



UOHSX00EDFJV

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0007/2021/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-03060/2021/163/PMo

Brno 15.03.2021

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 5. 1. 2021 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **ADOSA a.s.**, IČO 49448170, se sídlem Zastávecká 1030, 665 01 Rosice, ve správním řízení zastoupeným 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,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 12. 2020, sp. zn. ÚOHS-S0433/2020/VZ č. j. ÚOHS-40931/2020/500/ISo vydanému ve správním řízení ve věci přezkumu úkonů zadavatele –

- **Jihomoravského kraje**, IČO 70888337, se sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupeného 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

učiněných při zadávání částí 9 a 10 veřejné zakázky s názvem „**Výběr autobusových dopravců od 2021 - části 1 až 34**“, zadávané 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,

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 podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0433/2020/VZ, č. j. ÚOHS-40931/2020/500/ISO ze dne 18. 12. 2020

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem, obdržel dne 15. 10. 2020 návrh navrhovatele ADOSA a.s., IČO 49448170, se sídlem Zastávcká 1030, 665 01 Rosice, ve správním řízení zastoupen 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**“), na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – 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 společností Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28360125, se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno (dále jen „**zadavatel**“) učiněných při zadávání částí 9 a 10 veřejné zakázky s názvem „Výběr autobusových dopravců od 2021 - části 1 až 34“, zadávané 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 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dne 15. 10. 2020, kdy Úřad obdržel návrh, 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**“)

¹ Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 56 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0433/2020/VZ.

II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 18. 12. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0433/2020/VZ č. j. ÚOHS-40931/2020/500/ISo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I zamítl návrh navrhovatele na zahájení správního řízení v části týkající se přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání části 9 veřejné zakázky, ve výroku II zamítl návrh navrhovatele na zahájení správního řízení v části týkající se přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání části 10 veřejné zakázky, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
4. Podstatou věci je postup zadavatele, který vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení. Jako důvod vyloučení uvedl skutečnost, že navrhovatel v těchto částech zadávacího řízení nezajistil platnost jistoty poskytnuté formou bankovní záruky po celou dobu trvání zadávací lhůty. Navrhovatel předložil dvě bankovní záruky pro každou část veřejné zakázky totožného znění vydané Českou spořitelnou, a. s. platné do 31. 3. 2021, jejichž součástí bylo uvedení podmínky pro pozbytí platnosti i před dnem ukončení platnosti, a to okamžikem, kdy navrhovatel bance doručí písemné oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení ze zadávacího řízení, které však není vyloučením podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2. zákona. Zadavatel na základě této formulace dospěl k závěru, že bankovní záruka by mohla pozbýt platnosti i před uplynutím zadávací lhůty, a proto podle § 48 odst. 3 zákona rozhodl o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení. Navrhovatel s tímto postupem nesouhlasil.
5. Z odůvodnění se podává, že Úřad posoudil postup zadavatele souladný se zákonem. Uvedl, že v případě, kdy účastník zadávacího řízení nezajistí trvání jistoty po celou zadávací lhůtu, je zadavatel povinen podle § 48 odst. 3 zákona jej vyloučit, nemůže využít možnosti doplnění dokladu dle § 46 zákona. Uvedl dále, že při posouzení jistoty je nutno zkoumat konkrétní obsah předloženého dokladu, tj. v něm zakotvený obchodněprávní vztah mezi účastníkem zadávacího řízení a bankou.
6. Z bankovních záruk zadavatel uzavřel, že bez ohledu na další okolnosti tyto bankovní záruky zanikají okamžikem, kdy navrhovatel doručí České spořitelně, a.s., případně oznámení o svém vyloučení ze zadávacího řízení, které není vyloučením podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2 zákona. Tento závěr posoudil Úřad jako správný. Dle Úřadu je přitom nutné připomenout, že v případě případného vyloučení účastníka ze zadávacího řízení nedochází k zániku jeho účasti v zadávacím řízení, tento nastává, až když uplyne lhůta pro podání námitek, případně uplynutím lhůty pro podání návrhu, nebo nabytím právní moci rozhodnutí o zastavení správního řízení či zamítnutí návrhu. Je to tedy sám navrhovatel, kdo může vyvolat zánik bankovních záruk ještě před skončením zadávací lhůty. Dle Úřadu přitom nehraje roli, že jde o případ hypotetický a dosud taková situace nenastala.

