



UOHSX00FQKN6

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0002/2022/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-04072/2022/161

Brno 2. 3. 2022

V řízení o rozkladu ze dne 6. 1. 2022 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne obviněným –

- **statutární město Plzeň**, IČO 00075370, se sídlem náměstí Republiky 1/1, 301 00 Plzeň, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23. 12. 2021, sp. zn. ÚOHS-S0510/2021/VZ, č. j. ÚOHS-44023/2021/510/MKo, ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů obviněným při zadávání veřejné zakázky „Dodávka systému nuceného větrání s rekuperací Gymnázium Františka Křižíka, Plzeň“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 12. 2020 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 21. 12. 2020 pod ev. č. Z2020-045605, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 23. 12. 2020 pod ev. č. 2020/S 250-624009,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů a ustanovení § 257 písm. f) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů rozhodl takto:

**Rozhodnutí** Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23. 12. 2021, sp. zn. ÚOHS-S0510/2021/VZ, č. j. ÚOHS-44023/2021/510/MKo

**ruším**

**a správní řízení** vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. ÚOHS-S0510/2021/VZ zahájené dne 5. 11. 2021 z moci úřední ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů obviněným při zadávání veřejné zakázky „Dodávka systému nuceného větrání s rekuperací Gymnázium Františka Křížíka, Plzeň“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 12. 2020 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 21. 12. 2020 pod ev. č. Z2020-045605, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 23. 12. 2020 pod ev. č. 2020/S 250-624009,

**zastavuji,**

neboť v něm nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 268 nebo 269 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů.

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“<sup>1</sup>) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem, zahájil dne 5. 11. 2021 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona obviněným – statutární město Plzeň, IČO 00075370, se sídlem náměstí Republiky 1/1, 301 00 Plzeň, (dále jen „**obviněný**“ či „**zadavatel**“) v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „Dodávka systému nuceného větrání s rekuperací Gymnázium Františka Křížíka, Plzeň“, přičemž oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 12. 2020 pod ev. č. Z2020-045605, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 23. 12. 2020 pod ev. č. 2020/S 250-624009, (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. V bodě II.1.4) „Stručný popis“ formuláře „Oznámení o zahájení zadávacího řízení“ obviněný vymezil předmět veřejné zakázky následovně: „*Cílem projektu je realizace systému nuceného větrání s rekuperací v prostorách stávající budovy Gymnázia Františka Křížíka v Plzni. Instalované vzduchotechniky jsou výhradně řešeny jako řízené větrání s rekuperací s úpravou teploty vystupujícího větracího vzduchu. Řízené větrání je řešeno v prostorách tříd a vedlejších prostorách určených pro personál a učitelský sbor*“.

---

<sup>1</sup> Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 56 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

3. Obviněný dne 17. 3. 2021 rozhodl o výběru dodavatele – Entalpa s.r.o., IČO 28403304, se sídlem Tomáše Bati 1075, 674 01 Třebíč (dále jen „**vybraný dodavatel**“), přičemž oznámení o výběru ze dne 17. 3. 2021 bylo doručeno účastníkům zadávacího řízení téhož dne.
4. Dne 7. 5. 2021 uzavřel obviněný s vybraným dodavatelem smlouvu o dílo na předmět plnění veřejné zakázky (dále jen „**smlouva o dílo**“).
5. Úřad obdržel dne 16. 4. 2021 podnět z téhož dne týkající se postupu obviněného při zadávání veřejné zakázky (dále jen „**podnět**“). Jednou z namítaných skutečností v podnětu bylo to, že zadavatel neoprávněně/nedůvodně vyloučil společnost PROFI KLIMA solution s.r.o., IČO 06120059, se sídlem Nademlejská 1069/24, 198 00 Praha 9 (dále jen „**společnost PROFI KLIMA**“) z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 3 zákona z důvodu, že společnost PROFI KLIMA nepředložila ve své nabídce doklad prokazující poskytnutí jistoty, ačkoliv společnost PROFI KLIMA požadovanou jistotu ve lhůtě pro podání nabídek složila na účet obviněného, pouze doklad o jejím složení neučinila součástí nabídky, ale obviněnému jej doložila následně na základě výzvy k objasnění a doplnění nabídky ze dne 3. 2. 2021 (dále jen „**výzva k objasnění**“). Na základě doručeného podnětu si Úřad vyžádal od obviněného písemné vyjádření k podanému podnětu a dokumentaci o zadávacím řízení.
6. Vzhledem k tomu, že Úřad považoval skutková zjištění z předložených materiálů za dostatečná a považoval za prokázané, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, zahájil postupem podle § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „**zákon o přestupcích**“) a podle § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „**správní řád**“) řízení o přestupcích z moci úřední vydáním příkazu č. j. ÚOHS-37308/2021/500/Alv ze dne 5. 11. 2021 (dále jen „**příkaz**“).
7. Příkaz, kterým Úřad rozhodl o tom, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona (výrok I příkazu), a současně byla obviněnému za spáchání tohoto přestupku uložena pokuta ve výši 50 000 Kč (výrok II příkazu), byl obviněnému doručen dne 5. 11. 2021. Tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 správního řádu a § 90 odst. 1 zákona o přestupcích ve spojení s § 150 odst. 1 správního řádu zahájeno řízení o přestupku z moci úřední. Proti uvedenému příkazu podal obviněný dne 10. 11. 2021 odpor z téhož dne (dále jen „**odpor**“).
8. Účastníkem řízení o přestupku je podle § 256 zákona obviněný.

