



UOHSX004X9IO

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R175/2012/VZ-18579/2013/310/PSe

Brno 27. září 2013

Ve správním řízení o rozkladu doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zadavatelem –

- **Střední školou technickou**, IČ 14891522, sídlem Zelený pruh, 1294/52, 147 08 Praha 4, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S349,380/2011/VZ-2694/2012/520/JHI ze dne 13. 6. 2012 vydanému ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Úklid prostor školy a zajištění ostrahy budovy**“, zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 9. 5. 2011 pod evidenčním číslem 60059905, ve znění oprav ze dne 25. 5. 2011, a v Úředním věstníku Evropské unie zveřejněno dne 11. 5. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 90-147024, zahájeném návrhy navrhovatelů –
- **IPO SECURITY s.r.o.**, IČ 48400858, sídlem Kalvodova 816/8, 709 00 Ostrava – Mariánské Hory, a
- **Bartoň a Partner s.r.o.**, IČ 26810093, sídlem Chválkovice 580, 779 00 Olomouc, ve správním řízení zastoupenou JUDr. Erikem Orletem, advokátem, sídlem Tř. Svobody 2, 772 00 Olomouc, na základě plné moci ze dne 14. 7. 2011,

jehož dalšími účastníky jsou vybraní uchazeči –

- **Lasesmed, s.r.o.**, IČ 28363809, sídlem Jeseniova 1226/139, 130 00 Praha 3, a

- **PREMIO INVEST s.r.o.**, IČ 26746590, sídlem Na Jezerce 1458/14, 140 00 Praha 4, účastníci sdružení, kteří dne 13. 6. 2011 uzavřeli smlouvu o sdružení podle § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., Občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, za účelem podání společné nabídky a kteří jsou ve správním řízení zastoupeni společností Lasesmed, s.r.o., IČ 28363809, sídlem Jeseniova 1226/139, 130 00 Praha 3,

a ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) 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 č. j. ÚOHS-S349,380/2011/VZ-2694/2012/520/JHI ze dne 13. 6. 2012

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení veřejné zakázky

1. Střední škola technická, IČ 14891522, sídlem Zelený pruh, 1294/52, 147 08 Praha 4, (dále jen „**zadavatel**“) uveřejnil v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 9. 5. 2011 pod evidenčním číslem 60059905, ve znění oprav ze dne 25. 5. 2011, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 11. 5. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 90-147024 oznámení o zahájení zadávacího řízení veřejné zakázky „Úklid prostor školy a zajištění ostrahy budovy“ (dále jen „**veřejná zakázka**“) v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹.
2. V čl. 11 zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že „*v souladu s ustanovením § 44 odst. 6 zákona zadavatel požaduje, aby uchazeč v nabídce specifikoval části veřejné zakázky, které má v úmyslu zadat jednomu či více subdodavatelům a aby uvedl identifikační údaje (§ 17 písm. d) zákona) a kontaktní údaje každého subdodavatele. Uchazeč ve své nabídce*

¹ Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

předloží prohlášení, v němž popíše subdodavatelský systém spolu s uvedením, jakou část této veřejné zakázky bude konkrétní subdodavatel realizovat – s uvedením druhu dodávek, služeb nebo stavebních prací a s uvedením procentuálního (%) finančního podílu na veřejné zakázce. V případě, že uchazeč nemá v úmyslu zadat určitou část veřejné zakázky jiné osobě (subdodavateli), doloží ve své nabídce písemné prohlášení, ve kterém tuto skutečnost uvede“.

3. V čl. 14 zadávací dokumentace zadavatel stanovil požadavek na složení jistoty ve výši 150 000 Kč. Zadavatel zde uvedl, že „*v případě jistoty poskytnuté formou bankovní záruky je dokladem o poskytnutí jistoty originál listiny bankovní záruky, který bude do nabídky vložen vyjímatelným způsobem. Součástí nabídky bude kopie bankovní záruky.*“
4. V čl. 15.1 zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že „*nabídka bude předložena v originále v písemné formě a dále rovněž v elektronické formě na vhodném médiu (CD), v českém jazyce.*“
5. V čl. 16 zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že „*při zadávání veřejné zakázky jsou zadavatel i dodavatelé povinni používat výlučně elektronické prostředky podle § 149 zákona. Zadavatel požaduje, aby součástí nabídky bylo čestné prohlášení uchazeče s uvedením kontaktní osoby pro podání nabídky včetně elektronického kontaktu (e-mail) pro budoucí komunikaci v rámci zadávacího řízení. Uchazeč je povinen podat nabídku prostřednictvím uvedené kontaktní osoby a uvedeného elektronického kontaktu. Uchazeč, resp. kontaktní osoby pro podání nabídky, musí být pro elektronické podání nabídky držitelem kvalifikovaného certifikátu. Veškeré písemnosti v rámci zadávacího řízení budou zadavatelem odesílány prostřednictvím elektronických kontaktů uvedených v nabídkách dodavatelů, příp. prostřednictvím jejich datových schránek.*“
6. Dodatečnými informacemi k zadávacím podmínkám č. 4 ze dne 27. 5. 2011 zadavatel stanovil, že „*uchazeč podá elektronickou nabídku přes www.egordion.cz/nabidkaGORDION. Uchazeč tak nepředkládá tištěnou verzi ani CD.*“
7. Dodatečnými informacemi k zadávacím podmínkám č. 5 ze dne 27. 5. 2011 zadavatel dále stanovil, že „*požaduje předložení elektronické nabídky. Uchazeč podá pouze elektronickou nabídku. Zadavatel může vyzvat uchazeče k předložení originálu bankovní záruky.*“
8. Dodatečnými informacemi k zadávacím podmínkám č. 9 ze dne 8. 6. 2011 zadavatel stanovil, že „*nebude vyzývat uchazeče k předložení originálů bankovní záruky nebo jiných originálů pro ověření. Uchazeč při předložení originálů využije konverzi dokumentu podle zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a elektronické konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů“ (dále jen „**zákon č. 300/2008 Sb.**“).*
9. Dle protokolu o posouzení nabídek zadavatelem ze dne 28. 6. 2011 nesplňovala nabídka uchazeče Bartoň a Partner s.r.o., IČ 26810093, sídlem Chválkovice 580, 779 00 Olomouc (dále jen „**navrhovatel Bartoň a Partner s.r.o.**“) požadavky čl. 11.1 zadávací dokumentace tím, že neobsahovala čestné prohlášení s popisem subdodavatelského systému a dále požadavky čl. 14 zadávací dokumentace tím, že prokazovala splnění požadavku na složení jistoty ve výši 150 000 Kč formou bankovní záruky předložením záruční listiny ve formě, která dle zadavatele neodpovídala zadávacím podmínkám dle dodatečných informací k zadávacím podmínkám č. 9 ze dne 8. 6. 2011.

