



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci

žalobce: **Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost**
sídlem Sokolovská 217/42, Praha

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R0020/2018/VZ-11743/2018/323/EBr,LVa ze dne 20.4.2018

takto:

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

Odůvodnění:

I. Shrnutí podstaty věci

1. Žalobce se domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 20.4.2018, č.j. ÚOHS-R0020/2018/VZ-11743/2018/323/EBr,LVa, kterým bylo potvrzeno prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24.1.2018, č.j. ÚOHS-S0445/2017/VZ-02535/2018/512/KMo, a zamítnut žalobcův rozklad. Žalovaný uložil žalobci pokutu ve výši 100 000 Kč za to, že se žalobce dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), tím, že žalobce nepostupoval podle § 76 odst. 1 ZVZ a nevyřadil nabídku vybraného uchazeče, který nezajistil platnost bankovní záruky po celou dobu zadávací lhůty podle § 43 ZVZ a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

II. Shrnutí procesního postojů žalobce

2. Žalobce namítá, že smyslem institutu jistoty v zadávacím řízení je obrana proti jednání dodavatele, které by zadavateli mohlo ztížit dokončení zadávacího řízení podle § 67 odst. 7 ZVZ. Oprávnění zadavatele čerpat bankovní záruku při nesplnění povinností dodavatele vymezených v § 67 odst. 7 ZVZ je časově omezeno pouze na dobu trvání zadávací lhůty. Žalobce vycházel z úvahy, že i kdyby dodavatele, který se stal vybraným uchazečem, vyzval k vysvětlení nabídky a umožnil mu doplnit doklad o prodloužení trvání bankovní záruky v souladu s § 46 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), a čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, měl by takový postup pouze formální povahu a pouze by brzdil již tak zpožďující se zadávací řízení, neboť bankovní zárukou zajišťovaná povinnost uplynutím zadávací lhůty zanikla. Vyzvat chybujiícího dodavatele k doplnění bankovní záruky z důvodu uplynutí zadávací lhůty podle § 46 odst. 1 ZZVZ (a čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod) by tedy podle žalobce bylo nadbytečné. Nadto podle žalobce dodavatel, který se stal vybraným uchazečem, ani nezavdal příčinu k čerpání bankovní záruky. Podle žalobce je nutné ZVZ vykládat smysluplně. V ZVZ stanovený zákaz či příkaz nelze aplikovat absolutně bez zohlednění smyslu a účelu právní úpravy. Vývoj situace navíc podle žalobce ukázal, že dodavatel zajistil platnost bankovní záruky po celou zadávací lhůtu a žalobce doplnil zadávací dokumentaci o kopii záruční listiny i pro prodlouženou zadávací lhůtu. Vybraný uchazeč podle žalobce nesplňoval zadávací podmínky pouze po dobu 10 dnů a tato skutečnost byla zjištěna až po uplynutí zadávací lhůty. Vyloučení vybraného uchazeče by tedy bylo formálně v souladu se ZVZ, avšak šlo by o postup nepřiměřený, což plyne i z nově zakotvené zásady přiměřenosti v § 6 ZZVZ. Žalovaný tak skutečností, které hodnotil jako polehčující okolnosti, měl podle žalobce posoudit jako liberační důvody. Žalobce dále namítá, že jeho jednání nedosahuje ani minimální míry společenské škodlivosti a žalovaný se dopustil „excesivního formalismu“. Podle žalobce měly být také zohledněny principy správního trestání; podle nové právní úpravy – ZZVZ – již jednání žalobce nebylo porušením zákona.
3. Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí zrušit. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejším soudem.

