



UOHSX00GZG7G

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0298/2022/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-45590/2022/500

Brno 20. 12. 2022

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 11. 7. 2022 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – statutární město Olomouc, IČO 00299308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 11 Olomouc,
- navrhovatel – AŽD Praha s.r.o., IČO 48029483, se sídlem Žirovnická 3146/2, Záběhlice, 106 00 Praha 10, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci 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,

ve věci přezkoumání úkonů cit. zadavatele 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

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – statutární město Olomouc, IČO 00299308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 11 Olomouc – nedodržel 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 pravidlo stanovené v § 48 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, když na základě usnesení z 117. schůze Rady města

Olomouce konané dne 6. 6. 2022 **rozhodl a** přípisem „Oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 6. 6. 2022 **oznámil vyloučení navrhovatele – AŽD Praha s.r.o.**, IČO 48029483, se sídlem Žirovnická 3146/2, Záběhlice, 106 00 Praha 10 – z účasti v zadávacím řízení **z důvodu**, že citovaný **navrhovatel neprokázal poskytnutí jistoty** dle ustanovení § 41 odst. 4 písm. b) cit. zákona, když ve své nabídce předložil toliko kopii záruční listiny bankovní záruky, ačkoli navrhovatel v nabídce předložil záruční listinu bankovní záruky, která postačovala k využití práva zadavatele na plnění jistoty dle § 41 odst. 8 cit. zákona, přičemž k okamžiku vyloučení navrhovatele zadavatel již disponoval originálem záruční listiny bankovní záruky, a **jednal tak v rozporu se zásadou přiměřenosti** zakotvenou v § 6 odst. 1 cit. zákona, neboť účel bankovní záruky byl naplněn, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – statutární město Olomouc, IČO 00299308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 11 Olomouc – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 263 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ruší „Oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 6. 6. 2022, kterým na základě usnesení z 117. schůze Rady města Olomouce oznámil vyloučení navrhovatele – AŽD Praha s.r.o.**, IČO 48029483, se sídlem Žirovnická 3146/2, Záběhlice, 106 00 Praha 10 – z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Hraniční ulice koordinovaný tah, SSZ“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek uveřejněné dne 23. 3. 2022 na profilu zadavatele, a současně ruší všechny navazující úkony cit. zadavatele učiněné v zadávacím řízení na cit. veřejnou zakázku.

III.

Zadavateli – statutární město Olomouc, IČO 00299308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 11 Olomouc – **se** podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Hraniční ulice koordinovaný tah, SSZ“** zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek uveřejněné dne 23. 3. 2022 na profilu zadavatele, a to až do pravomocného skončení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. ÚOHS-S0298/2022/VZ.

IV.

V souladu s § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, **se zadavateli – statutární město Olomouc**, IČO 00299308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 11 Olomouc – **ukládá povinnost**

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – statutární město Olomouc, IČO 00299308, se sídlem Horní náměstí 583, 779 11 Olomouc (dále jen „zadavatel“) – jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zahájil dne 23. 3. 2022 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Hraniční ulice koordinovaný tah, SSZ“ (dále jen „veřejná zakázka“ nebo „zadávací řízení“).
2. Předmět plnění veřejné zakázky je vymezen v čl. 1 odst. 1 Výzvy k podání nabídky ze dne 23. 3. 2022 (dále jen „Výzva“) následovně: *„Předmětem této veřejné zakázky je rekonstrukce stávajících světelných signalizačních zařízení (SSZ) na křižovatce ulic Hraniční x Brněnská a na křižovatce ulic Hraniční x Čajkovského v Olomouci. Součástí je rovněž vybudování nové SSZ na křižovatce ulic Hraniční x Okružní x I. P. Pavlova se stavebními úpravami zpevněných ploch a doplnění cyklistických tras.“*
3. Zadavatel obdržel v zadávacím řízení celkem dvě nabídky, kdy jednou z nich byla nabídka navrhovatele - AŽD Praha s.r.o., IČO 48029483, se sídlem Žirovnická 3146/2, Záběhlice, 106 00, Praha 10, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci 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 (dále jen „navrhovatel“).
4. Dne 6. 6. 2022 bylo navrhovateli doručeno oznámení o jeho vyloučení ze zadávacího řízení z důvodu dle § 48 odst. 3 zákona, a to uveřejněním na profilu zadavatele v souladu s výhradou uvedenou v čl. 5 odst. 3 Výzvy ve smyslu § 53 odst. 5 zákona.
5. Proti svému vyloučení podal navrhovatel námitky ze dne 20. 6. 2022, které byly zadavateli doručeny téhož dne.
6. Zadavatel dne 29. 6. 2022 rozhodl o odmítnutí námitek navrhovatele, přičemž toto rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno téhož dne.
7. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, doručil Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) dne 11. 7. 2022 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „návrh“).

II. OBSAH NÁVRHU

8. Navrhovatel trvá na tom, že rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení bylo učiněno v rozporu se zákonem, přičemž navrhovateli tím vznikla újma spočívající v nemožnosti plnit veřejnou zakázku.
9. Úvodem návrhu navrhovatel uvádí, že po podání nabídky došlo k opakované komunikaci mezi zaměstnancem zadavatele a zaměstnankyní navrhovatele, a to telefonicky i prostřednictvím emailových zpráv. Po podání nabídek, tedy dne 21. 4. 2022, sdělil zaměstnanec zadavatele zaměstnankyni navrhovatele, že nabídka navrhovatele je ekonomicky nejvýhodnější. Dne 10. 5. 2022 zaměstnankyně navrhovatele opakovaně kontaktovala zaměstnance zadavatele, který ji informoval, že nabídka navrhovatele neobsahuje originál záruční listiny bankovní

záruky. Zaměstnankyně navrhovatele v reakci na tuto informaci zaměstnanci zadavatele navrhl, že originál záruční listiny bankovní záruky doplní. Zaměstnanec zadavatele zpochybnil, zda je tento postup možný. Dle navrhovatele došlo k dohodě, že navrhovatel odešle zadavateli své stanovisko k problematice doplnění originálu záruční listiny bankovní záruky, které bude moci zadavatel zohlednit při zvažování dalšího postupu. Dne 13. 5. 2022 odeslala zaměstnankyně navrhovatele do emailové schránky zaměstnance zadavatele originál záruční listiny bankovní záruky. Dne 16. 5. 2022 zaměstnankyně navrhovatele opět telefonicky kontaktovala zaměstnance zadavatele, který ji informoval o konání jednání Rady města Olomouce (dále jen „Rada“) dne 23. 5. 2022, kde bude věc projednána a že o výsledku bude informována. V návaznosti na informaci o stažení uvedeného bodu z jednání Rady si navrhovatel vyžádal stanovisko poskytovatele bankovní záruky. Obsahem tohoto stanoviska, které zaměstnankyně navrhovatele odeslala zaměstnanci zadavatele do emailové schránky dne 1. 6. 2022, bylo potvrzení, že bankovní záruka je platná do 21. 7. 2022 a je možné ji uplatnit i bez předložení elektronicky podepsaného originálu. Spolu s vyjádřením poskytovatele bankovní záruky odeslala zaměstnankyně navrhovatele zaměstnanci zadavatele vlastní vyjádření a objasnění nabídky.

10. Navrhovatel ve svém návrhu uvádí, že zadavatel předstírá, že k této komunikaci mezi navrhovatelem a zadavatelem vůbec nedošlo, když se k ní v odůvodnění „Oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 6. 6. 2022¹ (dále jen „rozhodnutí o vyloučení“) nijak nevyjadřuje.