III. Rozklad navrhovatele

7. Dne 5. 1. 2021 byl Úřadu doručen rozklad navrhovatele proti napadenému rozhodnutí z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 21. 12. 2020. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

8. Navrhovatel uvádí, že napadené rozhodnutí je stiženo vadou nepřezkoumatelnosti, neboť se Úřad nezabýval jeho právní argumentací uvedenou v návrhu a dále ve vyjádření k podkladům rozhodnutí.
9. Navrhovatel přitom uvádí, že nemá ze strany Úřadu žádnou zpětnou vazbu k tomu, aby si udělal představu o tom, v čem vlastně pochybil a jak se takovému pochybení do budoucna vyvarovat.
10. Tvrdí, že situace předestřená Úřadem nemůže ani hypoteticky nastat, neboť pokud by byl dodavatel vyloučen, nemůže se stát následně vybraným dodavatelem. Současně tvrdí, že zadavatel po celou dobu zadávacího řízení disponuje originálem bankovní záruky, který může kdykoliv uplatnit. Namítá, že zadavatel postupoval dle judikatury vydané podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZVZ**“), kterou však v poměrech zákona nelze použít. Namítá současně, že znění bankovní záruky je standardním textem, který renomovaná banka používá v mnoha zadávacích řízeních, a žádný zadavatel vady jejího textu nenamítal, akceptoval ho dokonce i zadavatel Jihomoravský kraj v předchozích zadávacích řízeních.
11. Navrhovatel tvrdí, že práva zadavatele na plnění z jistoty nejsou aktuálně nijak krácena či ohrožena. Poukazuje na skutečnost, že dodavatel nemohl počítat se všemi možnostmi, pro které by mohla bankovní záruka zaniknout, a tyto zahrnout do textu záruční listiny. Dle navrhovatele by pro zánik bankovní záruky musela nastat jediné některá ze situací dle § 41 odst. 6 zákona. Zadavatel měl dle názoru navrhovatele v případě pochybností o bankovní záruce postupovat podle § 46 a žádat o doplnění či vysvětlení dokumentu. Uvádí dále, že výklad Úřadu i zadavatele je přepjatě formalistický, považuje postup zadavatele za rozporný se zásadou přiměřenosti a transparentnosti.

Závěr rozkladu

12. Navrhovatel navrhuje předsedovi Úřadu, aby napadené rozhodnutí změnil tak, že uloží zadavateli jakožto nápravné opatření zrušit obě rozhodnutí zadavatele o vyloučení účastníka zadávacího řízení a poté zařadit nabídku navrhovatele do dalšího hodnocení nabídek.

IV. Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele

13. Zadavatel podal dne 15. 1. 2021 k rozkladu navrhovatele své vyjádření, v němž tvrdí, že navrhovatel neuvedl v rozkladu žádnou novou přesvědčivější argumentaci, která by mohla vyvrátit závěry napadeného rozhodnutí.
14. Zadavatel tak v rámci svého vyjádření sděluje, že je nadále přesvědčen o tom, že v zadávacím řízení nepochybil a postupoval při vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 3 zákona v souladu se zákonem, zásadami zadávání veřejných zakázek a rozhodovací praxí Úřadu a soudů správního soudnictví. Zadavatel s napadeným rozhodnutím Úřadu plně souhlasí a je toho názoru, že předseda Úřadu by měl rozklad zamítnout. Zadavatel v této souvislosti odkazuje zejména na body 72 až 75 napadeného rozhodnutí, ve kterých Úřad zcela správně a úplně posoudil problematiku záležitosti této věci, a to jak z pohledu skutkového, tak právního. V dalším odkazuje na své vyjádření k návrhu.

15. Zadavatel závěrem navrhuje, aby Úřad rozhodl tak, že napadané rozhodnutí potvrzuje a rozklad navrhovatele zamítá.

V. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

17. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení věci ve všech jejích vzájemných souvislostech předseda Úřadu podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, přičemž s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
18. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč nebylo přistoupeno ke změně nebo zrušení napadeného rozhodnutí.

VI. K námitkám rozkladu

Dotčená právní úprava

19. 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.
20. Podle § 41 odst. 3 zákona poskytne účastník zadávacího řízení jistotu formou a) složení peněžní částky na účet zadavatele (dále jen "peněžní jistota"), b) bankovní záruky ve prospěch zadavatele, nebo c) pojištění záruky ve prospěch zadavatele.
21. 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.
22. Podle § 48 odst. 3 zákona zadavatel vyloučí účastníka zadávacího řízení, který neprokázal složení požadované jistoty nebo nezajistil jistotu po celou dobu trvání zadávací lhůty.