III. Shrnutí procesního postojů žalovaného

4. Žalovaný odkazuje především na odůvodnění prvostupňového rozhodnutí a dále argumentuje v tom směru, že uchazeč je povinen zajistit platnost bankovní záruky po celou dobu trvání zadávací lhůty bez ohledu na případné prodloužení této lhůty a v případě nedodržení této povinnosti je zadavatel povinen uchazeče ze zadávacího řízení vyloučit. Je-li zadávací lhůta prodloužena tak, že skončí až po skončení platnosti bankovní záruky, je takový uchazeč povinen zajistit poskytnutí jistoty i po zbytek zadávací lhůty. Jestliže zadavatel (či jeho hodnotící komise) zjistil, že uchazeč nesplňuje zadávací podmínky (bankovní záruka neplatila po celou zadávací

lhůtu), dopadá na zadavatele striktní zákonná povinnost nabídku vyřadit. Podle žalovaného zadavatel poté, co stanoví požadavek na doložení jistoty, nemůže následně v průběhu zadávacího řízení zvažovat, zda na svém původním požadavku setrvá či nikoli. Žalobce proto nemohl nadřazovat své úvahy nad kogentní ustanovení ZVZ. Smyslem jistoty je zajištění součinnosti uchazeče před uzavřením smlouvy; v posuzované věci smlouva v relevantní době uzavřena nebyla. Lpění na dodržování ZVZ nelze podle žalovaného považovat za formalismus. To, že zadávací lhůta v době zjištění pochybení již uplynula, není významné pro posouzení, zda měl být uchazeč vyloučen, a stejně tak není pro posouzení věci významné, že pochybení trvalo pouze omezenou dobu. Ve vztahu k pozdější právní úpravě (plynoucí ze ZZVZ) žalovaný uvádí, že ani pozdější právní úprava nebyla pro žalobce příznivější. Žalovaný rovněž zohlednil zásadu přiměřenosti. Polehčující okolnosti nelze zaměňovat za liberační důvody a k naplnění materiální stránky přestupku dle ZZVZ došlo.

5. Žalovaný tedy navrhuje zamítnutí žaloby jako nedůvodné. I žalovaný setrval na svém procesním postoji po celou dobu řízení před zdejší soudem.

IV. Posouzení věci

6. Žaloba byla podána osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“) a včas (§ 72 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (§ 65, § 68, § 70 s.ř.s.). Napadené rozhodnutí bylo přezkoumáváno v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodování žalovaného (§ 75 odst. 1 s.ř.s.). Zdejší soud rozhodoval bez jednání za splnění podmínek podle § 51 odst. 1 s.ř.s.
7. O skutkových otázkách není mezi žalobcem a žalovaným sporu. Žalobce zpochybňuje právní posouzení věci. Klíčovou otázkou v nyní posuzované věci je, zda žalobce pochybil, nevyřadil-li nabídku vybraného uchazeče. Podle žalovaného měl žalobce nabídku vybraného uchazeče vyřadit pro nesplnění požadavků zadavatele (žalobce) podle § 76 odst. 1 ZVZ.
8. Podle § 76 odst. 1 ZVZ hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) ZVZ. Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny.
9. Z části 6. zadávací dokumentace na veřejnou zakázku „Zajištění fyzické ostrahy objektů zadavatele“, ev. číslo 630474, vyplývá, že zadavatel (žalobce) v souladu s § 67 odst. 1 ZVZ stanovil povinnost poskytnutí jistoty ve výši 1 000 000 Kč, a to formou složení peněžní částky na účet žalobce nebo formou bankovní záruky, případně formou pojištění záruky. V případě poskytnutí jistoty formou bankovní záruky muselo být „...nepochybné, že banka poskytne zadavateli plnění až do výše zaručené částky bez odkladu a bez námitek po obdržení první výzvy zadavatele v souladu s ustanovením § 67 Zákona... Platnost bankovní záruky musí začínat nejpozději posledním dnem lhůty pro podání nabídky a trvat po celou dobu zadávací lhůty...“. V části 11. zadávací dokumentace byla zadávací lhůta stanovena na 90 dnů od uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek. Lhůta pro podání nabídek končila dne 1.8.2016 ve 12:00 hodin. Ze záruční listiny ze dne 4.7.2016, která prochází správním spisem, plyne, že z příkazu vybraného uchazeče (CENTR GROUP, a.s.) se Komerční banka, a.s. zavázala vyplatit žalobci bez odkladu a bez námitek jakoukoli částku nebo částky až do celkové výše 1 000 000 Kč, a to po obdržení písemné výzvy zadavatele (žalobce), která bude obsahovat písemné prohlášení, že vybraný uchazeč v rozporu se ZVZ zrušil nebo bez souhlasu zadavatele (žalobce) změnil svoji nabídku anebo odmítl uzavřít smlouvu na realizaci veřejné zakázky či nesplnil povinnost poskytnout zadavateli (žalobci) řádnou součinnost k uzavření smlouvy na realizaci veřejné zakázky. Ze záruční listiny dále vyplývá, že záruka byla platná do dne 31.10.2016.
10. Vybraný uchazeč tedy poskytl jistotu formou bankovní záruky. Podle § 67 odst. 5 ZVZ platí, že má-li být jistota poskytnuta formou bankovní záruky nebo pojištění záruky, je uchazeč povinen

