

3. METODICKÝ DEN ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

POSUZOVÁNÍ MIMOŘÁDNĚ NÍZKÉ NABÍDKOVÉ CENY V ROZHODOVACÍ PRAXI ÚOHS A SOUDŮ

Brno 24. 6. 2021

Přehled prezentace

- I. Obecně k MNNC
- II. Právní úprava MNNC v ZZVZ
- III. Postup při posuzování MNNC

II. OBECNĚ K MNNC

Co je účelem institutu posouzení MNNC ?

5 As 180/2016 - „[s]myslem 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.“

+ **ochrana veřejného zájmu** (problematika neoprávněné veřejné podpory a porušování právních předpisů)

+ **ochrana dodavatele** (v případě, že zadavatel přistoupí k vyloučení dodavatele, je zadavatel povinen postupovat transparentně – R197/2018)

Lze stanovit minimální hodnotu nabídkové ceny?

R372/2015 - „(...)zadavatel nemohl předmětný limit pro nabídkové ceny uchazečů stanovit, když pro eliminaci nekvalitních levných nabídek na plnění předmětu veřejné zakázky měl užít jiných zákonných institutů. Pokud by, dle slov zadavatele, bylo skutečně obtížné vyjádřit kvalitu plnění pomocí technických parametrů specifikujících minimální kvalitativní standardy požadovaného předmětu plnění, pak mohl zadavatel bezesporu využít institutu mimořádně nízké nabídkové ceny(...)“

... § 116/4 ZZVZ - možnost stanovit pevnou cenu a hodnotit pouze kvalitu nabízeného plnění

II. OBECNĚ K MNNC

Jak tedy přistoupit k problematice MNNC?

S174/2020 (potvrzeno R142/2020) – „Úloha zadavatele ve vztahu k MNNC tedy spočívá jak v její identifikaci, tedy rozpoznání nabídek, které evokují na straně zadavatele oprávněné pochybnosti o tom, zda daný účastník zadávacího řízení bude schopen za takovou nabídkovou cenu předmět veřejné zakázky řádně splnit, tak v následném posuzování.“

Co je předmětem přezkumu postupu zadavatele?

5 Afs 75/2009 – 100 – „(...)úkolom Úřadu je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. Jeho pravomoci končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Úřad však dbá na to, aby byla splněna jedna ze základních zásad zadávání veřejných zakázek, a to zásada transparentnosti celého procesu zadávání veřejných zakázek (...) 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(...)

R18/2021 – „(...) nesmí se Úřad dostat do pozice, že by v rámci svého přezkumu přebíral odpovědnost za výběr nejvhodnější nabídky. Není tedy oprávněn přezkoumávat závěr zadavatele o tom, že určitá nabídková cena je, či není podle jeho názoru mimořádně nízká(...)“.

II. PRÁVNÍ ÚPRAVA MNNC V ZZVZ

§ 28 ZZVZ - nabídková cena nebo náklady uvedené účastníkem zadávacího řízení, které se jeví jako mimořádně nízké ve vztahu k předmětu veřejné zakázky

§ 113 ZZVZ

- Posouzení MNNC před odesláním oznámení o výběru
- Zadavatel může v ZD stanovit, v jaké situaci bude považovat nabídkovou cenu za MNNC, následně však může MNNC dovodit i v jiných případech
- Případná žádost o zdůvodnění MNNC (podle § 46) - obligatorní požadavky (§113/4 – dodržování právních předpisů, absence neoprávněné veřejné podpory – **ochrana veřejného zájmu**), ostatní požadavky zadavatele na zdůvodnění MNNC
- Zdůvodnění MNNC musí obsahovat potvrzení skutečností podle § 113/4, ostatní důvody jsou na dodavateli (reakce na konkrétní požadavky zadavatele)
- Zadavatel účastníka vyloučí, pokud je MNNC v důsledku
 - porušování povinností uvedených v § 113/4a
 - poskytnutí veřejné podpory, která není v souladu s předpisy EU
 - nebo odůvodnění MNNC neobsahuje potvrzení skutečností podle § 113/4
- **§ 48/4** – zadavatel **může** účastníka vyloučit, pokud MNNC nebyla zdůvodněna

