody pro vyloučení navrhovatele, tj. zda byly dány. Aby Úřad mohl takový závěr učinit, musel posoudit obsah žádosti o zdůvodnění MNNC,

obsah zdůvodnění MNNC a obsah rozhodnutí o vyloučení navrhovatele. To Úřad učinil a správně dovedl, že zdůvodnění MNNC ze strany navrhovatele nebylo dostatečné, což poskytlo zadavateli možnost v souladu se zákonem navrhovatele vyloučit, což zadavatel transparentně učinil.

77. Nemohu se tak ztotožnit s navrhovatelem v tom, že by se zadavatel ani Úřad nezabývali korunovými položkami jeho nabídky, popř. že by ignorovali zdůvodnění navrhovatele, které k těmto položkám poskytl.

K ostatním námitkám

78. Navrhovatel namítá, že Úřad se dopustil flagrantního pochybení, když se nevypořádal se všemi aspekty a námitkami obsaženými v návrhu.
79. V první řadě konstatuji, že takové obecné konstatování bez uvedení konkrétních (dle navrhovatele nevypořádaných) návrhových námitek již samo o sobě předurčuje míru, v jaké se k tomuto konstatování mohou vyjádřit.
80. Námitky týkající se MNNC, korunových položek a neurčitosti žádosti byly Úřadem vypořádány (viz předchozí část odůvodnění). Dále navrhovatel v návrhu uvedl, že zadavatel rozhodl o výběru dodavatele před uplynutím lhůty pro podání námitek ze strany navrhovatele (viz bod 73 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Návrh rovněž obsahoval námitku propojení zadavatele a vybraného dodavatele (viz bod 73 odůvodnění napadeného rozhodnutí) a námitku ohledně možného porušení obchodního tajemství (viz bod 75 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Úřad se k těmto námitkám alespoň stručně vyjádřil, navíc se nejedná o námitky atakující postup zadavatele při vyloučení navrhovatele a jde pouze o obecné konstatování.
81. Navrhovatel rovněž uvedl, že na jedné straně mu Úřad neuznává argumentaci starším rozhodnutím Úřadu z roku 2011 (ÚOHS-S104/2011/VZ-6553/2011/540/VKu) a na straně druhé Úřad na podporu svých tvrzení uvádí rozsudek krajského soudu, který se týká rovněž jiné (starší) právní úpravy.
82. Je pravdou, že citovaný rozsudek i rozhodnutí Úřadu, kterým navrhovatel argumentoval, se týkají jiné právní úpravy. Přesněji řečeno se týkají starého (již neúčinného) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“). Tento starý zákon (ZVZ) byl nahrazen v roce 2016 zákonem. Pokud se jeden zákon ruší a druhý jej nahrazuje, pak jsou tyto zákony spolu velmi často provázané a nějakým způsobem na sebe navazují (v některých aspektech se dokonce jednoznačně shodují). Proto i po změně zákona lze stále vycházet z některých rozsudků nebo z rozhodovací praxe, které aplikovaly ZVZ, byť ne ze všech.
83. Tato praxe není nahodilá ani selektivní. Úřad si je vědom toho, jaká rozhodovací praxe a jaká judikatura je podle ZVZ aplikovatelná i pro nynější právní úpravu představovanou zákonem. Některá rozhodovací praxe a některá judikatura je aplikovatelná i dnes podle zákona a některá již ne, neboť některé instituty přešly přímo ze ZVZ do zákona beze změn nebo bez výrazných změn a některé instituty nepřešly vůbec nebo doznaly zásadních změn. Navrhovatelem citované rozhodnutí Úřadu se sice týkalo posouzení MNNC, ale podle staré právní úpravy (ZVZ). Nová právní úprava doznala zásadních změn ve vztahu k posuzování MNNC a dalšího postupu zadavatele, pročež většina starších rozhodnutí Úřadu řešících otázku MNNC podle

ZVZ je aplikovatelná spíše v obecných rysech (viz předchozí část odůvodnění tohoto rozhodnutí).

84. Úřad se s touto námitkou vypořádal správně, když uvedl, že citované rozhodnutí Úřadu se týkalo jiné právní úpravy (ZVZ), a zároveň jej provázely skutkově odlišné okolnosti (viz bod 73 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Souhlasím s tím, že skutečnost, že dodavatel přistoupil k podrobnému zdůvodnění MNNC, avšak komise ho považovala za nedostatečné, neodpovídá okolnostem tohoto případu, kdy navrhovatel ani k podrobnému zdůvodnění nepřistoupil. Hodnotící komise tak neměla důvod zjišťovat další podrobnosti/nejasnosti v reakci na zdůvodnění navrhovatele.
85. Nadto je třeba zdůraznit že rozsudek, který Úřad použil pro podporu svých tvrzení, se netýká MNNC, ale týká se obecného závěru, že se každý zadavatel může dopustit drobného pochybení, jehož intenzita není velká a nebylo by tak spravedlivé a účelné za takové drobné pochybení zadavatele trestat zrušením přezkoumávaného úkonu nebo celého zadávacího řízení. Navrhovatel tedy vytrhává argumenty z kontextu a snaží se navodit dojem, že Úřad si selektivně a nahodile vybírá, jaká rozhodovací praxe a jaká judikatura podle ZVZ je aplikovatelná/neaplikovatelná i v současné době s přihlédnutím k účinnosti zákona. Úřad přesvědčivě navrhovateli vysvětlil, proč jsou závěry z rozsudku aplikovatelné i v tomto případě, byť rozsudek nesměřuje ke klíčové otázce tohoto správního řízení (MNNC a vyloučení navrhovatele), ale směřuje pouze obecně k tomu, jak má Úřad postupovat, pokud pochybení zadavatele je zanedbatelné nebo neúměrné potenciálnímu „trestu“ v podobě uložení nápravného opatření. Tento závěr vyplývající z citovaného rozsudku je aplikovatelný i podle nynějšího zákona, neboť řeší otázku, kterou lze uchopit tak, aby ve vztahu k zadavateli nedocházelo k příliš formálnímu postupu a výkladu povinností s přílišnou tvrdostí.
86. S ohledem na shora uvedené zamítám všechny tyto dílčí námitky navrhovatele jako neopodstatněné.

K zákonnosti napadeného rozhodnutí

87. Napadené rozhodnutí jsem přezkoumal z hlediska zákonnosti, načež sděluji, že jsem dospěl k závěru, že Úřad rozhodl zcela v souladu se zákonem, správním řádem a dalšími právními předpisy. K zákonnosti napadeného rozhodnutí konstatuji, že Úřad v napadeném rozhodnutí zjistil takový skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a na zjištěný skutkový stav aplikoval relevantní ustanovení zákona, která interpretoval ve světle příslušné judikatury.
88. Úřad řádně označil všechny podklady, z nichž při vydání napadeného rozhodnutí vycházel, načež uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a na jejichž základě dospěl k závěru, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem a že nebyly shledány důvody pro uložení nápravného opatření. Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval, řádně odůvodnil jejich použití a výsledné napadené rozhodnutí mám za logické, srozumitelné a plně přezkoumatelné. Současně konstatuji, že jsem nezjistil procesní vadu, která by měla za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí.

VI. Závěr

89. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání.
90. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. S - Invest CZ s.r.o., Kaštanová 496/123a, 620 00 Brno - Brněnské Ivanovice
2. Kaiser servis, spol. s r.o., Bezručova 608/36, 678 01 Blansko

Vypraveno dne

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