zajistit její platnost po celou dobu zadávací lhůty podle § 43 ZVZ. Na vybraného uchazeče, který poskytl jistotu formou bankovní záruky, tak dopadala povinnost zajistit platnost bankovní záruky po celou dobu zadávací lhůty.

11. Podle § 43 odst. 1 ZVZ je zadávací lhůta lhůta, po kterou jsou uchazeči svými nabídkami vázáni. Zadávací lhůtu stanoví zadavatel zejména s ohledem na druh zadávacího řízení a předmět veřejné zakázky. V nyní posuzované věci žalobce stanovil zadávací lhůtu v souladu s § 43 odst. 2 ZVZ v oznámení o zahájení zadávacího řízení v délce 90 dnů. Rozsah délky zadávací lhůty ponechal ZVZ na uvážení zadavatele; délka zadávací lhůty by měla odpovídat „složitosti“ veřejné zakázky. Podle § 43 odst. 3 ZVZ zadávací lhůta začíná běžet okamžikem skončení lhůty pro podání nabídek (tu 1.8.2016) a končí dnem doručení oznámení zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Zadávací lhůta se prodlužuje uchazečům, s nimiž může zadavatel v souladu s tímto zákonem uzavřít smlouvu, až do doby uzavření smlouvy podle § 82 odst. 4 ZVZ nebo do zrušení zadávacího řízení. Byť to ZVZ výslovně nestanoví, je zřejmé, že zadávací lhůta končí také jejím uplynutím. Dodavatel SECURITAS ČR s.r.o. dne 8.8.2016 podal námitky, čímž došlo ke stavění zadávací lhůty, neboť podle § 43 odst. 4 ZVZ platí, že jsou-li podány námitky, zadávací lhůta neběží. Konec zadávací lhůty stanovený podle § 43 odst. 2 ZVZ se posouvá o dobu, kdy zadávací lhůta neběží. Běh zadávací lhůty pokračuje dnem doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách dodavatelů. Zadávací lhůta neběží rovněž po dobu, ve které zadavatel nesmí uzavřít podle ZVZ smlouvu. Žalobce o námitkách rozhodl dne 18.8.2016 a téhož dne rozhodnutí odeslal a doručil dodavatelům podávajícím námitky. V nyní posuzované věci tak došlo k posunu konce zadávací lhůty z původního dne 31.10.2016 o 10 dnů.
12. Ze záruční listiny předložené vybraným uchazečem vyplývá, že bankovní záruka byla poskytnuta pouze do dne 31.10.2016, tedy do dne, v němž by uplynula zadávací lhůta, nedošlo-li by k jejímu stavění. Jestliže došlo ze zákonem předvídaných důvodů (podání námitek) ke stavění zadávací lhůty a k posunu konce zadávací lhůty o 10 dnů, bylo na vybraném uchazeči, aby zajistil prodloužení bankovní záruky a aby tuto skutečnost žalobci doložil.
13. Jednání hodnotící komise proběhlo dne 20.10.2016 (páté jednání). Další její jednání proběhlo dne 29.11.2016. Hodnotící komise dne 29.11.2016 na prvním jednání po uplynutí zadávací lhůty (celkově na šestém jednání) konstatovala, že vybraný uchazeč přestal splňovat zadávací podmínku spočívající v poskytnutí jistoty 10 dnů před skončením zadávací lhůty a usnesla že, souhlasí s vyloučením vybraného uchazeče ze zadávacího řízení pro nesplnění zadávacích podmínek. Přes usnesení hodnotící komise žalobce nabídku vybraného uchazeče nevyřadil (a tohoto uchazeče nevyloučil).
14. Přestože v nyní posuzované věci nikdo nedovodil, že by nastaly důvody k reálnému plnění z bankovní záruky, tato skutečnost není z pohledu žalobceva postupu podstatná. Podstatné je, že vybraný uchazeč po dobu několika dnů nespĺňoval zadávací podmínku, tj. požadavek na poskytnutí jistoty ve výši 1 000 000 Kč.
15. Zdejší soud nemá důvodu odchýlit se od konstantně traktovaného pohledu, podle něhož uzavírání smlouvy v režimu ZVZ, byť je jeho výsledkem uzavření (z pohledu soukromoprávního) „běžné“ smlouvy, je přece jen relativně vysoce formalizovaným procesem, v rámci kterého někdy i pouhé formální pochybení je způsobilé vyvolat negativní následky; zadavatel je tudíž striktně vázán pravidly zadávání nejen vyplývajícími přímo ze ZVZ, nýbrž i vyplývajícími z jím samotným (v souladu se ZVZ) stanovených zadávacích podmínek. Stejně tak je třeba dovozovat závaznost těchto pravidel i ve vztahu k dodavatelům. Kogentní pravidla obsažená v ZVZ, byť by se někdy mohla na první pohled jevit i jako „zbytečně formalizovaná“, mají zajistit, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených a zpětně kontrolovatelných podmínek, neboť jinak by v zadávacím řízení nemohlo být dosaženo „obecně objektivního postupu“ jako promítnutí zásady transparentnosti, která je vůdčí zásadou pro zadávací řízení. V konkrétních a individuálních

