



UOHSX00GS5WN

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0126/2022/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-38686/2022/161

Brno 4. 11. 2022

V řízení o rozkladu ze dne 9. 9. 2022 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podaným navrhovatelem –

- **AŽD Praha s. r. o.**, IČO 48029483, se sídlem Žirovnická 3146/2, Záběhlice, 106 00 Praha 10, ve správním řízení zastoupeným JUDr. Jaromírem Císařem, advokátem, ev. č. ČAK 07145, CÍSAŘ, ČEŠKA, SMUTNÝ s. r. o., advokátní kancelář, IČO 48118753, se sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha 4,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25. 8. 2022, sp. zn.: ÚOHS-S0298/2022/VZ, č. j. ÚOHS-29233/2022/500 vydanému ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **statutární město Olomouc**, IČO 00299308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 11 Olomouc, učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Hraniční ulice koordinovaný tah, SSZ**“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek uveřejněné dne 23. 3. 2022 na profilu zadavatele,

jsem dle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 152 odst. 5 a § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25. 8. 2022, sp. zn.: ÚOHS-S0298/2022/VZ, č. j. ÚOHS-29233/2022/500

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon**“¹), k doзору nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, obdržel dne 11. 7. 2022 návrh (dále jako „**návrh**“) navrhovatele AŽD Praha s.r.o., IČO 48029483, se sídlem Žirovnická 3146/2, Záběhlice, 106 00 Praha 10 (dále jako „**navrhovatel**“) – z téhož dne na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – statutární město Olomouc, IČO 00299308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 11 Olomouc (dále jako „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Hraniční ulice koordinovaný tah, SSZ“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek uveřejněné dne 23. 3. 2022 na profilu zadavatele (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. Dle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**správní řád**“), došlo dne 11. 7. 2022, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele, k zahájení správního řízení ve věci přezkumu úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky.
3. Navrhovatel návrhem brojí proti vyloučení ze zadávacího řízení, k němuž zadavatel přistoupil proto, že součástí nabídky nebyl originál záruční listiny k prokázání zřízení bankovní záruky. Navrhovatel dle svého tvrzení záruku poskytl a předložil. Postup zadavatele je proto nezákonný a ani jeho odůvodnění v rozhodnutí o vyloučení není dostatečné.

II. Napadené rozhodnutí

4. Úřad dne 25. 8. 2022 vydal rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0298/2022/VZ, č. j. ÚOHS-29233/2022/500, kterým návrh zamítl, neboť dle § 265 písm. a) zákona nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření.
5. Své rozhodnutí odůvodnil Úřad tak, navrhovatel k nabídce přiložil prostý sken záruční listiny, tedy ne její „originál“, jak je vyžadováno ustanovením § 41 odst. 4 písm. b) zákona. Originál byl předložen až po uplynutí lhůty pro podání nabídek, aniž by o to zadavatel žádal ve smyslu § 46 zákona. Nebyl-li originál záruční listiny součástí nabídky, nastal důvod pro vyloučení navrhovatele zadávacího řízení dle § 48 odst. 3 zákona.

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení v daném případě ve smyslu § 53 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

6. Odůvodnění rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení ob stojí, neboť skutkové okolnosti jsou prosté (nepředložení originálu záruční listiny) a na ně navazuje i jednoznačný důvod pro vyloučení ve smyslu § 48 odst. 3 zákona.

III. Rozklad navrhovatele

7. Napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 25. 8. 2022 a dne 9. 9. 2022 proti němu navrhovatel podal rozklad. Rozklad je řádný a včasný.

