



UOHSX00B4HIA

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č.j.:ÚOHS-R0020/2018/VZ-11743/2018/323/EBr,LVa

Brno 20. dubna 2018

V řízení o rozkladu doručeném dne 8. 2. 2018 Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže podaném obviněným –

- **Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost**, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0445/2017/VZ-02535/2018/512/KMo ze dne 24. 1. 2018, vydanému ve věci možného spáchání přestupku obviněným podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Zajištění fyzické ostrahy objektů zadavatele**“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 1. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 1. 2016, pod ev. č. zakázky 630474, ve znění opravy ze dne 24. 2. 2016, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 26. 1. 2016, pod ev. č. 2016/S 017-026670, ve znění opravy ze dne 27. 2. 2016,

jsem podle ustanovení § 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 ustanovení § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0445/2017/VZ-02535/2018/512/KMo ze dne 24. 1. 2018

potvrzují

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatele – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9, (dále jen „**zadavatel**“ nebo též „**obviněný**“) učiněných v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „Zajištění fyzické ostrahy objektů zadavatele“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 1. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 1. 2016, pod ev. č. zakázky 630474, ve znění opravy ze dne 24. 2. 2016, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 26. 1. 2016, pod ev. č. 2016/S 017-026670, ve znění opravy ze dne 27. 2. 2016 (dále též „**veřejná zakázka**“).
2. Podle bodu 2. 1. zadávací dokumentace bylo předmětem veřejné zakázky zajištění ostrahy objektů METRA a části objektů POVRCHU – Depo Hostivař, Depo Kačerov, Depo Zličín, OZM, ZTC1, stanice metra Háje, Letňany, Nemocnice Motol, Černý Most, Zličín a dále administrativní budovy sídla zadavatele, Centrální dispečink, Ústřední dílny Malešice, Sklad stavebních hmot, Autoprovoz Švábký, Trakční vedení, pracovníky dodavatele. V rámci uvedených objektů bude dodavatel poskytovat služby fyzické ostrahy dle konkrétních požadavků zadavatele, přičemž první rozsah je stanoven v čl. III odst. 1 přílohy č. 2 „Závazný návrh smlouvy“. Způsob uzavírání dílčích smluv je stanoven v čl. III odst. 5 až 9 přílohy č. 2 „Závazný návrh smlouvy“.
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky za celou dobu trvání smlouvy, tj. 7 let plnění dle bodu 2. 3. zadávací dokumentace činila 469 000 0000 Kč bez DPH.
4. Obviněný stanovil v bodě 6 zadávací dokumentace s názvem „Jistota“ požadavek, „*aby uchazeči k zajištění plnění svých povinností vyplývajících z účasti v zadávacím řízení, poskytli jistotu ve výši 1 000 000,- Kč (slovy: jeden milion korun českých). Jistotu poskytne uchazeč formou složení peněžní částky na účet zadavatele nebo formou bankovní záruky nebo*

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“) se nepoužije s ohledem na ustanovení § 274 odst. 1 tohoto zákona.

pojištění záruky. (...).“ Dále obviněný v tomto bodě zadávací dokumentace mimo jiné stanovil, že „[v] případě poskytnutí jistoty formou bankovní záruky předloží uchazeč zadavateli společně s nabídkou výhradně originál příslušné záruční listiny. (...). Platnost bankovní záruky musí začínat nejpozději posledním dnem lhůty pro podání nabídek a trvat po celou dobu zadávací lhůty.“

