



UOHSX00E91YY

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0433/2020/VZ

Brno 18.12.2020

Číslo jednací: ÚOHS-40931/2020/500/ISo

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 15. 10. 2020 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Jihomoravský kraj, IČO 70888337, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 16. 7. 2020 společnostmi Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28360125, se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno,
- navrhovatel – ADOSA a.s., IČO 49448170, se sídlem Zastávecká 1030, 665 01 Rosice, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 15. 10. 2020 JUDr. Vladimírem Tögelem, advokátem, ev. č. ČAK 04993, IČO 12493031, se sídlem Ostrovského 253/3, 150 00 Praha 5,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Jihomoravský kraj, IČO 70888337, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno – učiněných při zadávání částí 9 a 10 veřejné zakázky „Výběr autobusových dopravců od 2021 - části 1 až 34“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 31. 3. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 4. 2020 pod ev. č. Z2020-011036, ve znění oprav uveřejněných dne 24. 4. 2020, dne 11. 5. 2020, dne 22. 5. 2020 a dne 1. 6. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 4. 2020 pod ev. č. 2020/S 067-159624, ve znění oprav uveřejněných dne 24. 4. 2020 pod ev. č. 2020/S 081-191900, dne 8. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 090-215310, dne 25. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 100-242098 a dne 2. 6. 2020 pod ev. č. 2020/S 105-254718,

rozhodl takto:

I.

Návrh navrhovatele – ADOSA a.s., IČO 49448170, se sídlem Zastávecká 1030, 665 01 Rosice – ze dne 15. 10. 2020 na zahájení správního řízení **se v části týkající se** přezkoumání úkonů zadavatele – Jihomoravský kraj, IČO 70888337, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno – učiněných při zadávání **části 9 veřejné zakázky „Výběr autobusových dopravců od 2021 - části 1 až 34“** v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 31. 3. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 4. 2020 pod ev. č. Z2020-011036, ve znění oprav uveřejněných dne 24. 4. 2020, dne 11. 5. 2020, dne 22. 5. 2020 a dne 1. 6. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 4. 2020 pod ev. č. 2020/S 067-159624, ve znění oprav uveřejněných dne 24. 4. 2020 pod ev. č. 2020/S 081-191900, dne 8. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 090-215310, dne 25. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 100-242098 a dne 2. 6. 2020 pod ev. č. 2020/S 105-254718, podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

II.

Návrh navrhovatele – ADOSA a.s., IČO 49448170, se sídlem Zastávecká 1030, 665 01 Rosice – ze dne 15. 10. 2020 na zahájení správního řízení **se v části týkající se** přezkoumání úkonů zadavatele – Jihomoravský kraj, IČO 70888337, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno – učiněných při zadávání **části 10 veřejné zakázky „Výběr autobusových dopravců od 2021 - části 1 až 34“** v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 31. 3. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 4. 2020 pod ev. č. Z2020-011036, ve znění oprav uveřejněných dne 24. 4. 2020, dne 11. 5. 2020, dne 22. 5. 2020 a dne 1. 6. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 4. 2020 pod ev. č. 2020/S 067-159624, ve znění oprav uveřejněných dne 24. 4. 2020 pod ev. č. 2020/S 081-191900, dne 8. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 090-215310, dne 25. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 100-242098 a dne 2. 6. 2020 pod ev. č. 2020/S 105-254718, podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Jihomoravský kraj, IČO 70888337, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 16. 7. 2020 společností Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28360125, se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno (dále jen „zadavatel“), jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) – odeslal dne 31. 3. 2020 k uveřejnění oznámení o zahájení otevřeného řízení na veřejnou zakázku „Výběr autobusových dopravců od 2021 - části 1 až 34“; oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 4. 2020 pod ev. č. Z2020-011036, ve znění oprav uveřejněných dne 24. 4. 2020, dne 11. 5. 2020, dne 22. 5. 2020 a dne 1. 6. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 4. 2020 pod ev. č. 2020/S 067-159624, ve znění oprav uveřejněných dne 24. 4. 2020 pod ev. č. 2020/S 081-191900, dne 8. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 090-215310,

dne 25. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 100-242098 a dne 2. 6. 2020 pod ev. č. 2020/S 105-254718 (dále jen „veřejná zakázka“). Odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení dne 31. 3. 2020 bylo podle § 56 odst. 1 zákona zahájeno zadávací řízení na veřejnou zakázku.

2. V bodu 5.1 zadávací dokumentace na veřejnou zakázku ze dne 3. 4. 2020 (dále jen „zadávací dokumentace“) je uvedeno, že se jedná o veřejnou zakázku na služby.
3. V bodu 5.2 zadávací dokumentace je uvedeno, že zadavatel rozdělil veřejnou zakázku ve smyslu § 35 a § 101 zákona na části. Následně v bodu 5.3 zadávací dokumentace je uvedeno, že každá část veřejné zakázky je zcela samostatným předmětem postupu zadavatele v zadávacím řízení, a že dodavatel je oprávněn podat nabídku na jednu, několik nebo na všechny části veřejné zakázky.
4. Oznámeními o vyloučení sp.zn.JMKVAD1119 ze dne 4. 9. 2020 oznámil zadavatel účastníkovi zadávacího řízení – ADOSA a.s., IČO 49448170, se sídlem Zastávecká 1030, 665 01 Rosice, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 15. 10. 2020 JUDr. Vladimírem Tögelem, advokátem, ev. č. ČAK 04993, IČO 12493031, se sídlem Ostrovského 253/3, 150 00 Praha 5 (dále jen „navrhovatel“) – že jej podle § 48 odst. 3 zákona vylučuje ze zadávacího řízení, a to konkrétně z částí 9 a 10 veřejné zakázky z důvodu, že navrhovatel u těchto částí zadávacího řízení nezajistil platnost jistoty poskytnuté formou bankovní záruky po celou dobu trvání zadávací lhůty. Oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení z účasti v zadávacím řízení na část 9 a 10 veřejné zakázky zadavatel navrhovateli doručil téhož dne prostřednictvím elektronického nástroje zadavatele.
5. Navrhovatel proti svému vyloučení ze zadávacího řízení na předmětné části veřejné zakázky podal námitky ze dne 18. 9. 2020, které byly zadavateli doručeny téhož dne prostřednictvím jeho elektronického nástroje (dále společně jen „námitky“).
6. Zadavatel svými rozhodnutími ze dne 5. 10. 2020 podané námitky navrhovatele odmítl (dále společně jen „rozhodnutí o námitkách“). Rozhodnutí o námitkách byla navrhovateli doručena téhož dne prostřednictvím elektronického nástroje.
7. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněná v souladu se zákonem, podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 15. 10. 2020 (dále jen „návrh“). Návrh byl Úřadu doručen téhož dne.

II. OBSAH NÁVRHU

8. Navrhovatel úvodem svého návrhu uvádí, že dne 4. 9. 2020 obdržel oznámení zadavatele o svém vyloučení z účasti v zadávacím řízení v částech 9 a 10 veřejné zakázky. Zadavatel přitom rozhodnutí o vyloučení odůvodnil tím, že navrhovatel údajně neprokázal poskytnutí a nezajistil zadavatelem požadovanou jistotu po celou dobu trvání zadávací lhůty
9. Navrhovatel dále cituje rozsáhlé pasáže z jím napadených rozhodnutí o vyloučení, načež k těmto pasážím připojuje vlastní komentář. Navrhovatel předně uvádí, že zadavatelem uváděná judikatura se týká naprosto jiné právní situace, než je posuzovaná otázka neplatnosti bankovní záruky a neposkytnutí jistoty po celou dobu zadávací lhůty. Ve vztahu k zadavatelem uváděným pasážím rozhodnutí předsedy Úřadu pak navrhovatel uvádí, že otázka naplnění smyslu složení jistoty formou bankovní záruky se musí posuzovat

individuálně podle okolností konkrétního případu. Navrhovatel přitom poukazuje na to, že dle citované pasáže je zřejmé, že kromě naplnění účelu zákona musí být rovněž účastníkovi zadávacího řízení znemožněna možnost vrácení originálu bankovní záruky v průběhu zadávací lhůty, přičemž navrhovatel upozorňuje na to, že v souladu s příslušným ustanovením zadávací dokumentace předal zadavateli v nabídce originál bankovní záruky č. GOBG420001542 pro část 9. veřejné zakázky a originál bankovní záruky č. GOBG420001543 pro část 10. veřejné zakázky (dále společně jen „bankovní záruka“). Podle navrhovatele tedy došlo k naplnění požadavků zadavatele na výlučnou dispozici s originálem bankovní záruky po celou dobu zadávací lhůty ze strany zadavatele a jakékoliv zadavatelem popsané modelové či spekulativní kombinace podsouvající navrhovateli případné nekalé úmysly, kdy je to zadavatel, kdo výlučně disponuje originálem bankovní záruky, a ze strany navrhovatele nebyly učiněny jakékoliv kroky, které by tuto situaci měly či mohly změnit, zcela mimo rámec relevantních údajů a informací o stavu věci.