II. PRÁVNÍ ÚPRAVA MNNC V ZZVZ

S398/2020 - „(...) v případě zjednodušeného podlimitního řízení se pravidla pro posouzení MNNC ve smyslu § 113 zákona standardně neuplatní a použijí se pouze v případě, kdy si jejich použití v zadávacím řízení zadavatel vyhradí v zadávacích podmínkách.“

S491/2018 - obdobně v případě DNS

62 Af 78/2016-383 - „zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, obsahuje v § 48 odst. 4 konstrukci, podle níž v případě nezdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatel účastníka zadávacího řízení může vyloučit (tedy nemusí) – tuto povinnost má pouze ve výjimečných případech, jak na ně pamatuje § 113 odst. 6 tohoto zákona. I z toho zdejší soud nutně dovozuje posun ve vnímání institutu mimořádně nízké nabídkové ceny v tom směru, že nově je upřednostňována odpovědnost samotného zadavatele za uzavření smlouvy za podmínek pro něj ‚podezřele výhodných‘ před nezměnitelným následkem spočívajícím v nemožnosti takovou smlouvu uzavřít; to ve výsledku také může směřovat k výkladu, podle něhož institut mimořádně nízké nabídkové ceny tu přestává být institutem chránícím rovným dílem zadavatele i ostatní dodavatele (resp. zajištění korektní soutěže mezi dodavateli), nýbrž spíše zadavatele, na něhož se pak zároveň klade vyšší odpovědnost při rozhodování o tom, zda se o mimořádně nízkou nabídkovou cenu jedná a jak při zjištění (nezdůvodněné) mimořádně nízké ceny postupovat.“

III. POSTUP PŘI POSUZOVÁNÍ MNNC

Posouzení MNNC – dvě fáze

R197/2018 - „V tomto případě (...) se zadavatel v rámci svého postupu nacházel toliko v první fázi posouzení MNNC, kdy vůbec zjišťuje, zda je MNNC přítomna v některé z nabídek uchazečů o veřejnou zakázku. Povinnost, kterou na straně zadavatele Úřad dovodil (...), lze zadavateli přičítat až v následující fázi posouzení MNNC, kdy je zadavatel povinen posoudit to, zda je MNNC odůvodněná nebo nikoliv.

Co je podstatné pro první fázi?

➤ Identifikace indicií o MNNC

R235/2019 - Pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele při posouzení MNNC považují za klíčové, zda měl zadavatel, resp. hodnotící komise, při hodnocení nabídek povědomí o skutečnostech, ze kterých mu mohlo být zřejmé, že se v případě nabídkové ceny některého z uchazečů může jednat o cenu mimořádně nízkou ve smyslu § 113 zákona.

29Af23/2017-51, potvrzeno 6 As 71/2019-37 - „Vzhledem k tomu, že právní úprava nenabízí žádná exaktní vodítka k určení toho, kdy se jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu a kdy nikoliv, je nutné hodnotit každý případ dle konkrétních okolností“, problematika vztahu nabídkové ceny k P.H., popsány modelové situace.

III. POSTUP PŘI POSUZOVÁNÍ MNNC

▪ aspekt obdržení námitek

R18/2021 – „povinnost věcně se vyjádřit k důvodům, proč zadavatel žádnou nebo jen určitou nabídkovou cenu nepovažuje za mimořádně nízkou, vzniká až tehdy, pokud např. některý účastník zadávacího řízení či člen hodnotící komise na možnost mimořádně nízké nabídkové ceny v průběhu zadávacího řízení upozorní“, obdobně 2 Afs 103/2013

