



UOHSX00567ZZ

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S262/2013/VZ-20122/2013/521/GSt

Brno 16. října 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 3. 5. 2013 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Západočeská univerzita v Plzni, IČO 49777513, se sídlem Univerzitní 8, 306 14 Plzeň, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 9. 5. 2013 JUDr. Danielem Volopichem, advokátem, ev. č. ČAK 07162, se sídlem Vlastina 23, 323 18 Plzeň,
- navrhovatel – BAK stavební společnost, a.s., IČO 28402758, se sídlem Vodní 177, 541 01 Trutnov,

ve věci veřejné zakázky „Výstavba objektu pro projekt RICE“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 19. 3. 2013 pod ev. č. 343885, ve znění opravy ze dne 10. 6. 2013 a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 22. 3. 2013 pod ev. č. 2013/S 060 – 099871, ve znění dodatečných informací ze dne 12. 6. 2013,

**rozhodl** takto:

**Návrh navrhovatele** – BAK stavební společnost, a.s., IČO 28402758, se sídlem Vodní 177, 541 01 Trutnov – ze dne 3. 5. 2013, **se** podle ust. § 118 odst. 5 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 citovaného zákona.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Západočeská univerzita v Plzni, IČO 49777513, se sídlem Univerzitní 8, 306 14 Plzeň, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 9. 5. 2013 JUDr. Danielem Volopichem, advokátem, ev. č. ČAK 07162, se sídlem Vlastina 23, 323 18 Plzeň (dále jen „zadavatel“), odeslal podle zákona č.137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), do Věstníku veřejných zakázek dne 19. 3. 2013 pod ev. č. 343885, ve znění opravy ze dne 10. 6. 2013 a do Úředního věstníku Evropské unie dne 22. 3. 2013 pod ev. č. 2013/S 060 – 099871, ve znění dodatečných informací ze dne 12. 6. 2013, oznámení otevřeného řízení „Výstavba objektu pro projekt RICE“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Ve smyslu ustanovení § 151 zákona zadavatel pověřil výkonem práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením JUDr. Daniela Volopicha, advokáta, ev. č. ČAK 07162 – se sídlem Vlastina 23, 323 18 Plzeň a JUDr. Tomáše Tomšíčka, advokáta, ev. č. ČAK 10451 – sídlem Vlastina 23, 323 18 Plzeň.
3. V bodě 3. zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že předmětem veřejné zakázky *„je stavba díla, tj. vybudování světově unikátní vědeckovýzkumné infrastruktury pro oblast Inteligentních průmyslových systémů, a dále dodávka a montáže vestavěné technologie a vybavení nezbytných k provedení předmětu veřejné zakázky v rozsahu a za podmínek stanovených touto zadávací dokumentací. Součástí předmětu této veřejné zakázky jsou i projekční práce, a to stavební i technologické práce.“*
4. Z bodu IV.3.4) oznámení o zakázce vyplývá, že lhůta pro podání nabídek byla stanovena do 18. 6. 2013 (do 10:00 hodin).
5. Proti zadávacím podmínkám (konkrétně proti požadavku zadavatele na předložení závazného příslibu poskytnutí bankovní záruky za řádné dokončení díla ve výši 50 mil. Kč a za záruční opravy ve výši 25 mil. Kč jednotlivými uchazeči ve svých nabídkách) podal navrhovatel dopisem ze dne 11. 4. 2013 námitky, které zadavatel obdržel téhož dne. Zadavatel po přezkoumání těmito námitkám nevyhověl svým rozhodnutím ze dne 22. 4. 2013, které navrhovatel obdržel dne 23. 4. 2013.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 22. 4. 2013 za učiněné v souladu se zákonem, podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) dopisem ze dne 3. 5. 2013 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, který Úřad obdržel dne 3. 5. 2013. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 3. 5. 2013.

### II. OBSAH NÁVRHU ze dne 3. 5. 2013

7. Navrhovatel brojí proti požadavku zadavatele stanovenému v odst. 3 bodu 5.7. zadávací dokumentace, ve kterém zadavatel stanovil požadavek na předložení závazného příslibu poskytnutí bankovní záruky za řádné dokončení díla ve výši 50 mil. Kč a za záruční opravy ve výši 25 mil. Kč, a to jako součást nabídky uchazeče, přičemž tento závazný příslib poskytnutí bankovní záruky musí být platný nejpozději ke dni podání nabídky uchazeče, a pak nejpozději do doby, kdy vítězný uchazeč předá zadavateli vlastní bankovní záruku.