5. V bodě 9.1. zadávací dokumentace s názvem „Lhůta pro podání nabídek“ v souladu s dodatečnými informacemi k zadávacím podmínkám veřejné zakázky ze dne 22. 7. 2016 byla stanovena lhůta pro podání nabídek tak, že končí dne 1. 8. 2016 ve 12:00 hod.
6. V bodě 11 „Zadávací lhůta“ zadávací dokumentace obviněný stanovil, že „[v] souladu s uveřejněním veřejné zakázky ve Věstníku veřejných zakázek činí zadávací lhůta 90 dní.“
7. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že obviněný ve lhůtě pro podání nabídek obdržel na předmětnou veřejnou zakázku celkem čtyři nabídky, přičemž obviněný rozhodl, že vybraným uchazečem je – CENTR GROUP, a.s., IČO 26865301, se sídlem Na příkopě 1096/19, 110 00 Praha 1, Staré Město (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
8. Dne 20. 10. 2017 uzavřel obviněný s vybraným uchazečem na předmět plnění veřejné zakázky rámcovou smlouvu o zajištění fyzické ostrahy objektů (číslo smlouvy objednatele: 000851 00 17, číslo smlouvy dodavatele: 1-022/2017/FO) (dále jen „**smlouva na veřejnou zakázku**“).
9. Na základě výše uvedených skutečností získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel nespáchal přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nepostupoval v souladu s § 76 odst. 1 zákona, konkrétně, že nevyřadil nabídku vybraného uchazeče, který nezajistil platnost bankovní záruky po celou dobu zadávací lhůty podle § 43 zákona, tj. v době od 1. 8. 2016 do 10. 11. 2016, když dne 20. 10. 2017 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku. Z tohoto důvodu Úřad zahájil správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0455/2017/VZ, což bylo zadavateli oznámeno přípisem č. j. ÚOHS-S0445/2017/VZ-33541/2017/512/KMo ze dne 14. 11. 2017.

II. Napadené rozhodnutí

10. Dne 24. 1. 2018 Úřad vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0445/2017/VZ-02535/2018/512/KMo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I. rozhodl, že obviněný spáchal přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 zákona, když nevyřadil nabídku vybraného uchazeče, který nezajistil platnost bankovní záruky po celou dobu zadávací lhůty podle § 43 citovaného zákona, tj. v době od 1. 8. 2016 do 10. 11. 2016, když tento uchazeč se na základě Rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 21. 8. 2017 následně stal vybraným uchazečem, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a dne 20. 10. 2017 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.
11. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. pokutu ve výši 100 000 Kč.
12. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadávací lhůta počala běžet dnem 1. 8. 2016, který byl stanoven jako poslední den k podání nabídek a měla skončit uplynutím 90 dnů, tj. 31. 10. 2016. Vzhledem k tomu, že obviněný obdržel dne 8. 8. 2016

námítky stěžovatele – SECURITAS ČR s.r.o., IČO 43872026, se sídlem Kateřinská 466/40, 120 00 Praha 2, (dále jen „**stěžovatel**“) a rozhodnutí o námitkách bylo stěžovateli doručeno dne 18. 8. 2016, došlo tak v souladu s ustanovením § 43 odst. 4 zákona k prodloužení zadávací lhůty o 10 dní a konec zadávací lhůty tak nakonec připadl na 10. 11. 2016.

13. Vybraný uchazeč pak ve své nabídce předložil originál bankovní záruky č. 1605378029 (dále jen „**originál bankovní záruky**“) s tím, že z něj vyplynulo, že bankovní záruka je platná do 31. 10. 2016 a uplynutím tohoto dne bankovní záruka zaniká.
14. Úřad dále uvedl, že z dokumentace o veřejné zakázce nevyplývá, že by vybraný uchazeč splnil svojí povinnost stanovenou v ustanovení § 67 odst. 5 zákona a doložil obviněnému prodlouženou bankovní záruku či novou bankovní záruku, která by splňovala požadavek její platnosti do konce zadávací lhůty, tj. do 10. 11. 2016. I přesto však dne 20. 10. 2017 obviněný uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.
15. Při ukládání pokuty Úřad přihlédl k závažnosti přestupku, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Jako polehčující okolnost Úřad hodnotil tu skutečnost, že ze strany vybraného uchazeče k prodloužení bankovní záruky ve skutečnosti došlo, což obviněný doložil tím, když v doplnění k vyjádření ze dne 5. 12. 2017, zaslal Úřadu elektronický obraz prodloužené bankovní záruky vybraného uchazeče ze dne 31. 10. 2016 s platností do 20. 11. 2016, ale, jak uvedl obviněný ve svém vyjádření ve znění doplnění k vyjádření, vybraný uchazeč tuto prodlouženou bankovní záruku obviněnému, v době, kdy skončila platnost jeho původní bankovní záruky, tj. k 31. 10. 2016, nedoložil. Dále Úřad přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, když konstatoval, že z výroční zprávy za rok 2016 vyplývá, že zadavatel ročně hospodaří s finančními prostředky v řádech miliard Kč. Po zohlednění všech skutečností vyměřil Úřad obviněnému pokutu ve výši 100 000 Kč.