K nedostatečnému odůvodnění rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení

11. Zadavatel dne 6. 6. 2022 vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení z důvodu nesplnění zákonné povinnosti předložit originál záruční listiny bankovní záruky dle ustanovení § 41 odst. 4 zákona. Toto vyloučení odůvodnil v rozhodnutí o vyloučení následovně: *„Zadavatel vyloučil účastníka zadávacího řízení v souladu s § 48 odst. 3 ZZVZ, neboť neprokázal poskytnutí jistoty dle podmínek uvedených v § 41 odst. 4 písm. b) ZZVZ (účastník zadávacího řízení prokáže v nabídce poskytnutí jistoty předložením originálu záruční listiny obsahující závazek vyplatit zadavateli za podmínek stanovených v odstavci 8 jistotu), kdy ve své nabídce předložil pouze kopii (sken) bankovní záruky a nikoliv originál.“*
12. Znění odůvodnění je dle navrhovatele v rozporu se zásadou transparentnosti dle ustanovení § 6 odst. 1 zákona, dále v rozporu s povinností zadavatele řádně odůvodnit vyloučení ze zadávacího řízení dle ustanovení § 48 odst. 11 zákona, jakož i s rozhodovací praxí Úřadu², neboť odůvodnění rozhodnutí o vyloučení postrádá náležitý obsah.
13. Navrhovatel uvádí, že ze znění rozhodnutí o vyloučení vyznívá, že navrhovatel pouze podal nabídku a tím jeho činnost ustala. To však navrhovatel rozporuje, když tvrdí, že se zadavatelem

¹ Ke kterému došlo na základě usnesení z 117. schůze Rady města Olomouce konané dne 6. 6. 2022, dostupné z: https://www.olomouc.eu/administrace/repository/gallery/articles/27_/27050/117-rmo-20220606-usneseni.cs.pdf – pozn. Úřadu

² Navrhovatel cituje rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 13. března 2020, sp. zn. S0027/2020/VZ, č. j. ÚOHS-08458/2020/512/ŠMr.: *„Úřad předně v obecné rovině uvádí, že pokud zadavatel účastníka ze zadávacího řízení vyloučí, nehledě na to, zda se jedná o fakultativní či obligatorní vyloučení, je povinen bezodkladně odeslat vyloučenému účastníkovi oznámení o vyloučení (srov. § 48 odst. 11 zákona). V oznámení musí být přitom vyloučení daného účastníka zadavatelem řádně odůvodněno. V odůvodnění by měl zadavatel prokázat prostřednictvím konkrétních okolností a skutečností naplnění všech atributů a podmínek daného důvodu pro vyloučení.“*

opakovaně komunikoval prostřednictvím emailové schránky i telefonicky. „(...) doložil zadavateli původní soubor bankovní záruky s elektronickými podpisy zástupců banky, písemné potvrzení banky, že jistota byla poskytnuta a právo na plnění z bankovní záruky bylo možné u banky uplatnit již na základě dokladu předloženého navrhovatelem v nabídce, i právní stanovisko advokátní kanceláře, která se na právo veřejných zakázek zaměřuje.“ Dle navrhovatele z prostého znění odůvodnění rozhodnutí o vyloučení jasně vyplývá, že zadavatel při vyloučení účastníka ze zadávacího řízení nevzal v potaz ani jeden z výše uvedených doručených dokumentů, ani komunikaci, která mezi navrhovatelem a zadavatelem proběhla.

14. V tomto předstíraném jednání zadavatele spatřuje navrhovatel významný zásah do jeho práv, jakož i do samotné podstaty námitek v zadávacím řízení. Vzhledem k tomu, že zadavatel v rozhodnutí o vyloučení nevyjádřil žádný právní názor na navrhovatelem předložené dokumenty a další argumentaci, nemohl se navrhovatel prostřednictvím institutu námitek dále vyjádřit k názorům zadavatele, které měl prezentovat v rozhodnutí o vyloučení. Navrhovatel tak považuje odůvodnění rozhodnutí o vyloučení za nedostatečné, tudíž jednání zadavatele označuje za rozporné se zásadou transparentnosti.

K souladu postupu navrhovatele se zákonem a se zadávacími podmínkami

15. Navrhovatel v první řadě terminologicky upřesňuje chybné znění Výzvy, konkrétně pak čl. 5 odst. 1, dle kterého platí, že „(...) elektronická bankovní záruka v originále bude součástí nabídky.“ Navrhovatel k tomu uvádí, že „[b]ankovní záruku jako právní institut nebo konkrétní právní vztah z povahy věci není možné v rámci nabídky předložit, nejedná se o hmotnou věc, se kterou by bylo vůbec možné tímto způsobem manipulovat. Není tedy i z tohoto důvodu možné účastníky sankcionovat, pokud bankovní záruku nepředloží jako originál.“ Toto terminologické pochybení zadavatele považuje navrhovatel za pádný důvod, proč ani zadavatel nesmí dodavatele sankcionovat za nepřesné plnění zadávacích podmínek. K tomu uvádí: „Pokud tedy zadavatel navrhovatele vylučuje pro nedodržení formálního požadavku bez faktického dopadu do práv a povinností navrhovatele, banky nebo zadavatele (viz dále) a současně se sám při formulaci svých požadavků opakovaně dopouští formálních nepřesností, když zaměňuje označení právního institutu bankovní a záruky a označení záruční listiny, která existenci bankovní záruky prokazuje, je taková situace mírně řečeno paradoxní. Těžko může zadavatel po účastnících pod trestem vyloučení ze zadávacího řízení vyžadovat naprosto striktní dodržování všech svých představ o administrativní a formální podobě dokumentů v nabídkách, když sám své požadavky na tyto administrativní a formální parametry není schopen přesně formulovat.“
16. Navrhovatel i přes výše uvedené trvá na tvrzení, že byly splněny podmínky vyžadované zadavatelem v čl. 5 odst. 1 Výzvy, resp. v § 41 odst. 4 zákona, tedy že byl k nabídce přiložen originál záruční listiny bankovní záruky. Dle tvrzení navrhovatele došlo k odstranění elektronických podpisů zástupců banky tím, že originál záruční listiny bankovní záruky byl vložen do jednoho souboru společně s ostatními podklady pro podání nabídky zadavateli. Navrhovatel zdůrazňuje, že obsah listiny zůstal beze změny.
17. V dalším bodu návrhu navrhovatel uvádí, že je technicky vyloučeno předložit originál elektronického dokumentu, neboť datové soubory jsou předávány tak, že se vytvoří kopie tohoto souboru. „Při všech těchto operacích je původní datový soubor zachován a do dispozice další osoby se dostává jeho kopie. Požadavky, aby současně byl poskytnut originál určitého

datového souboru a současně byl tento datový soubor vložen do nabídky, se tedy striktně řečeno navzájem vylučují. Nejpozději přenesením původního datového souboru z původního datového úložiště do elektronického nástroje zadavatele dojde k vytvoření kopie tohoto souboru.“ Technická limitace možnosti přenosu originálu záruční listiny představuje podle navrhovatele základ pro odlišný výklad pojmu „originál listiny“. Dle jeho výkladu není možné u elektronicky přenášených listin chápat originál listiny dle § 41 odst. 4 zákona v původním významu tohoto pojmu, nýbrž je třeba jej chápat tak „že se jedná o dokument, který je autentický a jehož obsah nebyl jakkoliv upraven, nikoliv o datový soubor, který nevznikl kopírováním původního datového souboru.“

18. Dále navrhovatel rozporuje stanovisko zadavatele, dle kterého je možné dovodit, že listina předložená v nabídce navrhovatele je pouhý sken záruční listiny bankovní záruky. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách na podporu svého předpokladu uvádí: „Že se jedná o sken lze dovodit i ze skutečnosti, že všechny stránky PDF dokumentu jsou v pravém dolním rohu ručně očíslovány a poté pravděpodobně došlo formou skenování k vytvoření elektronického obrazu tohoto dokumentu.“ Navrhovatel v návrhu tento předpoklad zadavatele rozporuje a doplňuje, že „číslování stran dokumentu je naprosto standardně možné doplnit přímo do elektronického dokumentu nabídky. Skutečnost, že strany nabídky jsou číslovány tedy nikterak neprokazuje, že by v rámci nabídky měl být obsažen právě sken záruční listiny. Fakt, že zadavatel o vyloučení navrhovatele rozhodl pouze na základě nepodložených dojmů a neznalosti technických možností standardního software, je nyní dále zdůrazněn tím, že i sám zadavatel v rozhodnutí o námitkách dodavatele přiznává, že nemá ve svých důvodech pro vyloučení jistotu, že pouze pravděpodobně došlo formou skenování k vytvoření elektronického obrazu dokumentu. Pokud však chce zadavatel rozhodnout o tak zásadním kroku, jako vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, přičemž se navíc ani neobtěžuje rozhodnutí řádn[ě] odůvodnit, měl by dle názoru navrhovatele mít jistotu alespoň v těch několika málo skutečnostech, které v rozhodnutí o vyloučení reálně uvádí.“