8. Navrhovatel v této souvislosti rovněž zmiňuje požadavek zadavatele na poskytnutí jistoty ve výši 6 mil. Kč podle bodu 6.3. zadávací dokumentace, v němž zadavatel stanovil, že *„Zadavatel požaduje v souladu s ustanovením § 67 ZVZ poskytnutí jistoty ve výši 6.000.000,- Kč ... k zajištění plnění povinností vyplývajících z účasti dodavatele v zadávacím řízení.“*
9. Navrhovatel uvádí, že daná banka uchazeči poskytuje určitý úvěrový rámec pro poskytování bankovních záruk, přičemž v případě čerpání úvěrového rámce banka nerozlišuje mezi vystavenou bankovní zárukou a jejím příslibem. Pokud tedy dojde k vyčerpání úvěrového rámce pro poskytování bankovních záruk, ať už z důvodu vystavených příslibů či přímo bankovních záruk, nemůže se uchazeč účastnit dalších zadávacích řízení, neboť v této situaci není schopen splnit požadavky zadavatele související s předložením závazného příslibu či bankovní záruky (ačkoli splňuje všechna ostatní kvalifikační kritéria).
10. Navrhovatel sděluje, že v šetřeném případě činí agregovaná hodnota bankovních záruk z pohledu poskytující banky 81 mil. Kč, což je téměř 22% hodnoty zakázky a dále *„v určitých případech např. 10 % z celé hodnoty úvěrového rámce uchazeče“*. Současně má navrhovatel za to, že splňuje všechny ostatní požadavky zadavatele. Předložení závazných bankovních příslibů poskytnutí bankovních záruk považuje navrhovatel ve fázi výběru nejvhodnější nabídky za redundantní, neúčelné a diskriminační, neboť tyto zajišťovací instrumenty se váží až k samotné realizaci veřejné zakázky, kterou může provádět pouze vybraný uchazeč. Ve fázi výběru nejvhodnější nabídky nemůže podle navrhovatele požadavek příslibu bankovní záruky sloužit jako zajišťovací instrument řádné realizace díla. Podle navrhovatele zde rovněž existuje duplicita, když zadavatel zajišťuje splnění dané povinnosti uchazečů finanční jistotou, kterou pro tyto případy zákon předvídá. Lze také očekávat, že zadávací řízení bude z různých (zákonem předvídatelných) důvodů prodlužováno, čímž může dojít k situaci, že uchazeč nebude moci z důvodu vyčerpání úvěrových rámců pro poskytování bankovních záruk podávat nabídky v dalších zadávacích řízeních. Předmětným požadavkem tedy zadavatel vytváří neodůvodněné překážky hospodářské soutěže a dochází tak k faktickému vyloučení širokého okruhu potenciálních dodavatelů z účasti v zadávacím řízení. Zadavatel podle navrhovatele postupuje v rozporu s § 6 zákona, zejména v rozporu se zásadou rovného zacházení a diskriminace jednotlivých uchazečů.
11. Navrhovatel uvádí, že z žádného zákonného či podzákonného předpisu (ani z vyhlášky č. 231/2012 Sb., kterou se stanoví obchodní podmínky pro veřejné zakázky na stavební práce, ve znění pozdějších předpisů – dále jen „vyhláška o obchodních podmínkách pro veřejné zakázky na stavební práce“), ani z žádných normy Evropské unie, nevyplývá povinnost zadavatele požadovat příslib bankovní garance za řádné plnění díla a záruční opravy. Tyto právní normy zadavateli ukládají, aby stanovil způsob zajištění řádného plnění, přičemž konkrétní instrumenty či fázi zadávacího řízení použití těchto instrumentů, nestanovují.
12. Navrhovatel považuje veřejnou zakázku za standardní, jak z hlediska předpokládané hodnoty, tak z hlediska komplexnosti prací. Snahu zadavatele prověřit daným požadavkem ekonomickou způsobilost potenciálních uchazečů, považuje navrhovatel za jdoucí nad rámec platné právní úpravy, neboť zákonem č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „novela č. 55/2012 Sb.“), bylo zrušeno ustanovení § 55 zákona.

13. Předmětný požadavek zadavatele vede podle navrhovatele k neúčelnému a neekonomickému navýšení nákladů spojených s přípravou nabídky. Dochází rovněž k nepřímé diskriminaci ostatních zadavatelů, kteří v důsledku předmětného požadavku zadavatele přijdou o možnost účasti dalších dodavatelů v dalších zadávacích řízeních, neboť tito dodavatelé budou vzhledem k omezeným úvěrovým rámcům pro poskytování bankovních záruk, nuceni vybírat, kterých zadávacích řízení se zúčastní a kterých ne, aniž by k tomu byl racionální důvod.
14. Navrhovatel poukazuje na značný propad trhu ve stavebnictví, který nutí uchazeče účastnit se všech zadávacích řízení, ve kterých je schopen splnit kvalifikaci, přičemž úspěšnost jednotlivých uchazečů v těchto zadávacích řízeních dosahuje řádově jednotek procent. Předmětný požadavek rovněž zadavateli nepřináší žádnou výhodu, jistotu, či zvýšení hospodárnosti, neboť příslib bankovní garance trvá pouze do podpisu smlouvy o dílo a nemůže tak mít žádnou zajišťovací funkci ve vztahu k následné řádné realizaci díla samotného. Navrhovatel odmítá argument zadavatele, že tímto způsobem nepodstupuje riziko podstatné změny okolností u uchazeče, který příslib bankovní garance předloží. Podle navrhovatele vzhledem k délce zadávacího řízení naopak může dojít ke změně podstatných okolností (např. zahájení insolvenčního řízení), které neumožní uchazeči podepsat se zadavatelem příslušnou smlouvu a vystavený příslib bankovní garance nebude mít pro zadavatele žádnou hodnotu. V této souvislosti považuje navrhovatel za dostatečný zajišťovací institut právě institut jistoty.
15. Navrhovatel se vzhledem k výše uvedenému domáhá, aby zadavatel ze zadávací dokumentace odstranil povinnost předložit závazný příslib poskytnutí bankovních záruk definovaný v bodu 5.7. zadávací dokumentace.

### **III. STANOVISKO ZADAVATELE ze dne 9. 5. 2013**

16. Zadavatel trvá na všem, co uvedl v rozhodnutí o námitkách ze dne 22. 4. 2013. Předmětný požadavek nepovažuje za bezúčelný, nepřiměřený a diskriminační. Institut jistoty (§ 67 zákona) a požadavek na předložení závazných příslibů bankovní záruky podle zadavatele spolu nesouvisí a každý instrument sleduje svůj zajišťovací účel. Oba zajišťovací nástroje jsou nezbytné pro řádnou, včasnou a hospodárnou realizaci celé veřejné zakázky.
17. Zadavatel zdůrazňuje, že je povinen zajistit řádnou realizaci celé veřejné zakázky, přičemž nelze oddělovat proces zadávání zakázky od procesu samotné realizace díla. Zadavatel konstruoval požadavek na složení jistoty (§ 67 zákona) s cílem zajistit, že vybraný uchazeč uzavře se zadavatelem smlouvu, a zadavatel tak nepřijde o možnost těžit z výhod nejvhodnější nabídky. V šetřeném případě činí jistota 1,6 % z předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Poskytnutí jistoty nenaplňuje účel předmětného požadavku, tj. kompenzaci újmy, která by zadavateli vznikla v případě, že dílo nebude realizováno. Jistota zajišťuje rizika, která mohou nastat ve fázi končící uzavřením smlouvy, a negarantuje tedy řádné plnění smlouvy.
18. Požadavkem na předložení závazných příslibů poskytnutí bankovní záruky již v nabídkách uchazečů zadavatel sleduje potřebu zajistit řádnou realizaci celé veřejné zakázky. Účelem zadávacího řízení není pouze realizovat výběr nejvhodnější nabídky a poté uzavřít smlouvu, ale rovněž zajistit garanci následného řádného plnění smlouvy. Bez této garance zadavatel není schopen sám zaručit, že unikátní a komplexní dílo, které je předmětem plnění veřejné

zakázky, bude řádně zhotoveno a že budou garantovány záruční opravy v případě vadného díla. Existence garance musí být deklarována již v rámci zadávacího řízení, aby byl zadavatel ujištěn, že bankovní záruky budou bankou bez dalšího v rozhodném okamžiku vystaveny. Realizace díla je náročná a je zadávána podle § 44 odst. 5 zákona, tj. formou požadavku na výkon nebo funkci. Podle § 9 odst. 1 písm. b) zákona jsou předmětem plnění kromě prostého zhotovení stavby i náročné projektové služby a dodávky složitých technologických celků. Přestože je úhrada ceny stanovena jako měsíční, může v průběhu realizace díla vzniknout na straně dodavatele výraznější finanční zátěž.