Námítky rozkladu

8. Navrhovatel v rozkladu trvá na tom, že požadavek na složení jistoty splnil co do formy i obsahu. Zadavateli tak nevznikla povinnost jej ze zadávacího řízení vyloučit. Pokud měl zadavatel pochybnosti o parametrech elektronického originálu předloženého dokladu o bankovní záruce, měl navrhovatele vyzvat k odstranění pochybností dle § 46 odst. 1 zákona.
9. Navrhovatel polemizuje s výkladem pojmu „originál elektronického dokumentu“. Nesouhlasí s tím, že elektronický originál musí vždy nezbytně obsahovat elektronický podpis založený na kvalifikovaném certifikátu. Při operaci s elektronickým dokumentem vždy dochází k vytváření kopií. Požadavek, aby byl poskytnut originál datového souboru a současně aby byl datový soubor vložen do nabídky, se vylučují. Nejpozději přenesením původního datového souboru z původního úložiště do elektronického nástroje zadavatele dojde k vytvoření kopie tohoto souboru. I tato kopie souboru je však i nadále originálem původního elektronického dokumentu, pokud současně nedošlo ke změně v dokumentu.
10. Navrhovatel pouze vložil záruční listinu do nabídky, kterou následně podal zadavatelem stanoveným způsobem. Začleněním originálu došlo k odstranění elektronických podpisů zástupců banky, které byly k záruční listině připojeny. Elektronický podpis je obecně představován daty, která jsou k dokumentu připojena. Elektronický podpis tedy netvoří součást listiny jako takové, jedná se o data spojená s originálním dokumentem. Pokud došlo k oddělení těchto dat (grafické vyznačení podpisů zůstalo zachováno), obsah záruční listiny zůstal beze změny a nezměnil se tak ani originální charakter dokumentu. Navíc dokument obsahuje přinejmenším „prosté elektronické podpisy“ (tedy grafické vyznačení el. podpisů), což však Úřad v napadeném rozhodnutí neřeší.
11. Závěr Úřadu, že předložený doklad není originálem, je neodůvodněný, a proto i nepřezkoumatelný. Úřad návazně kruhem dovozuje, že zadavatel nebyl ani oprávněn navrhovatele vyzvat k objasnění nebo doplnění nabídky, jelikož nepředložení originálu záruční listiny k prokázání záruky není dle názoru Úřadu možné dodatečně zhojit. Tento závěr však rovněž není odůvodněn. Navrhovatel i banka opakovaně potvrzují, že záruční listina byla předložena v originálu a na základě ní zadavatel měl a má možnost bez omezení uplatňovat svá práva.
12. Důvody pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení nebyly naplněny. Pokud měl zadavatel pochybnosti, měl navrhovatele vyzvat k objasnění nabídky. Na místo toho zadavatel komunikoval s navrhovatelem pouze skrytě, komunikaci následně popíral a cíleně hledal formální důvody pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Takový postup je v rozporu se zásadami zadávacího řízení, zejména se zásadou transparentnosti. Je rovněž v rozporu s účelem nové právní úpravy zadávání veřejných zakázek, která má preferovat objasnění nabídky před zbytečným vylučováním nejvýhodnější nabídky z formálních důvodů.

13. Navrhovatel rovněž namítá, že zadavatel porušil zásadu transparentnosti tím, že v rozporu s § 211 zákona nezaznamenal průběžnou telefonickou komunikaci mezi sebou a navrhovatelem. Z tohoto důvodu není navrhovatel schopen prokázat, že k výzvě k objasnění nabídky ze strany zadavatele došlo.
14. Navrhovatel dále napadá odůvodnění rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení. Navrhovatel má právo na to, aby se dozvěděl, proč zadavatel nezohlednil doklady dodané po podání nabídky či proč jsou nedostatečné.
15. Navrhovatel poukazuje rovněž na to, že mezi nabídkovou cenou, kterou zadavateli předložil, a cenou druhého uchazeče v pořadí, je rozdíl cca 10 mil. Kč. Vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení je tedy nejen formalistické, ale i rozporné se zásadou hospodárnosti.