## II. Napadené rozhodnutí

9. Dne 23. 12. 2021 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0510/2021/VZ, č. j. ÚOHS-44023/2021/510/MKo (dále též „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel zásadu přiměřenosti uvedenou v § 6 odst. 1 zákona ve spojení s § 48 odst. 3 zákona, když rozhodnutím ze dne 10. 3. 2021 vyloučil společnost PROFI KLIMA z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 3 zákona z důvodu, že jmenovaný dodavatel nepředložil ve své nabídce doklad prokazující poskytnutí jistoty, ačkoliv jmenovaný dodavatel požadovanou jistotu ve lhůtě pro podání nabídek složil na účet obviněného, pouze doklad o jejím složení neučinil součástí nabídky, ale obviněnému jej doložil následně na základě výzvy k objasnění a doplnění nabídky ze dne 3. 2. 2021 a obviněný si byl vědom skutečnosti, že požadovaná jistota na účet obviněného byla řádně složena dne 26. 1. 2021, tj. ve lhůtě pro

její složení stanovené obviněným v čl. XVII. zadávací dokumentace, přičemž tímto postupem mohl ovlivnit výběr dodavatele a na předmět veřejné zakázky uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu o dílo.

10. Výrokem II Úřad za spáchání popsaného přestupku uložil obviněnému pokutu ve výši 50 000 Kč a výrokem III uložil obviněnému uhradit náklady přestupkového řízení.
11. Napadené rozhodnutí odůvodnil Úřad s odkazem na argumentaci o přednosti faktického stavu před stavem formálním, tedy že v situaci, kdy zadavatel věděl o připsání částky jistoty na svůj účet, neměl lpět na doslovné aplikaci § 41 odst. 4 písm. a) zákona a § 48 odst. 3 zákona, byť tyto obligatorně ukládají vyloučit ze zadávacího řízení dodavatele, který v rámci své nabídky nesplní povinnost předložit doklad o složení peněžité jistoty.
12. Dle názoru Úřadu je takový postup zadavatele příliš přísný, a proto v rozporu se zásadou přiměřenosti. Úřad nespornuje, že citovaná zákonná ustanovení ukládají zadavateli obligatorně vyloučit dodavatele při nesplnění zmíněného formálního požadavku a neposkytují zadavateli v daném směru možnost uvážení (volnost), současně však Úřad dovozuje, že i v takovém případě se uplatní ustanovení § 6 zákona, tedy že i v tomto případě zadavatel má a může uplatnit princip přiměřenosti, a tedy neaplikovat doslovně citovaná zákonná ustanovení. Doslova k tomu Úřad uvádí: „... i přesto, že by se postup obviněného mohl jevit jako souladný se § 48 odst. 3 zákona, není možno jej považovat za zákonný právě z důvodu nedodržení zásady přiměřenosti. Z toho, že zákonodárce připravuje novelizaci předmětného ustanovení, přitom nelze dle Úřadu bez dalšího dovozovat, že postup obviněného byl v souladu se zákonem.“
13. V rámci svého odůvodnění se Úřad zabývá mimo jiné tím, že jiná situace ohledně požadavku na doklad je v případě, kdy je jistota skládána formou bankovní záruky (zadavatel si nemůže jinak ověřit její složení), zatímco v daném případě zadavatel měl a mohl mít povědomost o složení jistoty již jen ze svého bankovního účtu – tedy vlastně připsání platby na jeho účet samo o sobě je dokladem (dle Úřadu) o splnění povinnosti ze strany dodavatele.