19. Zadavatel uvádí, že předmětem plnění veřejné zakázky je vybudování světově unikátní vědecko-výzkumné infrastruktury v rámci projektu Regionální inovační centrum elektrotechniky (dále jen „RICE“), CZ.1.05/2.1.00/03.094, což je projekt financovaný prostřednictvím Operačního programu Výzkum a vývoj pro inovace (dále jen „OP Va Vpl“) z Evropského fondu pro regionální rozvoj. Úspěšná realizace předmětu plnění veřejné zakázky je předpokladem pro naplnění cílů projektu RICE včetně následného plnění monitorovacích indikátorů. V případě nerealizace, resp. neefektivní realizace, předmětu plnění veřejné zakázky, vznikne zadavateli (i veřejným rozpočtovým zdrojům) nenahraditelná újma výrazně přesahující předpokládanou hodnotu veřejné zakázky.
20. V souvislosti s povinností zadavatele učinit a dopředu stanovit veškerá nezbytná opatření, která zajistí, že výdaje uskutečněné v rámci projektu budou vydány s maximální opatrností, hospodárností a rizikovou prevencí zadavatel zmiňuje následující právní předpisy: zákon č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů (zákon o finanční kontrole), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách), ve znění pozdějších předpisů, vyhlášku o obchodních podmínkách pro veřejné zakázky na stavební práce a Příloha č. 2 příruček pro žadatele a příjemce OP Va Vpl – Pravidla pro výběr dodavatel v rámci OP Va Vpl; rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9.7.2009 sp. zn. 9 Afs 87/2008 SbNSS 2/11, str. 187 a rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S343/2008/VZ-1167/2009/540/VKu.
21. Zadavatel uvádí, že bankovní záruka je běžným zajišťovacím instrumentem při výstavbě rozsáhlých investičních celků, představuje nejrychlejší a nejúčinnější zajišťovací prostředek, kterým si zadavatel může zajistit splnění svého závazku. Ve srovnání s jinými zajišťovacími instrumenty je míra jistoty kompenzace zadavatele ze strany banky výrazně vyšší, navíc ze strany zadavatele nejsou vyžadovány další nákladné úkony a riziko nesplnění závazku dlužníkem je přeneseno ze zadavatele (věřitele) na vysoce bonitní subjekt (banku). Pokud by se zadavatel spoléhal pouze na jistotu (§ 67 zákona), ve smyslu zajištění povinnosti předložit bankovní záruky při uzavření smlouvy v rámci součinnosti uchazeče podle § 82 odst. 4 zákona, vystavoval by se nepřiměřenému riziku, že v rozhodném okamžiku tento zajišťovací instrument neobdrží, a nedostojí tedy požadavkům na dostatečné zajištění smluvního vztahu. V této souvislosti odkazuje navrhovatel na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S035/2007-00046/2007/550-VŠ ze dne 10. 4. 2007. Předložení závazných příslibů poskytnutí bankovní záruky již ve stádiu podání nabídek uchazečů je běžně používáno ve veřejných zakázkách obdobného či dokonce nižšího rozsahu, přičemž zadavatel ve svém vyjádření některé z těchto veřejných zakázek příkladmo uvádí. V mnoha případech se jedná o veřejné zakázky

financované ze strukturálních fondů Evropské unie, resp. z OP Va Vpl, kdy je namísto zvýšená opatrnost zadavatele, neboť vynakládání financí na tyto projekty podléhá kontrole ze strany dotačních orgánů Evropské unie. Zadavatel také zmiňuje veřejnou zakázku „Výstavba objektu pro projekt NTIS a CTPVV“ (předpokládaná hodnota díla ve výši 702 750 219 Kč bez DPH, příslib poskytnutí bankovní záruky za dokončení díla ve výši 70 mil. Kč, za platby subdodavatelům ve výši 10 mil. Kč a za záruční opravy ve výši 10 mil. Kč) a veřejnou zakázku „Výstavba objektu pro projekt RIPO“ (předpokládaná hodnota díla ve výši 107 mil. Kč bez DPH, příslib poskytnutí bankovní záruky za dokončení díla ve výši 15 mil. Kč, za platby subdodavatelům ve výši 2 mil. Kč a za záruční opravy ve výši 1 mil. Kč), které byly podrobeny kontrole ze strany Řídícího orgánu OP Va Vpl, jenž zákonnost a přiměřenost požadavku na předložení závazných příslibů poskytnutí bankovní záruky v nabídkách uchazečů nezpochybnil. Zadavatel dodává, že veřejné zakázky „Výstavba objektu pro projekt NTIS a CTPVV“ se zúčastnil rovněž navrhovatel, který nikdy však nepřiměřenost a diskriminační charakter předmětného zadávacího požadavku nenamítal.

22. Předmětná zadávací podmínka podle zadavatele plně odpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětné veřejné zakázky, přičemž byly dodrženy veškeré zásady podle § 6 zákona. V daném případě existuje objektivní potřeba zajistit realizaci díla subjektem, jenž před uzavřením smlouvy prokáže způsobilost poskytnout zadavateli bankovní záruku. Pokud předmětný požadavek vede k určité eliminaci nezpůsobilých dodavatelů, nejedná se podle zadavatele o diskriminaci či porušení principu rovnosti, nýbrž jde o legitimní selekci s cílem zajištění efektivní a hospodárné realizace díla. V této souvislosti odkazuje zadavatel na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008 sp. zn. 1 Afs 20/2008 a rozhodnutí Úřadu ze dne 21. 6. 2010 č. j. ÚOHS-S79,S87/2010/VZ-7082/2010/510/KČe. Zadavatel podotýká, že k okamžiku podání nabídek si o zadávací dokumentaci požádalo více než 20 dodavatelů, přičemž žádný z nich kromě navrhovatele napadené skutečnosti nenamítal.
23. Zadavatel uvádí, že novelou č. 55/2012 Sb. byla provedena koncepční změna způsobu prokazování ekonomické a finanční způsobilosti dodavatelů (viz důvodová zpráva k návrhu novely č. 55/2012 Sb.), která klade zvýšené nároky na dodavatele, jež musí zvážit, zda jsou schopni řádně plnit konkrétní veřejnou zakázku či nikoli (např. provedením i finanční analýzy ze strany své banky).
24. Zadavatel tedy navrhuje, aby Úřad podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítl návrh navrhovatele jako nedůvodný.