10. Z protokolu o posouzení nabídek ze dne 28. 6. 2011 dále vyplývá, že nabídka uchazeče IPO SECURITY s.r.o., IČ 48400858, sídlem Kalvodova 816/8, 709 00 Ostrava – Mariánské Hory (dále jen „**navrhovatel IPO SECURITY s.r.o.**“) nesplnila požadavky čl. 11.1 zadávací dokumentace tím, že neobsahovala čestné prohlášení s popisem subdodavatelského systému.
11. Rozhodnutím zadavatele ze dne 11. 7. 2011 byl navrhovatel Bartoň a Partner s.r.o. vyloučen ze zadávacího řízení veřejné zakázky s odůvodněním, že výše uvedeným způsobem nesplnil zadavatelem stanovené zadávací podmínky čl. 11.1 a 14 zadávací dokumentace. Rozhodnutí o vyloučení navrhovatele Bartoň a Partner s.r.o. ze zadávacího řízení bylo navrhovateli Bartoň a Partner s.r.o. doručeno dne 14. 7. 2011.
12. Rozhodnutím zadavatele ze dne 11. 7. 2011 byl rovněž navrhovatel IPO SECURITY s.r.o. vyloučen ze zadávacího řízení veřejné zakázky s odůvodněním, že nesplnil zadavatelem stanovené zadávací podmínky čl. 11.1 zadávací dokumentace. Rozhodnutí o vyloučení navrhovatele IPO SECURITY s.r.o. ze zadávacího řízení bylo navrhovateli IPO SECURITY s.r.o. doručeno dne 18. 7. 2011.
13. Dne 11. 7. 2011 rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky, kterou byla společná nabídka společnosti Lasemed, s.r.o., IČ 28363809, sídlem Jeseniova 1226/139, 130 00 Praha 3, a společnosti PREMIO INVEST s.r.o., IČ 26746590, sídlem Na Jezerce 1458/14, 140 00 Praha 4, podané na základě smlouvy o sdružení ze dne 13. 6. 2011 (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky bylo navrhovateli Bartoň a Partner s.r.o. doručeno dne 14. 7. 2011. Rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky bylo navrhovateli Bartoň a Partner s.r.o. doručeno dne 21. 7. 2011 a navrhovateli IPO SECURITY s.r.o. doručeno dne 22. 7. 2011.
14. Dne 21. 7. 2011 byly zadavateli doručeny námitky navrhovatele IPO SECURITY s.r.o. proti rozhodnutí o svém vyloučení ze zadávacího řízení (dále jen „**námitky 1**“). Zadavatel rozhodnutím ze dne 2. 8. 2011 námitkám 1 nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách 1 zadavatel navrhovateli IPO SECURITY s.r.o. odeslal dne 3. 8. 2011.
15. Dne 28. 7. 2011 byly zadavateli doručeny námitky navrhovatele Bartoň a Partner s.r.o. proti rozhodnutí o svém vyloučení ze zadávacího řízení (dále jen „**námitky 2**“). Zadavatel rozhodnutím ze dne 8. 8. 2011 námitkám 2 nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách 2 zadavatel navrhovateli Bartoň a Partner s.r.o. odeslal dne 8. 8. 2011.
16. Dne 3. 8. 2011 byly zadavateli doručeny námitky navrhovatele IPO SECURITY s.r.o. proti výběru nejvhodnější nabídky (dále jen „**námitky 3**“). Zadavatel rozhodnutím ze dne 16. 8. 2011 námitkám 3 nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách 3 zadavatel navrhovateli IPO SECURITY s.r.o. odeslal dne 17. 8. 2011.
17. Dne 5. 8. 2011 byly zadavateli doručeny námitky navrhovatele Bartoň a Partner s.r.o. proti výběru nejvhodnější nabídky (dále jen „**námitky 4**“). Zadavatel rozhodnutím ze dne 18. 8. 2011 námitkám 4 nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách 4 zadavatel navrhovateli Bartoň a Partner s.r.o. odeslal dne 19. 8. 2011.

II. Správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

18. Vzhledem k tomu, že navrhovatel IPO SECURITY s.r.o. nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách 1 za učiněné v souladu se zákonem, podal Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 10. 8. 2011, který byl Úřadu doručen dne 11. 8. 2011 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení ve věci vedené pod sp. zn. ÚOHS-S349/2011/VZ.
19. Navrhovatel IPO SECURITY s.r.o. ve svém návrhu mimo jiné uvedl, že dne 22. 7. 2011 obdržel oznámení o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 11. 7. 2011. Protože tak zadavatel učinil, aniž by uplynula lhůta pro podání námitek proti vyloučení navrhovatele IPO SECURITY s.r.o., aniž by předtím přezkoumal jeho námitky 1 a aniž by hodnotil jeho nabídku, podal navrhovatel IPO SECURITY s.r.o. rovněž námitky proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, které byly zadavateli doručeny dne 3. 8. 2011. Rozhodnutí o nevyhovění námitkám 3 zadavatel navrhovateli IPO SECURITY s.r.o. zaslal dne 17. 8. 2011.
20. Vzhledem k tomu, že se navrhovatel Bartoň a Partner s.r.o. neztotožnil s rozhodnutím zadavatele o námitkách 2, podal Úřadu rovněž návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 11. 8. 2011, který byl Úřadu doručen dne 18. 8. 2011 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení ve věci vedené pod sp. zn. ÚOHS-S380/2011/VZ.
21. Ve svém návrhu navrhovatel Bartoň a Partner s.r.o. uvedl následující. Co se týče splnění požadavku na složení jistoty, poukazoval na zmatečnost a neurčitost podmínek zadavatele, jakým způsobem mělo být složení bankovní záruky prokázáno, když primárně v čl. 14 zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že *„v případě jistoty poskytnuté formou bankovní záruky je dokladem o poskytnutí jistoty originál listiny bankovní záruky, který bude do nabídky vložen vyjímatelným způsobem. Součástí nabídky bude kopie bankovní záruky“*. Následně pak zadavatel dle navrhovatele Bartoň a Partner s.r.o. na základě dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 3 ze dne 24. 5. 2011 změnil článek 15 zadávací dokumentace tak, že nabídka má být předložena v elektronické formě, tj. že *„uchazeč nepředkládá tištěnou verzi ani CD“*, čímž bylo implicitně vyloučeno vložení originálu do nabídky vyjímatelným způsobem. Forma doložení bankovní záruky byla dále řešena v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám č. 5 ze dne 24. 5. 2011 a č. 6 ze dne 31. 5. 2011, kde zadavatel uvedl, že může vyzvat uchazeče k předložení originálu bankovní záruky pro ověření. Následně v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám č. 9 ze dne 8. 6. 2011 zadavatel sdělil, že *„nebude vyzývat uchazeče k předložení originálů bankovní záruky nebo jiných originálů pro ověření“*. Uchazeč měl podle zadavatele při předložení originálů využít konverzi dokumentu podle zákona č. 300/2008 Sb. Jak vyplývá z námitek navrhovatele Bartoň a Partner s.r.o., forma bankovní záruky se v průběhu zadávacího řízení měnila, navíc je navrhovatel Bartoň a Partner s.r.o. toho názoru, že bankovní záruku nelze konvertovat, jelikož se jedná podle § 24 odst. 5 zákona č. 300/2008 Sb., o dokument, jehož jedinečnost nelze konverzí nahradit. Proto navrhovatel Bartoň a Partner s.r.o. předložil oskenovaný originál, v případě potřeby by předložil originál bankovní záruky. Navrhovatel Bartoň a Partner s.r.o. v návrhu současně uvedl, že požadavek na podávání nabídek pouze v elektronické podobě je v rozporu s § 6 zákona, jelikož tím je značně omezen okruh uchazečů.