### III. Námitky rozkladu

14. Napadené rozhodnutí v plném rozsahu napadl zadavatel rozkladem ze dne 6. 1. 2022 doručeným Úřadu téhož dne. Napadené rozhodnutí zadavatel obdržel dne 23. 12. 2021, rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
15. Zadavatel v rozkladu namítá, že zákon v případě aplikovaných zákonných ustanovení neponechává zadavateli žádnou míru volnosti, tak jako to třeba činí na jiných místech. Současná právní úprava je postavena na striktním obligatorním požadavku, že pokud není doklad o složení jistoty přímo součástí nabídky, musí zadavatel příslušného dodavatele (který zmíněný formální požadavek nesplnil) z řízení bez dalšího vyloučit.
16. Zadavatel má za to, že zmíněnou formální vadu nabídky nelze jakkoliv zhojit, a to ani dodatečným předložením dokladu, ale ani tím, že by zadavatel použil jiný prostředek k ověření či zjištění složení jistoty – např. nahlédnutí na svůj účet. Jakkoliv lze souhlasit s tím, že zmíněný zákonem vyžadovaný postup je příkrý, jde dle zadavatele o jediný postup, který zákon umožňuje, resp. přímo nařizuje. Zadavatel se tedy nemohl dopustit žádného přestupku tím, že toliko důsledně aplikoval kogentní a zcela jednoznačná ustanovení zákona. Zadavatel připomíná, že zásadu přiměřenosti je povinen aplikovat tehdy, kdy mu zákon ponechává určitou míru volnosti (např. nastavení konkrétních požadavků na prokázání kvalifikace, kde je

stanoven určitý zákonný rámec, který je v praxi dotvářen podle konkrétních potřeb zadavatele). Pokud ale zákon zadavateli explicitně ukládá provedení určitého postupu, od kterého se odchýlit nelze, nelze zásadu přiměřenosti aplikovat.

17. Zadavatel poukazuje na to, že pokud by si i přes striktní textaci zákona mohl zadavatel s odkazem na aplikaci zásady přiměřenosti dle § 6 odst. 1 zákona přivlastnit určitou míru volnosti či své vlastní úvahy při aplikaci/neaplikaci kogentních norem, mohlo by to vést k účelovému obcházení kogentních ustanovení zákona. Poukazuje dále na to, že Úřad jej *de facto* trestá za to, že provedl kontrolu svého bankovního účtu, protože kdyby to neučinil, nemá vědomost o složení jistoty a diskuse na téma, zda vyloučení z řízení bylo či nebylo přiměřené, by zcela odpadla. I tato úvaha vede dle mínění zadavatele ke zcela absurdnímu závěru, kdy zadavatel je trestán za své řádné a ostražitě konání.
18. Zadavatel pro podporu svého výkladu a aplikace zákona odkazuje na řadu komentářů k zákonu, které se zcela shodují s jeho postupem, tedy že nepředložení dokladu o složení jistoty přímo v nabídce je nezhojitelnou vadou nabídky a nepřichází v úvahu jiný postup než striktní vyloučení dodavatele z řízení. Poukazuje shodně na důvodovou zprávu k zákonu, poukazuje dále na názor ministerstva vnitra k dané otázce, který je také zcela jednoznačný. Poukazuje konečně i na odpověď, kterou mu v dané konkrétní věci poskytl dotační orgán, který plnění dle veřejné zakázky financoval, jenž mu jednoznačně písemně sdělil, že je v daném případě třeba dodavatele vyloučit z účasti v zadávacím řízení. Odkazuje také na soudní praxi, která dosud nebyla žádnou judikaturou překonaná, a na praxi Úřadu, která konstantně nepřipouští doplňování dokladů vztahujících se k jistotě.
19. Zadavatel nesouhlasí s výší uložené pokuty. Domnívá se, že za situace, kdy Úřad dospěl k závěru (byť dle zadavatele nesprávnému), že se o přestupek jedná a zadavatel za něj odpovídá, okolnosti výše uvedené (vyvinutí veškeré snahy, aby jednal v souladu se zákonem, drtivá většina odborných výkladů souladných s postupem zadavatele v zadávacím řízení, jednoznačná vůle zákonodárce, jak předmětná ustanovení o jistotě interpretovat a aplikovat, výklad ministerstva vnitra, dosavadní soudní praxe atd.) vyznívají ve prospěch uložení jen symbolické výše pokuty v řádech maximálně pár stovek korun. Uloženou pokutu považuje za vysokou a neodpovídající okolnostem případu.
20. Ze všech uvedených důvodů zadavatel trvá na správnosti a zákonnosti svého postupu s tím, že se přestupku nedopustil, neboť dodržel pravidla daná zákonem, která nelze obcházet *ad hoc* aplikací zásady přiměřenosti. Napadené rozhodnutí proto považuje za nepřezkoumatelné, nesprávné a nezákonné.

#### **Závěr rozkladu**

21. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

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

**Stanovisko předsedy Úřadu**

23. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení věci ve všech jejích vzájemných souvislostech jsem podle § 98 odst. 1 zákona o přestupcích přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí v plném rozsahu, přičemž jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
24. Úřad tím, že dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, jelikož porušil ustanovení § 6 odst. 1 zákona ve spojení s § 48 odst. 3 zákona, za což byla obviněnému uložena pokuta a povinnost k úhradě nákladů řízení, nerozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení.