Závěr rozkladu

16. Navrhovatel navrhuje, aby bylo napadené rozhodnutí zrušeno a věc vrácena Úřadu k dalšímu řízení.

IV. Vyjádření zadavatele k rozkladu

17. Podáním ze dne 16. 9. 2022 se k rozkladu vyjádřil zadavatel. Ten ve svém vyjádření konstatuje, že navrhovatel nesplnil povinnost předložit originál záruční listiny dle § 41 odst. 4 písm. b) zákona. Tím byl dán obligatorní důvod pro vyloučení ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 3 zákona. Zadavatel nemohl vycházet z § 48 odst. 2 zákona a postupovat jinak, než postupoval, neboť odst. 3 tohoto ustanovení nepřipouští jiný postup než vyloučení ze zadávacího řízení.
18. Zadavatel neměl pochybnosti o tom, že se v nabídce o originál záruční listiny nejedná. Záruční listina v nabídce nebyla opatřena zaručeným či uznávaným elektronickým podpisem vydavatele listiny, což ani navrhovatel nepopírá.
19. Dle zadavatele je zbytečné řešit pozdější dodání zadavatelem nevyžádaných dokumentů. Z komentářové literatury k § 41 a § 46 zákona se podává, že pokud není takový doklad součástí nabídky v době jejího podání, nemůže zadavatel využít možnost § 46 a účastníka požádat o doplnění dokladu. Rovněž je nepřijatelné řešit „prosté elektronické podpisy“, neboť zákon je ohledně originálu rigidní.
20. Zadavatel trvá na tom, že nabídková cena je hlavní hodnoticí kritérium a bylo by vhodné realizovat stavbu za nejnižší nabídkovou cenu. Zadavatel však byl povinen navrhovatele ze zadávacího řízení vyloučit. Pochybení navrhovatele navíc vede k tomu, že zadavatel patrně ztratí možnost čerpat část prostředků na realizaci veřejné zakázky z fondů Evropské unie. Zadavatel navíc pochybuje o úmyslech navrhovatele, neboť ten v současné době již jen způsobuje průtahy v zadávacím řízení, čímž nevratně plynou dílčí lhůty plnění.
21. Zadavatel dementuje tvrzení navrhovatele a uvádí, že ani v následné komunikaci zaměstnanců zadavatele a navrhovatele nezazněla a nemohla zaznít výzva k doplnění nabídky.
22. Zadavatel závěrem opakuje, že si je formalismu svého postupu vědom a vítá připravovanou novelu zákona. Za současného stavu však byl povinen postupovat podle nyní účinného znění zákona a nebyl oprávněn vykládat zákon dle svých potřeb a ekonomické výhodnosti.
23. Zadavatel navrhuje, aby byl rozklad zamítnut a napadené rozhodnutí potvrzeno.

V. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

25. Po projednání věci rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, přezkoumal předseda Úřadu podle § 89 odst. 2 správního řádu soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které předcházelo jeho vydání, s právními předpisy, jakož i jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, načež předseda Úřadu dospěl k následujícímu závěru.
26. Úřad napadeným rozhodnutím nerozhodl správně a v souladu se zákonem. Z tohoto důvodu je nutno napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k dalšímu řízení.
27. Rozkladová komise po projednání rozkladu navrhla předsedovi Úřadu, aby napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl. Předseda Úřadu se rozhodl od návrhu rozkladové komise odchýlit. K tomuto kroku přistoupil zejména z důvodu faktického posunu praxe v důsledku elektronizace zadávání, v jejímž důsledku se řada ustanovení zákona – zejména v částech týkajících se předkládání originálů dokumentů – stává obsoletními, což má ostatně reflektovat i připravovaná novela zákona. Mimoto jsou dle předsedy Úřadu dány specifické skutkové okolnosti, které jednoznačně osvětlují, že právě v posuzované věci byl účel bankovní záruky naplněn. Přehlížením této skutečnosti se jeví přílišně formalistické a rozporné se zásadou přiměřenosti a hospodárnosti.