III. Námitky rozkladu

16. Dne 8. 2. 2018 obdržel Úřad rozklad obviněného, jímž brojí proti napadenému rozhodnutí v celém rozsahu. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo obviněnému doručeno dne 24. 1. 2018. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
17. Obviněný jakožto stěžejní důvod pro podání rozkladu uvádí nesprávné právní posouzení věci Úřadem. Postup zadavatele totiž dle jeho názoru nenaplnuje skutkovou podstatu správního deliktu identifikovaného ve výroku I. napadeného rozhodnutí a současně tedy nemůže být důvodem pro uložení sankce dle výroku II. napadeného rozhodnutí.
18. Nejprve obviněný nesouhlasí se závěrem Úřadu ohledně povinnosti vyloučit vybraného uchazeče pro nesplnění určité povinnosti v okamžiku, kdy již tato povinnost nebyla ve vztahu k zadávacímu řízení ani k realizaci veřejné zakázky jakkoliv relevantní. Obviněný totiž na rozdíl od Úřadem preferovaného gramatického výkladu zákona upřednostňuje aplikaci teleologické interpretace, neboť smyslem a účelem institutu jistoty v zadávacím řízení je obrana proti jednání dodavatele, které by zadavateli mohlo ztížit či znemožnit úspěšné dokončení zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Obviněný k této námitce dále dodává, že si byl vědom existujícího a přetrvávajícího důvodu pro vyloučení vybraného uchazeče a že jej měl vyzvat k vysvětlení nabídky a teprve po případném obdržení prodloužené bankovní záruky mohl pokračovat v zadávacím řízení. Právě takový postup však zadavatel ve fázi řešení

projednávané situace vyhodnotil jako přepjatě formalistický. K nutnosti upřednostnění teleologického výkladu zákona před výkladem striktně formalistickým zadavatel dále odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 50/2010 ze dne 6. 1. 2011.

19. Dále zadavatel v rozkladu namítá, že dodatečně splnil povinnost uvedenou v ustanovení § 67 odst. 5 zákona, když dokumentace o veřejné zakázce byla doplněna kopií záruční listiny vybraného uchazeče splňující zadávací podmínky i v části prodloužené zadávací lhůty.
20. Závěrem rozkladu zadavatel brojí proti polehčujícím okolnostem, které vzal Úřad v bodech 117 až 119 odůvodnění napadeného rozhodnutí v potaz při úvaze o výši pokuty. Tyto klíčové skutečnosti, které Úřad hodnotí pouze jako polehčující okolnosti, jsou totiž dle zadavatele důvody liberačními, neboť zakládají důvodné přesvědčení, že k naplnění skutkové podstaty správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nedošlo.

Závěr rozkladu

21. Na základě výše uvedeného obviněný navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém jeho rozsahu zrušil a správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0445/2017/VZ podle § 117a písm. d) zákona zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

22. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí dle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

23. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
24. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu zadavatele a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K tvrzení, že nebyl spáchán správní delikt

25. K tvrzení zadavatele, že jemu vytýkaný postup nenaplnuje skutkovou podstatu uvedeného správního deliktu, a proto nemůže být důvodem pro uložení sankce, uvádím, že se plně ztotožňuji s posouzením věci Úřadem, tak jak bylo uvedeno v napadeném rozhodnutí. Ze správního spisu je zřejmé, že bankovní záruka vybraného uchazeče (tak, jak byla předložena zadavateli) končila k datu 31. 10. 2016 (tedy k datu, kterým původně končila zadavatelem stanovená zadávací lhůta). V předmětném zadávacím řízení však byly podány námitky a podle ustanovení § 43 odst. 4 zákona v případě podání námitek zadávací lhůta

neběží a konec zadávací lhůty se posouvá o dobu, kdy zadávací lhůta neběží. V šetřeném případě se tedy z důvodu podaných námitek posunul konec zadávací lhůty na den 10. 11. 2016 (přičemž uchazeči si této skutečnosti byli, nebo měli být vědomi). Uvedené zadavatel nerozporuje, proto v tomto ohledu odkazují na napadené rozhodnutí. Skutkový stav byl tedy takový, že v období od 1. 11. 2016 do 10. 11. 2016, vybraný uchazeč již nesplňoval jednu ze zadávacích podmínek, neboť zadavateli nepředložil bankovní záruku, která by trvala po celou (prodlouženou) zadávací lhůtu. Nebyly tedy splněny podmínky zadávací dokumentace a zákona, a hodnotící komise zadavateli správně doporučila, aby vybraného uchazeče vyloučil ze zadávacího řízení. Zadavatel se však rozhodl doporučení hodnotící komise nerespektovat.