#### **IV. STANOVISKO NAVRHOVATELE ze dne 29. 5. 2013**

25. Dne 29. 5. 2013 Úřad obdržel od navrhovatele písemnost „Návrh důkazů dle ustanovení § 36 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád“ ze dne 29. 5. 2013, v němž uvedl, že aktuálně zaujímá dosaženým obratem cca 15. místo mezi největšími podniky stavební výroby v České republice. Jako důkaz navrhovatel předložil výsledky ankety TOP STAV 100 za rok 2011, aktualizované dne 22. 5. 2013 a uveřejněné časopisem Stavebnictví ([http://casopisstavebnictvi.cz/anketa-top-stav-100-2011vysledky\\_N5161](http://casopisstavebnictvi.cz/anketa-top-stav-100-2011vysledky_N5161)) s tím, že přestože není v pořadí ankety uveden, řadí ho jím dosažený obrat na cca 15. místo. Jako důkaz v této souvislosti předložil navrhovatel i své výroční zprávy za rok 2011 a 2012.
26. Navrhovatel dále uvádí, že disponuje rámcem bankovních záruk v celkové výši 1,1 miliardy Kč, a to u prvotřídních a největších bankovních ústavů v České republice. V současnosti čerpá

ze svého rámce, kromě jiných bankovních záruk, bankovní přísliby v celkové hodnotě 243 300 000 Kč, tj. téměř čtvrtinu celého rámce bankovních záruk. Jako důkaz navrhovatel předložil písemnosti od tří bankovních ústavů, které potvrzují, že všechny tři bankovní ústavy do úvěrových limitů započítávají jak vystavené bankovní záruky, tak i vystavené závazné přísliby. Jako důkaz navrhovatel rovněž předložil písemnost „BZ-přehled čerpání limitů pro ÚOHS k 27.5.2013“ ze dne 28. 5. 2013, která je podle navrhovatele (viz body 33 a 34 tohoto rozhodnutí) předmětem obchodního tajemství ve smyslu § 17 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“).

27. Navrhovatel opakovaně uvádí, že předmětný požadavek je v rozporu se zásadou diskriminace a neslouží k zajištění žádného závazku, neboť závazné přísliby poskytnutí bankovních záruk jsou požadovány ve fázi před realizací díla a před uzavřením smlouvy o dílo. Navrhovatel odkazuje také na dodatečnou informaci č. 8 ze dne 6. 5. 2013, v rámci níž zadavatel stanovil, že požadavek příslibu bankovní záruky nelze nahradit instrumentem pojištění záruky. Podle navrhovatele instrument pojištění záruky splňuje stejný cíl a znamená alternativu pro uchazeče, která nezasahuje do jejich rámců bankovních záruk. Daná problematika má dopad na široký okruh dodavatelů. Pokud by ostatní zadavatelé postupovali obdobně, mohlo by dojít k situaci, že uchazeči by byli schopni krýt pouze soutěžní přísliby a nikoli své smluvní závazky vyplývající z konkrétních uzavřených smluv o dílo, čímž by vznikla škoda způsobená nemožností účastnit se výběrových řízení, a rovněž problémy u zakázek, které uchazeči úspěšně získali. Tato situace je neudržitelná i z důvodu délky zadávacích řízení.
28. Navrhovatel uvádí modelovou situaci, pokud by ostatní zadavatelé při zadávání veřejných zakázek v hodnotě cca 400 mil. Kč požadovali příslib bankovní záruky v hodnotě 75 mil. Kč, mohli by se dodavatelé přihlásit do cca 10 obdobných zadávacích řízení a vyčerpali by svůj rámec bankovních záruk, a to za předpokladu, že část rámce by byla použita na bankovní záruky vystavené v menší míře k již uzavřeným smlouvám o dílo. Předmětný požadavek má také dopad na nabídkovou cenu, neboť poplatky za vystavení příslibu bankovní záruky se pohybují v rozmezí 0,8 až 1,5 % per annum z hodnoty příslibu či bankovní záruky po celou dobu trvání.

#### **V. DOPLNĚNÍ VYJÁDŘENÍ NAVRHOVATELE ze dne 25. 6. 2013**

29. Navrhovatel ve svém doplnění vyjádření ze dne 25. 6. 2013 uvádí, že dne 18. 6. 2013 uplynula lhůta pro podání nabídek, přičemž navrhovatel svou nabídku nepodal, a to přes skutečnost, že ostatní požadavky zadavatele by byl podle jeho názoru schopen splnit. Současně Úřad požádal, aby si od zadavatele vyžádal informaci, kolik uchazečů si vyzvedlo zadávací dokumentaci a kolik z nich nakonec podalo svou nabídku.

#### **VI. ŘÍZENÍ PŘED SPRÁVNÍM ORGÁNEM**

30. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 3. 5. 2013 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
31. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel.

32. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S262/2013/VZ-8581/2013/521/GSt ze dne 13. 5. 2013. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S262/2013/VZ-8583/2013/521/GSt z téhož dne stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a ve které byli oprávněni vyjádřit svá stanoviska v řízení, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.
33. Usnesením č. j. ÚOHS-S262/2013/VZ-10435/2013/521/GSt ze dne 5. 6. 2013 byla Úřadem navrhovateli stanovena lhůta k provedení úkonu – zaslání písemného vyjádření, zda písemnost označená jako „Návrh důkazů dle ustanovení § 36 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád“ ze dne 29. 5. 2013 obsahuje skutečnosti mající charakter obchodního tajemství a pokud ano, označení těchto částí s uvedením důvodu; a zaslání písemného vyjádření, zda skutečnosti mající charakter obchodního tajemství jsou obsaženy v přílohách k písemnosti označené jako „Návrh důkazů dle ustanovení § 36 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád“ ze dne 29. 5. 2013, a pokud ano, označení těchto částí s uvedením důvodu.
34. Dne 6. 6. 2013 Úřad od navrhovatele obdržel písemnost „Označení skutečností a dokumentů mající charakter obchodního tajemství“ z téhož dne, z níž vyplývá, že skutečnosti mající charakter obchodního tajemství jsou obsaženy listině označené jako „*BZ-přehled čerpání limitů pro ÚOHS k 27.5.2013*“ ze dne 28. 5. 2013 (tj. příloha „*přehled soutěžních bankovních záruk navrhovatele, včetně stavu jejich čerpání navrhovatelem*“ k podání ze dne 29. 5. 2013). Navrhovatel v této souvislosti uvedl, že vzhledem k tomu, že předmětná příloha obsahuje přehled soutěžních bankovních záruk navrhovatele u jednotlivých bank, včetně stavu jejich čerpání, považuje navrhovatel tuto přílohu za písemnost obsahující skutečnosti, které mají charakter obchodního tajemství ve smyslu § 17 obchodního zákoníku.
35. Dne 23. 8. 2013 se na Úřad dostavil zástupce zadavatele prof. Ing. Zdeněk Peroutka, Ph.D. k nahlédnutí do správního spisu sp. zn. S262/2013/VZ; protokol o nahlížení je součástí správního spisu.
36. Usnesením č. j. ÚOHS-S262/2013/VZ-16078/2013/521/GSt ze dne 28. 8. 2013 Úřad nevyhověl žádosti zadavatele o nahlédnutí do správního spisu sp. zn. S262/2013/VZ v části týkající se písemnosti označené jako „*BZ-přehled čerpání limitů pro ÚOHS k 27.5.2013*“ ze dne 28. 5. 2013.