10. Podle názoru navrhovatele je celá podstata odůvodnění rozhodnutí o vyloučení založena na zcela jiném právním základě, než je posuzovaný případ, přičemž z tohoto plyne i dle navrhovatele nesprávný výklad dikce § 41 odst. 8 zákona ve vztahu k údajným důsledkům vyplývajícím pro zadavatele k jím tvrzené nemožnosti uspokojení práva na plnění z jistoty při porušení § 122 odst. 7 a § 124 odst. 2 zákona. Navrhovatel přitom uvádí, že uplatnění práva na plnění z jistoty se vztahuje na porušení povinností vyplývajících z dikce § 122 odst. 7 a § 124 odst. 2 zákona toliko u vybraného dodavatele před uzavřením smlouvy a nikoliv na dodavatele vyloučeného v průběhu zadávacího řízení pro jiná právní pochybení. Obavy zadavatele z nemožnosti uplatnění práva na plnění z jistoty jsou proto dle názoru navrhovatele naprosto liché a právně irelevantní, protože zadavatel jen účelově předjímá situace, které v budoucnu ani nemohou u vyloučeného účastníka zadávacího řízení nastat.
11. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel na podporu jeho nesprávné právní argumentace zcela účelově směšuje nejen práva a povinnosti související s poskytnutou jistotou, ale zejména okruh důvodů porušení povinností ze strany účastníků zadávacího řízení ve vztahu k uplatnění práva na plnění z jistoty, která byla dle navrhovatele zcela rozdílně upravena jak v zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), tak i v současném zákoně. I když oba tyto zákony dle navrhovatele zachovaly stejné druhové rozdělení jistot a způsoby jejich prokazování a důsledky porušení obou předpisů, tak naprosto diametrálně odlišně řeší otázku okamžiku vrácení jistoty, popř. jejího opětovného složení v případě, že zadavatel námitce uchazeče dle § 67 odst. 4 ZVZ vyhověl, přičemž toto pravidlo dle navrhovatele principiálně platilo stejně i v případě podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, kdy musel navrhovatel předložit Úřadu doklad o opětovném složení jistoty, která mu byla v důsledku vyloučení vrácena, a kdy po nevyhovění námitce nebyl důvod pro její opětovné složení. Navrhovatel přitom upozorňuje, že tato praxe však dnes neplatí, protože dle zákona se jistota vrací účastníkovi zadávacího řízení až v okamžiku, kdy dle § 41 odst. 6 písm. b) zákona zanikne účastníkovi účast v zadávacím řízení dle § 47 odst. 2 písm. a) až c) zákona. Dle navrhovatele přitom právě z důvodu, že předchozí úprava vrácení a opětovného složení jistoty byla podle ZVZ mnohdy komplikovaná a nepřehledná, zákon nově spojil definitivní vrácení jistoty až s okamžikem zániku účasti v zadávacím řízení.
12. Dle navrhovatele je dále chybný argument zadavatele opírající se o údajně z kontextu účelově vytržené relevantní judikatury, vzniklé ještě za účinnosti ZVZ, kterou dle názoru

navrhovatele nelze obecně bez přihlédnutí ke specifikům této kauzy jen tak „naroubovat“ na posuzovaný případ. Podle navrhovatele přitom zadavatel nebere v úvahu skutečnost, že ZVZ měl na rozdíl od důvodů dle současné právní úpravy úplně jiný okruh důvodů pro uplatnění práva na plnění z jistoty, kterými byla zejména změna nebo zrušení nabídky, odmítnutí uzavření smlouvy, či neposkytnutí součinnosti při uzavření smlouvy. Nový zákon přitom dle navrhovatele tyto důvody pro uplatnění práva na plnění z jistoty nezná, a tak dle navrhovatele není přípustné mu ze strany zadavatele spekulativně podsouvat taková jednání, která ve vztahu k uplatnění práva na plnění z jistoty při porušení § 122 odst. 7 a pak § 124 odst. 2 zákona nemohou teoreticky ani prakticky nastat. Navrhovatel k tomu dále uvádí, že nechápe, jak by mohl při svém vyloučení ohrozit uplatnění práva na plnění z jistoty při porušení § 122 odst. 7 a § 124 odst. 2 zákona, když obě tato ustanovení se vztahují toliko k porušení povinností ze strany vybraného dodavatele a nikoliv z jiných důvodů vyloučeného účastníka v průběhu zadávacího řízení, který z podstaty případného zániku účasti v zadávacím řízení dle § 47 odst. 2 zákona ani nemůže být vybraným dodavatelem.

13. Navrhovatel si dále klade otázku, proč, pokud ho zadavatel vyloučil ze zadávacího řízení pro formulaci uvedenou pod písm. b) bankovní záruky, jej zadavatel nevyloučil i z důvodu formulací uvedených pod písm. a) až d) bankovní záruky, které dle jeho názoru mají zcela stejné právní důsledky pro údajnou nedobytnost jistoty, protože i v těchto případech může bankovní záruka skončit před datem ukončení platnosti, a to nejen na základě oznámení navrhovatele, ale dokonce i oznámení samotného zadavatele, který může bance sdělit stejné informace jako navrhovatel.
14. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel při jeho vyloučení zcela nebral v úvahu základní skutečnosti uvedené jednak v bankovní záruce a dále pak dikci § 243 zákona, resp. právní důsledky vyplývající z aplikace § 47 odst. 2 zákona. Z textu bankovní záruky je přitom dle navrhovatele zřejmé, že bankovní záruka a důsledky porušení zákona navrhovatelem se vztahují toliko k § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2 zákona, pokud by byl v postavení vybraného dodavatele. V posuzovaném případě, kdy byl navrhovatel vyloučen z jiného důvodu, než výše uvedených, se však již navrhovatel nemůže stát vybraným dodavatelem. Dle názoru navrhovatele dále zadavatel přehlédl, že se účastník zadávacího řízení může dle § 243 zákona vzdát práva na podání námitek, v důsledku čehož po doručení zadavateli vzdání se práva podat námitku účastníkovi zadávacího řízení uplyne lhůta pro podání námitek a dle § 47 odst. 2 písm. a) zákona mu tak zanikne účast v zadávacím řízení. Účastník zadávacího řízení by tak poté, co mu zanikla účast v zadávacím řízení, mohl tuto skutečnost oznámit bance, aniž by bylo jakkoliv ohroženo uplatnění práva na plnění z jistoty v důsledku porušení § 122 odst. 7 a § 124 odst. 2 zákona.
15. Dle názoru navrhovatele je jeho vyloučení ze zadávacího řízení postavené na hypotetické úvaze zadavatele týkající se jeho obavy z nemožnosti mít nadvládu nad jistotou po celou dobu zadávací lhůty pro důvody uvedené v bankovní záruce pod písm. b). Dle navrhovatele je přitom zřejmé, že tuto hypotetickou možnost vznesl zadavatel zcela účelově, aniž zatím nestala jím předvídaná situace, protože originál bankovní záruky poskytnuté navrhovatelem je stále v dispozici zadavatele. Navrhovatel rovněž uvádí, že své vyloučení neoznámil bance, z čehož je zřejmé, že bankovní záruka je stále platná pro uplatnění práva na případné plnění z jistoty při porušení § 122 odst. 7 a § 124 odst. 2 zákona.