22. V návrhu navrhovatel Bartoň a Partner s.r.o. dále uvedl, že byl zadavatelem porušen zákonný postup co se dodržování lhůt týče, jelikož zadavatel rozhodl o vyloučení navrhovatele Bartoň a Partner s.r.o. ze zadávacího řízení, které mu bylo doručeno až 14. 7. 2011, od této chvíle běžela navrhovateli 15-ti denní zákonná lhůta pro podání námitek, zadavatel však již v průběhu této lhůty rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky (zveřejněno k 21. 7. 2011, datováno ovšem k 11. 7. 2011), což je v rozporu s § 81 odst. 3 zákona. Výběr tak proběhl nejen v rozporu se zákonem, ale také předčasně (vzhledem k probíhající lhůtě pro podání námitek); zadavatel tedy podle navrhovatele Bartoň a Partner s.r.o. dopředu věděl, že podaným námitkám 2 nevyhoví.
23. Dne 24. 8. 2011 Úřad vydal usnesení č. j. ÚOHS-S349/2011/VZ-13016/2011/520/JHI, ve kterém účastníkům řízení mj. sdělil, že správní řízení je vedeno i ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona zadavatelem tím, že ve veřejné zakázce nepostupoval při vyřizování námitek 1 a námitek 3 v souladu s ustanovením § 111 odst. 1 zákona, když písemné rozhodnutí o námitkách neodeslal navrhovateli IPO SECURITY s.r.o. ve lhůtě 10 dnů od obdržení námitek.
24. Dne 30. 8. 2011 navrhovatel Bartoň a Partner s.r.o. svůj návrh doplnil a uvedl, že zadavatel nedodržel lhůtu podle § 111 odst. 1 zákona, když písemné rozhodnutí o námitkách 4, které byly zadavateli doručeny dne 5. 8. 2011, odeslal navrhovateli Bartoň a Partner s.r.o. až dne 18. 8. 2011, tedy po uplynutí zákonné desetidenní lhůty.
25. Dne 10. 10. 2011 zaslal Úřad žádost Ministerstvu spravedlnosti České republiky, Vyšehradská 16, 128 10 Praha 2 (dále jen „MS ČR“) o zaslání stanoviska k aplikaci zákona č. 300/2008 Sb., zda se může provádět konverze dokumentu v listinné podobě, konkrétně bankovní záruky, resp. jestli lze bankovní záruku podřadit pod dokumenty, jejichž konverze se podle § 24 odst. 5 zákona č. 300/2008 Sb., neprovádí s ohledem na předmětné zadávací řízení a zajišťovací funkci bankovní záruky v zadávacím řízení.
26. MS ČR ve své odpovědi ze dne 17. 10. 2011 uvedlo, že na základě upřesnění a doplnění žádosti o stanovisko ze dne 10. 10. 2011, zejména o skutečnosti, že bankovní ústavy ve formulaci textu bankovních záruk uvádějí ustanovení, podle něhož může bankovní záruka zaniknout uplynutím dne, ve kterém byl bankovnímu ústavu doručen její originál, došel k závěru, že se zde jedná o poměrně specifickou situaci, jelikož takováto doložka v bankovní záruce nepochybně mění její charakter. MS ČR je toho názoru, že pokud prostě předložení originálu bankovní záruky jakoukoliv osobou může způsobit zánik samotného ručitelského závazku banky, bylo by zcela nežádoucí, aby dokument mohl vznikat ve více vyhotoveních, a to dokonce bez vědomí daného bankovního ústavu, jako ručitele. V tomto konkrétním případě má podle názoru MS ČR zřejmě listinná podoba originálu bankovní záruky charakter předpokládaný v § 24 odst. 5 písm. b) zákona č. 300/2008 Sb., protože se nepochybně jedná o dokument v listinné podobě, jehož jedinečnost v daném případě nelze konverzí nahradit.
27. Dne 11. 10. 2011 zaslal Úřad žádost o stanovisko k bankovní záruce společnosti Komerční banka, a. s., Na Příkopě 33, 114 07 Praha 1 (dále jen „KB“), která vydala bankovní záruku pro navrhovatele Bartoň a Partner s.r.o. Úřad v dotazu zopakoval své dotazy z dopisu ze dne 10. 10. 2011 určeného MS ČR.

28. KB ve svém vyjádření ze dne 20. 10. 2011 Úřadu odpověděla, že nezasílá věřitelům bankovní záruky datovou zprávou do datové schránky. Pokud je originál záruční listiny předán klientovi (uchazeči) a ten jej zkonvertuje do datové zprávy a doručí podle zákona č. 300/2008 Sb., do datové schránky věřitele (zadavatele), vzniká podle KB *„otázka účinků takového doručení. Smluvní vztah ze záruky mezi bankou a věřitelem nevznikne dříve, než je záruční listina věřiteli doručena (viz judikát Vrchního soudu v Praze 5 Cmo 649/95). Pokud tedy není věřiteli doručen originál, ale pouze zkonvertovaný dokument s právní silou ověřené kopie, je otázkou, zda účinky právního úkonu nastaly.“* Pro uplatnění záruky však podle KB není nezbytné, aby věřitel předložil též záruční listinu, KB nicméně vždy požaduje, aby jí klient prokázal, že originál záruční listiny věřitel převzal, resp. že mu byl doručen. Ve vztahu k zárukám vystavovaným KB podle jejího vyjádření platí, že *„není-li v záruční listině uvedeno jinak, zaniká záruka podle znění záruční listiny vrácením jejího originálu bance. Pokud tedy uchazeč drží originál a zadavateli doručí pouze zkonvertovanou listinu do datové schránky, pak záruka zanikne, bude-li bance vrácen originál. Zadavatel tak nemá kontrolu nad osudem záruky. Záruka je obecně ze strany banky neodvolatelná, nicméně nemá-li věřitel originál, může záruka zaniknout již zmíněným vrácením originálu ze strany uchazeče.“* K uplatnění záruky KB uvedla, že záruku lze uplatnit pouze na základě výzvy. K výzvě nemusí být předložen žádný další dokument, tj. ani originál ani kopie záruční listiny.
29. Dne 12. 12. 2011 Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S349,380/2011/VZ-837/2011/520/JHI správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedená pod sp.zn. ÚOHS-S349/2011/VZ a pod sp. zn. ÚOHS-S380/2011/VZ podle § 140 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) spojil, jelikož se týkají téhož zadávacího řízení veřejné zakázky a věcně souvisejí.

III. Napadené rozhodnutí

30. Dne 13. 6. 2012 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S349,380/2011/VZ-2694/2012/520/JHI (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
31. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodnul, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 67 odst. 1 zákona ve spojení s § 67 odst. 5 zákona, když požadoval po uchazečích předložit konvertovanou verzi bankovní záruky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
32. Výrok I. napadeného rozhodnutí Úřad opřel o závěr, že zadavatel pochybil již při stanovení zadávacích podmínek, konkrétně stanovením požadavku na bankovní záruku, což se odrazilo ve vyloučení navrhovatele Bartoň a Partner s.r.o.
33. Úřad dospěl k závěru, že originál bankovní záruky (písemná listina) má být podle znění zákona po dobu zadávacího řízení v držení zadavatele jako zajišťovací institut tak, aby s touto bankovní zárukou nemohl uchazeč v průběhu zadávacího řízení manipulovat nebo jí odvolat a dále o závěr, že pokud by Úřad připustil konverzi bankovní záruky v zadávacím řízení této veřejné zakázky, bylo by možné, aby zadavatel měl v průběhu zadávacího řízení této veřejné zakázky k dispozici konvertovanou bankovní záruku, zatímco originál bankovní záruky (písemná listina) by byl stále v držení uchazeče, který s ní mohl v průběhu zadávacího řízení této veřejné zakázky bez vědomí zadavatele manipulovat, tuto záruku měnit nebo dokonce odvolat.

34. Výrok I. napadeného rozhodnutí Úřad dále opodstatnil závěrem, že uznáním postupu zadavatele (připuštění požadavku na konverzi bankovní záruky) by bylo vytvořeno nerovné prostředí mezi jednotlivými uchazeči, tzn. těmi, kteří poskytují jistotu formou peněžní jistoty a těmi, kteří ji poskytují formou bankovní záruky.
35. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě podle § 118 odst. 1 zákona zrušil zadávací řízení veřejné zakázky, jelikož nedošlo k uzavření smlouvy.
36. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad podle § 119 odst. 2 zákona uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
37. Výrokem IV. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodnul, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že při vyřizování námitek uchazečů Bartoň a Partner s.r.o. a IPO SECURITY s.r.o. postupoval v rozporu s § 111 odst. 1 zákona.
38. Výrok IV. napadeného rozhodnutí Úřad opřel o zjištění, že zadavatel do 10 dnů od obdržení námitek uchazečů Bartoň a Partner s.r.o. a IPO SECURITY s.r.o. směřujících proti výběru nejvhodnější nabídky, resp. proti vyloučení navrhovatele IPO SECURITY s.r.o., neodeslal písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu, ačkoliv námitky 1, námitky 3 a námitky 4 byly zadavateli doručeny vždy v zákonných lhůtách.
39. Výrokem V. napadeného rozhodnutí Úřad podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona uložil zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku IV. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 100 000 Kč.