souvislostech se sice rigidní aplikace pravidel plynoucích ze zadávacích podmínek může obecnou optikou jevit jako příliš přísná, odtržená od běžných obchodních kontraktačních postupů, jde však podle zdejšího soudu o přirozené specifikum kontraktace těch plnění, jež jsou veřejnými zakázkami, a jakékoli postupné ad hoc rozměňování požadavků na dodržení těchto pravidel, nebyla-li tato pravidla v průběhu zadávacího řízení zpochybněna především námitkami uchazečů (dodavatelů), by jakoukoli jistotu osob účastnících se zadávacích procesů spíše oslabovalo než posilovalo, což by ani požadavku na dodržení zásady transparentnosti zadávacích řízení nemohlo vyhovět.

16. Připustil-li by tedy zdejší soud, že lze (nebo že je to dokonce třeba), aby zadavatel posuzoval závažnost či délku trvání jednotlivých pochybení uchazeče, a podle závažnosti či délky trvání takového pochybení pak dle své vlastní úvahy přistupoval k vyřazení nabídky tohoto uchazeče a k jeho vyloučení, aniž by mu ZVZ takovou úvahu výslovně umožňoval (bez toho, že by ZVZ umožňoval pochybení uchazeče zhojit aktivitou samotného zadavatele), byl by takový postup nepochybně v rozporu především se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 ZVZ. To, že nabídková cena v nabídce vybraného uchazeče, která měla být vyřazena, byla nejnižší, nemohlo zjištěný nedostatek zhojit a zabránit vyřazení nabídky podle § 76 odst. 1 ZVZ, neboť zásada hospodárnosti nemůže mít nikdy izolovanou přednost před zásadou transparentnosti. Stejně tak nemohlo ani plynutí času zjištěný nedostatek zhojit; nelze podle zdejšího soudu argumentovat v tom směru, že pochybení uchazeče „netrvalo až tak dlouho“. Skutečnost, že hodnotící komise identifikovala pochybení vybraného uchazeče teprve dne 29.11.2016 na svém šestém jednání, tedy v době, kdy zadávací řízení zřejmě již opravdu „spěchalo“, a až po uplynutí zadávací lhůty, také nezabavovala žalobce povinnosti nabídku vybraného uchazeče vyřadit (a tohoto uchazeče vyloučit). Důsledné dodržování i formálních aspektů kontraktačního procesu dle ZVZ není tudíž nepřiměřeným postupem či „excesivním formalismem“, jak žalobce namítá.
17. Zdejší soud tak dává za pravdu žalovanému, že se žalobce dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ, neboť nevyřadil nabídku vybraného uchazeče, přestože tento uchazeč nezajistil platnost bankovní záruky po celou dobu zadávací lhůty.
18. To, že vybraný uchazeč prostřednictvím žalobce dodatečně po zahájení řízení o přestupku doložil platnost záruky po celou dobu zadávací lhůty, mohlo mít vliv na výši pokuty, nikoli na samotnou dřívější povinnost žalobce vyřadit nabídku vybraného uchazeče. Skutečnost, že záruka nebyla čerpána, mohla mít rovněž význam pro posouzení výše pokuty, nikoli pro úvahy o případné liberaci žalobce. Zdejší soud tu dává za pravdu žalovanému především v tom, že povinností vybraného uchazeče bylo nejen zajistit platnost bankovní záruky po celou dobu zadávací lhůty, nýbrž také předložit záruku zadavateli (žalobci).