K poskytnutí jistoty

19. V další části návrhu navrhovatel uvádí, že stěžejní pro posouzení platnosti bankovní záruky by měla být skutečnost, zda bankovní záruka vznikla a zda jsou zadavateli v plném rozsahu zajištěna práva a povinnosti z ní plynoucí. Dle navrhovatele zadavatel nebyl po celou dobu trvání bankovní záruky na svých právech ani v nejmenším krácen. Jako oporu svého stanoviska cituje navrhovatel rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 15. 3. 2021, sp. zn. R0007/2021, dle kterého: „Bankovní záruka je však soukromoprávní vztah, jehož obsah je nutno vykládat výhradně dle znění záruční listiny. Zde je nutno poukázat i na další stěžejní závěr napadeného rozhodnutí obsažený v jeho bodě 70. Platí tedy, že při posouzení poskytnutí jistoty v souladu se zákonem je nutné vždy zkoumat konkrétní obsah předloženého dokladu o poskytnutí jistoty, tj. v něm zakotvený obchodněprávní vztah mezi účastníkem zadávacího řízení a bankovní či pojišťovací institucí a práva a povinnosti tímto obchodněprávním vztahem zakotvená ve prospěch zadavatele, jakožto osoby oprávněné obdržet plnění z jistoty.“ Dle navrhovatele je toto rozhodnutí třeba chápat tak, že „při zkoumání naplnění požadavku na poskytnutí jistoty je v souvislosti se záruční listinou potřebné v první řadě zkoumat obsah záruční listiny a konkrétní podmínky pro případné uplatnění práv z bankovní záruky“.
20. Dle navrhovatele není sporu mezi zadavatelem a navrhovatelem o tom, zda bankovní záruka vznikla a zda z ní plynou zadavateli související práva. Odkazem na výše citované rozhodnutí

předsedy tedy navrhovatel uzavírá, že klíčové je zkoumat materiální naplnění bankovní záruky, ke kterému došlo, a to bez jakéhokoli krácení práv zadavatele (jak mj. potvrzuje písemné vyjádření poskytovatele bankovní záruky), a proto je navrhovatel přesvědčen, že byla naplněna podmínka ustanovení § 41 odst. 3 zákona.

K doplnění dalších dokladů po podání nabídky

21. Navrhovatel ve svém návrhu dále uvádí, že na základě telefonické výzvy zadavatele dobrovolně dodal po podání nabídky ještě další doklady prokazující existenci bankovní záruky v plném rozsahu, aby je měl zadavatel k dispozici při hodnocení nastalé situace. Konkrétně se jednalo o záruční listinu bankovní záruky včetně elektronických podpisů zástupců banky, písemné vyjádření banky o tom, že bankovní záruka je platná a účinná a lze ji uplatit i bez předložení záruční listiny s elektronickými podpisy, a právní stanovisko CÍSAŘ, ČEŠKA, SMUTNÝ s.r.o., advokátní kancelář, které si nechal pro tyto účely vyhotovit.
22. Dle navrhovatele musí zadavatel takto doplněné doklady přijmout, a to na základě povinnosti postupovat v souladu se zásadou přiměřenosti. Toto tvrzení dokládá citací komentáře k zákonu: *„Dle našeho názoru, na rozdíl od důvodové zprávy a jiných komentář[ů] k zákonu, se domníváme, že zákon nevylučuje možnost, aby zadavatel vyzval účastníka zadávacího řízení k doložení dokladu pomocí žádosti o doplnění dokladu (blíže § 46). Zadavatel této možnosti může a nemusí využít. Pokud se jedná o peněžní jistotu, je možné, že tato byla na účet zadavatele složena a účastník zadávacího řízení pouze zadavateli nesdělil údaje o provedené platbě. V souladu se zásadou přiměřenosti by si zadavatel měl před vyloučením účastníka zadávacího řízení vždy ověřit, zda se nejedná o tento případ. Pokud by se jednalo pouze o neposkytnutí této informace, avšak peněžní jistota by byla na účet zadavatele složena, zásada přiměřenosti vylučuje vyloučení účastníka zadávacího řízení, resp. pokud by vyloučený účastník zadávacího řízení podal námitky, zadavatel je povinen jim vyhovět. V případě poskytnutí jistoty předložením originálu záruční listiny nebo písemného prohlášení pojistitele, může (a nemusí) zadavatel požadovat jejich dodatečné předložení v rámci žádosti o doplnění dokladu. Účastník zadávacího řízení je však povinen doložit takový doklad, ze kterého bude vyplývat, že účastník zadávacího řízení poskytl jistotu již ve lhůtě pro podání nabídek (srov. § 41 odst. 1).“³*
23. Navrhovatel uvádí, že si je vědom, že citovaný text směřuje k institutu peněžité jistoty, přesto se však domnívá, že může být přílehlavý i na šetřený případ. K tomu doplňuje: *„Zatímco v případě složení peněžité jistoty na účet zadavatele se může dodavatel pokoušet například argumentovat, že platba ve skutečnosti nepředstavuje poskytnutou jistotu, že se jedná o platbu poukázanou omylem, v nyní řešeném případě je naprosto nepochybné, že banka skutečně poskytuje záruku právě jako jistotu pro toto konkrétní zadávací řízení. Pokud tedy by mělo být připuštěno doplnění dokladu o poskytnutí peněžité jistoty, tím spíše by se taková povinnost vztahovala i na tento případ poskytnuté jistoty formou bankovní záruky.“*
24. Závěrečná část návrhu je věnována citaci odborné literatury, která předpokládá možnost doplňovat další doklady po podání nabídky dle § 46 zákona. První navrhovatelem předložený

³ KRČ, Robert, VANĚČEK, Jan. § 48 [Vyloučení účastníka zadávacího řízení]. In: KRČ, Robert, VANĚČEK, Jan. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 282, marg. č. 10–11.

text komentáře k zákonu⁴ pojednává o možnosti vyzvat účastníka zadávacího řízení dle ustanovení § 46 zákona ke sdělení údajů o provedené platbě zadavateli v případě peněžité záruky, jestliže je z příchozí platby na účtu zadavatele zřejmé, o jakou platbu, koho a k jaké veřejné zakázce patří. Autoři komentáře k tomu však uvádí, že „(...) *dosavadní rozhodovací praxe tento liberálnější výklad prozatím nepodpořila*“. Tento názor dle navrhovatele sdílí i autoři dalšího navrhovatelem předloženého komentáře k zákonu⁵. Dle znění tohoto komentáře ustanovení § 48 odst. 3 nestanoví, zda je povinností zadavatele účastníka zadávacího řízení vyloučit bezpodmínečně v případě nepředložení požadované jistoty v souladu s požadavky obsaženými v zadávací dokumentaci, či zda lze doklady prokazující složení jistoty doplnit po celou dobu trvání zadávací lhůty. Dle autorů komentáře ustanovení § 46 zákona ani žádné jiné ustanovení zákona nevylučuje možnost vyzvat účastníka zadávacího řízení k předložení dokladu dle ustanovení § 46 zákona. Výzva dle ustanovení § 46 zákona tak je dle autorů komentáře možná, a to fakultativně.

25. Na základě citované literatury nabyt navrhovatel přesvědčení, že by zadavatel měl mít povinnost přezkoumat nabídku navrhovatele ve znění doplněných dokladů. Doplnuje však, že zcela jednoznačně má zadavatel povinnost se k dokladům doplněným po podání nabídky vyjádřit v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení, aby tak umožnil účastníku řízení reagovat prostřednictvím námitek na právní argumentaci zadavatele obsaženou v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení.
26. Navrhovatel svůj návrh uzavírá následovně: *„Navrhovatel reflektuje, že část odborné veřejnosti názor o možném objasnění nebo doplnění nabídky týkající se poskytnuté jistoty nesdílí, jak v rámci rozhodnutí o námitkách navrhovatele dokládá zadavatel. Je však třeba opět a znovu zdůraznit, že byl-li zadavatel názoru, že objasnění ani doplnění není obecně vůbec možné, a z tohoto důvodu objasnění a doplnění navrhovatele odmítl, nedodržel svou povinnost rozhodnutí o vyloučení řádně odůvodnit, když alespoň toto v oznámení o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení neuvedl.“*
27. Navrhovatel proto navrhnul, aby Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení a všechny navazující úkony zadavatele v zadávacím řízení.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

28. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0298/2022/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele dnem 11. 7. 2022, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele.
29. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.

⁴ ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. § 48 [Vyloučení účastníka zadávacího řízení]. In: ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 383.

⁵ FLAŠKÁR, M., HARNACH, J., JANOUŠEK, M., MĚKOTA, J., PODEŠVA, V., SOMMER, L., VOTRUBEC, J. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer.

30. Přípisem č. j. ÚOHS-23293/2022/524 ze dne 13. 7. 2022 Úřad účastníkům řízení oznámil zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejné zakázky.
31. Dne 20. 7. 2022 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k návrhu navrhovatele z téhož dne a dokumentaci o zadávacím řízení.