## VII. ZÁVĚRY ÚŘADU

37. Na základě § 112 a následujících ustanovení zákona Úřad přezkoumal případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření účastníků řízení, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
38. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
39. Podle § 44 odst. 3 písm. j) zákona musí zadávací dokumentace obsahovat alespoň mj. jiné požadavky zadavatele na plnění veřejné zakázky.
40. Podle věty první § 67 zákona zadavatel může u veřejné zakázky v oznámení otevřeného řízení, užšího řízení, jednacího řízení s uveřejněním, zjednodušeného podlimitního řízení nebo soutěžního dialogu požadovat, aby uchazeči k zajištění plnění svých povinností



vyplývající z účasti v zadávacím řízení poskytli jistotu. Jistotu nelze požadovat při zavedení dynamického nákupního systému. Výši jistoty stanoví zadavatel v absolutní částce ve výši do 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky nebo do 5 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, jestliže v zadávacím řízení bude použita elektronická aukce. Jistotu poskytne uchazeč formou složení peněžní částky na účet zadavatele (dále jen „peněžní jistota“), nebo formou bankovní záruky nebo pojištění záruky.

41. Podle ust. § 67 odst. 7 zákona pokud uchazeč v rozporu s tímto zákonem nebo zadávacími podmínkami zrušil nebo změnil nabídku, odmítl-li uzavřít smlouvu podle § 82 odst. 2 a 4 nebo nesplnil-li povinnost poskytnout zadavateli řádnou součinnost k uzavření smlouvy podle § 82 odst. 4, má zadavatel právo na plnění z bankovní záruky nebo na pojistné plnění z pojištění záruky nebo mu připadá poskytnutá peněžní jistota včetně úroků zúčtovaných peněžním ústavem.
42. Podle věty první § 82 odst. 4 zákona platí, že vybraný uchazeč je povinen poskytnout zadavateli řádnou součinnost potřebnou k uzavření smlouvy tak, aby byla smlouva uzavřena ve lhůtě podle § 82 odst. 2 zákona.
43. V bodě 5.7. odst. 3 zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že: *„Uchazeč je povinen předložit jako součást své nabídky **závazný příslib poskytnutí bankovní záruky** za řádné dokončení díla ve výši 50 mil. Kč a za záruční opravy ve výši 25 mil. Kč. Tento závazný příslib poskytnutí bankovní záruky musí být platný nejpozději ke dni podání nabídky uchazeče, a pak nejpozději do doby, kdy vítězný uchazeč předá Zadavateli vlastní bankovní záruku.*

***Bankovní záruka** za řádné dokončení díla bude platná ode dne uzavření Smlouvy do dne podpisu protokolu o konečném převzetí díla, nejméně však do 31. 12. 2015, bankovní záruka za záruční opravy bude platná a účinná nejpozději ke dni podpisu protokolu o předběžném převzetí díla a musí být platná a účinná po dobu nejméně 61 měsíců od podpisu protokolu o předběžném převzetí díla; ... Tento závazný příslib vystaví banka, která vystaví v případě uzavření Smlouvy s vítězným uchazečem příslušnou bankovní záruku.“*

44. V bodě 6.3. zadávací dokumentace zadavatel mj. stanovil, že: *„Zadavatel požaduje v souladu s ustanovením § 67 ZVZ poskytnutí jistoty ve výši **6.000.000,-Kč** ... k zajištění plnění povinností vyplývajících z účasti dodavatele v zadávacím řízení.“*
45. Úřad považoval za vhodné nejprve vyložit povahu a účel požadavku na složení jistoty a bankovní záruky, přičemž přezkoumával nejen zákonnou úpravu těchto institutů jednotlivě, ale i jejich vzájemnou zastupitelnost při zajištění průběhu zadávacího řízení či případně plnění ze smlouvy uzavřené s vybraným uchazečem.
46. K institutu poskytnutí jistoty v zadávacím řízení, tak jak je upraven v ustanovení § 67 zákona, Úřad uvádí, že jeho smyslem je mimo jiné zajistit, aby uchazeči dostali svým povinností, které jim vyplývají z účasti v zadávacím řízení či selekce opravdových zájemců o zadání veřejné zakázky. Další důležitou funkcí složení jistoty je možnost sanovat z její výše případnou újmu způsobenou zadavateli uchazečem při porušení jeho povinností v průběhu zadávacího řízení<sup>1</sup>. Uvedený institut tak svou zajišťovací povahou poskytuje zadavateli vyšší

<sup>1</sup> K funkcím jistoty podle ustanovení § 67 zákona více RAUS, David. Zákon o veřejných zakázkách: komentář. Praha: Linde, 2007, str. 497

míru právní jistoty, že uchazeč, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější, dostojí své povinnosti, a uzavře se zadavatelem smlouvu (fáze předkontraktační). Vzhledem k tomu, že vrácení jistoty je vázáno ve smyslu ust. § 67 odst. 2 zákona na okamžik uzavření smlouvy, resp. odeslání oznámení o výběru nejvhodnější nabídky, oznámení o vyloučení, či oznámení o zrušení zadávacího řízení, je zřejmé, že institut jistoty se váže výhradně k zajištění povinností uchazeče v době běhu zadávacího řízení. Pomocí institutu jistoty tedy nelze zajišťovat plnění povinností uchazeče (řádné plnění díla či zajištění záručních oprav) po skončení zadávacího řízení. Pro úplnost Úřad dodává, že jistota ve výše uvedeném smyslu může mít formu bankovní záruky (srov. níže).