Obecně ke správnosti závěrů napadeného rozhodnutí

23. Závěry napadeného rozhodnutí shledal předseda Úřadu správnými. Úřad se podrobně zabývá institutem jistoty upraveným v § 41 zákona a na jeho obecné teze obsažené v bodech 57 – 65 napadeného rozhodnutí lze v plném rozsahu odkázat. Zejména je nutno poukázat na účel institutu jistoty, a to zajistit vázanost účastníka zadávacího řízení nabídkou a jeho součinnost při uzavírání smlouvy. Toto zajištění pak musí být zcela bezpodmínečné, zadavatel nemůže být vystaven jakémukoliv riziku, že by předmětná jistota mohla za určitých okolností svou funkci ztratit.

24. Zde je nutno připomenout, že forma, kterou bude jistota poskytnuta, závisí na volbě účastníka zadávacího řízení, zadavatel tuto volbu nemůže nijak ovlivnit (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 10. 3. 2011, čj. 62 Ca 15/2009-71, který byl sice vydán za účinnosti ZVZ, jeho závěry o volnosti volby formy jistoty jsou však plně použitelné i při posouzení věci dle zákona stávajícího, neboť právní úprava je v tomto směru shodná). Bankovní záruka je tedy pouze jednou z variant jistoty, a ačkoliv zákonem předvídané formy jistoty se částečně liší ve způsobech poskytnutí, uplatnění apod., musí všechny v zásadě skýtat zadavateli stejnou míru jistoty (zde myšleno v obecném slova smyslu), že budou jeho nároky uspokojeny. Ostatně již samotný pojem *jistota* (opět myšleno v obecném slova smyslu) vylučuje jakoukoliv možnost pochybností o jejím využití, neboť jisté může být pouze to, o čem nejsou žádné pochyby. Pokud pak bankovní záruka má být ve smyslu § 41 odst. 3 zákona z hlediska svého účelu ekvivalentem peněžní jistoty (neboť volba formy jistoty je na účastníku zadávacího řízení), musí být její podmínky nastaveny tak, aby nemohla z vůle účastníka zadávacího řízení zaniknout dříve, než nastane povinnost zadavatele vrátit peněžní jistotu nebo originál záruční listiny dle § 41 odst. 6 zákona.
25. Bankovní záruka je však soukromoprávní vztah, jehož obsah je nutno vykládat výhradně dle znění záruční listiny. Zde je nutno poukázat i na další stěžejní závěr napadeného rozhodnutí obsažený v jeho bodě 70. Platí tedy, že při posouzení poskytnutí jistoty v souladu se zákonem je 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 obdržet plnění z jistoty.
26. Uvedené závěry podporuje i judikatura Nejvyššího soudu vztahující se k institutu bankovní záruky. Platná právní úprava finanční záruky (bankovní záruky) obsažená v ustanovení § 2029 až § 2039 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**občanský zákoník**“) v zásadě vychází z úpravy tohoto institutu v zákoně č. 513/1991 Sb., obchodním zákoníku, účinném do 31. 12. 2013. Lze tedy vycházet z judikatury vydané ve vztahu k tomuto institutu i před účinností občanského zákoníku (srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 24. 10. 2018, sp. zn. 29 Cdo 4747/2016). Z rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 30. 3. 2016, sp. zn. 29 Cdo 2171/2014 se pak podává následující: „*Současně platí, že bankovní záruka (pisemné prohlášení banky podle § 313 obch. zák.) vzniká jednostranným právním úkonem banky (žalované) adresovaným věřiteli (oprávněnému - žalobci) z bankovní záruky, a to doručením záruční listiny věřiteli. Obchodní závazkový vztah mezi bankou a věřitelem vzniklý po doručení záruční listiny věřiteli nemůže být měněn nebo zrušen bez souhlasu stran (...). Přitom je zcela zjevné, že obsah práv a povinností banky a oprávněného z bankovní záruky je dán striktně (jen) obsahem záruční listiny (viz např. důvody rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 28. 5. 2014, sp. zn. 32 Cdo 1730/2012); v této listině přitom může být (mimo jiné) rovněž určeno, za jakých podmínek bankovní záruka zaniká.*“ (zvýraznění doplněno předsedou Úřadu).
27. Zadavatel se tak zcela správně zabýval obsahem bankovních záruk č. GOBG420001542 a GOBG420001543 ze dne 11. 6. 2020, jejichž výstavcem je Česká spořitelna, a.s., a dospěl rovněž zcela správně k závěru, že k zániku bankovní záruky může dojít ještě před uplynutím zadávací lhůty. Taková možnost je podrobně popsána v bodech 72 – 73 napadeného rozhodnutí.