16. Na základě výše uvedeného má navrhovatel za to, že zadavatel vyloučením navrhovatele ze zadávacího řízení porušil zásadu transparentnosti podle § 6 zákona, přičemž odkazuje na ustálenou judikaturu Nejvyššího správního soudu, dle níž požadavek transparentnosti není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.
17. Závěrem navrhovatel shrnuje výše uvedené tak, že zadavatel protiprávním vyloučením navrhovatele ze zadávacího řízení v částech 9 a 10 veřejné zakázky účelově navodil právní situaci, na které v rámci odůvodnění svého protiprávního rozhodnutí pak rozvíjí své naprosto spekulativní úvahy ohledně nepřijatelných důsledků pro zadavatele, údajně vyplývajících z textace bankovní záruky ve vztahu k jejímu předčasnému ukončení, aniž by zadavatel mohl toto jednání navrhovatele ovlivnit, natož zabránit protiprávnímu jednání navrhovatele, u kterého však jiný důvod pro vyloučení zadavatel neshledal. Navrhovatel uvádí, že mu v důsledku pochybení zadavatele vznikla újma spočívající v nemožnosti uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky a hrozí mu vznik škody spočívající v ušlém zisku, který by mohl získat v případě uzavření smlouvy na realizaci veřejné zakázky.
18. Navrhovatel požaduje, aby Úřad zrušil rozhodnutí o jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení na částech 9 a 10 veřejné zakázky ze dne 4. 9. 2020 a uložil zadavateli zařadit nabídku navrhovatele do dalšího hodnocení nabídek.

III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU

19. Zadavatel doručil dne 26. 10. 2020 Úřadu své vyjádření k návrhu z téhož dne. Zadavatel ve svém vyjádření nejprve uvádí, že navrhovatel podal v zadávacím řízení na veřejnou zakázku nabídku na části 9 a 10 veřejné zakázky, přičemž v nabídkách na tyto části veřejné zakázky předložil záruční listiny k bankovním zárukám vystaveným Českou spořitelnou, a.s., IČO 45244782, se sídlem Olbrachtova 1929/62, 140 00 Praha 4 (dále rovněž „banka“), obsahující závazek banky, uhradit zadavateli v záručních listinách specifikovanou částku, pokud účastník zadávacího řízení v zadávací lhůtě zanikla účast v zadávacím řízení na příslušnou část veřejné zakázky po vyloučení podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2 zákona. Navrhovatel takto konkrétně předložil v rámci části 9 veřejné zakázky záruční listinu k bankovní záruce č. GOBG420001542 vystavenou na částku 1.000.000,- Kč a v rámci části 10 veřejné zakázky záruční listinu k bankovní záruce č. GOBG420001543 vystavenou na částku 1.000.000,- Kč. Zadavatel následně konstatoval, že navrhovatel zadavateli neposkytl a nezajistil jistotu po celou dobu trvání zadávací lhůty, neboť navrhovatel má možnost v průběhu zadávacího řízení veřejné zakázky bez vědomí zadavatele nechat bankovní záruku zaniknout ještě před zánikem účasti účastníka zadávacího řízení v zadávacím řízení. Zadavatel proto navrhovatele vyloučil z účasti v zadávacím řízení na výše uvedené části veřejné zakázky podle § 48 odst. 3 zákona pro nesplnění podmínky účasti, a to prokázání poskytnutí a zajištění zadavatelem požadované jistoty po celou dobu trvání zadávací lhůty.
20. Zadavatel dále uvádí, že návrh dle jeho zjištění neobsahuje žádné nové skutečnosti nebo námitky navrhovatele, k nimž by se zadavatel již dostatečně podrobně a srozumitelně nevyjádřil v rozhodnutí o námitkách. Navrhovatel tak dle zadavatele pouze svůj návrh doplnil

o vyjádření vztahující se k argumentaci zadavatele uvedené v rozhodnutí o námitkách, jako je např. zpochybnění relevantnosti užití rozhodovací praxe, či srovnání s předchozí právní úpravou v oblasti zadávání veřejných zakázek. Dle názoru zadavatele nicméně toto vyjádření právně i věcně odpovídá předchozí argumentaci navrhovatele obsažené v námitkách a nepřináší ničeho nového.

21. Zadavatel je přesvědčen, že v zadávacím řízení veřejné zakázky nepochybil a že při vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení veřejné zakázky podle § 48 odst. 3 zákona postupoval v souladu se zákonem, zásadami zadávání veřejných zakázek a rozhodovací praxí Úřadu a soudů správního soudnictví. Zadavatel považuje návrh za nedůvodný a je toho názoru, že v daném případě neexistují důvody pro uložení nápravného opatření. Zadavatel přitom odkazuje na svá rozhodnutí o námitkách, která dle zadavatele obsahují dostatečně podrobné vyjádření k navrhovatelem namítaným skutečnostem, a rovněž na oznámení o vyloučení navrhovatele.
22. K samotnému pochybení navrhovatele zadavatel nejprve obecně uvádí, že zadavatel se při posouzení poskytnutí jistoty v souladu se zákonem nemůže spokojit toliko s předložením bankovní záruky, přičemž musí vždy zkoumat rovněž konkrétní obsah předloženého dokladu o poskytnutí jistoty, tj. v něm zakotvený obchodněprávní vztah mezi účastníkem zadávacího řízení a bankovní či pojišťovací institucí a práva a povinnosti tímto obchodněprávním vztahem zakotvená ve prospěch zadavatele, jakožto osoby oprávněné z plnění jistoty. Tento postup dle zadavatele vyplývá z ustálené rozhodovací praxe Úřadu. Zadavatel dále uvádí, že v předložených bankovních zárukách je uvedena následující formulace: *„Bez ohledu na výše uvedené pozbývá Záruka platnosti i před Datem ukončení platnosti, a to okamžikem, kdy nám Účastník zadávacího řízení: [...] b) doručí písemné oznámení o vyloučení Účastníka zadávacího řízení ze Zadávacího řízení, které však není vyloučením podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2. Zákona.“*. Z této formulace dle názoru zadavatele vyplývá, že bankovní záruka zaniká okamžikem, ve kterém účastník zadávacího řízení doručí bance písemné oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení ze zadávacího řízení, které není vyloučením podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2 zákona.
23. Zadavatel v této souvislosti poukazuje na to, účastníkovi zadávacího řízení zaniká účast v zadávacím řízení dle zákona až v okamžiku, kdy uplyne lhůta pro podání námitek proti vyloučení, pokud námitky nepodá, v případě podání námitek uplyne lhůta pro podání návrhu podle § 251 odst. 2 nebo 3 zákona, pokud návrh nepodá, nebo v případě podání návrhu podle § 251 odst. 1 zákona nabude právní moci rozhodnutí o zastavení správního řízení či zamítnutí návrhu, nikoliv již samotným rozhodnutím o jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení, či oznámením o jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení. S ohledem na to zadavatel konstatuje, že navrhovatel tak má dle textace bankovní záruky možnost v průběhu zadávacího řízení bez vědomí a vůle zadavatele nechat bankovní záruku zaniknout ještě před samotným zánikem jeho účasti v zadávacím řízení dle zákona. Konkrétně by tak dle zadavatele navrhovatel mohl poté, co mu zadavatel oznámí, že byl ze zadávacího řízení vyloučen, písemně oznámit bance, že byl vyloučen z jiného důvodu než podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2 zákona, způsobit zánik bankovní záruky, čímž by došlo také k zániku potencionálních práv zadavatele na plnění z jistoty, a následně pak proti vyloučení ze zadávacího řízení brojit opravnými prostředky. Mohlo by tak dojít k situaci, kdy bankovní záruka zanikne, přičemž navrhovatel bude stále účastníkem zadávacího řízení. Zadavatel