Vyjádření zadavatele k návrhu

32. K návrhu navrhovatele se zadavatel vyjádřil přípisem ze dne 20. 7. 2022 (dále jen „vyjádření“). Zadavatel v úvodu svého vyjádření odkazuje na rozhodnutí o námitkách ze dne 29. 6. 2022 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), které obsahově pokrývá znění návrhu a ve kterém se, dle svého názoru, s námitkami navrhovatele v plném rozsahu vypořádal.
33. K tvrzené komunikaci mezi zaměstnankyní navrhovatele a zaměstnancem zadavatele (viz bod 9 odůvodnění tohoto rozhodnutí) zadavatel uvádí: *„(...) není pravda, že bylo dohodnuto, že navrhovatel zašle zadavateli své stručné vyjádření. Administrátor veřejných zakázek zadavatele, Ing. Zborník, sdělil pracovníci navrhovatele, paní Hesounové, že nedoporučuje telefonicky navrhované nevyžádané doplnění nabídky (...).“* Zadavatel zcela odmítá, že by předstíral, že ke komunikaci mezi zaměstnancem zadavatele a zaměstnankyní navrhovatele nedošlo. K tomu uvádí, že *„s touto nepodloženou domněnkou navrhovatele nesouhlasí a sděluje, že v žádném případě nepředstíral, že by neprobíhala jednání mezi jím a navrhovatelem. Zadavatel v souladu se ZZVZ k těmto nevyžádaným objasněním, jednáním a kontaktováním ze strany navrhovatele nepřihlížel. Snaha navrhovatele obvinít zadavatele z předstírání a ignorace právního jednání je neopodstatněná.“*

K nedostatečnému odůvodnění rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení

34. Zadavatel k tvrzením navrhovatele o nedostatečném odůvodnění rozhodnutí o vyloučení v rozhodnutí o námitkách uvádí, že znění odůvodnění rozhodnutí o vyloučení je dostatečné. Dle zadavatele z textu odůvodnění jednoznačně vyplývá, že účastník zadávacího řízení nesplnil svoji zásadní povinnost, a sice *„(...) neprokázal poskytnutí jistoty dle podmínek uvedených v § 41 odst. 4 písm. b) ZZVZ (...), kdy ve své nabídce předložil pouze kopii (sken) bankovní záruky a nikoliv originál“*.

K souladu postupu navrhovatele se zákonem a se zadávacími podmínkami

35. K navrhovatelem tvrzenému terminologickému pochybení ze strany zadavatele, kdy v zadávacích podmínkách zaměňuje termíny „bankovní záruka“ a „záruční listina bankovní záruky“ zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvádí, že si je vědom rozdílů mezi oběma pojmy a že ze znění čl. 5 odst. 1 Výzvy jednoznačně vyplývá, že je myšlena „záruční listina bankovní záruky“. Předpokládá však, že účastníkům zadávacího řízení nevznikly žádné pochybnosti o významu znění tohoto ustanovení, kdy ani jeden z účastníků ve vztahu k čl. 5 odst. 1 Výzvy nevyužil institutu vysvětlení nabídky.
36. K pochybnostem navrhovatele o technických možnostech předložit originál datového souboru prostřednictvím elektronického nástroje zadavatel uvádí, že je tato úvaha naprosto irelevantní, jelikož navrhovatel neposkytl zadavateli originál záruční listiny bankovní záruky (resp. technicky vzato kopii tohoto souboru). Dokument, který byl součástí nabídky navrhovatele, neobsahoval zaručené elektronické podpisy zástupců banky, proto nemůže být považován za originál.

K poskytnutí jistoty

37. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách odkazem na důvodovou zprávu k zákonu a odkazem na komentářovou literaturu k zákonu⁶ potvrdil své stanovisko vyjádřené v rozhodnutí o vyloučení účastníka. Dle zadavatele je nezpochybnitelné, že účastník řízení (nyní navrhovatel) porušil svoji zákonem uloženou povinnost, když k nabídce přiložil záruční listinu bankovní záruky ve špatném formátu. Zároveň tvrdí, že tento nedostatek nelze ani zpětně zhojit, a proto byl zadavatel povinen postupovat v souladu s § 48 odst. 3 zákona a účastníka zadávacího řízení vyloučit.

K doplnění dalších dokladů po podání nabídky

38. Navrhovatel ve svém návrhu uvádí, že na základě telefonické výzvy doložil zadavateli potřebné doklady, které potvrzovaly existenci bankovní záruky, a navíc potvrzení banky, kterým je deklarováno, že k uplatnění bankovní záruky není vyžadováno předložení elektronického originálu záruční listiny. Zadavatel k tomuto tvrzení předně uvádí, že není pravda, že by kdy navrhovatele telefonicky vyzval k doplnění.
39. Zadavatel k výše uvedenému v rozhodnutí o námitkách doplňuje následující část komentáře k § 46 ZZVZ: *„Jedním z dokladů, u kterého dle komentovaného ustanovení naopak využít nelze, je doklad prokazující poskytnutí jistoty, tento doklad prokazující složení (peněžní jistota) či zřízení jistoty (bankovní záruka a pojištění záruky). Dle § 41 musí tento doklad být vždy součástí nabídky, a to v okamžiku, kdy je nabídka podána. Za stávajícího legislativního stavu a stavu rozhodovací praxe není tedy dána možnost pozdějšího doložení/dodání takového dokladu po uplynutí lhůty pro podání nabídek. V praxi to bude znamenat, že pokud není takovýto doklad součástí nabídky již v době jejího podání, nemůže dále zadavatel využít možnost danou komentovaným ustanovením a účastníka požádat o doplnění dokladu. V případě, že doklad prokazující poskytnutí jistoty nefiguruje v nabídce (sdělení údajů o provedené platbě, originál bankovní záruky či písemné prohlášení pojistitele), zadavatel účastníka ze zadávacího řízení obligatorně vyloučí, a to na základě § 4[1]8 odst.3;...“⁷ Zadavatel dále dodává, že „souhlasí s názorem autorů komentáře, kteří povinnost, uvedenou v tomto odstavci, hodnotí jako tvrdou a přiklání se k novelizaci ZZVZ, která umožní, aby dokládání jistoty ve formě bankovní záruky v originále v elektronické podobě, tj. s elektronickým podpisem osoby oprávněné za banku již nebylo povinné. Zadavatel se však musí řídit zněním zákona, platným a účinným v době zahájení zadávacího řízení. Zadavatel tak zásadně nemůže postupovat v nesouladu se ZZVZ.“*
40. Závěrem svého vyjádření zadavatel navrhnul Úřadu, aby návrh dle § 256 písm. a) nebo písm. c) zákona zamítl.

Další průběh správního řízení

41. Dne 26. 7. 2022 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-25182/2022/524 z téhož dne, kterým určil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které

⁶ ŠEBESTA, Milan. Zákon o zadávání veřejných zakázek: komentář. 2. vydání. Praha: C.H. Beck, 2022. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-856-6, s. 312-313.

⁷ ŠEBESTA, Milan. Zákon o zadávání veřejných zakázek: komentář. 2. vydání. Praha: C.H. Beck, 2022. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-856-6, s. 347.

zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.

42. Dne 27. 7. 2022 Úřad na základě žádosti navrhovatele o nahlížení do spisu zaslal navrhovateli prostřednictvím datové schránky některé položky z obsahu spisu.
43. Dne 27. 7. 2022 obdržel Úřad další žádost navrhovatele o nahlížení do správního spisu, ve které navrhovatel požádal o zaslání zápisů, zvukových nahrávek nebo souhrnů hlavních prvků komunikace ve smyslu § 211 odst. 1 zákona týkající se telefonických hovorů mezi zaměstnancem zadavatele a zaměstnankyní navrhovatele (dále jen „žádost o nahlížení II“). Dne 28. 7. 2022 Úřad oznámil navrhovateli přípisem č. j. ÚOHS-25550/2022/524 z téhož dne, že navrhovatelem požadované písemnosti nemá Úřad k dispozici a pro úplnost Úřad přiložil k přípisu záznam do spisu o obdržené dokumentaci, která toto tvrzení dokládá.
44. Dne 5. 8. 2022 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-26722/2022/524 z téhož dne, kterým určil účastníkům lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí.