28. Povinnost účastníka zadávacího řízení zajistit platnost bankovní záruky po celou dobu trvání zadávací lhůty stanovená v § 41 odst. 5 zákona znamená, že již samotné podmínky bankovní záruky musí být nastaveny tak, aby neumožňovaly, že bankovní záruka přestane platit z vůle účastníka zadávacího řízení před koncem zadávací lhůty. V případě, že bankovní záruka takovýmto způsobem sjednána není, je již zcela bezpředmětné zkoumat, zda v konkrétním případě nastala skutečnost, která by způsobila zánik bankovní záruky. Dostatečná platnost bankovní záruky totiž garantována není. Není tedy nutno s vyloučením dle § 48 odst. 3 zákona čekat, až nebo zda vůbec nastane okamžik, kdy zadavateli již nesvědčí právo bankovní záruku uplatnit. Naopak z dikce § 48 odst. 3 zákona plyne, že zadavatel je v případě, kdy účastník zadávacího řízení nezajistí jistotu po celou dobu trvání zadávací lhůty, povinen jej bez dalšího vyloučit, a není tedy v jeho možnostech posuzovat závažnost pochybení při poskytnutí jistoty, případně míru ohrožení její funkce. Takový postup zadavateli zákon neumožňuje, když jasně stanoví povinnost uchazeče pro pochybení se složením jistoty vyloučit. Ačkoliv se může jevit popsany přístup vysoce formalizovaným a přísným, zejména v konkrétní posuzované situaci, je zcela v souladu se zákonem a požadavkem, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených a zpětně kontrolovatelných podmínek.
29. V této souvislosti lze odkázat na závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 30. 1. 2020, č. j. 62 Af 53/2018-58, který se zabýval přetržením platnosti bankovní záruky v rozsahu několika dní. Z uvedeného rozsudku se podává následující: „*V konkrétních a individuálních souvislostech se sice rigidní aplikace pravidel plynoucích ze zadávacích podmínek může obecnou optikou jevit jako příliš přísná, odtržená od běžných obchodních kontraktačních postupů, jde však podle zdejšího soudu o přirozené specifikum kontraktace těch plnění, jež jsou veřejnými zakázkami, a jakékoli postupné ad hoc rozměňování požadavků na dodržení těchto pravidel (...) by ani požadavku na dodržení zásady transparentnosti zadávacích řízení nemohlo vyhovět. Připustil-li by tedy zdejší soud, že lze (nebo že je to dokonce třeba), aby zadavatel posuzoval závažnost či délku trvání jednotlivých pochybení uchazeče, a podle závažnosti či délky trvání takového pochybení pak dle své vlastní úvahy přistupoval k vyřazení nabídky tohoto uchazeče a k jeho vyloučení, aniž by mu ZVZ takovou úvahu výslovně umožňoval (bez toho, že by ZVZ umožňoval pochybení uchazeče zhojit aktivitou samotného zadavatele), byl by takový postup nepochybně v rozporu především se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 ZVZ.*“ (body 15 a 16 odůvodnění rozsudku). Uvedené závěry jsou dle názoru předsedy Úřady zcela použitelné i pro posuzovaný případ, který se řídí úpravou dle zákona, neboť i úprava dle ZVZ ukládala zadavateli povinnost vyloučit uchazeče v případě pochybení při složení jistoty či zajištění její platnosti po celou dobu zadávací lhůty.
30. Předseda Úřadu tak v obecné rovině uzavírá, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když vyloučil navrhovatele dle § 48 odst. 3 zákona, Úřad proto rovněž v souladu se zákonem návrh navrhovatele zamítl, neboť neshledal důvody pro uložení nápravného opatření. Níže se předseda Úřadu vyjadřuje k jednotlivým rozkladovým námitkám.
- K jednotlivým námitkám obsaženým v návrhu*
31. Navrhovatel uvádí, že napadené rozhodnutí je stiženo vadou nepřezkoumatelnosti, neboť se Úřad nezabýval jeho právní argumentací uvedenou v návrhu a dále ve vyjádření

k podkladům rozhodnutí. Ačkoliv předseda Úřadu názor navrhovatele nesdílí a domnívá se, že napadené rozhodnutí je odůvodněno dostatečně s ohledem na relevanci jednotlivých námitek navrhovatele, je v rozhodnutí o rozkladu prostor pro případné doplnění odůvodnění napadeného rozhodnutí.