...záleží však na obsahu námitek

S271/2020, potvrzeno R190/2020 - „z rozhodnutí o námitkách (...) vyplývá, že ani na základě výše uvedených námitek navrhovatele zadavatel nezískal podezření o přítomnosti MNNC v nabídce vybraného dodavatele, tudíž ani na základě skutečností vyplývajících z námitek nebyl povinen postupovat podle § 113 odst. 4 zákona a vyžádat si od tohoto účastníka písemné zdůvodnění způsobu stanovení jeho nabídkové ceny (...), Úřad akcentuje, že navrhovatel v rámci svých námitek i návrhu zjevně vůbec nenamítá, že by byly naplněny obligatorní důvody pro vyloučení vybraného dodavatele (...), pokud navrhovatel v případě MNNC, jak vyplývá z jeho námitek i návrhu, zjevně namítá nedodržení postupu zadavatele z jiných, než ze zákonem daných důvodů pro vyloučení uvedených v § 113 odst. 6 zákona, zadavatel se v této situaci nevyločením účastníka zadávacího řízení nemůže dopustit nedodržení pravidla stanoveného pro zadání veřejné zakázky(...)“, obdobně R18/2021

III. POSTUP PŘI POSUZOVÁNÍ MNNC

➤ Odůvodnění postupu zadavatele

S271/2020 - „zadavatel, resp. hodnotící komise posoudila nabídku vybraného dodavatele z hlediska MNNC, tudíž splnila povinnost vyplývající z § 113 odst. 1 zákona“

▪ souvislost s identifikací indicií o MNNC

29 Af 23/2017 - „lze identifikovat jako klíčovou spornou otázkou to, zda byla dána existence skutečností (indicií), ze kterých mělo být žalobci na první pohled zřejmé, že se může jednat o mimořádně nízkou nabídkovou cenu, nebo nikoliv. Zodpovězení této otázky má přímý vliv na závěr o tom, zda hodnotící komise mohla provést posouzení cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky implicitně (...), nebo měla povinnost uvést konkrétní důvody pro svůj závěr explicitně (...)“

R235/2019 - „Za popsané situace se nelze přiklonit k závěru, že by byl zadavatel povinen explicitně vyjadřovat své úvahy o neexistenci MNNC v protokolu či zprávě o posouzení nabídek. Pokud z okolností konkrétní nabídky nevyplývají pochybnosti o tom, že nabídka neobsahuje MNNC, nelze po zadavateli požadovat, aby svůj závěr obšírně vysvětloval a reagoval tak na případné v budoucnu podané námitky (...), zadavatel se otázkou MNNC zabýval a posouzení MNNC je součástí dokumentace o zadávacím řízení, konkr. protokolu o posouzení a hodnocení nabídek (...), zadavatel nepochybil, pokud své úvahy o absenci MNNC nevtělil do zprávy o hodnocení nabídek či do oznámení o výběru dodavatele, neboť takovou povinnost mu zákon neukládá.“

5 As 180/2016 - vhodnost zachycení postupu zadavatele, tj. uvedení důvodů, pro které nebyla identifikována MNNC

III. POSTUP PŘI POSUZOVÁNÍ MNNC

Co je podstatné pro druhou fázi?

➤ Žádost o zdůvodnění MNNC

S370/2019, potvrzeno R235/2019 – „Pokud tedy zadavatel získá pochybnosti, že nabídka účastníka zadávacího řízení vykazuje znaky MNNC, má povinnost požádat tohoto účastníka o písemné zdůvodnění způsobu stanovení MNNC podle § 113 odst. 4 zákona a po následné aplikaci postupu podle předmětného ustanovení zákona zadavatel buď dospěje k závěru, že se jedná o zdůvodněnou či nezdůvodněnou MNNC“.

S491/2018, potvrzeno R31/2019 - „Ve smyslu výše uvedeného je tak plně v kompetenci zadavatele vyhodnotit, zda v případě, že posoudí nabídkovou cenu dodavatele ve vztahu k předmětu veřejné zakázky jako mimořádně nízkou, požádá takového dodavatele, aby v písemném zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny toliko potvrdil dodržení právních předpisů a skutečnost, že neobdržel neoprávněnou podporu, čímž – v situacích, na které dopadá ustanovení § 113 zákona – zajistí ochranu veřejného zájmu ve smyslu tohoto ustanovení zákona (viz předchozí obsah odůvodnění tohoto rozhodnutí), nebo využije tento institut v plném rozsahu, tj. využije jej i pro svoji ochranu, a bude požadovat konkrétní odůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny“.