IV. Námitky rozkladu

40. Proti celému rozsahu napadeného rozhodnutí podal zadavatel rozklad, který Úřad obdržel dne 28. 6. 2012. Zadavatel rozkladem namítá, že orgán dohledu ve svém postupu pochybil s ohledem na níže uvedené skutečnosti.
41. Zadavatel namítá, že § 67 připouští, aby zadavatel požadoval od uchazečů k zajištění plnění svých povinností vyplývajících z účasti v zadávacím řízení poskytnutí jistoty. Jistotu poskytne uchazeč formou složení peněžní částky na účet zadavatele, formou bankovní záruky nebo pojištěním záruky. Dle ustanovení § 67 odst. 5 zákona má-li být jistota poskytnuta formou bankovní záruky nebo pojištění záruky, je uchazeč povinen zajistit její platnost po celou dobu zadávací lhůty podle § 43 zákona. Zadavatel je povinen uchovat kopii záruční listiny a originál záruční listiny vrátit uchazeči ve lhůtě podle odstavce 2.
42. V další části rozkladu zadavatel uvádí, že dle zákona č. 300/2008 Sb. se konverzí mj. rozumí úplné převedení dokumentu v listinné podobě do dokumentu obsaženého v datové zprávě nebo datovém souboru, ověření shody obsahu těchto dokumentů a připojení ověřovací doložky. Dle § 22 odst. 2 zákona č. 300/2008 Sb. dokument, který provedením konverze vznikl, má stejné právní účinky jako ověřená kopie dokumentu, jehož převedením výstup vznikl. Dle § 24 odst. 5 zákona č. 300/2008 Sb. se konverze neprovádí, jde-li o dokument v listinné podobě, jehož jedinečnost nelze konverzí nahradit, zejména o občanský průkaz, cestovní doklad, zbrojní průkaz, řidičský průkaz, vojenskou knížku, služební průkaz, průkaz o povolení k pobytu cizince, rybářský lístek, lovecký lístek nebo jiný průkaz, vkladní knížku, šek, směnku nebo jiný cenný papír, los, sázenku, geometrický plán, rysy a technické kresby.

43. Zadavatel k tomu namítá, že žádný z výše uvedených právních předpisů explicitně nezakazuje konverzi bankovní záruky dle zákona č. 300/2008 Sb. Pokud se týká jedinečnosti bankovní záruky, resp. záruční listiny, dovozuje Úřad z toho, že zadavatel bude postupovat v rozporu se zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, když nedodrží délku platnosti bankovní záruky stanovenou § 67 odst. 5 zákona.
44. Zadavatel v rozkladu namítá, že zásadní pro vznik, trvání a zánik bankovní záruky není zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ale zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdější předpisů (dále jen „**ObchZ**“), v tomto případě ve spojení se zákonem o veřejných zakázkách. Dle § 313 ObchZ bankovní záruka vzniká písemným prohlášením banky v záruční listině, že uspokojí věřitele do výše určité peněžní částky podle obsahu záruční listiny, jestliže určitá třetí osoba (dlužník) nesplní určitý závazek nebo budou splněny jiné podmínky stanovené v záruční listině. Bankovní záruka vzniká jednostranným právním úkonem banky (písemným prohlášením v záruční listině). V záruční listině banka prohlásí, že uspokojí věřitele do výše určité peněžní částky podle obsahu záruční listiny, jestliže určitá třetí osoba (dlužník) nesplní určitý závazek nebo budou splněny jiné podmínky stanovené v záruční listině. Dle § 319 ObchZ banka plní svůj závazek z bankovní záruky, jen když k tomu byla písemně vyzvána věřitelem. Je-li plnění banky z bankovní záruky podmíněno v záruční listině předložením určitých dokumentů, musí být tyto dokumenty předloženy při této výzvě nebo bez zbytečného odkladu po ní. Dle § 321 odst. 1 ObchZ je-li doba platnosti v záruční listině omezena, bankovní záruka zanikne, jestliže věřitel neoznámí bance písemně své nároky z bankovní záruky během její platnosti. Dle § 67 odst. 5 zákona má-li být jistota poskytnuta formou bankovní záruky nebo pojištění záruky, je uchazeč povinen zajistit její platnost po celou dobu zadávací lhůty podle § 43 zákona.
45. Zadavatel v rozkladu dále namítá, že pro uplatnění svého nároku vyplývajícího z bankovní záruky nepotřebuje originál bankovní záruky, ale činí tak písemnou výzvou. Záruční listinu tak zadavatel vůbec k uplatnění bankovní záruky nepotřebuje. Uvedené potvrzuje i vyjádření Komerční banky, a. s. ze dne 20.10.2012. V bankovní záruce navrhovatele Bartoň a Partner s.r.o., byla stanovena platnost bankovní záruky do 15.12.2011. Dále bankovní záruka resp. záruční listina obsahuje prohlášení banky, že před datem ukončení platnosti zaniká záruka i uplynutím dne, ve kterém bude bance doručen originál záruční listiny. Bankovní záruka tak dle záruční listiny byla platná po dobu zadávací lhůty a uplatňuje se v tomto případě ustanovení § 321 odst. 1 ObchZ. V případě, že by uchazeč bankovní záruku odvolal na základě uvedeného ustanovení obsaženém v záruční listině, postupoval by v rozporu s ustanovením § 67 odst. 5 zákona.
46. K tomu zadavatel v rozkladu blíže uvádí, že vzniku bankovní záruky resp. záruční listiny musí předcházet smluvní vztah mezi bankou a uchazečem (§ 322 odst. 2 ObchZ), který jistotu poskytuje formou bankovní záruky. Na základě tohoto smluvního vztahu banka vystaví bankovní záruku. Jak již bylo uvedeno ve vyjádření zadavatele k usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12.12.2011 č. j. ÚOHS-S349,380/2011/VZ-19839/2011/520/JHI, zadavatel ani Úřad v žádném případě nemůže předvídat obsah obchodně právního vztahu mezi bankou jako ručitelem a uchazečem jako dlužníkem, a tedy ani možnost užití konvertované bankovní záruky. Zadavatel rovněž není schopen ovlivnit smluvní vztah mezi bankou a uchazečem dle § 322 odst. 1 ObchZ, na jehož základě banka bankovní záruku poskytuje, zejména, že tento úkon bude platný a bez právních vad.

47. K Úřadem tvrzenému nerovnému postavení, které by měl zadavatel zapříčinit požadavkem na konverzi bankovní záruky, zadavatel uvádí, že všechny tři formy pro poskytnutí jistoty dle § 67 jsou rozdílné, a to co do způsobu jejich pořízení, nákladů a uvolnění. V tomto případě si tak uchazeči nikdy nebudou rovni.
48. Zadavatel dále v rozkladu namítá, že požadoval v zadávacích podmínkách, aby nabídka byla podána pouze v elektronické podobě. Tento požadavek zadavatele Úřad nepochybně, přestože toto bylo předmětem námítky navrhovatelů. Úřad ve svém rozhodnutí uvedl, že se tímto nezabýval. Tato skutečnost je však zásadního charakteru pro posuzování požadavku na bankovní záruky. Zadavatel je přesvědčen, že požadavek na podání nabídky v elektronické podobě byl požadavek v souladu se zákonem. Mj. proto, že podání nabídky v elektronické podobě bylo před novelou zákona o veřejných zakázkách č. 55/2012 Sb. Úřadem posuzováno a shledáno v souladu se zákonem. Rovněž v současnosti účinný zákon o veřejných zakázkách podání nabídek výlučně v elektronické podobě umožňuje.
49. Dle namítaného tvrzení v rozkladu byl a je postup zadavatele, kdy v souladu se zákonem č. 300/2008 Sb., byla požadována konverze bankovní záruky a následně tato zadavateli poskytnuta, jediný legální postup k tomu, aby bankovní záruka mohla být součástí nabídky v elektronické podobě. Pokud by se Úřad s tímto závěrem neztotožnil, není možné v rámci nabídek v elektronické podobě poskytnout bankovní záruky dle § 67 zákona, resp. nelze požadovat po uchazečích, aby podávali nabídky v elektronické podobě a zároveň požadovali jistotu, přestože to zákon předvídá a umožňuje. Tím by tedy byl dle zadavatele popřen princip stanovený v § 69 odst. 5 zákona resp. § 44 odst. 3 písm. i) zákona účinného po 1. 4. 2012. Konverze bankovní záruky s využitím ustanovení § 321 odst. 1 ObchZ je dle názoru zadavatele jediný postup, který umožňuje podání nabídky v elektronické podobě vč. bankovní záruky dle 67 zákona. V tomto smyslu se dle zadavatele jedná o precedentní rozhodnutí Úřadu. Zadavatel s ohledem na svá budoucí zadávací řízení tímto žádá předsedu Úřadu, aby se tomuto ve svém rozhodnutí o rozkladu do podrobností zabýval a stanovil tak postup při poskytování jistoty ve formě bankovní záruky v případě podání nabídky v elektronické podobě.
50. Zadavatel namítá, že se vyjadřoval mj. i k přípisu MS ČR ze dne 17. 10. 2011, kde je odkazováno na dotaz Úřadu ze dne 20. 9. 2011 a odpověď ze dne 23. 9. 2011, kde mělo být uvedeno, že obecně je autorizovanou konverzi listinné bankovní záruky možné provádět, protože co se týče jedinečnosti bankovní záruky, je-li zde taková, pak není absolutní, neboť minimálně v případě veřejných zakázek (§ 67 odst. 5 zákona) se připouští využití kopie záruční listiny. Toto sdělení Ministerstva spravedlnosti ČR zadavateli však nebylo vůbec poskytnuto, přestože bylo rovněž Úřadem vyžádáno ke zjištění skutkového stavu. Zadavatel rovněž Úřad o tento podklad požádal ve shora uvedeném vyjádření. Zadavatel se tak neměl možnost vyjádřit ke všem podkladům pro rozhodnutí Úřadu a došlo tak k porušení ustanovení § 36 odst. 3 správního řádu, na základě kterého má být účastníkům před vydáním rozhodnutí ve věci dána možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.
51. Zadavatel k opožděnému odeslání námitek v rozkladu namítá, že je neodeslal z objektivního důvodu, když u zadavatele probíhal prázdninový provoz, přičemž zadavatel je výukovou institucí – školou a během letních prázdnin má velmi omezený provoz své činnosti. Náprava byla zadavatelem sjednána v nejbližším možném termínu. Odeslání rozhodnutí