konstatuje, že v tomto případě by tak práva zadavatele na plnění z jistoty mohla být závislá na volném uvážení navrhovatele, přičemž tak dle něj nedochází k naplnění základní funkce, smyslu a účelu jistoty zakotvených zákonem, tedy k zajištění plnění povinností účastníka zadávacího řízení vyplývajících z účasti v zadávacím řízení, a to platně po celou dobu trvání zadávací lhůty. S ohledem na výše uvedené zadavatel konstatuje, že mu navrhovatel v rámci zadávacího řízení neposkytl a nezajistil jistotu po celou dobu trvání zadávací lhůty. Výše uvedené skutečnosti přitom dle názoru zadavatele nelze akceptovat, neboť by šlo o přímý rozpor s funkcí, smyslem a účelem jistoty zakotvenými zákonem a zásadou rovného zacházení podle § 6 odst. 2 zákona, protože v případě jiných forem poskytnutí jistoty, např. peněžní jistoty, leží oprávnění s poskytnutou peněžní jistotou manipulovat pouze na straně zadavatele, nikoliv na straně účastníka zadávacího řízení, který zadavateli jistotu touto formou poskytl. Zadavatel přitom odkazuje na dřívější rozhodnutí Úřadu, resp. rozhodnutí jeho předsedy, přičemž uvádí, že obsahují závěry, které musí být aplikovány i na tento případ, a to v tom ohledu, že bankovní záruka ve věci řešené v těchto rozhodnutích Úřadu umožňuje zánik práv zadavatele v závislosti na jednání účastníka zadávacího řízení ještě před zánikem jeho účasti v zadávacím řízení.

24. Pokud jde o tvrzení navrhovatele týkající se zadavatelem uváděné rozhodovací praxe Úřadu, pak k tomu zadavatel uvádí, že předmětná rozhodnutí Úřadu a v nich přijaté závěry týkající se naplnění základní funkce a smyslu a účelu jistoty jsou aplikovatelné i za současné právní úpravy a na případ řešený v rámci této veřejné zakázky, k čemuž předkládá argumentaci o jejich aplikovatelnosti.
25. Zadavatel dále uvádí, že si je vědom skutečností daných rozdílnou právní úpravou dle ZVZ a zákona a je si rovněž vědom skutečnosti, že práva na plnění z jistoty se týkají vybraného dodavatele. Toto však dle zadavatele ničeho nemění na tom, že účastník zadávacího řízení poskytl zadavateli jistotu, kterou nedochází k naplnění základní funkce, smyslu a účelu jistoty, a to k zajištění plnění povinností účastníka zadávacího řízení vyplývajících z účasti v zadávacím řízení platně po celou dobu trvání zadávací lhůty.
26. K tvrzení navrhovatele, že zadavatel údajně vůbec nebere v úvahu skutečnost, že ZVZ obsahuje úplně jiný okruh důvodů pro uplatnění práva na plnění z jistoty na rozdíl od důvodů dle současné právní úpravy, zadavatel uvádí, že důvody pro uplatnění práva na plnění z jistoty dle ZVZ a současného zákona mu jsou zcela dobře známy, nicméně že tyto rozdílné důvody nejsou v této situaci s ohledem na výše popsanou podstatu tohoto problému rozhodující. Bez ohledu na různé důvody pro uplatnění práva na plnění z jistoty dle ZVZ a současného zákona je v této věci dle názoru zadavatele naprosto rozhodující ten fakt, že navrhovatel je dle podmínek bankovní záruky oprávněn způsobit sám a bez vědomí zadavatele zánik bankovní záruky, a to právě ještě v době, kdy jeho účast v zadávacím řízení dle zákona nezanikla.
27. Zadavatel dále uvádí praktický příklad, dle kterého by v případě, kdy zadavatel rozhodne o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, které však není vyloučením podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2. zákona, mohl navrhovatel ihned poté písemně oznámit bance, že byl vyloučen z jiného důvodu než podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2. zákona, a způsobit tak zánik bankovní záruky, a to zcela sám a bez vědomí zadavatele, a hlavně stále ještě v době, kdy účast navrhovatele v zadávacím řízení trvá, neboť pouhým oznámením o vyloučení doručeným navrhovateli ze strany zadavatele účast

navrhovatel v zadávacím řízení nezaniká a následně s tím rozvíjí úvahy o zániku účastenství ve smyslu § 47 odst. 2 zákona.

28. Zadavatel dále uvádí, že mu není zřejmé, z jakého důvodu navrhovatel zdůrazňuje, že k zániku platnosti bankovní záruky může dojít nejen na základě oznámení ze strany účastníka zadávacího řízení, ale také na základě oznámení ze strany zadavatele. Skutečnost, že zadavatel může způsobit zánik bankovní záruky, není dle názoru zadavatele jakkoli rozhodující a zadavatel by k takovému kroku ani nemohl dle zákona bez splnění určitých podmínek přistoupit. Tato skutečnost by navíc nijak nebyla v rozporu se zákonem či rozhodovací praxí a neměla by žádný vliv na funkci, smysl a účel poskytnutí jistoty, neboť trvání jistoty by v takovém případě bylo závislé právě pouze na vůli zadavatele.
29. K tvrzení, že navrhovatel měl být vyloučen také z jiných důvodů možného ukončení platnosti bankovní záruky, zadavatel uvádí, že není zákonnou povinností zadavatele nabídku účastníka zadávacího řízení posoudit z hlediska splnění podmínek účasti v zadávacím řízení kompletně a nalézt tak všechny možné skutečnosti zdůvodňující nesplnění podmínek účasti v zadávacím řízení, pakliže zadavatel v zadávacím řízení již konstatoval nesplnění podmínek účasti v zadávacím řízení na základě jedné takové skutečnosti. Dále pak zadavatel reaguje i na navrhovatelem uváděné další možné důvody vyloučení s ohledem na textaci předmětné bankovní záruky, přičemž se argumentaci navrhovatele v tomto ohledu nepovažuje za relevantní.
30. K tvrzení navrhovatele, že jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku je postaveno pouze na hypotetické úvaze a že zadavatelem předvídaná situace zatím nenastala, protože navrhovatelem poskytnutá bankovní záruka je stále v dispozici zadavatele a navrhovatel bance ohledně svého vyloučení z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku zatím nic neoznámil, zadavatel uvádí, že v okamžiku posuzování splnění této podmínky účasti není rozhodující pouze to, zda v daný okamžik jejího posuzování je jistota poskytnuta, tj. zda v daný okamžik je bankovní záruka platná, ale také to, zda je poskytnutí jistoty zajištěno po celou dobu trvání zadávací lhůty a zda je naplněna funkce, smysl a účel jejího poskytnutí. Platnost jistoty je v tomto případě dle zadavatele závislá na volném uvážení navrhovatele, a proto tak nemůže dojít k naplnění základní funkce, smyslu a účelu jistoty zakotveného zákonem po celou dobu trvání zadávací lhůty.
31. K tvrzení navrhovatele ohledně údajného porušení zásady transparentnosti pak zadavatel uvádí, že s tímto tvrzením nesouhlasí a má za to, že v zadávacím řízení postupoval v souladu se zákonem a rozhodovací praxí v oblasti zadávání veřejných zakázek.
32. Zadavatelem závěrem svého vyjádření uvádí, že má s ohledem na vše výše uvedené za to, že návrh je z hlediska jeho obsahu nedůvodný a neexistují důvody pro uložení nápravného opatření, a žádá proto Úřad, aby v souladu s § 265 písm. a) zákona návrh zamítl a zahájené správní řízení zastavil.

IV. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

33. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 15. 10. 2020 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedené pod sp. zn. S0433/2020/VZ.