47. K povaze bankovní záruky obecně Úřad uvádí následující. Bankovní záruka je upravena ustanovením § 113 a násl. zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Obecně je bankovní záruka institut sloužící k zajištění závazku, přičemž jejím hlavním úkolem je zaručit věřiteli, že závazek dlužníka bude splněn řádně a včas – přičemž se takto zaručuje banka jako velmi kapitálově silný a důvěryhodný obchodní partner<sup>2</sup>.
48. Co se týče požadavku zadavatele na předložení závazného příslibu poskytnutí bankovní záruky, Úřad uvádí, že na rozdíl od institutu jistoty ve smyslu ust. § 67 zákona, se jedná o požadavek týkající se realizace veřejné zakázky, jehož základním smyslem je zajištění řádného plnění veřejné zakázky dodavatelem (fáze postkontraktační), a nikoli zajištění povinností vyplývajících z účasti v zadávacím řízení. Z tohoto důvodu nelze zaměňovat uvedené dva instituty, neboť zajišťují odlišné povinnosti dodavatelů. Pro úplnost Úřad dodává, že samotné složení jistoty je umožněno i formou bankovní záruky, avšak funkce uvedené bankovní záruky (představující v podstatě jistotu ve smyslu ustanovení § 67 zákona) je jiná, než funkce bankovní záruky, jejíž příslib požaduje zadavatel v prošetřovaném případě.
49. Úřad nejprve posoudil samotnou povahu výše vymezeného zadavatelova požadavku z pohledu zákona, přičemž dospěl k závěru, že se jedná o specifikaci jiného požadavku zadavatele v zadávací dokumentaci dle ustanovení § 44 odst. 3 písm. j) zákona.
50. V souvislosti s otázkou, zda by požadavek příslibu bankovní záruky mohl spadat do kategorie požadavků na kvalifikaci dodavatele, Úřad uvádí, že pojmem kvalifikace dodavatele se pro účely zákona rozumí způsobilost dodavatele pro provedení zadávané veřejné zakázky. Kvalifikace má charakter určitých předpokladů a kritérií vhodnosti, které by měly zajistit, aby se zadávacího řízení účastnili pouze ti dodavatelé, kteří jsou schopni bez problémů realizovat předmět plnění veřejné zakázky. Jedná se o splnění základních, profesních a technických kvalifikačních předpokladů. Těmito kvalifikačními předpoklady se osvědčuje například spolehlivost a trestní bezúhonnost (například v souvislosti s předmětem podnikání dodavatelů), dále dostatečná odborná kvalifikace k realizaci dané veřejné zakázky a v neposlední řadě také technická a materiální vybavenost potřebná k bezproblémové a kvalitní realizaci předmětu veřejné zakázky.
51. Je tudíž zřejmé, že kvalifikační požadavky se přímo váží k samotné osobě dodavatele a nikoliv k faktickému plnění předmětu veřejné zakázky. V návaznosti na výše uvedené je nutno dospět k závěru, že požadavek zadavatele na předložení příslibu bankovní záruky za řádné dokončení díla a za záruční opravy nevypovídá o způsobilosti dodavatele realizovat danou

<sup>2</sup> K institutu bankovní záruky více BEJČEK, Josef, Karel ELIÁŠ a Přemysl RABAN. *Kurs obchodního práva: obchodní závazky*. 5. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2010, str. 139 a násl.

veřejnou zakázku a neváže se přímo k osobě dodavatele, nýbrž k plnění veřejné zakázky. Z tohoto důvodu nelze předmětný požadavek považovat za prokazování kvalifikace dodavatele.

52. Požadavek na předložení příslibu bankovní záruky za řádné dokončení díla a za záruční opravy je zajišťovacím instrumentem, pomocí něhož si zadavatelé zajišťují řádné plnění veřejné zakázky (srov. výše). Principem uvedeného instrumentu je, že banka uspokojí věřitele (zadavatele) do určité výše finanční částky, jestliže třetí osoba (dodavatel) nesplní určitý smluvní závazek nebo jinou podmínku. Z charakteristiky bankovní záruky jako zajišťovacího instrumentu vyplývá, že v případě šetřeného požadavku na předložení příslibu bankovní záruky uchazečem před zadáním veřejné zakázky se jedná o požadavek na kvalitu plnění veřejné zakázky, konkrétně požadavek na zajištění závazku, který zakázka představuje.
53. Vymezení požadavků na plnění veřejné zakázky v zadávací dokumentaci zákon upravuje v ust. § 44 odst. 3 zákona. Zde je stanovena povinnost zadavatele zahrnout do zadávací dokumentace i požadavky zadavatele na plnění veřejné zakázky dle ustanovení § 44 odst. 3 písm. j) zákona. Z uvedeného důvodu tedy Úřad konstatuje, že požadavek zadavatele na předložení příslibu bankovní záruky za řádné dokončení díla a za záruční opravy v šetřeném případě představuje další požadavek zadavatele na plnění veřejné zakázky, a proto je zadavatel uvedený požadavek (pokud je hodlá vyžadovat) povinen stanovit v zadávací dokumentaci dle ustanovení § 44 odst. 3 písm. j) zákona.
54. K požadavku definovanému v ust. § 44 odst. 3 písm. j) zákona Úřad uvádí, že obecná formulace daného oprávněného požadavku dává zadavateli prostor, aby sám uvážil a definoval povinnosti, které bude s ohledem na předmět plnění dané veřejné zakázky od dodavatelů vyžadovat a jejichž splnění bude nezbytné k podání nabídky. Tento volný prostor však není neomezený a libovolný a zadavatel vždy musí dbát dodržení zásad stanovených v § 6 odst. 1 zákona. V této souvislosti Úřad poznamenává, že nelze bez dalšího konstatovat, že požadavek na předložení bankovní záruky, či příslibu bankovní záruky je vždy legitimní. Zadavatel musí brát zřetel jednak na již zmiňované základní zásady podle ustanovení § 6 odst. 1 zákona, a zároveň dbát na přiměřenost (proporcionalitu) požadavku na zajištění plnění veřejné zakázky pomocí zajišťovacího institutu bankovní záruky (resp. jejího příslibu), tak, aby nedošlo k zásahu do nepřekročitelných základních zásad zákona. Úřad tedy konstatuje, že zadavatel je oprávněn příslib bankovní záruky za řádné dokončení díla po potenciálních uchazečích (resp. dodavatelích) dle ust. § 44 odst. 3 písm. j) zákona vyžadovat, pokud se jedná o požadavek přiměřený a neodporující základním zásadám zákona.
55. V případě posuzování proporcionality požadavku zadavatele na předložení příslibu bankovní záruky ve fázi zadávání veřejné zakázky (předkontrakční fáze) je potřeba nejprve určit, jaký účel požadavek má a zda je požadavek proporcionalní v užším smyslu vzhledem k potenciálnímu zásahu do základních zásad zákona. Jednodušeji a konkrétněji řečeno, zda účel, který prošetřovaný požadavek naplňuje, není v Úřadem přezkoumávaném případě nepřiměřený a v důsledku diskriminační. Úřad konstatuje, že účelem bankovní záruky je zajištění plnění veřejné zakázky. Příklad je možné brát jako obdobu smlouvy o smlouvě budoucí – tedy jako závazek, že je banka připravena za splnění určitých podmínek (zadání veřejné zakázky konkrétnímu uchazeči) poskytnout bankovní záruku. Úřad tedy konstatuje, že ačkoliv je příslib bankovní záruky požadován již ve fázi předkontrakční, přičemž její účel je naplněn až ve fázi postkontrakční, je ze strany zadavatele legitimní požadovat po