32. Takový postup je zcela v souladu se závěry rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 2. 2013, č. j. 6 Ads 134/2012-47, z něhož se podává: „*Odvolací správní orgán proto může odstranit vady odůvodnění rozhodnutí správního orgánu I. stupně tím, že odůvodnění prvoinstančního rozhodnutí doplní svým odůvodněním [§ 90 odst. 1 písm. c) správního řádu z roku 2004]. Takto může odvolací správní orgán postupovat za podmínky, že výroková část rozhodnutí správního orgánu I. stupně je v souladu s právními předpisy i věcně správná, odůvodnění nicméně obsahuje určité rozpory, které ne zcela odpovídají obsahu výrokové části a které lze odstranit pomocí podkladů rozhodnutí obsažených ve spise. Tento postup odvolacího správního orgánu však nesmí porušit zásadu dvojinstančnosti správního řízení.*“
33. Již v úvodu vypořádání rozkladových námitek lze pouze podotknout, že argumentace navrhovatele obsažená v návrhu i následně v rozkladu působí velmi nepřehledně a nekonzistentně, některé argumenty se několikrát opakují s různým stupněm zvýraznění. Nelze tak napadenému rozhodnutí vytýkat, že se s argumentací obsaženou v návrhu nevypořádalo v témže rozsahu a struktuře, v jakých ji navrhovatel v návrhu prezentuje. Naopak, odůvodnění napadeného rozhodnutí je přehledné a s jasným argumentačním vývojem. Předseda Úřadu se však i přes shora uvedené vyjadřuje k argumentaci navrhovatele obsažené v bodech 2. 1. až 2. 6. jeho návrhu následovně.
34. Jestliže navrhovatel rozporuje odkaz zadavatele na rozhodovací praxi Úřadu (rozhodnutí Úřadu ze dne 13. 6. 2012, č. j. ÚOHS-S349,380/2011/VZ-2694/2012/520/JHI a rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 27. 9. 2013, č. j. ÚOHS-R175/2012/VZ-18579/2013/310/PSe) s tím, že se dané rozhodnutí zabývá skutkově jinou situací spojenou s dispozicí s originálem bankovní záruky, je nutno jeho názor odmítnout. Uvedená rozhodnutí jsou použita pro podepření názoru, že poskytnutí jistoty musí vždy splňovat účel zákona a že nelze připustit možnost, aby někteří z uchazečů podali nabídku prokazující poskytnutí jistoty bankovní zárukou a zároveň mohli tuto jistotu v průběhu zadávacího řízení ze své vůle a bez vědomí zadavatele zrušit. Skutečnost, že v posuzovaném případě by k takovému zrušení mohlo dojít doručením rozhodnutí o vyloučení, na rozdíl od případu judikovaného, kdy ke zrušení mohlo dojít vrácením originálu záruční listiny, nemá na možnost použití rozhodovací praxe Úřadu žádný vliv. Je zcela nerozhodné, jakým způsobem může dojít k zániku bankovní záruky z vůle účastníka zadávacího řízení, podstatné zůstává, že tato možnost nastat může, což je v rozporu s účelem institutu jistoty. Fakt, že zadavatel mohl po celou dobu disponovat originálem bankovní záruky je v daném případě irrelevantní, neboť zánik bankovních záruk č. GOBG420001542 a GOBG420001543 ze dne 11. 6. 2020, jejichž výstavcem je Česká spořitelna, a.s., byl dle bodu b) výčtu důvodů pro zánik platnosti před dnem 31. 3. 2021 navázán na okamžik, kdy navrhovatel doručí písemné oznámení o svém vyloučení ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku, které však není vyloučením podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2. zákona. Skutečnost, že zadavatel po celou dobu disponoval originálem bankovní záruky tak neznamená, že tato bankovní záruka nemohla zaniknout před uplynutím zadávací lhůty. Argumentace navrhovatele týkající se originálu bankovní záruky tak zcela pomíjí skutečné důvody odkazu zadavatele na rozhodovací praxi Úřadu.