**V. Ke zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení**

25. Úvodem shrnuji, že otázkou k řešení v daném případě je, zda zadavatel oprávněně a v souladu se zákonem vyloučil společnost PROFI KLIMA z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 3 zákona z důvodu, že společnost PROFI KLIMA nepředložila ve své nabídce doklad prokazující poskytnutí jistoty, ačkoliv společnost požadovanou jistotu ve lhůtě pro podání nabídek složila na účet zadavatele, avšak doklad o jejím složení neučinila součástí nabídky. Úřad v napadeném rozhodnutí má takový postup zadavatele za příliš přísný. Úřad nerozporuje, že § 48 odst. 3 zákona ukládá zadavateli obligatorně vyloučit dodavatele při nesplnění zmíněného formálního požadavku a neposkytuje zadavateli v daném směru možnost uvážení (volnost), současně však Úřad dovozuje, že i v takovém případě se uplatní § 6 zákona, tedy že i v tomto případě zadavatel má a může uplatnit princip přiměřenosti, a tedy neaplikovat doslovně citovaná zákonná ustanovení. Postup zadavatele striktně dle § 48 odst. 3 zákona má Úřad za porušení zákona spočívající v nedodržení zásady přiměřenosti dle § 6 odst. 1 zákona vedoucí ke spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona. S takovým závěrem Úřadu nemohu souhlasit, k čemuž uvádím následující.
26. Zcela jistě lze vést diskusi v odborných kruzích o tom, která ustanovení zákona jsou přísná a která benevolentní, ale celkově vzato zadávání veřejných zakázek je vysoce formalizovaný proces soukromoprávní kontraktace smluv. Nelze odhlédnout od zásadní skutečnosti, že dodavatelé mají povinnost přistupovat k vytvoření svých nabídek s řádnou péčí (to ostatně judikoval již Soudní dvůr Evropské unie v rozsudku ze dne 29. 3. 2012 ve věci C-599/10). Podané nabídky musí odpovídat zadávacím podmínkám. Nabídka, která nespĺňuje zadávací podmínky, nemůže být vybrána. Jen v případě, kdy je tento princip striktně dodržen, může být zajištěna zásada transparentnosti a rovného zacházení. Jinými slovy, aby pro všechny dodavatele platily stejné podmínky a tito dodavatelé se zároveň mohli spolehnout na to, že v případě nesouladu některé z nabídek se zadávacími podmínkami nebude dodavatel, který takovou nabídku podal, vybrán a nebude s ním uzavřena smlouva. Má-li dodavatel povinnost postupovat s řádnou péčí, pak není v rozporu s principy spravedlnosti (srov. propojení přepjatého formalismu právě s principy spravedlnosti v nálezu Ústavního soudu ze dne 10. 3. 2020, sp. zn. III. ÚS 4047/19), pokud je nedodržení této povinnosti stíženo negativním

důsledkem, *nota bene* v natolik formalizovaném procesu, jakým je zadávání veřejných zakázek.

27. Ačkoli jsou relevantní ustanovení zákona ocitována již v napadeném rozhodnutí v jeho bodech 21 až 26, považuji za vhodné pro přehlednost ty nejpodstatnější zrekapitulovat.
28. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
29. Podle § 41 odst. 1 zákona stanovil-li zadavatel zadávací lhůtu, může v zadávací dokumentaci požadovat, aby účastník zadávacího řízení poskytl ve lhůtě pro podání nabídek jistotu.
30. Podle § 41 odst. 3 písm. a) zákona poskytne účastník zadávacího řízení jistotu formou složení peněžní částky na účet zadavatele.
31. Podle § 41 odst. 4 písm. a) zákona účastník zadávacího řízení prokáže v nabídce poskytnutí jistoty sdělením údajů o provedené platbě zadavateli, jde-li o peněžní jistotu.
32. Podle § 48 odst. 3 zákona zadavatel vyloučí účastníka zadávacího řízení, který neprokázal složení požadované jistoty nebo nezajistil jistotu po celou dobu trvání zadávací lhůty.
33. Dle komentáře k § 6 odst. 1 zákona týkajícímu se zásady přiměřenosti (viz JUDr. Vilém PODEŠVA, LL.M., Mgr. Lukáš SOMMER, JUDr. Jiří VOTRUBEC, JUDr. Martin FLAŠKÁR, Mgr. Jiří HARNACH, Mgr. Jan MĚKOTA, JUDr. Martin JANOUŠEK aj. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář [Systém ASPI]. Wolters Kluwer): *„Zakotvení zásady vychází ze skutečnosti, že zákon ponechává zadavatelům značnou míru diskrece ohledně volby konkrétního postupu v zadávacím řízení. (...) Jednou z oblastí, kde se tato zásada uplatní, je nastavení parametrů zadávacího řízení, které musí přiměřeně odpovídat předmětu a hodnotě plnění, například v případě prokazování kvalifikace jednotlivých dodavatelů a přiměřeného nastavení počtu a hodnoty referenčních zakázek. Zadavatel nesmí požadovat přehnaný počet referenčních zakázek s několikanásobným objemem plnění, než má zadávaná veřejná zakázka. Obdobně se zásada přiměřenosti uplatní při vymezení lhůt v zadávacím řízení veřejné zakázky.“*
34. Dle komentáře k § 48 odst. 3 zákona (viz JUDr. Vilém PODEŠVA, LL.M., Mgr. Lukáš SOMMER, JUDr. Jiří VOTRUBEC, JUDr. Martin FLAŠKÁR, Mgr. Jiří HARNACH, Mgr. Jan MĚKOTA, JUDr. Martin JANOUŠEK aj. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář [Systém ASPI]. Wolters Kluwer): *„Význam třetího odstavce komentovaného ustanovení je zcela zřejmý a ukládá zadavateli povinnost vyloučit účastníka ze zadávacího řízení, pokud v rozporu s požadavky zadavatele nesloží požadovanou jistotu či pokud ji nezajistí po celou dobu zadávací lhůty. V opačném případě, tedy bez sankce vyloučení, by se totiž požadavky zadavatele ohledně složení jistoty zcela mýjely svým účinkem. (...) Dle mínění autorů tohoto komentáře tak zákon umožňuje zadavatelům požádat účastníka, který neprokázal složení jistoty předepsaným způsobem, aby doklad prokazující složení jistoty předložil dodatečně, a to postupem dle § 46. Využití této možnosti je však na straně zadavatelů fakultativní. Zadavateli tak nic nebrání, aby přistoupil k vyloučení účastníka, který neprokázal složení jistoty v samotné nabídce, aniž by tohoto účastníka zadavatel nejdříve požádal k dodatečnému doplnění takového dokladu (při zachování základních zásad dle § 6, zejména zásady rovného přístupu).“*
35. Dle dalšího komentáře k § 48 odst. 3 zákona (viz Dvořák, D., Machurek, T., Novotný, P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s. Systém Beck-online): *„Z komentovaného odstavce 3 je*