26. Na situaci, která nastala v šetřeném případě, pamatuje i odborná literatura, neboť i ta říká, že v případě prodloužení zadávací lhůty musí být prodloužena i bankovní záruka, přičemž zajištění uvedeného je na uchazeči: *„Jistota by měla být poskytnuta na celou dobu zadávacího řízení s tím, že pokud je např. bankovní záruka omezena lhůtou, a zadávací řízení se protáhne na delší dobu (např. v důsledku procesního postupu neúspěšných uchazečů), je na uchazeči, aby zabezpečil její prodloužení.“* (JURČÍK, Radek. § 67 [Jistota]. In: JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách*. 4. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2015, s. 652. ISBN 978-80-7400-505-3.) Jelikož úprava jistoty je tomto ohledu v ZZVZ obdobná, lze použít i komentářovou literaturu k odpovídajícím ustanovením ZZVZ, která uvedený závěr potvrzuje: *„V případě, že je jistota účastníkem zadávacího řízení složena ve formě bankovní záruky nebo pojištění záruky, musí účastník zadávacího řízení zajistit její platnost po celou dobu trvání zadávací lhůty. Nesplní-li však účastník zadávacího řízení tuto povinnost a při prodloužení bankovní záruky nebo pojištění záruky není zajištěna bezprostřední návaznost mezi původním a budoucím závazkem nebo bankovní záruka nebo pojištění záruky nebude pokrývat byť i jediný den zadávací lhůty, musí zadavatel takového účastníka zadávacího řízení podle § 48 odst. 3 vyloučit.“* (viz Dvořák, D., Machurek, T., Novotný, P., Šebesta, M. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 256), nebo *„[v] případě, že doklad prokazující poskytnutí jistoty nefiguruje v nabídce (...), zadavatel účastníka ze zadávacího řízení obligatorně vyloučí“* (tamtéž, str. 260).
27. Pokud zadavatel (potažmo hodnotící komise) zjistil, že uchazeč nesplňuje zadávací podmínky (tedy že bankovní záruka uchazeče již neplatí po celou zadávací lhůtu), byl dle ustanovení § 76 odst. 1 zákona povinen vybraného uchazeče vyloučit. Pokud uchazeč doklady nesplňuje, zákon zadavateli nedává možnost volby ohledně vyloučení či nevyloučení uchazeče, ale striktně uvádí, že nabídky, které požadavky zadavatele nesplňují, musí být vyřazeny. Uvedený závěr podporuje i odborná literatura: *„Zjištění, že konkrétní nabídka nesplňuje zadávací podmínky, (...) zásadně musí vést k vyřazení nabídky ze strany hodnotící komise, přičemž tato skutečnost má za následek vyloučení příslušného uchazeče ze strany zadavatele (stanovisko hodnotící komise v této věci je pro zadavatele závazné. (...) Nabídky, jež neodpovídají zákonným požadavkům či požadavkům zadavatele obsaženým v zadávacích podmínkách, a nabídky, které jsou nepřijatelné ve smyslu § 22 odst. 1 písm. d) zákona, musí hodnotící komise vyřadit, a tyto nabídky posléze nejsou předmětem hodnocení ve smyslu § 62 zákona“* (RAUS, David. *Zákon o veřejných zakázkách: komentář*. Praha: Linde, 2007, str. 555-557). Nezbývá tedy než konstatovat, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem. Ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona přitom stanoví, že pokud zadavatel nedodrží postup stanovený zákonem, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr

nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku, dopustí se správního deliktu. V šetřeném případě dokonce hodnotící komise zadavateli z důvodu nedostatečné bankovní záruky doporučila vyloučení uchazeče, zadavatel se tímto doporučením však neřídil. Podrobněji viz níže v rámci vypořádání jednotlivých námitek rozkladu zadavatele. Považuji za nutné dále poznamenat, že i když vybraný uchazeč v šetřeném případě fakticky bankovní záruku prodloužil, měl být stejně vyloučen, neboť nesplnil jednu podstatnou podmínku, a sice doložení dokladu o existenci (prodloužení) bankovní záruky zadavateli. Samotné zřízení bankovní záruky totiž nestačí, vyžaduje se také, aby zadavatel bankovní zárukou (tedy listinou o ní) disponoval. Vybraný uchazeč mu ji však nepředložil, a tak se dostal do rozporu se zadávacími podmínkami. Tím, že ho následně zadavatel nevyločil, naplnil skutkovou podstatu uvedeného správního deliktu.