35. Navrhovatel dále poukazuje na rozdíly právní úpravy jistoty dle ZVZ a zákona, zejména na úpravu okamžiku vrácení jistoty a důvody, pro které je zadavatel oprávněn práva z jistoty uplatnit. Z uvedeného popisu rozdílů však nijak neplyne, proč je na ně navrhovatelem upozorňováno. Pokud by tím důvodem měla být nemožnost použití judikatury vydané za účinnosti ZVZ, nelze takovou nemožnost použití obecně obhajovat pouhou rozdílností právní úpravy. Muselo by se jednat o rozdílnou úpravu konkrétních práv a povinností, na nichž by bylo případné rozhodnutí postaveno. Hovoříme-li však o rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 27. 9. 2013, č. j. ÚOHS-R175/2012/VZ-18579/2013/310/Pse, byl z tohoto rozhodnutí akcentován účel institutu jistoty a povinnost účastníka zadávacího řízení zajistit platnost bankovní záruky po celou dobu trvání zadávací lhůty, což jsou skutečnosti, které ZVZ i zákon upravují shodně.
36. Navrhovatel dále tvrdí, že nechápe, jak by mohl při svém vyloučení z jiných důvodů, než níže uvedených, ohrozit uplatnění práva na plnění z jistoty při porušení § 122 odst. 7 a pak § 124 odst. 2 zákona, když obě tato ustanovení se vztahují toliko k porušení povinností ze strany vybraného dodavatele a nikoliv z jiných důvodů na straně vyloučeného účastníka řízení, který z podstaty případného zániku účasti v zadávacím nemůže být vybraným dodavatelem. Na tomto místě lze pouze zopakovat, že Úřad v bodě 72 napadeného rozhodnutí podrobně uvádí způsob, prostřednictvím kterého by se případně vyloučený účastník zadávacího řízení mohl stát dodavatelem, jehož nabídka by byla hodnocena (a mohl by se tak stát i vybraným dodavatelem), pokud by své vyloučení úspěšně napadl. Zánik účasti v zadávacím řízení totiž není vázán na vyloučení, ale až na okamžiky stanovené v § 47 odst. 2 zákona.
37. Dále navrhovatel namítá, že zadavatel při rozporování bankovní záruky poukazuje pouze na bod b) výčtu důvodů pro zánik platnosti před dnem 31. 3. 2021 a nikoliv na ostatní body a) - d). K této námitce lze uvést, že Úřad byl oprávněn posoudit pouze soulad postupu zadavatele se zákonem a není povinen zkoumat, zda existovaly případně i jiné důvody pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, pokud tyto důvody neuvedl sám zadavatel. Lze se však domnívat, že v důvodech pro zánik bankovních záruk uvedených v písmenech a), c) a d) nespátrával zadavatel natolik významnou hrozbu vzniku stavu, kdy by mohlo dojít k pozbytí platnosti bankovních záruk před ukončením zadávacího řízení (bod a) nebo před zánikem účasti navrhovatele v zadávacím řízení (bod c) ve spojení s § 47 odst. 4 písm. b) zákona. Existuje teoretická možnost, že by bankovní záruka zanikla doručením rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení dle písmene d) textu bankovní záruky, ačkoliv k ukončení zadávacího řízení dochází až okamžikem popsáním v § 51 odst. 2 zákona. I zde by tedy mohla nastat situace, kdy bankovní záruka pozbude platnosti, ačkoliv se účastník zadávacího řízení ještě může teoreticky stát vybraným dodavatelem (pokud by úspěšně napadl zrušení zadávacího řízení). Zadavatel však shledal nedostatek bankovní záruky již v možnosti jejího ukončení dle písm. b) a Úřad tak posuzuje pouze postup, který zadavatel realizoval a nikoliv postup, který nezvolil.
38. Navrhovatel dále uvádí, že se účastník zadávacího řízení může v případě vyloučení vzdát svého práva na podání námítky dle § 243 zákona, v důsledku čehož mu zanikne účast v zadávacím řízení a nemůže být jakkoliv ohroženo uplatnění práva na plnění z jistoty v důsledku porušení § 122 odst. 7 a § 124 odst. 2 zákona. Tento postup samozřejmě může účastník zadávacího řízení zvolit, závisí však zcela na jeho uvážení a nic nemění na závěru,

že je to sám navrhovatel, kdo může vyvolat zánik bankovní záruky ještě před skončením zadávací lhůty.

39. Jestliže navrhovatel tvrdí, že hypotetická možnost zániku bankovní záruky před uplynutím zadávací lhůty dosud nenastala a bankovní záruka je dosud platná, lze v této souvislosti odkázat pouze na závěry obsažené v bodě 28 tohoto rozhodnutí shora.