*patrné, že zadavatel vyloučí účastníka ze zadávacího řízení z důvodů souvisejících s jistotou ve dvou konkrétních případech, a to (i) v případě, že účastník neprokáže složení požadované jistoty nebo (ii) v případě, že účastník řízení nezajistil jistotu po celou dobu trvání zadávací lhůty. Jedná se přitom o jeden z důvodů, kdy je zadavatel povinen účastníka zadávacího řízení vyloučit (obligatorní důvod vyloučení). (...)*

*Důvodová zpráva ke komentovanému § 41 uvádí, že informace nebo doklad o složení jistoty musí být vždy součástí nabídky, a to v okamžiku podání nabídky. Zadavatel tak nemůže v případě chybějícího dokladu či údaje k prokázání složení jistoty v nabídce využít možnosti dané § 46 a požádat účastníka o doplnění tohoto dokladu. V situaci, kdy účastník zadávacího řízení poskytuje jistotu ve formě složení peněžní částky na účet zadavatele, musí dle § 41 odst. 4 písm. a) v nabídce prokázat poskytnutí této jistoty sdělením údajů o provedené platbě zadavateli. Při této formě jistoty není tedy postačující pro naplnění povinnosti účastníka prokázat poskytnutí jistoty jen tím, že složí peněžní částku na účet určený zadavatelem, ale v nabídce musí současně (vedle toho) s odkazem na § 41 odst. 4 písm. a) sdělit údaje o provedené platbě, přestože zadavatel na svém účtu složenou částku „vidí“; sdělením údajů o provedené platbě je zadavatel schopen identifikovat, že platba od daného účastníka byla poskytnuta (složena) právě za účelem poskytnutí jistoty pro dané zadávací řízení. Pokud tak účastník neučiní (nesloží peněžní prostředky a současně nesdělí údaje o provedené platbě), musí jej zadavatel (povinně) vyloučit dle komentovaného § 48 odst. 3.“*