K povaze bankovní záruky a údajné nerelevantnosti požadavku na její doložení

28. V první řadě připomínám, co taktéž uvedl Úřad v bodu 76 odůvodnění napadeného rozhodnutí, a sice že *„jistota je druhem zajišťovacího institutu, který je upraven pro oblast veřejných zakázek. Jistotou se pro účely zadávání veřejných zakázek rozumí poskytnutí peněžitého či nepeněžitého vratného plnění ze strany uchazeče, a to zejména k zajištění splnění povinností uchazeče vyplývajících z jeho účasti v zadávacím řízení. Předmětem zajištění je v případě jistoty ve smyslu zákona povinnost dodavatele předložit požadované údaje nebo doklady před uzavřením smlouvy a uzavřít se zadavatelem smlouvu. Jistota tedy mimo jiné slouží jako zajišťovací instrument, který zadavateli poskytuje vyšší míru právní jistoty a zejména účinně motivuje účastníky zadávacího řízení k plnění jejich povinností vyplývajících z účasti v zadávacím řízení a jako prostředek pokrytí případné újmy zadavatele způsobené účastníkem zadávacího řízení v důsledku porušení jeho povinností vyplývajících z účasti v zadávacím řízení“* (viz PODEŠVA, Vilém, Miloš OLÍK, Martin JANOUŠEK, Jakub STRÁNSKÝ aj. *Zákon o veřejných zakázkách: Komentář* [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2018-4-11]. ASPI_ID KO137_2006CZ. Dostupné v Systému ASPI. ISSN: 2336-517X.). Jinými slovy řečeno, smyslem jistoty je poskytnout zajištění splnění kontraktní povinnosti uchazeče a zajistit součinnost účastníka zadávacího řízení při uzavření smlouvy (viz KRUTÁK, T; KRUTÁKOVÁ, L; GERYCH, J. *Zákon o zadávání veřejných zakázek s komentářem k 1. 10. 2016*. 1. vydání. Olomouc: ANAG, 2016, str. 154 – ačkoli se vztahuje k ZZVZ, smysl jistoty zůstal nezměněn).
29. K tvrzení zadavatele, že když už povinnost (týkající se bankovní záruky) nebyla déle relevantní, zadavatel uchazeče vylučovat ze zadávacího řízení nemusel, připomínám, co jsem uvedl již výše, a sice že zadavatel v takové situaci nemá s ohledem na § 76 odst. 1 zákona a na výše citovanou odbornou literaturu (body 26 a následující tohoto rozhodnutí) na výběr, zda uchazeče nesplňujícího určitou zadávací podmínku vyloučí či ne. Zákon hovoří jasně v tom smyslu, že zadavatel takového uchazeče vyloučit musí. Ostatně kdyby si zadavatel v průběhu zadávacího řízení libovolně určoval, které zadávací podmínky (jím stanovené) bude vyžadovat splnit a které ne, bylo by takové jednání rovněž v rozporu se zásadami transparentnosti a rovného zacházení.

K námitce přehnaného formalismu

30. Zadavatel sám přiznává, že o nedostatku v nabídce vybraného uchazeče věděl, ale požadavek na doplnění bankovní záruky se mu zdál příliš formalistický. V této souvislosti zadavatel