Replika navrhovatele ze dne 8. 8. 2022 k vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 20. 7. 2022

45. Dne 8. 8. 2022 obdržel Úřad repliku navrhovatele (dále jen „replika“) z téhož dne k vyjádření zadavatele.
46. Navrhovatel ve své replice reaguje zejména na tvrzení zadavatele obsažená ve vyjádření k návrhu ohledně komunikace mezi zadavatelem a navrhovatelem. K prohlášení zadavatele, že *„není pravda, že by zadavatel jakkoli vyzýval navrhovatele k doložení jakýchkoli dokladů. Veškerá komunikace u nevyžádaných objasnění probíhala pouze jednostranně ze strany navrhovatele.“*, navrhovatel uvádí následující: *„naopak tvrzení zadavatele, že komunikace s navrhovatelem probíhala toliko jednostranně ze strany navrhovatele, není založeno na skutečnosti. Tento fakt je možné jednoznačně demonstrovat tím, že Ing. Zborník (administrátor) na základě telefonické komunikace aktivně posílal paní Hesounové i informace e-mailem, přičemž se právě na telefonickou dohodu přímo v textu i odvolával, když výslovně uváděl například „Vážená paní, dle dohody Vám zasílám informace spojené s předkládáním originálu bankovní záruky v nabídce dodavatele. ...“*. Svoji tezi o nepravdivém tvrzení zadavatele dále dokládá délkou hovoru: *„Navíc, toto tvrzení jen těžko ob stojí také s ohledem na skutečnost, že některé hovory trvaly 6 minut (10. 5. 2022) nebo i 13 minut (16. 5. 2022). Je přinejmenším těžko uvěřitelné, že by si paní Hesounová během např. 13 minut trvajícíchho telefonního hovoru povídala jen sama se sebou bez reálné zpětné vazby od Ing. Zborníka.“*
47. Navrhovatel uvádí, že nejasnostem ohledně komunikace mezi zadavatelem a navrhovatelem měl zadavatel předejít tím, že by splnil povinnost stanovenou mu zákonem v ustanovení § 211 odst. 1, který mu ukládá povinnost při užití ústní komunikace dostatečně zdokumentovat její obsah, a to zejména zápisy, zvukovými nahrávkami nebo souhrny hlavních prvků komunikace.
48. Navrhovatel odkazem na přípis Úřadu ze dne 28. 7. 2022, kdy mu bylo v návaznosti na žádost o nahlížení II Úřadem sděleno, že žádné obdobné záznamy telefonické komunikace nejsou součástí dokumentace o zadávacím řízení, kterou Úřad obdržel, tvrdí selhání v povinnosti zadavatele dle ustanovení § 216 odst. 1 zákona. Toto jednání (či lépe opomenutí) zadavatele je dle navrhovatele v přímém rozporu se zásadou transparentnosti.
49. K tvrzenému nedostatečnému odůvodnění rozhodnutí o vyloučení navrhovatel opakovaně uvádí: *„Platí rovněž v každém případě, že pokud se zadavatel z jakéhokoliv důvodu rozhodl tato*

objasnění a doplnění nezohlednit, nebo je snad považoval za nedostatečná, byl povinen důvody pro takové počí[n]ání srozumitelně uvést v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. To zadavatel ani náznakem neučinil.“

50. V dalším bodu repliky navrhovatel uvádí, že zadavatel ve svém vyjádření k návrhu zcela upustil od tvrzení, že nabídka obsahuje pouze sken záruční listiny bankovní záruky a uvádí jen, že došlo k odstranění elektronických podpisů zástupců banky.

Rozhodnutí Úřadu ze dne 25. 8. 2022

51. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-29233/2022/500 ze dne 25. 8. 2022 (dále jen „rozhodnutí“) Úřad návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítl, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona.

Řízení o rozkladu

Rozklad navrhovatele proti rozhodnutí

52. Proti rozhodnutí podal navrhovatel dne 9. 9. 2022 přípisem ze dne 9. 9. 2022 rozklad.
53. Navrhovatel v rozkladu uvádí, že rozhodnutí je dle navrhovatele nezákonné, neodůvodněné, a tedy nepřezkoumatelné a založené na nesprávném právním posouzení věci. K tomu uvádí následující.
54. Předně navrhovatel opakovaně uvedl, že *„řádě, řádným způsobem ve stanovené lhůtě splnil požadavek na složení jistoty dle zadávacích podmínek i zákonných požadavků týkajících se formy a platnosti bankovní záruky požadované v § 41 ZZVZ.“* Dle navrhovatele tak zadavateli nevznikla povinnost navrhovatele vyloučit dle § 48 odst. 3 zákona, jelikož dle § 48 odst. 1 lze účastníka zadávacího řízení vyloučit pouze z důvodů stanovených v zákoně. Dále navrhovatel uvádí, že v případě nejasností o digitálních parametrech elektronického originálu dokladu měl zadavatel postupovat v souladu s ustanovením § 46 odst. 1 zákona a vyzvat navrhovatele k objasnění předložených dokladů.
55. Navrhovatel dále rozporuje tu část rozhodnutí, ve které Úřad označil pojem „originál elektronického dokumentu“ za notorietu. Dle navrhovatele tento pojem není tak jednoznačný, a navíc neexistuje žádná jeho obecná legální definice, což mj. dokazuje i to, že Úřad byl schopen svoje tvrzení podpořit pouze metodickým pokynem Ministerstva pro místní rozvoj, který není obecně závazným pramenem práva. Navrhovatel naopak vnímá pojem „elektronický originál dokumentu“ z hlediska autorskoprávního. K tomu uvádí: *„Tvrzení, že by elektronický originál musel vždy nezbytně obsahovat elektronický podpis založený na kvalifikovaném certifikátu, není pravdivé. Originální autorská díla, resp. i dokumenty lze běžně v elektronickém prostředí vytvářet i bez podpisu, což na jejich originálním charakteru nic nemění.“*
56. Navrhovatel zopakoval svoji argumentaci obsaženou v návrhu, tedy, že *„při operaci s jakýmkoliv elektronickým dokumentem je původní datový soubor zachován a do dispozice další osoby se dostává jeho kopie. Požadavek, aby současně byl poskytnut originál určitého datového souboru a současně byl tento datový soubor vložen do nabídky, se tedy navzájem vylučují.“* Dle navrhovatele došlo k odstranění elektronických podpisů zástupců banky poté, co byl nezměněný soubor vložen do celkové nabídky. To dle navrhovatele nemění nic na skutečnosti, že se jedná o originál této listiny, protože její obsah zůstal beze změny.

57. Dále navrhovatel uvádí, že zadavatel ani Úřad řádně neodůvodnil, z jakého důvodu nelze považovat předloženou listinu za originál elektronického dokumentu. Za klíčovou pak označuje skutečnost, že výstavce bankovní záruky potvrzuje, že předložený dokument je dostatečný pro uplatnění práv z poskytnuté záruky.
58. Další z bodů rozkladu míří na nedostatečné zaznamenávání komunikace mezi zadavatelem a navrhovatelem v průběhu zadávacího řízení. Tento vadný postup zadavatele označuje navrhovatel za rozporný s péčí řádného hospodáře a s povinností stanovenou zadavateli v ustanovení § 211 zákona, jakož i se zásadou transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona. Toto nesplnění zákonných povinností zadavatelem vedlo dle navrhovatele k nemožnosti navrhovatele prokázat, že navrhovatel byl k doložení záruční listiny bankovní záruky vyzván telefonicky, což je dle navrhovatele pro řádné posouzení věci stěžejní.
59. Dle navrhovatele Úřad nesprávně posoudil skutkový stav věci, když pouze z absence záznamu o komunikaci mezi zadavatelem a navrhovatelem dovedl, že zadavatel nepostupoval dle § 46 zákona, tedy nevyzval navrhovatele k doložení originálu záruční listiny bankovní záruky. Navrhovatel v této souvislosti dále uvádí, že nesplnění povinnosti zadavatele dle § 211 zákona nemůže jít k tíži navrhovateli. Dle navrhovatele by porušení povinnosti dle § 211 zákona mělo mít fatální následky pro celé zadávací řízení. K tomu uvádí: *„Již jen skutečnost, že zadavatel do této míry ignoroval svou povinnost dle § 211 odst. 1 ZZVZ (a konsekventně porušil zásadu transparentnosti) má za následek vadu zadávacího řízení, která je způsobilá přivodit jeho celkové zrušení.“*
60. Navrhovatel považuje odůvodnění rozhodnutí o vyloučení za nedostatečné a rozporné se zásadou transparentnosti, protože zcela ignoruje absenci záznamu komunikace mezi navrhovatelem a zadavatelem, jakož i samotnou skutečnost, že k této komunikaci došlo.
61. Závěrem rozkladu navrhovatel upozorňuje na nehospodárnost rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, a to z toho důvodu, že nabídková cena navrhovatele činila 36 785 000 Kč bez DPH, zatímco nabídková cena druhé nejvýhodnější nabídky pak 46 890 000 Kč. Postup zadavatele hodnotí jako nehospodárny a nelogický. S ohledem na výše uvedené proto navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí, zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