K ostatním námitkám rozkladu

40. Navrhovatel dále již přímo ve svém rozkladu namítá přepjatě formalistický přístup Úřadu k posouzení bankovní záruky, v této souvislosti lze pouze opakovaně odkázat na závěry uvedené v bodě 28 tohoto rozhodnutí shora i na závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 30. 1. 2020, č. j. 62 Af 53/2018-58, které vysoce formalizovaný přístup v případě institutu jistoty aprobují.
41. K námitce, že zadavatel již dříve shodně formulovanou bankovní záruku akceptoval, lze uvést následující. Každé zadávací řízení je zcela samostatné a nezávislé na jiných zadávacích řízeních a nelze *a priori* dovozovat, že pokud zadavatel zvolil určité požadavky či postup v jednom zadávacím řízení, má povinnost postupovat v dalších zadávacích řízeních stejně. Tento přístup platí o to více, pokud je postup zadavatele v posuzovaném případě v souladu se zákonem (jak bylo uzavřeno shora), ačkoliv dříve případně obdobnou bankovní záruku akceptoval. Stejně jako v případě nemožnosti ochrany legitimního očekávání založeného správní praxí *contra legem* (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 12. 2014, č. j. 4 Ads 211/2014 - 36), nelze taková očekávání uplatnit s ohledem na dřívější odlišný postup zadavatele, pokud současný postup byl shledán zákonným.
42. K námitkám nemožnosti argumentace rozhodovací praxí vydanou dle ZVZ a faktem, že zadavatel po celou dobu disponoval originálem bankovní záruky, se předseda Úřadu vyjádřil již v rámci vypořádání námitek obsažených v návrhu, viz body 34 – 35 tohoto rozhodnutí shora. Totéž platí o argumentu týkajícím se tvrzení, že vyloučený účastník zadávacího řízení se nemůže stát vybraným dodavatelem, který je vypořádán v bodě 36 tohoto rozhodnutí shora.
43. Navrhovatel dále opakuje rozdíly v úpravě institutu jistoty v zákoně a v ZVZ, opět bez konkretizace důvodů, které by mohly vyvrátit základní závěr napadeného rozhodnutí (tedy že poskytnutí jistoty musí vždy splňovat účel zákona a že nelze připustit možnost, aby někteří z uchazečů podali nabídku prokazující poskytnutí jistoty bankovní zárukou a zároveň mohli tuto jistotu v průběhu zadávacího řízení bez vědomí zadavatele zrušit).
44. Poukaz na rozdíl úpravy obsažené v zákoně a ZVZ však vede k úvaze, jaká byla příčina formulace způsobů zániku bankovní záruky uvedených v jejím textu pod body a) – d). Lze se domnívat, že tyto body odpovídají právě úpravě obsažené v § 67 odst. 2 ZVZ a téměř kopírují situace, kdy byl dle původní úpravy zadavatel povinen jistotu vrátit. Měly tak zřejmě umožnit účastníku zadávacího řízení obdobný stav navodit svým jednáním, pokud by zadavatel byl s vrácením jistoty v prodlení. Tyto důvody však byly v původní úpravě navázány na povinnost obnovit jistotu do 5 pracovních dnů ode dne, kdy zadavatel vyhoví námitkám dodavatele podle § 67 odst. 4 ZVZ. V současné úpravě však taková možnost nefiguruje a k vrácení jistoty má dojít až po uplynutí zadávací lhůty nebo po zániku účasti v zadávacím řízení, který v případě vyloučení nenastane již okamžikem vyloučení, ale až poté, co účastník zadávacího

řízení vyčerpá možnosti obrany proti vyloučení (§ 47 odst. 2 zákona). Pokud by tedy text záruční listiny kopíroval právě ustanovení § 41 odst. 6 zákona a nikoliv § 67 odst. 2 ZVZ, nemohla by nastat zadavatelem vytýkaná situace. Výstavci bankovní záruky tak lze pouze doporučit, aby text bankovní záruky přizpůsobil současnému znění zákona a tím se vyvaroval případných problémů i v budoucnu. Tento rozdíl úpravy ZVZ a zákona je jediný relevantní pro daný případ, avšak nemá v žádném případě vliv na správnost závěrů napadeného rozhodnutí či na použitelnost rozhodovací praxe Úřadu. Není rovněž na místě, aby navrhovatel danými rozdíly argumentoval ve svůj prospěch, když právě tyto rozdíly v právní úpravě vrácení jistoty jsou zřejmě důvodem, proč jím předložená bankovní záruka nebyla v souladu se zákonem.