o námitkách s prodlením nemělo vliv na zadávací řízení, ani na práva uchazečů v průběhu zadávacího řízení. Dle ustanovení § 111 odst. 5 zákona platí, že pokud zadavatel o námitkách nerozhodne ve lhůtě dle § 111 odst. 1 zákona, platí, že námitkám nevyhověl. Toto ustanovení dále stanoví nevyvratitelnou zákonnou domněnku (stanovenou zejména k ochraně dodavatelů) pro případ, že zadavatel o námitkách nerozhodne ve lhůtě deseti dnů od jejich doručení, tedy v rozporu s jeho povinností stanovenou v § 111 odst. 1 zákona. V takovém případě se na nečinnost zadavatele pohlíží jako na nevyhovění námitkám, a tudíž zadavateli běží blokační lhůta obdobně – tj. po dobu čtyřicet pět dnů od doručení námitek není oprávněn smlouvu uzavřít. S touto nevyvratitelnou zákonnou domněnkou souvisí úzce § 114 odst. 5 zákona, podle kterého, pokud zadavatel námitky nevyřídil podle § 111 odst. 1 zákona, lze návrh na uložení opatření k nápravě doručit Úřadu a zadavateli nejpozději do 25 kalendářních dnů ode dne odeslání námitek stěžovatelem. Opožděné rozhodnutí o námitkách tak dle zadavatele nemohlo mít vliv na práva dodavatelů stanovená zákonem. Navíc je zcela zřejmé, že zadavatel měl vůli o námitkách podaných uchazeči rozhodnout, avšak tato rozhodnutí včetně podrobného odůvodnění odeslal s krátkým časovým prodlením. Sám Úřad dle této námitky zadavatele uvádí v odůvodnění svého rozhodnutí, že zadavatel svým postupem neznemožnil navrhovateli podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel tak rovněž nesouhlasí s výší udělené pokuty za správní delikt, který neměl jakýkoliv vliv na práva uchazečů a zadávací řízení jako takové. Dle názoru zadavatele je nutné vždy posuzovat vliv nesprávného úkonu zadavatele v zadávacím řízení, kterým se dopustí správního deliktu, ve vztahu k právům uchazečů resp. vlivu na zadávací řízení. Úřad ve svém Rozhodnutí poukazuje na maximální možnou výši pokuty, kterou umožňuje zákon v takovém případě udělit, přičemž uvádí, že pokuta se pohybuje na samé dolní hranici zákonné sazby. Pro zadavatele je i pokuta v této výši značně vysoká a jeví se mu jako zcela nepřiměřená. O nepřiměřenost se dle zadavatele jedná i z pohledu závažnosti provinění zadavatele.

52. V této souvislosti zadavatel odkazuje na např. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S520/2010/VZ-3029/2011/530/RNi, kde měl zadavatel spáchat správní delikt se stejnou skutkovou podstatou a správní delikt se skutkovou podstatou odlišnou, kterou Úřad „ocenil“ pokutou ve výši 60 000 Kč, tedy podstatně nižší, přičemž správní delikt spočívající v opožděném odeslání rozhodnutí o námitkách byl úřadem označen jako delikt méně závažný, než delikt, za který uložil uvedenou sankci. V tomto případě Úřad rozhodoval v souladu se zásadou absorpce v rámci správně-právního trestání, Úřad tak ve správním řízení uložil pokutu podle přísněji trestného správního deliktu. Dle odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad přistoupil k uložení pokuty za správního deliktu podle § 120 odst. 1 g) zákona, téže skutkové podstaty, hned ve třech případech. Lze tedy mít za to, že se jedná o stejnorodý souběh a z tohoto důvodu lze mít za to, že Úřadem udělená pokuta ve výši 100 000 Kč je nepřiměřená.

Závěr rozkladu

53. V závěru rozkladu zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu rozhodl tak, že napadené rozhodnutí jako bezpředmětné zruší a správní řízení zastaví; pokud předseda Úřadu dojde k závěru, že zadavatel zákon porušil, žádá zadavatel o snížení uložené sankce s ohledem na jeho argumentaci uvedenou v rozkladu.

V. Vyjádření navrhovatele Bartoň a Partner s.r.o. k rozkladu

54. Dopisem ze dne 9. 7. 2012 se k námitkám uvedeným v rozkladu navrhovatele vyjádřil navrhovatel Bartoň a Partner s.r.o. K námitkám rozkladu zadavatele týkajících se podmínek vzniku a trvání bankovní záruky se navrhovatel Bartoň a Partner s.r.o. vyjádřil tak, že má za to, že podstatou věci je skutečnost, že zadavatel neměl vůbec bankovní záruku ve formě elektronicky konvertovaného dokumentu požadovat. Z napadeného rozhodnutí je dle navrhovatele Bartoň a Partner s.r.o. zřejmé, že Úřad provedl v této věci rozsáhlé dokazování, kdy si vyžádal několik stanovisek od různých orgánů a institucí k zevrubnému posouzení charakteru bankovní záruky. Na základě těchto stanovisek pak došel k závěru, že požadavek zadavatele nebyl oprávněný.
55. K námitkám rozkladu zadavatele týkajících se uložené pokuty za správní delikt, kterého se měl zadavatel dopustit tím, že nedodržel lhůtu pro rozhodnutí o námitkách 4, má navrhovatel Bartoň a Partner s.r.o. za to, že bylo prokázáno, že zadavatel porušil příslušné ustanovení zákona o veřejných zakázkách. Stanovení výše pokuty je zcela v kompetenci Úřadu. Navrhovatel Bartoň a Partner s.r.o. se domnívá, že uložená pokuta dostatečně splňuje svou preventivní a výchovnou funkci a její výše se jeví jako zcela přiměřená.