62. Dne 16. 9. 2022 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k rozkladu z téhož dne.
63. K rozkladu zadavatel v první řadě uvádí, že neměl žádné pochybnosti „o digitálních parametrech elektronického originálu dokladu“, protože si byl zcela objektivně jistý, že se nejedná o originál dokladu, jelikož nebyl opatřen zaručeným či uznávaným elektronickým podpisem jeho vydavatele. Zadavatel dále rozporuje tvrzení navrhovatele, že vyloučení v případě nedodání originální listiny bankovní záruky je fakultativní, což tvrdí navrhovatel odkazem na ust. § 48 odst. 2. Dle zadavatele je třeba v takovém případě aplikovat obligatorní vyloučení účastníka zadávacího řízení dle § 48 odst. 3 zákona, přičemž současně platí, že je vyloučeno využití výzvy dle § 46 zákona.
64. Zadavatel k tvrzení navrhovatele, že jeho jednání je nehospodárné, uvádí, *„že nabídková cena je hlavním hodnotícím kritériem a z důvodu postupu v souladu s péčí řádného hospodáře a šetření veřejných prostředků by pro zadavatele bylo vhodné, aby měl možnost realizovat*

stavbu, která je předmětem veřejné zakázky, za nejnížší nabídkovou cenu. Zadavatel by naopak uvítal možnost uzavřít ekonomicky výrazně výhodnější nabídku navrhovatele, pokud by mu v tom nebránily zákonné důvody. Na základě pochybení navrhovatele byl zadavatel ze zákona povinen navrhovatele z řízení vyloučit, čímž byl o možnost výše úspory zkrácen.“

65. K tvrzené absenci záznamů komunikace mezi zadavatelem a navrhovatelem zadavatel sděluje, že veškerá objasnění ze strany navrhovatele byla nevyžádaná, zadavatel k nim nemusí nikterak přihlížet, a proto zadavateli ani nevznikla povinnost tyto zdokumentovat. Nadto zadavatel uvádí, že samotná podstata porušení povinnosti navrhovatele je od počátku nezhojitelná.
66. Závěrem svého vyjádření zadavatel uzavírá, že si je vědom formalistického přístupu povinnosti dodání originálu záruční listiny, jejíž nesplnění je obligatorním důvodem pro vyloučení účastníka a jednoznačně uvítá připravovanou novelizaci zákona, která má rigiditu ustanovení § 41 odst. 4 písm. b) a § 48 odst. 3 zákona zmírnit. K tomu doplňuje: *„Díky takové změně tak nebude docházet k obdobným situacím, kdy na základě pochybení účastníka zadávacího řízení přijde o možnost značné ekonomické úspory a zároveň případně o možnost zdárně realizovat náročně řádně připravenou veřejnou zakázku. Nicméně do doby účinnosti flexibilnější novelizace je zadavatel povinen postupovat v souladu s právním řádem České republiky, zejm. se ZZVZ a nevykládat ustanovení zákona dle svých potřeb a ekonomické výhodnosti.“*
67. S ohledem na výše uvedené pak zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu podaný rozklad zamítl a napadené rozhodnutí Úřadu potvrdil.

Rozhodnutí předsedy Úřadu

68. Po projednání rozkladu předseda Úřadu rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-R0126/2022/VZ, č. j. ÚOHS-38686/2022/161 ze dne 4. 11. 2022 (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu“), rozhodnutí Úřadu zrušil a věc mu vrátil k novému projednání.
69. Předseda Úřadu v rozhodnutí předsedy Úřadu úvodem vyjádřil skutečnost, že se rozhodl odchýlit od názoru rozkladové komise, která navrhla předsedovi, aby napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítnul. K tomu blíže uvádí: *„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. Přehlízet tuto skutečnost se jeví přílišně formalistické a rozporné se zásadou přiměřenosti a hospodárnosti.“*
70. Dle znění odůvodnění rozhodnutí předsedy Úřadu je třeba k tomuto případu přistupovat s ohledem na několik obecných hledisek. *„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.“* Předseda Úřadu dále upozorňuje na změnu okolností související s předkládáním originálu záruční listiny bankovní záruky. Dříve měl originál tohoto dokumentu svůj právní význam, jelikož právě v této listině bylo obsaženo i právo uplatnit nároky zadavatele plynoucí z bankovní záruky. Praxe s sebou však přinesla

změnu v uplatňování práv z bankovní záruky, neboť předložení listiny bankovní záruky v elektronické podobě není v mnohých případech vyžadováno. Totéž platí o projednávaném případě, což dokazuje opakované prohlášení výstavce bankovní záruky. K tomu dodává: *„Rovněž vzhledem k elektronické podobě dokumentů již vůbec nelze hovořit o jejich vracení 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.“*

71. Předseda Úřadu dále provádí výklad ustanovení § 41 zákona, a to s ohledem na dvě časové roviny, které předmětné ustanovení reflektuje. V první řadě se jedná o okamžik poskytnutí bankovní záruky, v druhé řadě pak o okamžik jejího prokázání. Zákon však nestanoví, k jakému okamžiku má zadavatel poskytnutí bankovní záruky posoudit. *„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.“*
72. Předseda Úřadu dále uvádí, že v posuzovaném případě zadavatel obdržel v nabídce kopii záruční listiny bankovní záruky, kterou byl informován o skutečnosti, že tato jistota vznikla, tedy nedošlo k tomu, že by existence záruky nebyla prokázána vůbec, jediným důvodem vyloučení byl fakt, že v nabídce nebyl doložen originál záruční listiny. Dne 13. 5. 2022 pak obdržel originál záruční listiny bankovní záruky, tedy v okamžiku před vyloučením navrhovatele ze zadávacího řízení, ke kterému došlo dne 6. 6. 2022. K tomu dále rozvádí: *„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. 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.“*
73. Ze znění rozhodnutí předsedy Úřadu se dále podává, že postup zadavatele je v souladu se striktní rozhodovací praxí Úřadu, která však vznikala převážně ve vztahu k listinné podobě bankovní záruky. *„Nicméně přísnost výkladu zákona a jeho aplikace musí mít své hranice. 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.“* Dle předsedy Úřadu je tak nutno hodnotit postup zadavatele jako nepřiměřeně

formální a nehospodárný. „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.“

74. Závěrem předseda shrnuje, že 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 účel bankovní záruky byl naplněn. „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.“

Nové projednání věci Úřadem

75. Úřad poté, co mu byla věc vrácena k novém projednání, přípisem č. j. ÚOHS-39746/2022/524 ze dne 9. 11. 2022 účastníky správního řízení vyrozuměl o pokračování správního řízení.
76. Usnesením č. j. ÚOHS-40377/2022/524 ze dne 14. 11. 2022 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
77. Dne 21.11. 2022 zadavatel doručil Úřadu své vyjádření k podkladům rozhodnutí (dále jen „vyjádření k podkladům“) z téhož dne. Zadavatel ve vyjádření k podkladům odkazuje na svoji argumentaci obsaženou v předchozích přípisech (zejména na rozhodnutí o námitkách, vyjádření k návrhu na zahájení řízení a vyjádření k rozkladu) doručených Úřadu. Ve vztahu k rozhodnutí předsedy uvádí: „Zadavatel předně uvádí, že je znepokojen významným zásahem do formální a rigidní povahy zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (...). Zadavatel sděluje, že si je vědom skutečnosti, že ZZVZ svým formalistickým pojetím v některých případech může komplikovat postup při zadávání veřejných zakázek, ale zároveň stanovuje pevné a zákonné zásady, kterými se zadavatelé musí řídit a měli by mít jistotu, že pokud dle ZZVZ budou postupovat, nemůže být jejich rozhodnutí zrušeno“. Ve svém vyjádření souhlasí v názorem předsedy Úřadu, že zákonná úprava bankovní záruky, resp. jejího předkládání zadavateli výlučně originálem záruční listiny bankovní záruky, je pojatá velmi formalisticky a odchyluje se od praxe, která je ovlivněna vývojem elektronizace veřejného zadávání, k tomu však dodává: „(...) nevystává problém, že by nebylo možné doručit onen originál záruční listiny, neboli že by existovala v právní úpravě mezera, která by znemožňovala v důsledku vývoje elektronizace splnit povinnost, ukládanou v předmětném ustanovení. Dokument záruční listiny lze snadno opatřit elektronicky uznávanými podpisy a tento řádně a včas doručit zadavateli. Není zde zapotřebí zaplnit mezery v právu rozhodovací praxí. Historické okolnosti, za kterých vznikalo předmětné ustanovení zákona, jsou pro výklad daného ustanovení zákona zcela irelevantní. Opět je nutné zopakovat, že ustanovení § 48 odst. 3 ZZVZ je zcela jasné a byť se nyní může zdát postup podle Předsedy zbytečně formalistický, stále je toto ustanovení platné. Zákonodárce toto ustanovení mohl upravit kdykoliv při předchozích novelách ZZVZ, což se ale nestalo. Jakkoliv tedy zadavatel může souhlasit s tím, že postup dle zákona je příliš formalistický, musí přesto při svém rozhodování postupovat v souladu se zákonem.“ S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby Úřad ve svém rozhodnutí zamítl návrh na přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Hraniční ulice koordinovaný tah, SSZ“.
78. Dne 21. 11. 2022 bylo Úřadu doručeno vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí (dále jen „vyjádření navrhovatele k podkladům“) z téhož dne. Navrhovatel ve vyjádření

navrhovatele k podkladům plně souhlasí se závěry vyslovenými předsedou Úřadu v rozhodnutí předsedy Úřadu a vyzývá Úřad, aby respektoval závazný právní názor předsedy Úřadu a rozhodnul ve věci tak, že zruší rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení a všechny navazující úkony zadavatele v zadávacím řízení.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

79. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů pro rozhodnutí, zejména příslušné části dokumentace o zadávacím řízení na veřejnou zakázku a vyjádření účastníků správního řízení, vázán závazným právním názorem obsaženým v rozhodnutí předsedy Úřadu, rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích I. až IV. tohoto rozhodnutí. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

80. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
81. Podle § 36 odst. 3 věty první zákona zadavatel stanoví a poskytne zadávací podmínky dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení.
82. Podle § 41 odst. 1 zákona stanoví-li zadavatel zadávací lhůtu, může v zadávací dokumentaci požadovat, aby účastník zadávacího řízení poskytl ve lhůtě pro podání nabídek jistotu.
83. Podle § 41 odst. 3 zákona jistotu poskytne účastník zadávacího řízení formou
- a) složení peněžní částky na účet zadavatele,
 - b) bankovní záruky ve prospěch zadavatele, nebo
 - c) pojištění záruky ve prospěch zadavatele.
84. Podle § 41 odst. 4 písm. b) zákona účastník zadávacího řízení prokáže v nabídce poskytnutí jistoty předložením originálu záruční listiny obsahující závazek vyplatit zadavateli za podmínek stanovených v cit. ustanovení odstavci 8 zákona jistotu, jde-li o bankovní záruku.
85. Podle § 46 odst. 1 může zadavatel pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil předložené údaje, doklady, vzorky nebo modely nebo doplnil další nebo chybějící údaje, doklady, vzorky nebo modely. Zadavatel může tuto žádost učinit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání.
86. Podle § 48 odst. 3 zákona zadavatel vyloučí účastníka zadávacího řízení, který neprokázal složení požadované jistoty nebo nezajistil jistotu po celou dobu trvání zadávací lhůty.
87. Podle § 48 odst. 11 zákona zadavatel odešle bezodkladně účastníkovi zadávacího řízení oznámení o jeho vyloučení s odůvodněním.
88. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

Zjištěné skutečnosti

89. Jak vyplývá z dokumentace o zadávacím řízení, zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek (stanovené do 21. 4. 2022) prostřednictvím elektronického nástroje nabídku navrhovatele s názvem souboru „*nabídka sken el. podepsany*“. Tento navrhovatelem předložený soubor obsahuje na stranách 5 a 6 záruční listinu „Bankovní záruka č. GOBG422000910“ ze dne 19. 4. 2022. Tato záruční listina byla zadavateli předložena v černobílém provedení, v pravém dolním rohu byla ručně označena číslovkami 5 a 6, což odpovídá řazení záruční listiny v celém souboru nabídky, a zejména neobsahuje uznávané elektronické podpisy výstavce.
90. Z písemné zprávy o hodnocení nabídek ze dne 10. 5. 2022 plyne, že navrhovatel podal ekonomicky nejvýhodnější nabídku, čímž splnil jediné kritérium výběru dodavatele⁸. Z cit. písemné zprávy rovněž vyplývá, že komise doporučuje zadavateli vyloučit navrhovatele z účasti v zadávacím řízení dle § 48 odst. 3 zákona, neboť neprokázal poskytnutí jistoty dle podmínek uvedených v § 41 odst. 4 písm. b) zákona.
91. Dne 13. 5. 2022 obdržel zadavatel do emailové schránky zprávu od navrhovatele, ve které navrhovatel uvádí, že v příloze emailu zasílá zadavateli doplnění nabídky i s vyjádřením. Dle předmětného vyjádření si „*dodavatel dovoluje svou nabídku objasnit*“, k čemuž v příloze emailu dokládá i originál záruční listiny bankovní záruky, který byl obsažen v příloze emailu. Dne 1. 6. 2022 navrhovatel dodal zadavateli rovněž do emailové schránky písemné potvrzení výstavce bankovní záruky, kterým výstavce stvrzuje existenci bankovní záruky a zároveň deklaruje, že „*(...) lze ji uplatnit u Banky i bez doručení elektronicky podepsaného originálu*“.
92. Dne 6. 6. 2022 bylo navrhovateli uveřejněním na profilu zadavatele doručeno oznámení o jeho vyloučení ze zadávacího řízení z důvodu dle ustanovení § 48 odst. 3 zákona. „*Zadavatel vyloučil účastníka zadávacího řízení v souladu s § 48 odst. 3 ZZVZ, neboť neprokázal poskytnutí jistoty dle podmínek uvedených v § 41 odst. 4 písm. b) ZZVZ (účastník zadávacího řízení prokáže v nabídce poskytnutí jistoty předložením originálu záruční listiny obsahující závazek vyplatit zadavateli za podmínek stanovených v odstavci 8 jistotu), kdy ve své nabídce předložil pouze kopii (sken) bankovní záruky a nikoli originál.*“
93. Dle čl. 5 odst. 1 Výzvy platí, že „*[z]adavatel v souladu s § 41 ZZVZ požaduje, aby dodavatel k zajištění plnění svých povinností vyplývajících z účasti v zadávacím řízení poskytl jistotu ve výši 500 000 Kč (pět set tisíc korun českých). Jistotu lze poskytnout formou:*
- *složení peněžní částky na účet zadavatele, č.ú. 6015-1801731369/0800, VS 3780441, SS 22037 (dodavatel v nabídce prokáže poskytnutí jistoty sdělením údajů o provedené platbě zadavateli),*
 - *bankovní záruky ve prospěch zadavatele v elektronické podobě (elektronická bankovní záruka v originále bude součástí nabídky. Bankovní záruka musí být vystavena příslušným bankovním ústavem v elektronické formě v originále. Tento originál dodavatel vloží do nabídky, tak jak jej obdržel od instituce, která tento dokument vystavila. Nejedná se tedy o scan daného dokumentu), nebo*

⁸ Dle čl. 11 odst. 1 Výzvy „*Hodnotícím kritériem je celková nejnižší nabídková cena v Kč bez DPH.*“

- *pojištění záruky ve prospěch zadavatele v elektronické podobě (dodavatel předloží v nabídce písemné prohlášení pojistitele obsahující závazek vyplatit zadavateli za podmínek stanovených v § 41 odst. 8 ZZVZ jistotu, jde-li o pojištění záruky)*

Jistota poskytnutá dodavatelem musí splňovat náležitosti uvedené v § 41 odst. 4 a 5 ZZVZ.“

94. Zadávací lhůtu stanovil zadavatel v čl. 5 odst. 2 Výzvy v délce 90 dní.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