34. Účastníky správního řízení podle ustanovení § 256 zákona jsou
- zadavatel,
 - navrhovatel.
35. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-32971/2020/532/MOn ze dne 19. 10. 2020.
36. Úřad dne 27. 11. 2020 vydal předběžné opatření č. j. ÚOHS-38208/2020/500/JBě, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na části 9 a 10 veřejné zakázky.
37. Usnesením č. j. ÚOHS-39856/2020/532/VZi ze dne 9. 12. 2020 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí

38. Dne 16. 12. 2020 bylo Úřadu doručeno vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne. Navrhovatel v něm reaguje na tvrzení uvedená ve vyjádření zadavatele k návrhu, přičemž uvádí, že zadavatel v podstatě setrval na své původní argumentaci obsažené v rozhodnutích o vyloučení a rozhodnutích o námitkách. Navrhovatel konstatuje, že je na Úřadu, aby se v rámci svého rozhodnutí právně vypořádal s tím, zda navrhovatelem předložená jistota formou bankovní záruky obsahově ob stojí, přičemž opětovně uvádí své argumenty obsažené v návrhu. Navrhovatel dále uvádí, že Úřad by měl rovněž přihlídnout k podnětu k zahájení řízení o přezkoumání zadavatele ze dne 22. 10. 2020, který na podporu navrhovatele podala Česká spořitelna, a.s. Navrhovatel závěrem opětovně požaduje, aby Úřad zrušil rozhodnutí o jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení na částech 9 a 10 veřejné zakázky ze dne 4. 9. 2020 a uložil zadavateli zařadit nabídku navrhovatele do dalšího hodnocení nabídek.

Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí

39. Zadavatel se k podkladům rozhodnutí Úřadu vyjádřil dne 17. 12. 2020. Ve svém vyjádření zadavatel uvádí, že s ohledem na obsah spisu nepředkládá další vyjádření, přičemž odkazuje na dříve poskytnuté vyjádření a dokumenty. Zadavatel má za to, že návrh je nedůvodný a neexistují důvody pro uložení nápravného opatření, pročež žádá Úřad, aby v souladu s § 265 písm. a) zákona návrh zamítl a zahájené správní řízení zastavil.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

40. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o zadávacím řízení a stanovisek předložených účastníky správního řízení rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

41. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
42. Podle § 40 odst. 1 zákona může zadavatel stanovit zadávací lhůtu, kterou se rozumí lhůta, po kterou účastníci zadávacího řízení nesmí ze zadávacího řízení odstoupit. Počátkem

zadávací lhůty je konec lhůty pro podání nabídek. Zadávací lhůta musí být stanovena přiměřeně s ohledem na druh zadávacího řízení a na předmět veřejné zakázky.

43. Podle § 41 odst. 1 zákona stanovil-li zadavatel zadávací lhůtu, může v zadávací dokumentaci požadovat, aby účastník zadávacího řízení poskytl ve lhůtě pro podání nabídek jistotu.
44. Podle § 41 odst. 3 písm. b) zákona poskytne účastník zadávacího řízení jistotu formou bankovní záruky ve prospěch zadavatele.
45. Podle § 41 odst. 4 písm. b) zákona účastník zadávacího řízení prokáže v nabídce poskytnutí jistoty předložením originálu záruční listiny obsahující závazek vyplatit zadavateli za podmínek stanovených v odstavci 8 jistotu, jde-li o bankovní záruku.
46. Podle § 41 odst. 5 zákona je-li jistota poskytnuta formou bankovní záruky nebo pojištění záruky, je účastník zadávacího řízení povinen zajistit její platnost po celou dobu trvání zadávací lhůty.
47. Podle § 41 odst. 6 zákona vrátí zadavatel bez zbytečného odkladu peněžní jistotu včetně úroků zúčtovaných peněžním ústavem, originál záruční listiny nebo písemné prohlášení pojistitele
 - a) po uplynutí zadávací lhůty, nebo
 - b) poté, co účastník zadávacího řízení zanikne jeho účast v zadávacím řízení před koncem zadávací lhůty.
48. Podle § 41 odst. 8 zákona má zadavatel právo na plnění z jistoty včetně úroků zúčtovaných peněžním ústavem, pokud účastník zadávacího řízení v zadávací lhůtě zanikla účast v zadávacím řízení po vyloučení podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2 zákona.
49. Podle § 47 odst. 2 zákona vyloučenému účastníkovi zadávacího řízení zanikne účast v zadávacím řízení v okamžiku, kdy
 - a) uplyne lhůta pro podání námitek proti vyloučení, pokud námitky nepodá,
 - b) v případě podání námitek uplyne lhůta pro podání návrhu podle § 251 odst. 2 nebo 3, pokud návrh nepodá, nebo
 - c) v případě podání návrhu podle § 251 odst. 1 nabude právní moci rozhodnutí o zastavení správního řízení či zamítnutí návrhu.
50. Podle § 48 odst. 3 zákona zadavatel vyloučí účastníka zadávacího řízení, který neprokázal složení požadované jistoty nebo nezajistil jistotu po celou dobu trvání zadávací lhůty.
51. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o zadávacím řízení

52. V čl. 17. „Zadávací lhůta“ zadávací dokumentace je uvedeno následující:

„17.1 Zadavatel v souladu s § 40 zákona stanovuje zadávací lhůtu (lhůta, po kterou účastníci zadávacího řízení nesmí ze zadávacího řízení odstoupit) v délce 9 měsíců.

17.2 Počátkem zadávací lhůty je konec lhůty pro podání nabídek. Zadávací lhůta neběží po dobu, ve které zadavatel nesmí uzavřít smlouvu podle § 246 zákona.“

53. V čl. 18. „Jistota“ zadávací dokumentace je uvedeno následující:

»**18.1** Zadavatel v souladu s § 41 zákona požaduje poskytnutí jistoty ve výši specifikované pro příslušnou část veřejné zakázky (viz Příloha č. 8 dokumentace zadávacího řízení – sloupec „požadavek na složení jistoty“) k zajištění plnění svých povinností vyplývajících z účasti v zadávacím řízení a doložit poskytnutí jistoty v nabídce.

18.2 Pokud účastník zadávacího řízení podává nabídku pro více částí veřejné zakázky, je povinen poskytnout zadavateli jistotu ve výši součtu všech částek jistoty stanovených pro jednotlivé části veřejné zakázky, na něž účastník zadávacího řízení podává nabídku.

18.3 Jistotu poskytne účastník zadávacího řízení formou **složení peněžní částky** na účet zadavatele č. ú.: **27-7489830297/0100** vedený u **Komerční banky, a.s., variabilní symbol: IČO nebo datum narození (ve formátu DDMRRRR) účastníka zadávacího řízení** (dále jen „peněžní jistota“), nebo **formou bankovní záruky** ve prospěch zadavatele, nebo **pojištění záruky** ve prospěch zadavatele, a to ve lhůtě pro podání nabídek podle čl. 15 dokumentace zadávacího řízení.

18.4 Účastník zadávacího řízení prokáže v nabídce poskytnutí jistoty:

a) sdělením údajů o provedené platbě zadavateli, jde-li o peněžní jistotu,

b) předložením originálu záruční listiny obsahující závazek vyplatit zadavateli za podmínek stanovených v § 41 odst. 8 zákona jistotu, jde-li o bankovní záruku, nebo

c) předložením písemného prohlášení pojistitele obsahující závazek vyplatit zadavateli za podmínek stanovených v § 41 odst. 8 zákona jistotu, jde-li o pojištění záruky.

(...).

18.5 Zadavatel v souladu s § 48 odst. 3 zákona vyloučí účastníka zadávacího řízení, který neprokázal složení požadované jistoty nebo nezajistil jistotu po celou dobu trvání zadávací lhůty. Zadavatel odešle bezodkladně účastníkovi zadávacího řízení oznámení o jeho vyloučení s odůvodněním.

18.6 Poskytne-li účastník zadávacího řízení jistotu formou peněžní jistoty, doloží v nabídce prohlášení podepsané osobou oprávněnou zastupovat účastníka zadávacího řízení, ve kterém uvede platební údaje pro vrácení peněžní jistoty. Nedoloží-li účastník zadávacího řízení v nabídce prohlášení o platebních údajích pro vrácení peněžní jistoty, vrátí zadavatel peněžní jistotu na účet, z něhož byla složena.