VI. Řízení o rozkladu

56. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí v rámci autoremedury podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

57. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
58. V rámci přezkumu zákonnosti podle § 89 odst. 2 správního řádu jsem neshledal rozpor napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy.
59. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když výrokem I. napadeného rozhodnutí rozhodnul, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 67 odst. 1 zákona ve spojení s § 67 odst. 5 zákona, když požadoval po uchazečích předložit konvertovanou verzi bankovní záruky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
60. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě podle § 118 odst. 1 zákona zrušil zadávací řízení veřejné zakázky, jelikož nedošlo k uzavření smlouvy.
61. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad podle § 119 odst. 2 zákona uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

62. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když výrokem IV. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodnul, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že při vyřizování námitek uchazečů Bartoň a Partner s.r.o. a IPO SECURITY s.r.o. postupoval v rozporu s § 111 odst. 1 zákona.
63. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když výrokem V. napadeného rozhodnutí Úřad podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona uložil zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku IV. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 100 000 Kč.
64. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

VII. K námitkám rozkladu

K požadavku autorizované konverze záruční listiny bankovní záruky

65. Zadavatel uplatnil v rozkladu několik námitek směřujících vůči správnosti postupu a závěrů Úřadu v otázce autorizované konverze záruční listiny bankovní záruky. Vypořádání těchto dílčích námitek a tvrzení zadavatele je níže provedeno způsobem odpovídajícím podstatě věci.
66. Podstatou věci výroků I. až II. napadeného rozhodnutí je otázka dodržení či nedodržení zákona zadavatelem, pokud při zadávání veřejné zakázky od uchazečů požadoval poskytnutí jistoty a současně stanovil formu podání nabídky jako výhradně elektronickou.
67. Požadavek zadavatele na poskytnutí jistoty musí vždy splňovat účel zákona. Účelem § 67 odst. 1 zákona je „zajištění plnění povinností vyplývajících z účasti v zadávacím řízení“, a to v případě poskytnutí jistoty formou bankovní záruky podle § 67 odst. 5 „platně po celou dobu zadávací lhůty“.
68. Jak sám zadavatel v rozkladu namítá, „nemůže v žádném případě předvídat obsah obchodně právního vztahu mezi bankou jako ručitelem a uchazečem jako dlužníkem, a tedy ani možnost užití konvertované bankovní záruky“. S touto námitkou rozkladu nelze, než se plně ztotožnit. Z jejího obsahu ovšem vyplývají následující důsledky.
69. Pokud zadavatel stanoví požadavky na elektronickou formu nabídek s využitím autorizované konverze dokumentů podle zákona č. 300/2008 Sb., aniž by současně stanovil jakékoli požadavky na obsah obchodně právního vztahu bankovní záruky mezi bankou jako ručitelem a uchazečem jako dlužníkem, může nastat situace, že některý z uchazečů o veřejnou zakázku objektivně nebude mít možnost svou nabídku se všemi jejími součástmi v požadované formě podat, resp. dodržet všechny požadavky stanovené zadavatelem. Tato eventuální nemožnost je však důsledkem jednání zadavatele při stanovování takové kombinace svých požadavků, která některé dodavatele z možnosti podat nabídku a priori vylučuje.
70. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí (dále jen „odůvodnění“) učinil skutkové zjištění, že zadavatel původně stanovenou formu nabídek jednotlivými dodatečnými informacemi k zadávacím podmínkám postupně měnil, a to až do podoby výhradně elektronické s požadavkem na využití autorizované konverze dokumentů podle zákona č. 300/2008 Sb. Přitom současně nestanovil ničeho ohledně požadavku na obsah obchodně právního vztahu bankovní záruky mezi jednotlivými uchazeči a záruku poskytujícími bankami.

71. Navrhovatelem byla zadavateli poskytnuta jistota bankovní zárukou, jejíž eventuální plnění bylo vázáno na analogový originál záruční listiny. Analogový originál záruční listiny bankovní záruky tak byl z hlediska zákonem předpokládané funkce bankovní záruky (tj. účelu zákona) nenahraditelný. Postupem podle zákona č. 300/2008 Sb. konvertovaný originál záruční listiny bankovní záruky navrhovatel Bartoň a Partner s.r.o. proto nebyl v tomto případě sám o sobě schopen garantovat zajištění plnění povinností vyplývajících z účasti v zadávacím řízení platně po celou dobu zadávací lhůty, tj. účel zákona vyjádřený ustanoveními § 67 odst. 1 a odst. 5 zákona.
72. Vzhledem k tomuto důsledku byl požadavek úplně elektronické formy nabídky vytvořené autorizovanou konverzí podle zákona č. 300/2008 Sb. neslučitelný se současným požadavkem zadavatele na poskytnutí jistoty. V případě využití zákonné možnosti poskytnout jistotu formou bankovní záruky vázanou na originál záruční listiny bankovní záruky se ukázalo, že zadavatel stanovil kombinaci podmínek zadávací dokumentace vylučující dodržení účelu zákona ve vztahu k poskytnutí jistoty. Navrhovatel přitom nijak nepochybil, když využil možnosti poskytnout jistotu formou bankovní záruky, a to ani tehdy, pokud bylo její eventuální plnění obsahem obchodně právního vztahu vázáno na analogový originál záruční listiny.
73. Pokud Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že pokud by Úřad připustil konverzi bankovní záruky v zadávacím řízení této veřejné zakázky, bylo by možné, aby zadavatel měl v průběhu zadávacího řízení této veřejné zakázky k dispozici konvertovanou bankovní záruku, zatímco originál bankovní záruky (písemná listina) by byl stále v držení uchazeče, který s ní mohl v průběhu zadávacího řízení této veřejné zakázky bez vědomí zadavatele manipulovat, tuto záruku měnit nebo dokonce odvolat, postupoval správně a v souladu se zákonem. Tento závěr Úřadu zcela vystihuje podstatu vyloučení účelu zákona ve smyslu § 67 odst. 1 a odst. 5 zákona.
74. K námitce rozkladu, že žádný z právních předpisů explicitně nezakazuje konverzi bankovní záruky dle zákona č. 300/2008 Sb., uvádím následující. Pro posouzení správnosti závěrů Úřadu (resp. podstaty věci tohoto správního řízení) není nijak rozhodné, zda některý právní předpis paušálně zakazuje či nezakazuje konverzi bankovní záruky dle zákona č. 300/2008 Sb., nýbrž fakt, že ji neumožňoval konkrétní obsah obchodně právního vztahu mezi navrhovatelem Bartoň a Partner s.r.o. a KB.
75. Možnost autorizované konverze záruční listiny bankovní záruky postupem podle zákona č. 300/2008 Sb. je totiž v obecné rovině zásadně závislá právě na konkrétním obsahu obchodně právního vztahu mezi bankou jako ručitelem a uchazečem jako dlužníkem, tj. na vázanosti či nevázanosti eventuálního plnění, ke kterému se banka zavázala, na analogový originál záruční listiny. Předložením originálu záruční listiny peněžnímu ústavu uchazečem bankovní záruka, resp. nárok zadavatele na plnění z bankovní záruky, zaniknout může a nemusí. Je zřejmé, že možnosti, které mohou nastat, nelze paušalizovat, nýbrž je nutné hodnotit každý konkrétní případ zvlášť.
76. V posuzovaném případě je z podmínek stanovených v záruční listině bankovní záruky navrhovatele Bartoň a Partner s.r.o. zřejmé, že k zániku může dojít před datem ukončení platnosti bankovní záruky i uplynutím dne, ve kterém bude některou ze stran doručen originál záruční listiny. Jde tedy o případ bankovní záruky, jejíž analogový originál záruční

listiny nemůže být převeden z listinné podoby do dokumentu obsaženého v datové zprávě nebo datovém souboru postupem podle zákona č. 300/2008 Sb., aniž by byl současně popřen účel zákona vyjádřený ustanoveními § 67 odst. 1 a odst. 5 zákona, tj. zajištění plnění povinností vyplývajících z účasti v zadávacím řízení platně po celou dobu zadávací lhůty.