95. Předmětné správní řízení bylo zahájeno na základě návrhu, který směřuje proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele dle § 48 odst. 3 zákona. Zadavatel k vyloučení navrhovatele přistoupil z důvodu, že k nabídce přiložil pouze kopii záruční listiny bankovní záruky, nikoli originál této listiny, jak vyžaduje zákon v ust. § 41 odst. 4 písm. b) zákona. Předmětem vedeného správního řízení je tak posouzení, zda zadavatel provedl vyloučení navrhovatele z důvodu nepředložení originálu bankovní záruky v souladu se zákonem. Tu Úřad akcentuje, že jím níže uvedené závěry reflektují zejména závazný právní názor předsedy Úřadu, který je zachycen v rozhodnutí předsedy Úřadu a jímž je Úřad jakožto prvostupňový správní orgán při opětovném posouzení věci vázán.
96. K problematice vyloučení účastníka ze zadávacího řízení lze obecně konstatovat, že je v souladu s ust. § 48 odst. 1 zákona možné vylučovat pouze na základě zákonem stanovených důvodů. Ustanovení § 48 odst. 3 zákona pak stanoví, že zadavatel vyloučí účastníka zadávacího řízení, který neprokázal složení požadované jistoty nebo nezajistil jistotu po celou dobu trvání zadávací lhůty.
97. Dle ustanovení § 41 odst. 4 písm. b) zákona účastník zadávacího řízení prokáže v nabídce poskytnutí jistoty bankovní zárukou předložením originálu záruční listiny obsahující závazek vyplatit zadavateli za podmínek stanovených v § 41 odst. 8 zákona jistotu.
98. Jak uvedl i předseda Úřadu v rozhodnutí předsedy Úřadu, 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 účastník ze zadávacího řízení vyloučen pro nedostatek součinnosti (§ 122 odst. 7 zákona) nebo pro porušení povinnosti uzavřít smlouvu (§ 124 odst. 2 zákona). Bankovní záruka musí být přitom nutně zřízena před podáním nabídky.
99. Rozhodovací praxe Úřadu dříve subsumovala neposkytnutí originálu listiny bankovní záruky pod obligatorní důvod vyloučení dle § 48 odst. 3 zákona. Tato rozhodovací praxe vycházela z účelu, pro který předmětné ustanovení vzniklo. V souladu s rozhodnutím předsedy Úřadu je však třeba konstatovat, že tato rozhodovací praxe je již vývojem souvisejícím zejména s elektronizací zadávacího řízení překonána. Účel, pro který zákonodárce vtělil povinnost účastníka zadávacího řízení předložit k nabídce originál záruční listiny bankovní záruky, souvisel s okolnostmi uplatňování práv z této listiny. Obecně lze konstatovat, že svojí povahou se tato listina velmi podobala cenným papírům, jejichž klíčový aspekt je možné vymezit tak, že se jedná o listinu, se kterou je právo spojeno takovým způsobem, že je po vydání cenného papíru nelze bez této listiny uplatnit ani převést. V době, kdy současná podoba zákona vznikala, mělo toto ustanovení své opodstatnění právě v povaze této listiny. V souvislosti s modernizací procesu zadávání veřejných zakázek přišla záruční listina bankovní záruky o svoji povahu podobnou cennému papíru, tedy v současné situaci je možné uplatňovat práva

z bankovní záruky i bez předložení originálu listiny bankovní záruky. Z tohoto důvodu se předmětné ustanovení jeví jako obsoletní. V souladu s rozhodnutím předsedy Úřadu pak Úřad doplňuje, že 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.

100. Úřad tedy uzavírá, že obecně není možné konstatovat, že každé nepředložení originálu záruční listiny bankovní záruky nutně představuje obligatorní důvod pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení. V každém jednotlivém případě je nutné přistoupit k posouzení všech okolností konkrétního případu *ad hoc* a na základě vyhodnocení dopadu porušení této povinnosti zadavatel může přistoupit k vyloučení účastníka zadávacího řízení, anebo naopak může přikročit k výzvě dle § 46 zákona a účastníka vyzvat k doložení originálu záruční listiny bankovní záruky.
101. Úřad tedy na základě výše vymezeného přistoupil k posouzení předmětu sporu v tomto konkrétním případě v intencích, jak bylo naznačeno v rozhodnutí předsedy Úřadu. Jak konstatoval předseda Úřadu ve svém rozhodnutí, zadavatel v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ani v žádném ze svých vyjádření ani v rozhodnutí o námitkách nezpochybnil samotnou existenci bankovní záruky. Důvodem sporu mezi zadavatelem a navrhovatelem tak není otázka vzniku a platnosti bankovní záruky, ale pouze formální naplnění požadavku na formu předložení záruční listiny, která nebyla v šetřeném případě předložena v originále. Skutečnost, že se v šetřeném případě nejednalo o originál záruční listiny bankovní záruky, neboť předložená záruční listina nepředstavuje ani dokument obsahující elektronický podpis, ani dokument, který prošel autorizovanou konverzí a je opatřen tzv. ověřovací doložkou, potvrdil i předseda Úřadu v rozhodnutí předsedy Úřadu, když navrhovatelem předložený dokument byl vytištěn, ručně očíslován a naskenován. Podstatné je však to, že podoba dokumentu, který v nabídce byl, ani jeho obsah nezavdávají prostor k pochybnosti o existenci a podmínkách bankovní záruky, jejíž platnost byla stanovena do 21. 7. 2022. Nadto navrhovatel dne 13. 5. 2022 prostřednictvím emailu zaslal zadavateli originál záruční listiny bankovní záruky a 1. 6. 2022 dodal zadavateli do emailové schránky písemné potvrzení výstavce bankovní záruky, kterým výstavce stvrzuje existenci bankovní záruky a zároveň deklaruje, že „(...) lze ji uplatnit u Banky i bez doručení elektronicky podepsaného originálu“. V případě nesplnění formální povinnosti předložit originální listinu bankovní záruky bez jakéhokoli vlivu na uplatnění práv z této listiny plynoucí neměl zadavatel, v tomto konkrétním případě, povinnost navrhovatele ze zadávacího řízení vyloučit. V souladu se závěry učiněnými předsedou Úřadu v rozhodnutí předsedy Úřadu je totiž na místě konstatovat, že účel bankovní záruky byl zcela naplněn, navíc za situace, kdy bylo složení požadované jistoty prokázáno i předložením originálu v době před rozhodnutím o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení.
102. Postup zadavatele při vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení dle § 48 odst. 3 zákona tak nezbyvá než zhodnotit jako za učiněný v rozporu se zásadou přiměřenosti, která je jednou ze základních zásad, kterou zadavatel musí dodržovat v průběhu celého zadávacího řízení, neboť 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.

103. Úřad tedy, v souladu se závazným právním názorem předsedy Úřadu, konstatuje, že vyloučení navrhovatele je v posuzovaném případě v rozporu se zákonem, zejména pak zde vyjádřenou zásadou přiměřenosti, a proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K dalším argumentům navrhovatele

104. Úřad uvádí, že vzhledem k výše uvedenému závěru a závaznému právnímu názoru předsedy Úřadu se již nezabýval dalšími tvrzeními navrhovatele, zejm. ohledně terminologické nepřesnosti zadavatele, kdy v čl. 5 odst. 1 Výzvy požadoval předložení elektronické bankovní záruky v originále, tj. nikoliv výslovně záruční listiny, dále příčinou odstranění elektronických podpisů z originálu záruční listiny bankovní záruky po vložení tohoto souboru do souboru obsahujícího všechny potřebné dokumenty související s podáním nabídky či namítaným nedostatkem technických znalostí zadavatele.

K výroku II. tohoto rozhodnutí – k uložení nápravného opatření

105. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
106. Úřad ve výroku I. tohoto rozhodnutí konstatoval, že zadavatel nedodržel pravidlo stanovené v § 48 odst. 3 zákona, když na základě usnesení z 117. schůze Rady města Olomouce konané dne 6. 6. 2022 rozhodl a přípisem „Oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 6. 6. 2022 oznámil vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení z důvodu, že navrhovatel neprokázal poskytnutí jistoty dle ustanovení § 41 odst. 4 písm. b) zákona, když ve své nabídce předložil toliko kopii záruční listiny bankovní záruky, ačkoli navrhovatel v nabídce předložil záruční listinu bankovní záruky, která postačovala k využití práva zadavatele na plnění jistoty dle § 41 odst. 8 zákona, přičemž k okamžiku vyloučení navrhovatele zadavatel již disponoval originálem záruční listiny bankovní záruky, a jednal tak v rozporu se zásadou přiměřenosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, neboť účel bankovní záruky byl naplněn. Výše specifikovaný nezákonný postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele. Pokud by totiž nedošlo k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, mohl by se stát vybraným dodavatelem, neboť předložil ekonomicky nejvýhodnější nabídku. Podmínka pro uložení nápravného opatření spočívající v existenci alespoň potenciálního vlivu na výběr dodavatele je v daném případě naplněna, přičemž zadavatel dosud neuzavřel v předmětném zadávacím řízení smlouvu. Jsou tak naplněny všechny zákonné podmínky pro uložení nápravného opatření dle § 263 odst. 2 zákona.
107. Úřad konstatuje, že v šetřeném případě lze nápravu zjednat tím, že bude zrušeno rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele, jakožto i všechny navazující úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí, jelikož

– jak bylo dovozeno v odůvodnění tohoto rozhodnutí – důvody pro vyloučení účastníka zadávacího řízení nemohou za stávající situace obstát.

K výroku III. tohoto rozhodnutí – k zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení

108. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.
109. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok působí právní účinky již dnem vydání tohoto rozhodnutí (a tedy i u nepravomocného rozhodnutí).
110. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o vyloučení navrhovatele a všech navazujících úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení, zakázal zároveň ve výroku III. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.

K výroku IV. tohoto rozhodnutí – k uložení úhrady nákladů řízení

111. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.
112. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o vyloučení navrhovatele a všech navazujících úkonů učiněných v zadávacím řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
113. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2022000298.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti výroku I., II. a IV. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků

učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží

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

Vypraveno dne

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