18.7 Poskytne-li účastník zadávacího řízení jistotu formou bankovní záruky nebo pojištění záruky, je povinen zajistit její platnost po celou dobu trvání zadávací lhůty. Zadavatel připouští možnost prodloužení platnosti či obnovení bankovní záruky (popř. zřízení nové bankovní záruky), pokud by měla během trvání zadávací lhůty platnost bankovní záruky uplynout v důsledku stavění zadávací lhůty podle § 40 zákona.

18.8 Zadavatel vrátí bez zbytečného odkladu peněžní jistotu včetně úroků zúčtovaných peněžním ústavem, originál záruční listiny nebo písemné prohlášení pojistitele:

a) po uplynutí zadávací lhůty, nebo

b) poté, co účastník zadávacího řízení zanikne jeho účast v zadávacím řízení před koncem zadávací lhůty.«.

54. Z přílohy č. 8 zadávací dokumentace „Specifikace jednotlivých částí veřejné zakázky“ vyplývá, že na části 9 a 10 veřejné zakázky byl zadavatelem shodně předepsán požadavek na složení jistoty ve výši 1 000 000,- Kč.

55. V bankovní záruce č. GOBG420001542 ze dne 11. 6. 2020 a v bankovní záruce č. GOBG420001543 z téhož dne, které jsou součástí nabídky navrhovatele na veřejnou zakázku, je shodně uvedeno mimo jiné následující:

*»Záruka je platná do **31. března 2021** (dále jen „Datum ukončení platnosti“) a eventuální nároky z ní musí být uplatněny u naší Banky nejpozději v tento den. (...).*

Bez ohledu na výše uvedené pozbývá Záruka platnosti i před Datem ukončení platnosti, a to okamžikem, kdy nám Účastník zadávacího řízení:

a) doručí písemné oznámení Zadavatele o uzavření smlouvy na realizaci Veřejné zakázky s Účastníkem zadávacího řízení nebo jiným účastníkem, který se umístil v pořadí před Účastníkem zadávacího řízení;

b) doručí písemné oznámení o vyloučení Účastníka zadávacího řízení ze Zadávacího řízení, které však není vyloučením podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2. Zákona;

c) který v Zadávacím řízení na realizaci Veřejné zakázky podal nabídku po uplynutí lhůty pro podání nabídek, doručí vyrozumění Zadavatele, že jeho nabídka byla podána po uplynutí lhůty pro podání nabídek;

d) který v Zadávacím řízení na realizaci Veřejné zakázky podal nabídku, doručí rozhodnutí Zadavatele o zrušení Zadávacího řízení na realizaci Veřejné zakázky

(dále jen „oznámení/rozhodnutí/vyrozumění“).«.

56. Z rozhodnutí o vyloučení vyplývá, že zadavatel dne 31. 8. 2020 rozhodl podle § 48 odst. 3 zákona o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na část 9, resp. část 10 veřejné zakázky, a to s odůvodněním, že navrhovatel neprokázal poskytnutí a nezajistil zadavatelem požadovanou jistotu po celou dobu trvání zadávací lhůty.

Právní posouzení

57. V rámci předmětného správního řízení je meritem sporu to, zda zadavatel vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení (a to z částí 9 a 10 veřejné zakázky) v souladu se zákonem. Základní otázkou, kterou je v daném případě nutné zodpovědět, s ohledem na formulaci důvodů, které zadavatele vedly k vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení, je, zda podmínka předčasného zániku platnosti bankovních záruk dle písm. b) výše uvedených bankovních záruk skýtá zadavateli dostatečnou jistotu, že se bude moci z bankovních záruk v případě, že nastanou zákonem předvídané okolnosti, hojit, a to po celou dobu trvání zadávací lhůty, případně do okamžiku, než navrhovateli zanikne jeho účast v zadávacím řízení před koncem zadávací lhůty, nebo zdali předmětná pasáž bankovních záruk neskýtá zadavateli požadovanou jistotu a jsou tak dány důvody pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 3 zákona.

58. Úřad předně považuje za vhodné nastínit povahu a účel požadavku na složení jistoty, jakož i povahu a účel stanovení zadávací lhůty, a následně jejich vzájemnou provázanost v průběhu zadávacího řízení.
59. Úřad konstatuje, že zadávací lhůtu, jejíž právní úpravu lze nalézt v ustanovení § 40 zákona, vymezuje zákon jako lhůtu, během níž účastníci zadávacího řízení nesmí ze zadávacího řízení odstoupit. Úřad dále k zadávací lhůtě poznamenává, že tato je na rozdíl od předchozí právní úpravy, tj. ZVZ, již koncipována jako nepovinná, tzn. zadavatel může, avšak nemusí, zadávací lhůtu stanovit. Jestliže se zadavatel rozhodne zadávací lhůtu stanovit, je povinen její délku stanovit přiměřeně s ohledem na druh zadávacího řízení a povahu předmětu plnění veřejné zakázky. Počátek zadávací lhůty je určen ustanovením § 40 odst. 1 zákona na konec lhůty pro podání nabídek, přičemž její konec zákon v § 40 výslovně nestanovuje.
60. K institutu poskytnutí jistoty tak, jak je upraven v ustanovení § 41 zákona, Úřad sděluje, že jeho smyslem je mj. zajistit, aby účastníci zadávacího řízení dostali svým povinností, jež jim z účasti v zadávacím řízení plynou. Další důležitou funkcí složení jistoty je možnost saturovat z její výše případnou újmu způsobenou zadavateli účastníkem zadávacího řízení při porušení konkrétních povinností v průběhu zadávacího řízení. Požadovat po dodavatelích poskytnutí jistoty je právem zadavatele, nikoliv jeho povinností, kdy zákon mj. stanovuje maximální výši jistoty, již lze požadovat, přičemž ukládá dodavateli povinnost zajistit její platnost po stanovenou lhůtu, tj. obligatorně po celou dobu trvání zadávací lhůty podle § 40 zákona.
61. V ustanovení § 41 odst. 3 zákon taxativním způsobem vymezuje formy jistoty, a to tak, že účastníkům zadávacího řízení umožňuje poskytnutí jistoty formou složení konkrétní peněžní částky na účet zadavatele, formou bankovní záruky a konečně i formou pojištění záruky. K povaze bankovní záruky Úřad obecně uvádí, že se jedná o formu jistoty ve smyslu ustanovení § 2029 občanského zákoníku, tzn. o finanční záruku, jejímž výstavcem je banka, zahraniční banka nebo spořitelna a úvěrní družstvo. Jedná se o prohlášení výše uvedeného výstavce, že uspokojí zadavatele do výše určené peněžité částky, která odpovídá výši zadavatelem požadované jistoty, jestliže účastník zadávacího řízení nesplní konkrétní povinnosti, jež pro něj ze zákona vyplývají. Ke vztahu jistoty a zadávací lhůty Úřad dodává, že na zadávací lhůtu je navázána doba platnosti bankovní záruky nebo pojištění záruky, která je upravena v ustanovení § 41 odst. 5 zákona, podle kterého je účastník zadávacího řízení povinen zajistit platnost bankovní záruky nebo pojištění záruky po celou dobu trvání zadávací lhůty upravené v § 40 zákona. V případě nedodržení této povinnosti je zadavatel povinen ve smyslu § 48 odst. 3 zákona takového účastníka ze zadávacího řízení vyloučit. Zadávací lhůtou se pak podle § 40 odst. 1 rozumí lhůta, po kterou účastníci zadávacího řízení nesmí ze zadávacího řízení odstoupit.
62. Lze tudíž konstatovat, že zákon chápe institut jistoty jako jediný prostředek k zajištění vázanosti účastníka zadávacího řízení jeho nabídkou. Jistota tedy představuje zajišťovací instrument, jenž zadavateli poskytuje vyšší míru právní jistoty a současně účinně motivuje účastníky zadávacího řízení k plnění jejich povinností vyplývajících z účasti v zadávacím řízení. S ohledem na právě řečené se tak jedná o institut pro zadavatele klíčový, přičemž eventuální vady dokladů prokazujících složení jistoty není možné přirovnávat k ryze formálním nedostatkům nabídek. Klíčový význam jistoty a důsledky nesplnění této povinnosti jsou patrné i z konstrukce ustanovení § 48 zákona, kde jsou uvedeny a rozlišeny důvody

pro možné vyloučení a pro povinné vyloučení. Ustanovení § 48 zákona dává zadavateli široké spektrum možností vyloučení účastníka zadávacího řízení, avšak mnohdy záleží na úvaze zadavatele, neboť ve většině případů se jedná o možnosti fakultativního vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, nejedná-li se o vybraného dodavatele (viz např. typicky důvody vyloučení dle § 48 odst. 2 zákona). V kontextu nepovinných důvodů pro vyloučení je naopak ustanovení § 48 odst. 3 zákona, dle kterého má zadavatel povinnost účastníka zadávacího řízení vyloučit, pokud neprokázal složení požadované jistoty, či nezajistil jistotu po celou dobu trvání zadávací lhůty.