36. Z výše citovaných znění ustanovení § 41 odst. 1, odst. 3 písm. a) a odst. 4 písm. a) zákona a především ustanovení § 48 odst. 3 zákona a k němu uvedeným odborným komentářům lze autoritativně osvědčit, že zadavatel jedná plně v souladu se zákonem, když dodavatele, který ve své nabídce nepředloží doklad prokazující poskytnutí jistoty, vyloučí ze zadávacího řízení. Pro takový postup zadavatele, který mu přímo vyplývá ze zákona, není rozhodné, ani když požadovanou jistotu ve lhůtě pro podání nabídek dodavatel fakticky složí na účet zadavatele, pokud doklad o jejím složení neučiní součástí nabídky. Právě taková skutečnost nastala v přezkoumávaném případě, když společnost PROFI KLIMA jistotu na účet zadavatele sice složila, ale v nabídce předložila chybný doklad vztahující se k jiné platbě a na jiný účet. Na aprobaci oprávněnosti postupu zadavatele podle § 48 odst. 3 zákona nemůže mít vliv ani fakt, že zadavatel následně vyzval společnost PROFI KLIMA k objasnění nabídky týkající se daného chybného dokladu a že poté společnost PROFI KLIMA doložila správný doklad o složení peněžité jistoty. Jelikož zadavatel není povinen pro postup podle § 48 odst. 3 zákona předtím využít institut výzvy objasnění či doplnění nabídky podle § 46 zákona, ba dokonce důvodová zpráva hovoří o tom, že zadavatel takový postup využít ani nemůže.
37. Je tak zřejmé, že je zadavatel ustanovením § 48 odst. 3 zákona veden k přísnosti v případě neprokázání složení jistoty, tedy i nepředložení dokladu o jejím složení již v nabídce, nelze tedy v žádném případě zadavateli vytýkat, že se dopustil porušení zákona, když pouze následoval jeho literu.
38. Je třeba mít na paměti, že smyslem peněžní jistoty je složení finančních prostředků účastníkem zadávacího řízení na účet zadavatele za účelem zajištění splnění povinností účastníka vyplývajících z jeho účasti v zadávacím řízení. Zadavatel tak již od počátku musí mít jistotu, že peníze, které obdržel na bankovní účet, jsou složeny právě za účelem poskytnutí jistoty, že se třeba nejedná o omylem došlou platbu. Doklad o složení jistoty, jenž musí být součástí nabídky, pak zadavateli bezpečně umožní každou obdrženou platbu identifikovat



a s příslušným dokladem z nabídky každého dodavatele spárovat. Předložení správného dokladu o složení jistoty je pouze na dodavateli, zadavatel není povinen zkoumat svůj bankovní účet a na něj došlé platby. Navíc nelze vyloučit, že nabídku posuzuje často jiný zaměstnanec, než který má na starosti bankovní účty, zadavatel může mít i více bankovních účtů, případně více neidentifikovaných plateb došlých v různou dobu. Snadno by tak mohlo dojít k situaci, že některé platby zadavatel zjistí, některé přehlédne, což by jej mohlo dostat do rozporu se zásadou rovného zacházení a transparentnosti.

39. Co se týče Úřadem vytýkaného porušení zásady přiměřenosti podle § 6 odst. 1 zákona zadavatelem, na kterém Úřad postavil celou svou argumentaci ohledně spáchání předmětného přestupku zadavatelem, tak v daném kontextu takové pojetí Úřadem nelze akceptovat. Úřadem dovozované údajné porušení obecné zásady přiměřenosti dle § 6 odst. 1 zákona zadavatelem nelze nadřazovat prokazatelnému dodržení kogentního ustanovení § 48 odst. 3 zákona, které přímo dopadá na danou situaci neosvědčení složení jistoty v nabídce dodavatele. Jak rozebírá i výše citovaný komentář k § 6 odst. 1 zákona, zásadu přiměřenosti lze zohledňovat především v případech, kdy má zadavatel určitou míru diskrece čili uvážení ohledně volby konkrétního postupu v zadávacím řízení (týkajícímu se zejm. nastavení parametrů předmětu plnění, referenčních zakázek, vymezení lhůt apod.). V případě postupu podle § 48 odst. 3 zákona však zadavatel žádnou míru diskrece nemá, jedná se totiž o jednoznačnou kogentní zákonnou normu, proto ji poměřovat zásadou přiměřenosti podle § 6 odst. 1 zákona je nepřipadné. Upřednostnění zásady přiměřenosti při posuzování postupu zadavatele podle § 48 odst. 3 zákona je ze strany Úřadu nesprávné a nezákonné. Tím spíše, že se jedná o přestupkové řízení, kdy se vždy musí uplatnit zásada *in dubio pro reo*, zde však ani není dán prostor pro jakoukoli pochybnost, jelikož ustanovení § 48 odst. 3 zákona hovoří zcela jednoznačně a nedává prostor pro jakýkoli alternativní výklad.
40. Na podporu pojetí, že přísnost u posuzování jistoty je dle stávající právní úpravy v pořádku, lze doplňkově odkázat i na rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0007/2021/VZ č. j. ÚOHS-03060/2021/163/PMo ze dne 15. 3. 2021, zejm. na jeho body 28 a 29. Zmíněné rozhodnutí se sice týká bankovní záruky, avšak principy v něm vyřčené jsou plně aplikovatelné i na složení jistoty na bankovní účet zadavatele a její posuzování. Opět je zde zdůrazněno, že zákon jasně stanoví zadavateli povinnost vyloučit uchazeče pro pochybení se složením jistoty. Ačkoliv se může jevit popsáný přístup formalizovaným a přísným, je v souladu se zákonem a požadavkem, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených a zpětně kontrolovatelných podmínek. Přísnost § 48 odst. 3 zákona lze odvozovat i z účelu jistoty, je nutno zajistit, aby dodavatel neodstoupil ze zadávacího řízení, což by mohlo být účelově zneužíváno (dodavatel by odstoupil ze zadávacího řízení bez zaplacení jistoty). Striktní výklad § 48 odst. 3 zákona je třeba propojit s § 41 odst. 4 písm. a) zákona, dodavatel tedy nejen že musí složit jistotu na účet zadavatele, ale rovněž musí její složení zadavateli ve své nabídce prokázat. Proto také nelze dát za pravdu Úřadu, který dává přednost stavu faktickému v podobě složení jistoty na účet zadavatele před stavem formálním, jímž je právě doložení dokladu o složení jistoty v nabídce, jak jednoznačně požaduje zákon.
41. Je třeba připustit, že se současné znění § 48 odst. 3 zákona může jevit jako přísné či formalistické i s ohledem na v minulém volebním období Poslanecké sněmovny projednávaný vládní návrh novely zákona (projednávaná pod sněmovním tiskem č. 1099/0),