VI. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

Skutkový stav

28. Skutkový stav, který pro posouzení věci beru za prokázaný, se shoduje se skutkovým stavem, jak byl zjištěn a posouzen v napadeném rozhodnutí. Navrhovatel před podáním nabídky zřídil bankovní záruku, záruční listina byla vystavena dne 19. 4. 2022. Do své nabídky pak navrhovatel vtělil sken záruční listiny. Po uplynutí lhůty pro podání nabídek (21. 4. 2022) své pochybení zjistil a pokusil se 13. 5. 2022 o jeho nápravu tím, že zadavateli doručil originál záruční listiny, tedy záruční listinu v elektronické podobě s elektronickými podpisy osob jednajících za výstavce dokumentu. Z obsahu záruční listiny vyplývá, že se konkrétní banka ohledně účastníka popsaného zadávacího řízení zavazuje vyplatit zadavateli na jeho písemnou žádost bez odkladu a bez námitek na zadavatelem uvedený účet jakoukoli částku až do výše zaručené částky. Žádost musí obsahovat zadavatelovo prohlášení, že navrhovateli zanikla účast v zadávacím řízení po vyloučení dle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2 zákona. Zadavatel nicméně doplnění nabídky v podobě originální podoby záruční listiny neakceptoval. Navrhovatele ze zadávacího řízení 6. 6. 2022 vyloučil dle § 48 odst. 3 zákona, tedy pro neprokázání složení požadované jistoty.
29. V této souvislosti musím odmítnout relativizaci pojmu „originál“, které navrhovatel uplatňuje v námitkách rozkladu. Z pozdějších podání navrhovatele je zřejmé, že záruční listina byla vystavena v elektronické podobě a s elektronickými podpisy. Oproti tomu součástí nabídky byl zjevně dokument, který byl vytištěn, ručně očíslován a naskenován. Ve zbytku argumentace

odkazují na body 81 – 83 napadeného rozhodnutí, kde se již Úřad námitkami ohledně formy dokumentu zabýval a s jejich vypořádáním se ztotožňuje.

Relevantní ustanovení zákona

30. Z § 41 odst. 1 zákona vyplývá, že stanovil-li zadavatel zadávací lhůtu, může v zadávací dokumentaci požadovat, aby účastník zadávacího řízení poskytl ve lhůtě pro podání nabídek jistotu.
31. Z § 41 odst. 3 písm. b) zákona vyplývá, že jistotu poskytne účastník zadávacího řízení formou bankovní záruky ve prospěch zadavatele.
32. Z § 41 odst. 4 písm. b) zákona plyne, že účastník zadávacího řízení prokáže v nabídce poskytnutí jistoty předložením originálu záruční listiny obsahující závazek vyplatit zadavateli za podmínek stanovených v odstavci 8 jistotu, jde-li o bankovní záruku.
33. Dle § 41 odst. 8 zákona platí, že zadavatel má právo na plnění z jistoty včetně úroků zúčtovaných peněžním ústavem, pokud účastník zadávacího řízení v zadávací lhůtě zanikla účast v zadávacím řízení po vyloučení podle § 122 odst. 7 nebo § 124 odst. 2.
34. Dle § 48 odst. 3 zákona zadavatel vyloučí účastníka zadávacího řízení, který neprokázal složení požadované jistoty nebo nezajistil jistotu po celou dobu trvání zadávací lhůty.