63. Úřad v dalším uvádí, že povinnost zajistit bankovní záruku po celou dobu zadávací lhůty spočívá výhradně na straně účastníka zadávacího řízení, přičemž bankovní záruka vzniká, jak již bylo uvedeno výše, písemným prohlášením banky v záruční listině, že uspokojí věřitele, tj. zadavatele, do výše určité peněžní částky podle obsahu záruční listiny, jestliže určitá osoba, tj. účastník zadávacího řízení, nesplní určitý závazek, popř. budou splněny jiné podmínky stanovené v záruční listině. Výše peněžní částky, jež je uvedena v záruční listině a kterou se banka zavázala vyplatit zadavateli pro případ porušení povinností účastníka zadávacího řízení, musí odpovídat výši zadavatelem požadované jistoty. Jako doklad o poskytnutí jistoty je účastník zadávacího řízení povinen zadavateli předložit v případě bankovní záruky originál bankovní záruky jako součást své nabídky.
64. Úřad poznamenává, že poskytnutí jistoty formou bankovní záruky ve prospěch zadavatele prokazuje účastník zadávacího řízení již v nabídce. Z předloženého dokladu prokazujícího poskytnutí jistoty formou bankovní záruky ve prospěch zadavatele přitom musí jednoznačně vyplývat i skutečnost, že jistota bude platná po celou dobu trvání zadávací lhůty.
65. K totožnému závěru dospívá i komentářová literatura, podle níž: *„V případě bankovní záruky bude sloužit jako doklad k prokázání poskytnutí jistoty v této formě výlučně originál bankovní záruky předložený v nabídce. Ze záruční listiny musí vyplývat závazek výstavce (banky (...)) vyplatit zadavateli požadovanou částku/jistotu, jestliže účastníkovi zadávacího řízení zanikne účast v zadávacím řízení podle § 122 odst. 5¹ nebo § 124 odst. 2.*

Doklad prokazující poskytnutí jistoty, tedy doklad prokazující složení (peněžní jistota) či zřízení jistoty (bankovní záruka a pojištění záruky) musí být vždy součástí nabídky, a to v okamžiku, kdy je nabídka podána. Není tedy dána možnost pozdějšího doložení/dodání takového dokladu po uplynutí lhůty pro podání nabídek (složení jistoty nelze požadovat k okamžiku uplynutí lhůty pro podání žádostí o účast). V praxi to bude znamenat, že v případě, že není takovýto doklad součástí nabídky v době otevírání obálek, nemůže dále zadavatel využít možnost danou § 46 a účastníka požádat o doplnění dokladu. V případě, že doklad prokazující poskytnutí jistoty nefiguruje v nabídce (sdělení údajů o provedení platbě, originál bankovní záruky či písemné prohlášení pojistitele), zadavatel účastníka ze zadávacího řízení obligatorně vyloučí, a to na základě § 48 odst. 3 (...).

Účastník zadávacího řízení je povinen zajistit platnost jistoty po celou dobu trvání zadávací lhůty, tzn. po dobu lhůty, kterou v zadávacích podmínkách stanovil zadavatel a po kterou účastníci nesmí ze zadávacího řízení odstoupit ve smyslu § 40. (...) V případech kdy účastník

¹dle aktuální právní úpravy se jedná o důvod dle § 122 odst. 7 zákona, neboť došlo k novelizaci předmětného ustanovení zákona, pozn. Úřadu

tuto povinnost nesplní (...), musí zadavatel účastníka ze zadávacího řízení vyloučit.“ (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. 255 a násl.).

66. V šetřeném případě zadavatel v rámci zadávacích podmínek stanovil požadavek na poskytnutí jistoty ze strany účastníků zadávacího řízení, přičemž účastníci zadávacího řízení měli povinnost poskytnout jistotu ve specifikované výši pro každou část veřejné zakázky, na niž podávali nabídku. Zadavatel rovněž výslovně uvedl, že pokud účastník zadávacího řízení poskytne jistotu formou bankovní záruky nebo pojištění záruky, je povinen zajistit její platnost po celou dobu trvání zadávací lhůty.
67. Navrhovatel podal nabídku na část 9 a 10 veřejné zakázky, přičemž součástí nabídky byly rovněž elektronické originály bankovních záruk č. GOBG420001542 a GOBG420001543 ze dne 11. 6. 2020, jejichž výstavcem je Česká spořitelna, a.s. Každou z těchto bankovních záruk se přitom Česká spořitelna, a.s. zavazuje vyplatit zadavateli částku do výše 1 000 000,- Kč, a to na základě písemné žádosti zadavatele obsahující prohlášení, že navrhovateli zanikla účast v zadávacím řízení po jeho vyloučení podle § 122 odst. 7 zákona nebo § 124 odst. 2 zákona.
68. Z obsahu předložené dokumentace o zadávacím řízení, resp. přímo z oznámení o vyloučení, vyplývá, že jediné sporné ustanovení bankovní záruky je ustanovení písm. b) této záruky, které zní: *„Bez ohledu na výše uvedené pozbývá Záruka platnosti i před Datem ukončení platnosti, a to okamžikem, kdy nám Účastník zadávacího řízení: (...) b) doručí písemné oznámení o vyloučení Účastníka zadávacího řízení ze Zadávacího řízení, které však není vyloučením podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2. Zákona; (...)“*. Pro posouzení celého případu tedy bude zcela klíčová otázka posouzení předmětného ustanovení bankovní záruky.
69. Úřad po seznámení se obsahem jednotlivých bankovních záruk a jednotlivých důvodů pro jejich zánik dospěl k závěru, že navrhovatel byl z předmětných částí veřejné zakázky vyloučen v souladu se zákonem, neboť nezajistil zadavatelem požadovanou jistotu po celou dobu trvání zadávací lhůty. Ke svému závěru Úřad uvádí následující.
70. Úřad v první řadě uvádí, že souhlasí s tvrzením zadavatele, že se při posouzení poskytnutí jistoty v souladu se zákonem nelze spokojit toliko s předložením bankovní záruky, ale že je pro posouzení toho, zda předložením dokladu o poskytnutí jistoty byl dodržen zákon a funkce, smysl a účel poskytnutí jistoty, nutné vždy zkoumat konkrétní obsah předloženého dokladu o poskytnutí jistoty, tj. v něm zakotvený obchodněprávní vztah mezi účastníkem zadávacího řízení a bankovní či pojišťovací institucí a práva a povinnosti tímto obchodněprávním vztahem zakotvená ve prospěch zadavatele, jakožto osoby oprávněné z plnění jistoty.
71. Bankovní záruky předložené navrhovatelem jsou časově omezeny do dne 31. 3. 2021. Dále jsou v bankovních zárukách uvedeny konkrétní situace, kdy bankovní záruky pozbývají platnosti i nad rámec výše uvedeného data. Pod písm. b) je takto přitom uvedeno, že bankovní záruky pozbývají platnosti okamžikem, kdy navrhovatel doručí České spořitelně, a.s., jakožto výstavci bankovních záruk, písemné oznámení o svém vyloučení ze zadávacího řízení, které není vyloučením podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2 zákona (viz výše).