který § 48 odst. 3 zákona nově koncipoval jako možnost, a nikoliv povinnost zadavatele vyloučit ze zadávacího řízení účastníka, který neprokázal složení jistoty. Nicméně tato novela zatím nebyla ani přijata, ani nevešla v platnost a účinnost, proto ji při přezkoumávání postupu zadavatele dle současného znění zákona nelze brát v potaz. Nemohu proto souhlasit s argumentací Úřadu v bodě 53 napadeného rozhodnutí, že si je současného znění § 48 odst. 3 zákona a v něm stanovené povinnosti vědom, nicméně zdůrazňuje, že v celém průběhu zadávacího řízení musí zadavatel dodržovat i základní zásady stanovené v § 6 zákona. Jak je v tomto rozhodnutí výše popsáno, Úřad nemůže zadavateli vytýkat jeho postup podle jednoznačného a kogentního ustanovení § 48 odst. 3 zákona a zpochybňovat jeho zákonnost odkazem na obecně formulovanou zásadu přiměřenosti v § 6 odst. 1 zákona. Zásada přiměřenosti má být využita v takových případech, kde je možná úvaha zadavatele (určité rozmezí, obsah požadavků, tam kde je použito „zadavatel může“), nikoliv v případě, kde je dán jasný pokyn „zadavatel vyloučí“. Zatím (dokud nebude navrhovaná novela § 48 odst. 3 zákona do zákona přijata a nenabude účinnosti) je proto třeba setrvat na tom, že stávající právní úprava je přísná a uvážení zadavatele neumožňuje. Ostatně i sama skutečnost, že zákonodárce přistoupil ke změně formulace § 48 odst. 3 zákona nasvědčuje tomu, že dosavadní znění tohoto ustanovení bylo stanoveno přísně, tedy jako povinnost zadavatele účastníka zadávacího řízení vyloučit.

42. V návaznosti na výše popsané shrnuji, že se ztotožňuji se zadavatelem a s jeho argumenty uvedenými v rozkladu. Napadené rozhodnutí Úřadu je skutečně nesprávné, zejména při uvážení toho, že se pohybuje v režimu přestupkového řízení, tedy ukládání sankce za určitý postup.
43. Je nepochybné, že zadavatel jednal v souladu s literou zákona, který mu v zásadě jiné chování neumožňuje. Trestat jej za to, že se případně s odkazem na obecně formulovanou zásadu přiměřenosti (§ 6 odst. 1 zákona) neodchýlil od zcela jednoznačně formulovaného kogentního znění § 41 odst. 4 písm. a) a § 48 odst. 3 zákona, která mu přikazují určitý postup, nelze připustit.
44. I v rámci správního trestání musí striktně platit zásada *nullum crimen sine lege*. Nelze na obviněného přenášet břemeno úvah o přiměřenosti či nepřiměřenosti aplikace kogentní právní normy. V tomto případě zadavatel postupoval dle kogentního zákonného ustanovení, porušení zákona se tak nemohl dopustit.
45. Úvahy Úřadu vedou pouze tím směrem, „že by se snad vzhledem k okolnostem mohl s odkazem na ust. § 6 odst. 1 zákona od přísné kogentní normy odchýlit.“ Jakkoli lze rozumět Úřadu, že se snažil příslušnou právní normu vykládat ku prospěchu hospodářské soutěže, nelze takto činit v neprospěch obviněného v přestupkovém řízení. To, že tak zadavatel neučinil, proto nelze v žádném případě pokládat za jeho provinění a jednání v rozporu se zákonem (porušení právní normy). Úvaha o možném „odklonu“ od striktního postupu dle znění § 41 odst. 4 písm. a) a § 48 odst. 3 zákona by snad mohla mít své místo v situaci opačné, tj. kdyby se zadavatel navzdory striktní textaci zákona rozhodl dodavatele v řízení ponechat a jeho nabídku hodnotit, a to právě s odkazem na § 6 odst. 1 zákona, ovšem pouze při důkladném dodržení zásady rovného zacházení. V tomto případě by na jedné straně bylo možné konstatovat, že zadavatel jednal v rozporu se zákonem (§ 48 odst. 3 zákona) a dopustil se přestupku, ovšem tato úvaha by mohla být zmírňována poukazem na § 6 odst. 1 zákona a mohla by vést ke konstatování, že nebyla naplněna materiální stránka přestupku ze strany