Posouzení věci

35. Po zjištění skutkového stavu jsem přesvědčen, že k posouzení věci je třeba přistoupit při vědomí několika obecných východisek. Především je to snaha zákonodárce, aby veřejné zadávání směřovalo k hospodárnému vynakládání veřejných prostředků. Současně bylo snahou zákonodárce, aby existovaly širší možnosti objasnění nebo doplnění dokladů než za účinnosti předchozího zákona o veřejných zakázkách, přičemž i jednotlivá ustanovení zákona musí nutně sloužit tomu, aby nedocházelo k vyloučení jinak způsobilých dodavatelů, a tedy aby bylo s veřejnými prostředky nakládáno hospodárně.
36. Smyslem zákona, který vychází ze směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, je zajištění co možná nejširší soutěže za účelem maximalizace efektivity využívání veřejných prostředků. V souladu s tímto smyslem zákona je tak nutné zvolit spíše restriktivní přístup k vylučování účastníků zadávacího řízení než přístup, který tyto důvody rozšiřuje (na podobném principu – avšak opět ve skutkové odlišné situaci – stojí i rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 6. 2014, č. j. 8 Afs 44/2013-29, kde je v bodě 41 odůvodnění uvedeno: „*Nejvyšší správní soud považuje za vhodné poznamenat, že nejednoznačnost zadávací dokumentace v projednávaném případě měla sice za následek porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení, nejednalo se však o tak intenzivní porušení, pro které by bylo nutné zadávací řízení zrušit. Zadavateli nic nebránilo, aby se při existenci dvou rozdílných výkladů přiklonil k tomu výkladu, který nevedl k vyloučení uchazeče. Takový výklad by zároveň odpovídal základnímu principu zadávání veřejných zakázek, kterým je maximální zachování soutěžního prostředí s cílem vybrat z co možná nejširšího okruhu nabídek tu nejvhodnější.*“). Pokud tak nebyl naplněn žádný z důvodů pro obligatorní vyloučení účastníka zadávacího řízení formulovaných v § 48 odst. 3 zákona, není možné na základě tohoto ustanovení účastníka zadávacího řízení vyloučit.

37. Podoba ustanovení zákona o jistotě a potažmo bankovní záruce byla koncipována v době, kdy záruční listiny existovaly a byly předkládány v listinné podobě. Jejich podoba pak vyžadovala specifické postupy a rovněž to, aby zadavatel disponoval originálem této listiny (záruční listina měla ve fyzické podobě charakter nikoliv nepodobný listinnému cennému papíru). Záruční listiny v elektronické podobě však často nejsou – tak jako v posuzované věci – k čerpání záruky vyžadovány. Rovněž vzhledem k elektronické podobě dokumentů již vůbec nelze hovořit o jejich vrácení bance – v elektronické podobě ztrácí pojem „originál“ význam coby jedinečný exemplář. Je tedy nutno akceptovat fakt, že potřeba zadavatele disponovat záruční listinou změnila svůj obsah.
38. V současné době zákonodárce směřuje k tomu, aby i zákon reflektoval posun, který v důsledku elektronizace veřejného zadávání v praxi nastává. Ohledně bankovní záruky se tak z důvodové zprávy k vládnímu návrhu novely zákona (sněmovní tisk č. 249) podává: *„Sjednocuje se úprava prokazování poskytnutí jistoty formou bankovní záruky a pojištění záruky. Vzhledem k tomu, že i v případě bankovních záruk již dochází k vystavování záručních listin v elektronické podobě a vrácení záručních listin banky pro čerpání bankovní záruky nevyžadují, není nadále důvod pro odlišnou úpravu pro bankovní záruky. Současně bylo ale doplněno, že zadavatel je oprávněn v zadávacích podmínkách vyžadovat předložení originálu nebo úředně ověřené kopie, a to jak v případě jistoty složené formou bankovní záruky, tak v případě pojištění záruky. V tomto smyslu se tedy mění také právní úprava ve vztahu k pojištění záruky.“* Tamtéž se pak konstatuje, že již *„nebude vyžadováno předložení originálu bankovní záruky, jako tomu bylo v minulosti, neboť s přechodem na elektronizaci zadávacího řízení již není potřeba její originál z důvodu ochrany zadavatele vyžadovat.“*
39. Smyslem jistoty, tedy i bankovní záruky, je zajistit vázanost účastníka zadávacího řízení nabídkou a jeho součinnost při uzavírání smlouvy. Ze zákona a z povahy věci je tak možné jistotu uplatnit a čerpat nejdříve v okamžiku, kdy je uchazeč ze zadávacího řízení vyloučen pro nedostatek součinnosti (§ 122 odst. 7 zákona) nebo pro porušení povinnosti uzavřít smlouvu (§ 124 odst. 2 zákona).
40. Bankovní záruka musí být nutně zřízena před podáním nabídky – dle § 41 odst. 1 zákona může zadavatel požadovat, aby účastník zadávacího řízení poskytl ve lhůtě pro podání nabídek jistotu. Zákon v § 41 odst. 4 písm. b) vyžaduje, aby byla jistota prokázána originálem záruční listiny.
41. Ustanovení § 41 zákona rozeznává dva okamžiky, které jsou s jistotou spojeny. Je to jednak její poskytnutí, jednak její prokázání. Jistota je poskytnuta už zřízením záruky. Zákon však nikde, a to ani v ustanovení § 48 odst. 3 zákona (vyloučení pro neprokázání složení jistoty) nestanoví okamžik, ke kterému má zadavatel prokázání poskytnutí jistoty posoudit.
42. Z uvedeného pak vyplývají dva závěry – z hlediska § 41 odst. 1 zákona je nutné, aby ke dni počátku běhu zadávací lhůty byla jistota poskytnuta. Není však rozumného důvodu, proč by v případě, že účastník jistotu poskytl, avšak tuto skutečnost nedoložil dostatečně, nemohl být vyzván postupem dle § 46 odst. 1 zákona k objasnění, popř. k doložení příslušného dokladu. Účelem ustanovení § 46 zákona je právě zmírnění povinnosti zadavatelů vylučovat dodavatele pro ryze formální pochybení při zpracování nabídky. Taková možnost není v zákoně vyloučena a zdrženlivost vůči ní byla založena spíše na zvyku a striktní formulaci § 41 odst. 4 zákona a § 48