19. Ani k žalobní námitce, že mělo být přihlédnuto k pozdější právní úpravě – ZZVZ – nedává zdejší soud žalobci za pravdu. Také podle ZZVZ (§ 268 odst. 1 písm. a/) se totiž zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou. Podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ se zadavatel dopustí správního deliktu (přestupku) tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. Důsledky – pokud jde o správní trestání – jsou z pohledu ZVZ i ZZVZ totožné. Podle § 48 odst. 3 ZZVZ (tedy podle pozdější právní úpravy) zadavatel vyloučí účastníka zadávacího řízení, který neprokázal složení požadované jistoty nebo nezajistil jistotu po celou dobu trvání zadávací lhůty (aniž by se nutně muselo jednat výlučně o vybraného uchazeče a aniž by měl zadavatel možnost úvahy ohledně

jeho vyloučení, jak má v některých dalších případech vyloučení účastníka zadávacího řízení podle § 48 ZZVZ). ZZVZ tak v tomto ohledu není pozdější příznivější právní úpravou.

20. Je třeba dodat, že otázka možnosti eventuální samotné žalobcovy aktivity, jež by mohla spočívat kupř. v tom, že by on sám uchazeče aktivně vyzval k tomu, aby v situaci, kdy se zadávací řízení zpozdňovalo, zajistil platnost bankovní záruky po celou dobu zadávací lhůty, nebyla podstatou nyní posuzované věci, a proto není třeba se touto otázkou nyní vůbec zabývat (a zkoumat eventuální výhody pozdější právní úpravy plynoucí kupř. z § 46 ZZVZ).
21. Žalobce s vybraným uchazečem, jehož nabídku měl podle § 76 odst. 1 ZVZ vyřadit (a jehož měl podle § 76 odst. 6 ZZVZ vyloučit), uzavřel rámcovou smlouvu. Pak tedy žalobce ZVZ porušil a postup žalobce nepochybně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a jednání žalobce materiální stránku přestupku naplnilo.
22. Zdejší soud tedy ze shora uvedených důvodů na věc nahlíží v nosných ohledech shodně jako žalovaný v napadeném a jemu předcházejícím rozhodnutí. Žádný ze žalobních bodů, jak byly v žalobě uplatněny, zdejší soud nepokládá za důvodný, nad jejich rámec nelze ve vztahu k napadenému rozhodnutí dovodit ani žádný nedostatek, který by vyvolával vadu, k níž by musel zdejší soud přihlédnout z úřední povinnosti, a proto zdejší soud žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

V. Náklady řízení

23. Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, proto právo na náhradu nákladů řízení nemá. Úspěšný byl žalovaný, tomu však podle obsahu soudního spisu nevznikly žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti, navíc náhradu žádných nákladů řízení ani nepožadoval, a proto bylo rozhodnuto, že se mu náhrada nákladů řízení nepřiznává.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 30. ledna 2020

David Raus v.r.
předseda senátu

Shodu s prvopisem potvrzuje: Romana Lipovská