zadavatele s odkazem na to, že obecnější korektiv § 6 odst. 1 zákona mohl být v tomto případě adekvátní a rozumný a že jednání zadavatele (ačkoli je v rozporu s textem jiného ustanovení zákona) ve skutečnosti není v rozporu se smyslem a účelem zákona jako celku. Jde ale o případ, kdy jednání jinak sankcionovatelné, s odkazem na zásady a podporu hospodářské soutěže může vést k závěru, že nebyla naplněna materiální stránka přestupku, což by bylo v takovém případě v pořádku (*in dubio pro reo*). Takový závěr by bylo možné učinit pouze ve specifických případech, neboť je třeba i zvážit, že ostatní účastníci zadávacího řízení, jež podali nabídku perfektní, legitimně očekávali postup zadavatele spočívající ve vyloučení takového dodavatele, který nabídku ve smyslu § 48 odst. 3 zákona perfektní nepodal. Nemůže být ovšem tato obecná podpůrná právní norma přičítána k tíži zadavatele v rámci jeho trestání pro přestupek. Takový postup je nezákonný a tím, že jej Úřad v napadeném rozhodnutí zvolil, tak pochybil. Postup zadavatele totiž nelze označit jako nezákonný, vytykaného přestupku se tak dopustit nemohl.

#### *K uložení pokuty*

46. Obviněný brojí v rozkladu i proti uložené sankci. Vzhledem k tomu, že je napadené rozhodnutí rušeno a správní řízení zastavováno, je již přezkum uložené sankce bezpředmětný.

#### *Ke zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení*

47. Podle § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu platí, že jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část zruší a řízení zastaví.
48. Podle § 257 písm. f) zákona Úřad zahájené řízení usnesení zastaví, jestliže v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 nebo pro uložení sankce podle § 268 nebo 269.
49. Nezbyvá tedy, než v souladu s ustanovením § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu napadené rozhodnutí pro rozpor se zákonem zrušit a správní řízení vedené ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, jehož se měl zadavatel dopustit porušením ustanovení § 6 odst. 1 zákona ve spojení s § 48 odst. 3 zákona, zastavit dle § 257 písm. f) zákona. Vzhledem k tomu, že na platnost výroku I napadeného rozhodnutí o nezákonnosti postupu zadavatele je navázán i výrok II o uložení pokuty a výrok III o nákladech řízení, bylo nutno přistoupit i k jejich zrušení, neboť tyto výroky tvoří nedílný celek a samostatně neobstojí.
50. Pro úplnost lze doplnit, že rozhodne-li předseda Úřadu o zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení, je povinen učinit tak ze zákonného důvodu, který je povinen ve svém rozhodnutí uvést, v opačném případě zatíží své rozhodnutí vadou nepřezkoumatelnosti. K tomu se vyjádřil Krajský soud v Brně například v rozsudku č. j. 62 Af 50/2011 - 72 ze dne 15. 2. 2012 následovně: „*Pokud pak odvolací (rozkladový) správní orgán (předseda žalovaného) hodlá podle § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu postupovat, vždy je třeba, aby z jeho rozhodnutí bylo zřejmé, z jakého zákonem předvídaného důvodu k zastavení řízení došlo a dle jakého ustanovení*“.
51. Pro vyloučení pochybností lze tedy konstatovat, že je v dané věci napadené rozhodnutí rušeno a správní řízení zastavováno z důvodu, že se zadavatel vytykaného porušení zákona nedopustil.

52. Ve věci tak nejsou dány důvody pro uložení pokuty a nastala situace předpokládaná ustanovením § 257 písm. f) zákona.
53. Na základě všeho shora uvedeného uzavírám, že napadené rozhodnutí považuji za nesprávné a z tohoto důvodu jsem přistoupil k jeho zrušení. S ohledem na právní názory vyslovené v tomto rozhodnutí a s ohledem na skutečnost, že se jednalo o řízení zahájené z moci úřední, současně řízení zastavuji, neboť nové řízení v prvním stupni by nepřineslo jiný výsledek, kterýžto postup jediné odpovídá zásadě procesní ekonomie.

#### **VI. Závěr**

54. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad v napadeném rozhodnutí nepostupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení, a to z důvodů uvedených v tomto rozhodnutí.

### **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

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

#### **Obdrží**

statutární město Plzeň, náměstí Republiky 1/1, 301 00 Plzeň

#### **Vypraveno dne**

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