72. Z předložených bankovních záruk tak lze vyvodit jednoznačný závěr o tom, že bez ohledu na další okolnosti tyto bankovní záruky zanikají okamžikem, kdy navrhovatel doručí České spořitelně, a.s., případné oznámení o svém vyloučení ze zadávacího řízení, které není vyloučením podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2 zákona. Dle Úřadu je přitom nutné připomenout, že v případě případného vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, se kterým je dle textu bankovních záruk spojen zánik jejich platnosti, nedochází k zániku jeho účasti v zadávacím řízení. Účast v zadávacím řízení totiž nezaniká již okamžikem doručení rozhodnutí o vyloučení tomuto účastníkovi, nýbrž v souladu s ustanovením § 47 odst. 2 zákona až později, a to buď když uplyne lhůta pro podání námitek proti vyloučení v případě, že účastník tyto námitky nepodá, v případě podání námitek pak uplynutím lhůty pro podání návrhu, v případě, že účastník návrh nepodá, a konečně v případě podání návrhu nabytím právní moci rozhodnutí o zastavení správního řízení či zamítnutí návrhu. S ohledem na znění podmínky předčasného zániku platnosti bankovních záruk dle písm. b) je tak patrné, že může nastat hypotetická (ačkoliv rozhodně ne nereálná či neobvyklá) situace, kdy navrhovateli bude doručeno rozhodnutí o jeho vyloučení ze zadávacího řízení z důvodu jiného než podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2 zákona, přičemž navrhovatel se proti němu bude bránit prostřednictvím námitek, popř. později podáním návrhu k Úřadu. Znění bankovních záruk přitom navrhovateli umožňuje souběžně doručit oznámení o tomto svém vyloučení výstavci bankovní záruky a bez dalšího tím způsobit zánik její platnosti. V případě, kdy následně sám zadavatel, popř. později Úřad, vydané rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení zruší, dojde zcela nevyhnutelně k situaci, kdy navrhovateli nejen že nezanikla účast v zadávacím řízení, nýbrž kdy dokonce bude jeho nabídka hodnocena spolu s ostatními, a to za situace, kdy bankovní záruce již zanikla platnost a zadavatel tak ztratí případné právo na její vyplacení.
73. Z uvedeného lze tedy dovozovat, že je to sám navrhovatel, kdo může vyvolat zánik bankovních záruk ještě před skončením zadávací lhůty, resp. před zánikem jeho účasti v zadávacím řízení. Aniž by Úřad navrhovateli podsouval jakékoliv neférové jednání, v obecné rovině konstatuje, že jistota má pro zadavatele znamenat, že ji může, pokud jsou pro to dány zákonem stanovené důvody, automaticky využít; právě to je jejím smyslem. V daném případě by však mohla nastat situace, jak byla popsána v předchozím bodu odůvodnění tohoto rozhodnutí, tedy kdy by nabídka navrhovatele byla nakonec i přes jeho původní vyloučení hodnocena, přičemž zadavatel by v takovém okamžiku ani nevěděl, že se již z titulu bankovní záruky nemůže v případě potřeby hojit. Povinností dodavatelů je součástí nabídky učinit dokumenty v takové formě, aby byl smysl jistoty zachován. Což, jak vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí, v daném případě nenastalo. Pokud tedy na základě doložené bankovní záruky nemůže zadavatel v případě potřeby za jakékoliv situace automaticky uplatnit a získat plnění, které mu z jejího titulu náleží, nelze, dle názoru Úřadu, takové poskytnutí jistoty považovat za souladné se zákonem.
74. Dle Úřadu přitom nehraje roli, že jde o případ hypotetický, resp. o situaci, ke které zatím (dle vyjádření navrhovatele) nedošlo. Nejde totiž ani tak o to, jestli jistota poskytnutá prostřednictvím bankovních záruk již skutečně zanikla, nýbrž o to, že existuje zcela reálná obava zadavatele na tom, že navrhovatel má možnost zcela v souladu s podmínkami poskytnutých bankovních záruk zapříčinit v případě svého vyloučení zánik jejich platnosti, a to ještě za doby trvání zadávací lhůty, kterážto možnost je v naprostém rozporu s ustanovením § 41 odst. 5 zákona, dle kterého je účastník zadávacího řízení povinen zajistit

platnost jistoty poskytnuté formou bankovní záruky po celou dobu trvání zadávací lhůty. Rozhodná pro posouzení Úřadu v rámci tohoto případu je tak skutečnost, že k zániku bankovní záruky (jistoty) může dojít dříve, než zákon umožňuje, jelikož jedním z důvodů pro zánik bankovní záruky je situace, kdy ještě účastníkovi zadávacího řízení nezanikla účast v něm; tato situace pak ani neodpovídá dikci § 41 odst. 6 písm. b) zákona, na který lze v kontextu výše uvedených úvah Úřadu podpůrně odkázat, a který naopak stanovuje povinnost zadavateli, vrátit originál bankovní záruky bez zbytečného odkladu poté co zanikne účastníkovi účast v zadávacím řízení. Za daného skutkového stavu věci pak je, dle přesvědčení Úřadu, namíste přijmout závěr, že navrhovatel nezajistil platnost bankovní záruky po celou dobu trvání zadávací lhůty.

75. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že vyloučení navrhovatele zadavatelem podle § 48 odst. 3 zákona bylo zcela v souladu se zákonem, resp. že s ohledem na kogentní povahu tohoto ustanovení zákona zadavatel neměl v okamžiku, kdy zjistil, že jistota poskytnutá navrhovatelem nemusí pokrývat celou dobu účasti navrhovatele v zadávacím řízení po dobu trvání zadávací lhůty, jinou možnost než navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na části 9 a 10 veřejné zakázky vyloučit.
76. Úřad dále uvádí ve vztahu k návrhu tvrzenému porušení zásady transparentnosti, že mu není zcela jasné, proti čemu konkrétně tato námitka navrhovatele míří, nicméně že ve smyslu výše uvedeného přezkoumal napadená rozhodnutí o vyloučení, a to jak z hlediska použité právní klasifikace, tak z hlediska jejich odůvodnění, přičemž neshledal, že by napadená rozhodnutí byla v rozporu se zásadou transparentnosti ve smyslu § 6 odst. 1 zákona.
77. Úřad již pouze pro úplnost dodává, že nepřehlédl argumentaci České spořitelny, a.s., uvedenou v přípisech určených navrhovatelem ze dnů 14. 9. 2020 a 17. 9. 2020 a v podnětu určenému Úřadu ze dne 22. 10. 2020, dle které je postup zadavatele vedoucí k vyloučení navrhovatele překvapivý a nesprávný, a to mimo jiné nad rámec důvodů výše uvedených z důvodu, že totožně text bankovní záruky byl již ze strany zadavatele v minulosti v rámci jiného zadávacího řízení bez výhrad akceptován. Úřad k tomuto tvrzení uvádí, že v předmětném správním řízení zkoumal konkrétní okolnosti tohoto případu, na základě kterých dospěl k závěru, jak je uvedeno ve výrocích tohoto rozhodnutí a podrobně odůvodněno výše. Případný jiný postup zadavatele v jiných řízeních není pro vyřčení závěru Úřadu v danou chvíli relevantní. Stejně tak Úřad akcentuje, že pro posouzení věci bylo podstatné, jakým způsobem je bankovní záruka formulována, neboť právě její text je stěžejní pro posouzení toho, zda zadavatel postupoval při vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení v souladu se zákonem či nikoliv; tedy ani případná ex post prohlášení nejsem pro posouzení věci relevantní.
78. S ohledem na výše uvedené tak Úřad odmítá argumentaci navrhovatele, že byl z účasti v zadávacím řízení na části 9 a 10 veřejné zakázky zadavatelem vyloučen neoprávněně.
79. Podle § 265 písm. a) zákona platí, že Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
80. S ohledem na všechny shora popsané skutečnosti Úřad neshledal, že by se zadavatel dopustil v intencích návrhu namítaných skutečností porušení zákona, a proto rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele tak, jak je uvedeno ve výrocích I. a II. tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., Helfertova 2040/13, 613 00 Brno
2. JUDr. Vladimír Tögel, advokát, Ostrovského 253/3, 150 00 Praha 5

Vypraveno dne

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