S98/2020, potvrzeno R104/2020 – „Úřad dále k postupu zadavatele uvádí, že není zákonem omezen v počtu výzev pro objasnění MNNC (při respektování základních zásad zakotvených v § 6 zákona), přičemž z jeho postupu je zřejmé, že tento se snažil odstranit nejasnosti ohledně nabídkových cen navrhovatele, zejména pro obavy z MNNC.“

III. POSTUP PŘI POSUZOVÁNÍ MNNC

➤ Odůvodnění MNNC a jeho posouzení (akceptace, vyloučení)

S491/2018 - „za situace, kdy se zadavatel posouzením nabídkové ceny prokazatelně zabýval a ve smyslu § 113 odst. 4 zákona si daná potvrzení vyžádal, je jedinou v úvahu přicházející argumentací navrhovatele, která by v rámci přezkumného řízení u Úřadu mohla mít meritorní úspěch, taková, která by zpochybňovala pravdivost těchto potvrzení. Jinými slovy, navrhovatel by na základě konkrétních skutečností musel tvrdit, že nabídková cena vybraného dodavatele je mimořádně nízká z důvodu, že vybraný dodavatel nedodrží povinnosti pro něj vyplývající 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, nebo že obdržel neoprávněnou veřejnou podporu.“

S174/2020, potvrzeno R142/2020 – „zdůvodnění MNNC ze strany navrhovatele nelze považovat za založené na konkrétních a věrohodných skutečnostech, které by odstranily pochybnosti zadavatele o realizovatelnosti předmětu veřejné zakázky za navrhovatelem nabízenou cenu, (...), zadavatel tedy byl oprávněn posoudit jednotkové ceny nabízené navrhovatelem jako MNNC.“

III. POSTUP PŘI POSUZOVÁNÍ MNNC

Požadavek na transparentní způsob odůvodnění...

31 Af 48/2018 – 63 - „Není rozhodné, že konkrétní postup, resp. možnosti postupu zadavatele při zjišťování, resp. posuzování nabídkových cen jako mimořádně nízkých, je zákonem o zadávání veřejných zakázek upraven odlišně ve prospěch volního uvážení samotného zadavatele. Zásady zadávání veřejných zakázek platí pro veškeré dílčí úkony zadavatele, bez ohledu na to, zda je jejich učinění obligatorní či fakultativní.“

potvrzeno 3 As 332/2019 – 41 - „Rozhodné je, že i z nyní platné úpravy lze nepochybně dovodit povinnost stěžovatelky, aby – v situaci, kdy uchazeč nabídne MNNC – **řádně provedla její hodnocení ve zprávě o hodnocení nabídek v zájmu transparentnosti zadávacího řízení.**“

vs ust. § 119/2 ZZVZ (požadavky na obsah zprávy o hodnocení nabídek)...?



S271/2020 – „Úkolem Úřadu je pouze zjistit, zda zadavatel dostal předně své povinnosti dle §113 odst.1 zákona posoudit MNNC před odesláním oznámení o výběru dodavatele, dále zda, pokud shledal MNNC v nabídce některého z účastníků zadávacího řízení, požádal dle § 113 odst. 4 zákona daného účastníka o písemné zdůvodnění způsobu stanovení MNNC a zda tato žádost zadavatele obsahovala rovněž požadavek na potvrzení skutečností dle § 113 odst. 4 písm. a) a b) zákona a nakonec zda, pokud z objasnění MNNC vplynuly některé ze skutečností uvedených v § 113 odst. 6 zákona, takového účastníka vyloučil z účasti v zadávacím řízení.“

... děkuji za pozornost