77. Pokud Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že zadavatel nebyl oprávněn v zadávacích podmínkách požadovat konvertovanou verzi bankovní záruky, jelikož konvertovaná bankovní záruka by neplnila účel, který byl bankovní záruce zákonem o veřejných zakázkách svěřen, postupoval správně a v souladu se zákonem.
78. Zadavatel k tomu v rozkladu namítá, že je nesprávný závěr, pokud Úřad v odůvodnění dovozuje, že to bude zadavatel, kdo bude postupovat v rozporu se zákonem, když nebude dodržena délka platnosti bankovní záruky stanovená § 67 odst. 5 zákona eventuálním jednáním navrhovatele Bartoň a Partner s.r.o., který by eventuálně mohl originál záruční listiny vrátit bance v průběhu zadávacího řízení.
79. K této námitce rozkladu uvádím, že rozhodnutí Úřadu nevypovídá o eventuelních následcích jednání jednotlivých účastníků zadávacího řízení, nýbrž o důvodech, které opodstatňují závěr Úřadu o nedodržení účelu zákona vyjádřeného ustanoveními § 67 odst. 1 a odst. 5 zákona stanovením kombinace požadavků zadavatele na nabídku, resp. na její formu. Nemožnost garantovat zajištění plnění povinností vyplývajících z účasti v zadávacím řízení platně po celou dobu zadávací lhůty vyplývá právě z kombinace požadavků zadavatele na nabídku, resp. na její formu.
80. Vytvoření možnosti, aby navrhovatel Bartoň a Partner s.r.o. eventuálně mohl originál záruční listiny vrátit bance v průběhu zadávacího řízení s důsledkem zániku této záruky, je důsledkem jednání zadavatele, který kombinaci požadavků na nabídku, resp. na její formu, stanovil. Takovéto jednání zadavatele však odporuje účelu zákona vyjádřeného ustanoveními § 67 odst. 1 a odst. 5 zákona.
81. Pokud Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že ač uchazeč prokáže u zadavatele v zadávacím řízení složení jistoty konvertovanou verzí bankovní záruky, zadavatel v případě neplnění povinností uchazeče může vyzvat bankovní ústav k plnění, stále bude v držení uchazeče písemný originál bankovní záruky, pomocí něhož lze bankovní záruku odvolat před datem ukončení platnosti, tedy v průběhu dotčeného zadávacího řízení, postupoval správně a v souladu se zákonem. Nijak se tím nevyjadřoval o eventuelním budoucím porušování zákona žádného z účastníků zadávacího řízení, nýbrž o stávající nemožnosti garantovat dodržení výše uvedeného účelu zákona v důsledku výše uvedené kombinace požadavků zadavatele.
82. Zadavatel dále v rozkladu namítá, že zásadní pro vznik, trvání a zánik bankovní záruky není zákon o veřejných zakázkách, ale obchodní zákoník. K této námitce uvádím následující.
83. V odůvodnění se Úřad nijak nevyslovoval o vzniku, trvání a zániku bankovní záruky v obecné rovině. V odůvodnění Úřad zkoumal zcela konkrétní bankovní záruku navrhovatele Bartoň a Partner s.r.o. právě z hlediska dodržení její zajišťovací funkce podle požadavků § 67 odst. 1 a odst. 5 zákona. Obecná právní úprava obchodního zákoníku v tomto ohledu není nijak relevantní. Relevantním v tomto ohledu jsou konkrétní obsah bankovní záruky navrhovatele Bartoň a Partner s.r.o. a požadavky na formu nabídky stanovené zadavatelem.

84. Zadavatel v rozkladu namítá, že pro uplatnění svého nároku vyplývajícího z bankovní záruky nepotřebuje originál bankovní záruky, ale činí tak písemnou výzvou. Záruční listinu tak zadavatel vůbec k uplatnění bankovní záruky nepotřebuje. Zadavatel k tomu dodává, že záruční listina obsahuje prohlášení banky, že před datem ukončení platnosti zaniká záruka i uplynutím dne, ve kterém bude bance doručen originál záruční listiny. V případě, že by uchazeč bankovní záruku odvolal na základě uvedeného ustanovení obsaženém v záruční listině, postupoval by v rozporu s ustanovením § 67 odst. 5 zákona. K této námitce uvádím následující.
85. Tato námitka rozkladu nijak nedopadá na závěr Úřadu o nedodržení zákona zadavatelem stanovením kombinace požadavků vylučující zajištění plnění povinností vyplývajících z účasti v zadávacím řízení platně po celou dobu zadávací lhůty. Zadavatelem namítaná okolnost, že zadavatel vůbec k uplatnění bankovní záruky nepotřebuje záruční listinu, nijak nedopadá na závěry Úřadu uvedené v bodě 80. tohoto rozhodnutí. Fakt, že zadavatelem stanovená kombinace požadavků na nabídku neumožňovala garantovat zajištění podle požadavků § 67 odst. 1 a odst. 5 zákona po celou dobu zadávací lhůty, není touto námitkou rozkladu nijak zpochybněn. Právě nemožnost garantovat zajištění podle požadavků § 67 odst. 1 a odst. 5 zákona po celou dobu zadávací lhůty je tou okolností, která způsobuje rozpor jednání zadavatele se zákonem. Ve vztahu k tomuto rozporu pak způsob eventuálního čerpání bankovní záruky zadavatelem pochybení zadavatele nijak neovlivňuje.
86. Navrhovatel v rozkladu dále namítá, že všechny tři formy pro poskytnutí jistoty dle § 67 zákona jsou rozdílné, a to co do způsobu jejich pořízení, nákladů a uvolnění. V tomto případě si tak uchazeči nikdy nebudou rovni. K této námitce uvádím, že Úřadu v odůvodnění nešlo o to, aby všichni dodavatelé při plnění požadavku poskytnutí jistoty dle § 67 zákona byli zcela stejní v právech a povinnostech. Při naplňování požadavku poskytnutí jistoty dle § 67 zákona jde zásadně o to, aby každý z uchazečů dodržel zákon včetně jeho účelu. Naplňování požadavku poskytnutí jistoty dle § 67 zákona nesmí být žádnému z uchazečů ze strany zadavatele znemožněno. Stejně tak musí každý z uchazečů garantovat zajištění plnění svých povinností vyplývajících z jejich účasti v zadávacím řízení platně po celou dobu zadávací lhůty. V důsledku požadavků zadavatele nebo jejich jakékoli kombinace nesmí nastat 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 vrácením originálu záruční listiny. Takovéto možnosti jsou ustanoveními § 67 odst. 1 a odst. 5 zákona vyloučeny a jakékoli jednání, které zákon v tomto ustanovení obchází nebo porušuje, se dostává do příkrého rozporu se zásadou rovného zacházení dle § 6 zákona lhotejnost, zda v důsledku jednání uchazečů nebo zadavatele.
87. Pokud Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že uznáním postupu zadavatele (připuštění požadavku na konverzi bankovní záruky navrhovatele Bartoň a Partner s.r.o. bez ohledu na konkrétní obsah smluvního ujednání) by bylo vytvořeno nerovné prostředí mezi jednotlivými uchazeči, kteří poskytují jistotu formou peněžní jistoty a těmi, kteří ji poskytují formou bankovní záruky, postupoval správně a v souladu se zákonem, jelikož by to zakládalo nerovnost jednotlivých uchazečů ve vztahu k požadavku složení jistoty.
88. Zadavatel dále v rozkladu namítá, že je přesvědčen, že požadavek na podání nabídky v elektronické podobě byl požadavek v souladu se zákonem. Mj. proto, že účinný zákon o veřejných zakázkách podání nabídek výlučně v elektronické podobě umožňuje.