odst. 3 zákona. Stále však platí, že výzva dle § 46 zákona je právem zadavatele, nikoliv jeho povinností.

43. V posuzované věci nastala situace, kdy zadavatel v nabídce obdržel kopii záruční listiny. Po uplynutí lhůty pro podání nabídek obdržel zadavatel i originál záruční listiny (13. 5. 2022), a to před tím, než vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení (6. 6. 2022) a než přistoupil k výběru dodavatele (28. 6. 2022).
44. Zadavatel byl tedy kopií záruční listiny obsaženou v nabídce informován, že bankovní záruka dle zadávacích podmínek byla řádně zřízena, tedy nedošlo k tomu, že by existence záruky nebyla prokázána vůbec, jediným důvodem vyloučení byl fakt, že v nabídce nebyl doložen originál záruční listiny. Podoba dokumentu, který v nabídce byl, ani jeho obsah nezavdávají prostor k pochybnosti o existenci a podmínkách bankovní záruky, ostatně ani zadavatel nikde netvrdí, že by měl v tomto směru pochybnost. Z obsahu záruční listiny se podává, že k uplatnění záruky není třeba „originál záruční listiny“. Originál záruční listiny byl ze strany navrhovatele doplněn před tím, než by zadavatel mohl o uplatnění záruky vůbec uvažovat a než zadavatel navrhovatele ze zadávacího řízení vyloučil. Banka, u níž byla záruka zřízena, opakovaně potvrzovala, že bude plnit ze záruky v případě vyloučení navrhovatele dle § 122 či § 124 zákona ze zadávacího řízení, a to bezpodmínečně a bez ohledu na vůli dodavatele.
45. V posuzované věci tak není žádné pochybnosti o tom, že účel bankovní záruky byl zcela naplněn. Nadto v okamžiku, kdy zadavatel k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení přistoupil, bylo složení požadované jistoty zcela nepochybně prokázáno i předložením originálu dle § 41 odst. 4 písm. b) zákona.
46. Z hlediska dosavadní striktní rozhodovací praxe, která však vznikala převážně ve vztahu k listinné podobě bankovní záruky, je pochopitelný postup zadavatele, který k předloženým dokumentům nepřihlížel a navrhovatele ze zadávacího řízení vyloučil. Nicméně přísnost výkladu zákona a jeho aplikace musí mít své hranice.
47. Hranicí v tomto případě je pak zásada přiměřenosti a hospodárnosti a respekt k účelu institutu bankovní záruky. Zadavatel ze zadávacího řízení vyloučil uchazeče s nejnižší nabídkovou cenou, ačkoliv již z předložené kopie záruční listiny vyplývá, že využití práva zadavatele na plnění jistoty podle § 41 odst. 8 zákona není vázáno na předložení originálu záruční listiny a zadavatel by byl schopen v případě potřeby u banky právo na plnění úspěšně uplatnit. Navíc zadavatel v okamžiku rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení již originálem záruční listiny disponoval, čímž *de facto* nebyly naplněny podmínky pro vyloučení dle § 48 odst. 3 zákona.
48. Postup zadavatele je tedy nutno hodnotit jako nepřiměřeně formální a v důsledku i nevhodný. Z tohoto důvodu je namístě, aby bylo rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení ze dne 6. 6. 2022 zrušeno a aby byly zrušeny i navazující úkony zadavatele.
49. Na okraj podotýkám, že navrhovatel nebude v případě zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení ze zadávacího řízení zvýhodněn, neboť jistotu řádně poskytl, a to ve stanovené lhůtě. Pouze tuto skutečnost v nabídce nedoložil „originálem záruční listiny“. Zrušením rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení se nezmění ani postavení