uchazečích příslibů již ve fázi před podáním nabídek. Proporcionalitu konkrétního požadavku na předložení příslibu bankovní záruky je potřeba vždy poměřovat vzhledem k předmětu plnění, za které je bankovní záruka požadována, tedy k předmětu plnění veřejné zakázky. Samotná proporcionalita se poměřuje naplněním tří dílčích kritérií, které představuje vhodnost, potřebnost a proporcionalita v užším slova smyslu (tzv. test proporcionality). V posuzování vhodnosti opatření Úřad zkoumá, zda opatření vede k účelu, který má naplňovat. Kritérium potřebnosti určuje, zda nelze dosáhnout požadovaného účelu i jiným prostředkem, než je poměřované opatření. Posledním kritériem je proporcionalita v užším slova smyslu, tedy poměrování toho, zda je posuzované opatření skutečně přiměřené požadovanému cíli a nepředstavuje exces či neúnosné narušení některého ze základních principů zákona o veřejných zakázkách (§ 6 odst. 1 zákona). Obdobně, pochopitelně v méně strukturované podobě, by měl uvažovat i zadavatel, pokud se rozhodne příslib bankovní záruky za řádné dokončení díla po potenciálních uchazečích (resp. dodavatelích) o veřejnou zakázku vyžadovat již společně s podáním nabídek.

56. Úřad s ohledem na výše uvedené přistoupil k testu proporcionality v šetřeném případě. K tomu konstatuje následující.
57. Ke vhodnosti vyžadování příslibu bankovní záruky Úřad uvádí, že se jedná jednoznačně o vhodné opatření. Zajištění závazku bankovní zárukou představuje standardní zajišťovací institut v soukromém právu (v právu obchodním), přičemž zaručení se ze strany banky jednoznačně zvyšuje jistotu zadavatele ohledně řádného plnění ze strany dodavatele. Úřad tedy konstatuje, že požadavek vhodnosti byl v projednávaném případě naplněn.
58. K potřebnosti vyžadování příslibu bankovní záruky uvádí Úřad, že je potřeba předně zkoumat námitku navrhovatele ohledně možnosti využití institutu pojištění záruky, který je dle vyjádření navrhovatele zástupný za bankovní záruku. Zadavatel v rámci dodatečné informace č. 8 ze dne 6. 5. 2013 dodavatelům mj. sdělil, že „... *Zadavatel stanovil tento požadavek [požadavek na příslib bankovní záruky] s ohledem na skutečnost, že závazný příslib banky k poskytnutí bankovní záruky dle podmínek uvedených v Zadávací dokumentaci představuje nezbytný zajišťovací prvek, který je běžně používán v rámci zadávání a realizace významných veřejných zakázek. Z povahy závazného příslibu u poskytnutí bankovní záruky jej nelze nahradit instrumentem pojištění záruky.*“
59. Práva a povinnosti z pojištění záruky se řídí zákonem č. 37/2004 Sb., o pojistné smlouvě a o změně souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů, konkrétně ustanovením § 47 odst. 2 uvedeného zákona. Ten stanoví, že „[p]ojištění záruky se sjednává pro případ plnění z ručitelského závazku pojištěného, propadnutí kauce, jistoty nebo plnění z kauce nebo z jistoty nebo z jiného obdobného důvodu uvedeného v pojistné smlouvě.“ Je tedy zřejmé, že pojištění záruky je svým způsobem odlišný institut od bankovní záruky, a to z toho důvodu, že se jedná o subsidiární posílení zajišťovacího institutu (ručení, kauce či jistota), přičemž bankovní záruka představuje samotný zajišťovací institut. Ač je tedy praktické využití obou institutů v podstatě stejné (ostatně je tomu tak i u všech ostatních zajišťovacích institutů), bankovní záruka představuje z pohledu věřitele (v případě zajištění plnění veřejné zakázky zadavatele) silnější zajištění, a to z důvodu, že ručitelským subjektem je zde banka jako silná a důvěryhodná instituce (banka zde neručí pouze svým kapitálem, ale také svojí dobrou

pověstí na finančním trhu - goodwill<sup>3</sup>), přičemž právě subjekt banky (který je rozdílný od subjektu pojišťovny v případě pojištění záruk) je určujícím znakem pro charakter bankovní záruky. Další rozdíl je ten, že k plnění ze strany pojistitele, tj. pojišťovny, v případě pojištění záruky dochází při vzniku pojistné události, kdežto u bankovních záruk dochází k plnění ze strany pojistitele, tj. banky, zpravidla na první výzvu. Důvodem, pro který v šetřeném případě Úřad shledal nedůvodné tvrzení navrhovatele, podle něhož zadavatel neoprávněně neumožnil nahradit příslib bankovní záruky instrumentem pojištění záruky, je skutečnost, že bankovní zárukou poskytuje zadavateli zajišťovací instrument vyšší právní jistoty.