89. K této námitce rozkladu uvádím, že samotný požadavek na elektronickou formu nabídek nebyl vůbec předmětem rozhodování Úřadu v tomto správním řízení. Požadavek zadavatele na elektronickou formu nabídek sám o sobě nebyl napadeným rozhodnutím nijak dotčen. Je však nutné vnímat, že požadavek zadavatele na elektronickou formu nabídek nestanovil zadavatel jako výlučný, ale v kombinaci s požadavkem na složení jistoty. V důsledku toho, že navrhovatel Bartoň a Partner s.r.o. poskytl jistotu formou bankovní záruky, jejíž analogový originál záruční listiny nemůže být převeden z listinné podoby do dokumentu obsaženého v datové zprávě nebo datovém souboru postupem podle zákona č. 300/2008 Sb. se požadavek zadavatele na elektronickou formu nabídek posléze ukázal jako neslučitelný s požadavkem zadavatele na složení jistoty jednotlivými uchazeči.
90. Zadavatel v rozkladu na předposledním místě namítá, že by se jednalo o precedentní rozhodnutí Úřadu, pokud by se Úřad neztotožnil s tím, že konverze bankovní záruky postupem podle zákona č. 300/2008 Sb. je jediným legálním postupem k tomu, aby bankovní záruka mohla být součástí nabídky v elektronické podobě. K této námitce rozkladu uvádím následující.
91. Předně podotýkám, že zadavatel touto námitkou rozkladu směřuje k požadavku na paušální stanovisko ohledně konverze záruční listiny bankovní záruky. Jak jsem již uvedl výše, tento přístup možný není. Posouzení toho, zda byl či nebyl dodržen zákon, je vždy posouzením konkrétním, přičemž v rozsahu podstaty věci tohoto správního řízení vždy záleží na konkrétním obsahu bankovní záruky příslušného uchazeče (samozřejmě v kombinaci s dalšími požadavky zadavatele). Jediným návodným zobecněním by v intencích věci tohoto správního řízení mohlo být následující.
92. Podle § 67 odst. 1 zákona in fine poskytne uchazeč jistotu formou složení peněžní částky na účet zadavatele, nebo formou bankovní záruky nebo pojištění záruky.
93. Jak sám zadavatel v rozkladu namítá, *„v žádném případě nemůže předvídat obsah obchodně právního vztahu mezi bankou jako ručitelem a uchazečem jako dlužníkem, a tedy ani možnost užití konvertované bankovní záruky“*.
94. Zákon nijak neomezuje zadavatele v tom, aby eventuálně stanovil nediskriminační a hospodářskou soutěž nenarušující požadavek na dílčí aspekt obsahu obchodně právního vztahu mezi bankou jako ručitelem a uchazečem jako dlužníkem, vždy však opodstatněný požadavkem zadavatele na elektronickou formu nabídek a v důsledku tedy opodstatněný požadavkem zadavatele na takový obsah bankovní záruky, který konverzi analogového originálu záruční listiny postupem podle zákona č. 300/2008 Sb. s ohledem na výše uvedené závěry tohoto rozhodnutí umožní. Podobný požadavek však zadavatel v posuzovaném případě nestanovil.
95. Zadavatel v závěru rozkladu namítá, že neměl možnost vyjádřit ke všem podkladům pro rozhodnutí Úřadu a došlo tak k porušení ustanovení § 36 odst. 3 správního řádu, na základě kterého má být účastníkům před vydáním rozhodnutí ve věci dána možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí. Zadavatel k tomu blíže namítá, že sdělení MS ČR ze dne 23. 9. 2011 nebylo zadavateli vůbec poskytnuto, přestože bylo rovněž Úřadem vyžádáno ke zjištění skutkového stavu.

96. K této námitce rozkladu uvádím, že Úřad při odůvodňování napadeného rozhodnutí opřel své závěry o ty podklady, které byly relevantní pro vydání napadeného rozhodnutí, tj. z hlediska podstaty věci tohoto správního řízení. Z hlediska podstaty věci tohoto správního řízení není relevantní takový podklad, který odhlíží od konkrétního obsahu bankovní záruky navrhovatele Bartoň a Partner s.r.o.
97. Sdělení MS ČR ze dne 23. 9. 2011 obsahovalo paušální stanovisko ohledně konverze záruční listiny bankovní záruky odhlízející od konkrétního obsahu bankovní záruky navrhovatele Bartoň a Partner s.r.o., a proto vůbec nemohlo být podkladem pro vydání napadeného rozhodnutí. Jelikož napadené rozhodnutí své závěry o sdělení MS ČR ze dne 23. 9. 2011 nijak neopírá, nemohlo dojít ani k zadavatelem tvrzenému upření jeho práva vyjádřit se k podkladům rozhodnutí ve smyslu § 36 odst. 3 správního řádu.
98. Pokud Úřad v této souvislosti postupoval takovým způsobem, že po vyhodnocení obsahu sdělení MS ČR ze dne 23. 9. 2011 znovu na MS ČR dne 10. 10. 2011 zaslal žádost o stanovisko k institutu bankovní záruky, tentokrát s ohledem na předmětné zadávací řízení a zajišťovací funkci bankovní záruky v zadávacím řízení, postupoval správně a zákonným způsobem.
99. Stejně tak Úřad postupoval správně a zákonným způsobem, pokud jako podklad pro vydání rozhodnutí opatřil odpověď MS ČR ze dne 17. 10. 2011 coby takový podklad, který v otázce konverze záruční listiny bankovní záruky zohlednil konkrétní obsah obchodně právního vztahu mezi navrhovatelem Bartoň a Partner s.r.o. a KB.

K přiměřenosti výše uložené pokuty

100. Zadavatel k opožděnému odeslání námitek v rozkladu namítá, že je neodeslal z objektivního důvodu, když u zadavatele probíhal prázdninový provoz, přičemž zadavatel je výukovou institucí – školou a během letních prázdnin má velmi omezený provoz své činnosti. Náprava byla zadavatelem sjednána v nejbližším možném termínu. Odeslání rozhodnutí o námitkách s prodlením nemělo vliv na zadávací řízení, ani na práva uchazečů v průběhu zadávacího řízení.
101. Podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že odmítne námitky v rozporu s § 110 anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 111.
102. Naplnění této skutkové podstaty deliktu není vázané na faktické ovlivnění či neovlivnění průběhu zadávacího řízení či práv jednotlivých uchazečů, jde o objektivní odpovědnost zadavatele. Skutková podstata tohoto deliktu spočívá v samotném deliktním postupu zadavatele opožděným odesláním rozhodnutí o námitkách uchazečů Bartoň a Partner s.r.o. a IPO SECURITY s.r.o. Objektivní či subjektivní vnitřní důvody rozporu jednání zadavatele s ustanovením § 111 zákona o lhůtách, v nichž byl povinen příslušná rozhodnutí o námitkách odeslat, nejsou okolnostmi, které by odpovědnost zadavatele liberovaly. Odpovědnost za nedodržení lhůt pro odeslání rozhodnutí o námitkách 1, námitkách 3 a námitkách 4 zadavateli přísluší a trvá.
103. Pokud Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že zadavatel naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že při vyřizování námitek 1, 2 a 4 navrhovatelů Bartoň a Partner s.r.o. a IPO SECURITY s.r.o. nedodržel postup stanovený v § 111 odst. 1 zákona, když do 10 dnů od obdržení námitek neodeslal

jmenovaným navrhovatelům písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje, či nikoliv, s uvedením důvodu, postupoval správně a v souladu se zákonem.

104. K námitce rozkladu, že zadavatel svým postupem neznemožnil navrhovateli podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, a výše uložené pokuty se jeví jako nepřiměřeně vysoká i z pohledu závažnosti provinění, uvádím následující.
105. Podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b), e), f) nebo g).
106. Úřadem uložená pokuta ve výši 100 000 Kč je pokutou uloženou v zákonném rozmezí, a to při dolní hranici její možné výše. Úřad se při jejím vyměřování zabýval jak polehčujícími, tak přitěžujícími okolnostmi spáchání správního deliktu. Zadavatelem odkazované rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S520/2010/VZ-3029/2011/530/RNi nemůže mít vliv na legitimní očekávání ustálené rozhodovací praxe Úřadu, jelikož pokuta jím uložená nebyla vyměřena s ohledem na přitěžující okolnost spáchání správního deliktu trojím naplněním skutkové podstaty deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona.
107. Zásada absorpce se v tomto případě stejnorodého souběhu neuplatní, jelikož nejpřísněji chráněný společenský zájem vyjádřený maximální možnou výší pokuty je v případě všech třech naplnění skutkové podstaty deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona stejný.

VIII. Závěr

108. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
109. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Střední škola technická, Zelený pruh 1294/52, 147 08 Praha 4
2. IPO SECURITY s.r.o., Kalvodova 816/8, 709 00 Ostrava – Mariánské Hory
3. Bartoň a Partner s.r.o., Chválkovice 580, 779 00 Olomouc
4. JUDr. Erik Orlet, advokát, Tř. Svobody 2, 772 00 Olomouc
5. Lasesmed, s.r.o., Jeseniova 1226/139, 130 00 Praha 3
6. PREMIO INVEST s.r.o., Na Jezerce 1458/14, 140 00 Praha 4

Vypraveno dne

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