zadavatele, neboť ten poskytnutou jistotou fakticky disponuje a na rozsah jeho práv uplatnitelných z jistoty nemá současná situace vliv.

Náklady řízení

50. Dle § 266 zákona platí, že součástí rozhodnutí úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření, je též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení, a to ve výši stanovené vyhláškou Ministerstva pro místní rozvoj. Druhý odstavec téhož ustanovení pak umožňuje – požádá-li o to zadavatel – od uložení povinnosti nahradit náklady řízení upustit.
51. Zákon tuto možnost stanoví pro případ, že jsou dány důvody hodné zvláštního zřetele. Mám za to, že v posuzované věci, která se odchyluje od dosavadního pojetí formy prokázání existence bankovní záruky, je právě rozhodovací posun důvodem hodným zvláštního zřetele, který nemohl zadavatel předpokládat. Bude-li tedy ukládáno nápravné opatření a požádá-li o to zadavatel, je namístě, aby zadavatel nebyl k povinnosti hradit náklady řízení zavázán.

VII. Závěr

52. Závěrem shrnuji, že jsem oproti návrhu rozkladové komise přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí. Je tomu tak zejména proto, že napadené rozhodnutí trvá na formalistickém přístupu k institutu bankovní záruky, ačkoliv – a to platí v posuzované věci více než jinde – účel bankovní záruky byl naplněn, zadavatelova práva ve vztahu k záruce nebyla pochybením navrhovatele nijak omezena a rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení bylo učiněno v situaci, kdy již existence bankovní záruky byla doložena i „originálem záruční listiny“ a důvod pro vyloučení dle § 48 odst. 3 zákona tak nebyl dán.
53. V posuzované věci jsem vzal především v úvahu specifické skutkové okolnosti, kterými jsou fakt, že zadavatel neměl již v okamžiku otevírání nabídek pochybnost o existenci a obsahu poskytnuté záruky, dále to, že k uplatnění záruky nebylo třeba předložení záruční listiny, natož jejího originálu, a konečně fakt, že v okamžiku, kdy zadavatel k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení přistoupil, již disponoval i originálem záruční listiny.
54. V dalším řízení Úřad nově posoudí podmínky pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení ve světle závazného právního názoru vysloveného v tomto rozhodnutí a ve věci znovu rozhodne.

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

1. statutární město Olomouc, Horní náměstí 583, 779 11 Olomouc
2. JUDr. Jaromír Císař, advokát, CÍSAŘ, ČEŠKA, SMUTNÝ s. r. o., Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha 4

Vypraveno dne

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