odkazuje na judikát Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 50/2010 ze dne 6. 1. 2011, kde Krajský soud v Brně dovedl, že „*formalistická a mechanická aplikace (...) zákazu jako absolutního není vždy na místě*“. Jelikož v šetřeném případě se žádný zákaz neřeší, zadavatel se patrně snaží vyvodit z judikátu jakési obecné pravidlo, že Úřad nemá postupovat příliš formalisticky. Z kontextu citovaného rozhodnutí Krajského soudu v Brně však plyne, že se týká zákazu měnit či doplňovat nabídku. V odkazované věci šlo o opravu zřejmé chyby v psaní (překlep) v nabídce. Mimo jiné tam soud konstatoval, že nelze mechanicky dovozovat povinnost zadavatele postupovat dle § 76 odst. 3 zákona (obecně jde o postup dobrovolný), když zadavatel žádá určité objasnění či doplnění dle § 59 odst. 4 zákona, ale že povinnost využít § 76 odst. 3 zákona plyne z konkrétního skutkového stavu (neboť v odkazované věci bez vyjasnění dané nejasnosti nemohl zadavatel činit další kroky v zadávacím řízení). Citovaný judikát tedy není nijak v rozporu se závěry učiněnými Úřadem v napadeném rozhodnutí. A jak bylo odůvodněno výše důvod pro Úřadem vyžadovaný postup není formalistický, ale vyplývá ze samotného zákona a taktéž z účelu institutu bankovní záruky jako takového.

31. Existovalo tedy pouze jediné možné řešení situace, kdy zadavatel zjistil, že uchazeč přestal splňovat určitou zadávací podmínku: zadavatel měl uchazeče vyloučit. Tak však zadavatel nepostupoval a dostal se tak do rozporu se zákonem. Lpění na dodržování zákona zadavatelem (či jinými subjekty) není ze strany Úřadu přehnaným formalismem, neboť byl porušen zákon, který říká, že pokud Úřad shledá, že byly postupem zadavatele naplněny znaky skutkové podstaty přestupku, konstatuje spáchání přestupku. Zadávací řízení je striktně formalizovaný proces, kde i formální pochybení může mít negativní důsledky. Na rozdíl od soukromoprávní kontraktace jsou zadavatelé veřejných zakázek při uzavírání smluv limitováni především zákazy a omezeními, které vyplývají z jednotlivých ustanovení zákona. Jak také konstatoval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 27. 1. 2010, č. j. 2 Afs 64/2009 – 109: „*Zatímco soukromý subjekt si může vybírat ty, s nimiž hodlá obchodovat, podle své libovůle, zadavatel veřejné zakázky je striktně vázán zákonem o veřejných zakázkách a zejména pasážemi o zadávacím řízení, neboť prostředky, které jsou v takovém případě vynakládány, jsou prostředky veřejné. (...) zadávací řízení je vysoce formalizovaný proces, zatímco kontraktace soukromých subjektů navzájem je výrazně volnější.*“ Námitku zadavatele, že Úřad postupoval příliš formalisticky, tedy shledávám nedůvodnou.
32. Zadavatel tvrdí, že uchazeč předmětnou povinnost dodatečně splnil a listina byla dodatečně vložena do dokumentace o veřejné zakázce, dle bodu 87 odůvodnění napadeného rozhodnutí z dokumentace o veřejné zakázce nevyplývá, že by vybraný uchazeč splnil předmětnou povinnost. Pokud je však oním „dodatečně“ míněno, že tato listina byla doložena teprve po ukončení zadávacího řízení, nemá tento úkon na správnost závěrů Úřadu žádný vliv, neboť listina měla být předložena tak (v té době), aby zadavatel disponoval touto listinou o bankovní záruce po celou zadávací lhůtu, která skončila dne 10. 11. 2016. Doložení listiny dodatečně nestačí, jelikož jak plyne z výše uvedeného, aby se požadavky kladené na uchazeče daly považovat za splněné, musel by uchazeč listinu o bankovní záruce předložit zadavateli v době, kdy to bylo aktuální. Když tedy hodnotící komise zjistila, že vybraný uchazeč již jistou podmínku přestal splňovat, měl ho zadavatel vyloučit.