45. Navrhovatel dále poukazuje na skutečnost, že není v jeho zájmu „zneplatnit“ bankovní záruku, když se naopak brání vyloučení ze zadávacího řízení, funkce bankovní záruky tak není ohrožena. Napadené rozhodnutí, jak je uvedeno v jeho bodě 73, uvádí, že nepodsouvá navrhovateli jakékoliv neférové jednání. Je tedy nerozhodné, zda navrhovatel má či nemá zájem na zániku bankovní záruky, rozhodné zůstává, že existuje možnost, aby bankovní záruka pozbyla platnosti před uplynutím zadávací lhůty bez toho, aby zadavatel mohl takový zánik ovlivnit, či dokonce zjistit. Zadavatel může při posouzení bankovní záruky vycházet toliko z textu záruční listiny, v níž je jasně uvedeno, za jakých podmínek bankovní záruka zaniká. Poukaz navrhovatele na případné vztahy mezi ním a poskytovatelem bankovní záruky tak nemůže postavení zadavatele nijak ovlivnit. Porovnání vyloučení navrhovatele z důvodu nenaplnění účelu jím předložené bankovní záruky s preventivním vyloučením pro obavy z neprodloužení bankovní záruky v důsledku epidemie COVID 19 je pak zcela nepřípadné. Zadavatelem a Úřadem posuzovaný možný způsob zániku bankovní záruky je zcela jasně popsán v bodě b) textu záruční listiny a nejedná se tak o žádné „*právní science fiction*“, jak uvádí navrhovatel, ale jasně předvídanou situaci zakotvenou ve smluvním vztahu mezi navrhovatelem a poskytovatelem bankovní záruky.
46. Navrhovatel dále poukazuje na úpravu § 41 odst. 6 zákona a uvádí, že v současné době není již rozhodující vrácení originálu bankovní záruky výstavci, neboť tyto listiny jsou předávány v elektronické podobě. Není zřejmé, z jakého důvodu je tato argumentace vedena, když dříve navrhovatel argumentoval tím, že zadavatel jako disponent originálu bankovní záruky má zachována všechna práva. Navrhovatel dále tvrdí, že bankovní záruka nemůže zaniknout dříve, než nastane některý z okamžiků uvedených v § 41 odst. 6 zákona. Tento závěr je zcela mylný. Jak bylo uvedeno shora, je bankovní záruka soukromoprávním institutem a podmínky její platnosti, resp. zániku se řídí dohodu mezi navrhovatelem a poskytovatelem bankovní záruky. Ustanovení § 41 odst. 6 zákona pouze upravuje povinnost zadavatele vrátit originál záruční listiny, bez ohledu na platnost bankovní záruky, která může, ale i nemusí, v okamžiku vrácení originálu trvat.
47. Odkaz navrhovatele na možnost vysvětlení textu bankovní záruky postupem dle § 46 zákona je rovněž nepřípadný, neboť jak je uvedeno v bodě 64 napadeného rozhodnutí, 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 odpovídá zadávacím podmínkám a zákonu. Navíc obecně platí, že postup dle § 46 zákona není zadavatelovou povinností, zadavatel se tak nemohl dopustit porušení zásady

přiměřenosti, pokud k výzvě k objasnění textu bankovní záruky dle § 46 zákona nepřistoupil, jak tvrdí navrhovatel.

48. Ze strany navrhovatele je konečně namítáno i porušení zásady transparentnosti zadavatelem, pokud tento vyloučil navrhovatele pro nesoulad jím předložené bankovní záruky se zákonem. Navrhovatel považuje takové vyloučení za účelové, protiprávní a založené na „*spekulativně hypotetických úvahách ohledně nepřijatelných důsledků*“ předčasného ukončení platnosti bankovní záruky pro zadavatele. V postupu zadavatele pak navrhovatel spatřuje prvky vzbuzující pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele ve smyslu rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159. Předně lze konstatovat, že ačkoliv navrhovatel opakuje, že zadavatel postupoval při jeho vyloučení účelově, nepředkládá k tomuto obecnému tvrzení žádné konkrétní důvody, tím méně důkazy. K tvrzenému porušení zásady transparentnosti lze pouze odkázat na závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 30. 1. 2020, č. j. 62 Af 53/2018-58 citované shora, z nichž vyplývá, že ačkoliv se může zákonná úprava jistoty jevit velmi formalizovanou a rigidní, jedná se o typické specifikum úpravy veřejných zakázek a jakákoliv úvaha zadavatele o závažnosti pochybení navrhovatele či pravděpodobnosti předčasného zániku bankovní záruky tam, kde není zákonem umožněna, by naopak byla se zásadou transparentnosti v rozporu.

Shrnutí

49. S ohledem na shora uvedená východiska, na závěry obsažené v napadeném rozhodnutí Úřadu a rovněž s ohledem na vypořádání námitek rozkladu lze uzavřít, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku podle § 48 odst. 3 zákona, neboť navrhovatelem předložená bankovní záruka obsahovala ujednání, dle kterého mohlo dojít k jejímu zániku ještě před uplynutím zadávací lhůty nebo před zánikem účasti navrhovatele v zadávacím řízení na veřejnou zakázku a zadavatel tak neměl jinou možnost, než podle uvedeného ustanovení zákona postupovat.

VII. Závěr

50. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zohlednění námitek navrhovatele, na základě zjištění, že Úřad postupoval při rozhodnutí o zamítnutí návrhu v souladu se zákonem a správním řádem, bylo nutno uzavřít, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí. Proto bylo rozhodnuto tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí o rozkladu.

POUČENÍ

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

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

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