K uložené pokutě

33. Co se týče posouzení pokuty, Úřad v napadeném rozhodnutí nejdříve posoudil, zda nezanikla delikt ní odpovědnost za spáchaný přestupek, a dále konstatoval, že v duchu čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod zohlednil, zda není nová právní úprava pro zadavatele příznivější, což v šetřeném případě znamená porovnání zákona, ZZVZ a zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „**zákon o přestupcích**“). Dále Úřadu vedl, k čemu přihlížel při výměře pokuty (způsob spáchání, okolnosti, polehčující okolnosti, ekonomická situace zadavatele).
34. Vzhledem k tomu, že Úřad v napadeném rozhodnutí opomenul některé dílčí úvahy týkající se pokuty, vzhledem k tomu, že správní řízení do pravomocného rozhodnutí ve věci tvoří jeden celek, jak uvádí např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 51/2006 – 65 ze dne 19. 7. 2007 a č. j. 7 A 124/2000 – 39 ze dne 28. 5. 2003 („[s]právní řízení tvoří jeden celek do pravomocného rozhodnutí; vady řízení nebo rozhodnutí v I. stupni lze odstranit v řízení odvolacím“) nebo rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem č. j. 15 A 84/2016 – 48 ze dne 17. 6. 2015, kdy lze případné nedostatky, kterých se dopustil správní orgán v prvním stupni zhojit v rámci odvolacího řízení, a vzhledem k tomu, že Úřad v napadeném rozhodnutí neprovedl posouzení pokuty v celém rozsahu dle zákona o přestupcích, ačkoli v bodu 13 odůvodnění napadeného rozhodnutí účinnost tohoto zákona zohledňuje, přičemž posouzení pokuty z hlediska zákona o přestupcích týkající se určení druhu a výměry sankce v odůvodnění napadeného rozhodnutí absentuje, ho nyní doplňuji.
35. Podle přechodného ustanovení § 112 odst. 3 zákona o odpovědnosti za přestupky se na určení druhu a výměry sankce za dosavadní přestupky a jiné správní delikty ode dne nabytí účinnosti zákona o odpovědnosti za přestupky použijí v duchu čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod ustanovení o určení druhu a výměry správního trestu, je-li to pro pachatele výhodnější. Vzhledem k této zákonné úpravě, na niž jsem opakovaně upozorňoval ve své rozhodovací praxi, Úřad přihlédně k § 37 a násl. zákona o odpovědnosti za přestupky, neboť obsahuje širší výslovný katalog skutečností než úprava obsažená v zákoně (která je svojí povahou speciální), jež je nutno při určení druhu a výměru správního trestu zvažovat.
36. Podle § 37 zákona o odpovědnosti za přestupky se při určení druhu a výměry správního trestu přihlédně zejména k povaze a závažnosti přestupku, dále k tomu, že o některém z více přestupků, které byly spáchány jedním skutkem nebo více skutky, nebylo rozhodnuto ve společném řízení a dále k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem. Podle § 38 zákona o odpovědnosti za přestupky povaha a závažnost přestupku je dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, dále významem a rozsahem následku přestupku, způsobem spáchání přestupku, okolnostmi jeho spáchání.
37. Hlavním kritériem, které je dle citovaných ustanovení zákona a zákona o odpovědnosti za přestupky rozhodné pro určení druhu a výměry správního trestu, je povaha a závažnost přestupku. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního přestupkového jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Oba uvedené právní předpisy pak demonstrativním výčtem vymezují, co lze pod pojem závažnost přestupku podřadit (význam zákonem chráněného zájmu, význam a rozsah jeho následků, způsob jeho spáchání, okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad

nad rámec uvedených kritérií pak může přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti přestupku, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující, kdy je třeba konstatovat, že katalog polehčujících a přitěžujících okolností uvedený v § 39 a § 40 zákona o odpovědnosti za přestupky je toliko demonstrativní.

38. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6. 12. 2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná, nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti.
39. Pokud tedy posoudíme spáchaný přestupek z hlediska jeho závažnosti, měli bychom uvážit, jaký je význam zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen či ohrožen, jaký je význam a rozsah následku přestupku, jakým způsobem byl přestupek spáchán a za jakých okolností.
40. Prvotním cílem zákona je mimo naplnění zásad jmenovaných v § 6 zákona zajištění hospodářské soutěže. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením jednotlivých podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. K zajištění konkurence mezi dodavateli slouží v obecné rovině zásady jmenované v § 6 zákona a v konkrétních případech pak jednotlivá ustanovení zákona. Ustanovení § 76 odst. 1 ve spojení s § 43 zákona, které zadavatel porušil, má tedy v obecné rovině za cíl ochranu zadavatele, resp. ochranu hospodářské soutěže a naplnění zásady rovného zacházení. Tím, že se zadavatel rozhodl veřejnou zakázku zadat subjektu, o němž věděl, že nesplňuje zadávací podmínky, hospodářskou soutěž ohrozil, neboť jím vybraný uchazeč měl být vyloučen a místo něho měl být vybrán jiný uchazeč, což souvisí i s tím, že nebylo rovné konkurenční prostředí. Tyto zákonem chráněné zájmy – ochrana hospodářské soutěže a zajištění rovného konkurenčního prostředí – je nutno hodnotit jako významné.
41. Význam a rozsah následku přestupku je v šetřeném případě významnější, neboť vybraný uchazeč předmětnou zadávací podmínku nesplňoval a pochybení zadavatele tak mělo přímý a neoddiskutovatelný dopad na výběr nejhodnější nabídky (zadavatel vybral uchazeče, kterého měl vyloučit). Byť mohl být vybraný uchazeč kvalifikovaným (Úřad tuto skutečnost nezkoumal), nemění to nic na skutečnosti, že měl být ze zadávacího řízení vyloučen. Výhodnost jeho nabídky tak do hodnocení vůbec nevstupuje, a to ani do hodnocení polehčujících okolností. Úvahy Úřadu uvedené v bodu 118 odůvodnění napadeného rozhodnutí je tedy nutno shledat nesprávnými. V šetřeném případě vybraný uchazeč sice prodlouženou bankovní zárukou disponoval, ale zadavatel o tom neměl povědomí. Byl tedy narušen princip rovného zacházení a transparentnosti, když vybraného uchazeče vyloučil.
42. Ke způsobu spáchání přestupku je nutno doplnit, že přestupek byl zadavatelem spáchán vědomě, neboť zadavatel si své povinnosti (spočívající ve vyloučení vybraného uchazeče) byl vědom, jak je zřetelné ze zápisu z šestého jednání hodnotící komise. Skutečnost, že zadavatel

o existenci této povinnosti věděl, ale splnění této své povinnosti považoval za přehnaný formalismus, svědčí o jeho nerespektování zákona.

43. Co se týká ostatních hledisek (způsob spáchání přestupku, okolnosti, za nichž byl přestupek spáchán, ekonomická situace obviněného a funkce právní odpovědnosti), které Úřad zohlednil v bodech 116, 117, 119 a 120 a 121, konstatuji, že se s nimi v plné míře ztotožňuji s tím, že polehčující okolnosti uvedenou v bodě 119 napadeného rozhodnutí, považuji za významnou. Neshledal jsem tak důvody, pro které by bylo třeba výrok o pokutě rušit a vracet Úřadu k doplnění, postačí doplnění provést a odůvodnit v tomto rozhodnutí.
44. Současně odůvodnění výše pokuty provedené Úřadem ve smyslu výše uvedené judikatury doplňuji i posouzení z hlediska pozdější právní úpravy ve vztahu k sazbě pokuty. Pokud porovnáme sazbu pokuty, kterou lze uložit za spáchaný přestupek dle zákona a dle ZZVZ, zjistíme, že v obou případech je sazba pokuty totožná, neboť § 120 odst. 2 písm. a) zákona stanoví, že za daný přestupek lze uložit pokutu do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, a § 268 odst. 2 ZZVZ taktéž. Právní úprava obsažená v ZZVZ tedy z hlediska sazby pokuty není pro obviněného příznivější.
45. Vzhledem k nyní uvedenému, a zároveň k tomu, co Úřad uvedl v odůvodnění napadeného rozhodnutí, jsem dospěl k tomu, že Úřad vyměřil výši sankce správně, neboť ani pozdější právní úprava (tedy úprava obsažená v přestupkovém zákoně ani v ZZVZ) není z hlediska určení druhu a výměry správního trestu, resp. závažnosti přestupku, a rovněž sankce pro obviněného právní úpravou příznivější.
46. K tvrzení obviněného, že polehčující okolnosti uvedené v bodech 117-119 odůvodnění napadeného rozhodnutí jsou liberační důvody, uvádím, že liberační důvody jsou upraveny v ustanovení § 121 odst. 1 zákona. Podle tohoto ustanovení právnická osoba za správní delikt (v šetřeném případě za přestupek) neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila. Žádná z okolností uváděných v bodech 117 – 119 napadeného rozhodnutí však citovanému ustanovení neodpovídá, neboť zadavatel v šetřeném případě naopak nevynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil, neboť o povinnosti, kterou měl splnit, věděl, avšak její splnění považoval za přílišný formalismus a vyhodnotil ho jako nikoli nezbytné. Tato námitka zadavatele je tedy nedůvodná.

VI. Závěr

47. 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 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.
48. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí o rozkladu.

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. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, Sokolovská 217/42, 190 22 Praha 9,

Vypraveno dne:

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