60. Jako poslední krok v rámci testu proporcionality učinil Úřad posouzení potenciálního zásahu do základních zásad zákona o veřejných zakázkách, tedy k zásahu do ustanovení § 6 odst. 1 zákona. Ten stanoví, že zadavatel je povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Úřad zkoumal, zda posuzované opatření – příslib bankovní záruky před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku – které vede k cíli zajištění předmětu plnění veřejné zakázky, nepřiměřeně nezasahuje do principu rovného zacházení a zákazu diskriminace, tedy zda nepřiměřeně neomezuje hospodářskou soutěž mezi uchazeči.
61. K otázce, zda je přiměřené, aby zadavatel požadoval v šetřeném případě předložení závazného příslibu poskytnutí bankovní záruky za řádné dokončení díla ve výši 50 mil. Kč a za záruční opravy ve výši 25 mil. Kč již ve fázi podání nabídek, Úřad uvádí následující. Proces zadávacího řízení a realizace předmětu plnění jsou fáze, které na sebe navazují a které spolu souvisí. Je zřejmé, že zadavatel organizuje zadávací řízení, v jehož rámci by měli soutěžit dodavatelé, kteří jsou schopni realizovat předmět plnění podle zadávacích podmínek. Úřad uvádí, že zadavateli nelze odepřít legitimitu požadavku, ověřit si ve fázi podání nabídek, zda zajišťovací instrument ve formě bankovní záruky za řádné dokončení díla a za záruční opravy bude daný uchazeč před podpisem smlouvy schopen předložit, resp. splnit, a to především u veřejných zakázek na stavební práce, jejichž předpokládaná hodnota dosahuje stovek milionů Kč a jejichž předmět plnění je více složitý a tím i více rizikový z hlediska dokončení než „běžné“ a méně finančně náročné veřejné zakázky na stavby.
62. Rizik, která zapříčiní, že veřejná zakázka nebude realizována řádně, resp. že nebudou realizovány záruční opravy, a která se mohou vyskytnout v průběhu realizace stavby, existuje mnoho (subdodavatel odřekne vybranému uchazeči spolupráci nebo zkrachuje, vybraný uchazeč nebude schopen dodržet nasmlouvané termíny, komplikace s dodávkou materiálu, nepřízeň počasí, atd.). Většinu těchto rizik (komplikací) nelze u veřejných zakázek na stavby předvídat a vyskytují se až v průběhu realizace stavby. Tato nepředvídatelná rizika, která mají za následek, že předmět plnění není realizován včas a řádně, resp. že nejsou realizovány záruční opravy, je nutno pokrýt zajišťovacími instrumenty. Pokud tato nepředvídatelná rizika realizace stavby zajištěna jsou, zadavatel má větší jistotu, že dílo bude dokončeno ve stanovených termínech a ve stanovené kvalitě, resp., že finanční částka, která mu bude v této souvislosti bankou uhrazena, mu bude kompenzovat problémy, které mu vzniknou v souvislosti s tím, že dílo není realizováno řádně a včas.

---

<sup>3</sup> K tomu sprov. BEJČEK, Josef, Karel ELIÁŠ a Přemysl RABAN. *Kurs obchodního práva: obchodní závazky*. 5. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2010, str. 140.

63. K otázce, zda je přiměřené, aby zadavatel požadoval předložení příslibu bankovní záruky za řádné dokončení díla a záruční opravy již v nabídce uchazeče, Úřad uvádí, že pokud by zadavatel požadoval předložení bankovní záruky až ve fázi po výběru nejvhodnější nabídky (avšak ještě před podpisem smlouvy), neměl by zadavatel jistotu, že provádí výběr z nabídek uchazečů, kterým by příslušný bankovní ústav v rozhodujícím okamžiku, tj. před podpisem smlouvy, danou bankovní záruku vystavil. Zadávacího řízení by se tedy mohli účastnit jak uchazeči, kteří by byli schopni před podpisem smlouvy bankovní záruku předložit či nikoli. Tuto skutečnost se zadavatel dozví až ve fázi po výběru nejvhodnější nabídky, což může v daném okamžiku před podpisem smlouvy vést k dalším komplikacím či dokonce zmaření zadávacího řízení. Nelze totiž vyloučit situaci, že vybraný uchazeč nebude moci bankovní záruku zadavateli před podpisem smlouvy předložit, a to např. z důvodu vyčerpání úvěrového rámce pro poskytování bankovních záruk či z toho důvodu, že se již smluvně zavázal k plnění jiné veřejné zakázky. Taková situace přitom může teoreticky nastat v případě všech uchazečů, s nimiž by zadavatel mohl uzavřít smlouvu (ve smyslu ust. § 82 odst. 4 zákona). Pokud by zadavatel vyžadoval předložení bankovní záruky, resp. bankovního příslibu, až po uzavření smlouvy mohlo by dojít k patové situaci, kdy vybraný uchazeč, s nímž byla uzavřena smlouva, ve stanoveném termínu bankovní záruku nepředloží. Zadavatel však již nemůže vyzvat uchazeče druhého v pořadí k realizaci veřejné zakázky a k uzavření smlouvy, neboť zadávací řízení je uzavřením smlouvy ukončeno. Zadávací řízení by tedy bylo zadavatelem realizováno zcela bez užitku a zbytečně, přičemž zadavatel by byl nucen realizovat nové zadávací řízení na stejný předmět plnění.
64. Lze si představit situace, kdy předmětný požadavek na příslib bankovní záruky není vzhledem k předmětu veřejné zakázky proporcionální. Jako příklad je možné uvést veřejné zakázky, jejichž předmětem plnění jsou „jednoduché“ stavební práce nižší finanční náročnosti, a které jsou více flexibilní (např. výstavba chodníku, výstavba dětského hřiště, atp.), dále pak veřejné zakázky na „jednoduché“ dodávky či služby (nákup automobilu, kancelářských potřeb, právní služby, atp...). Vždy je nutno při posuzování proportionalitu předmětného požadavku brát v úvahu konkrétní okolnosti dané veřejné zakázky. Pokud vznikají pochybnosti, zda požadavek zadavatele na předložení příslibu poskytnutí bankovní záruky byl stanoven v souladu se zákonem, je nutno jej současně přezkoumat z hlediska přiměřenosti k předmětu plnění a z hlediska dodržení zásad stanovených v § 6 zákona ve vztahu konkrétním okolnostem dané veřejné zakázky.
65. Úřad konstatuje, že v šetřeném případě se jedná o náročný a jedinečný předmět plnění veřejné zakázky, přičemž předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 340 000 000 Kč bez DPH. Předmětem plnění veřejné zakázky je *„vybudování světově unikátní vědeckovýzkumné infrastruktury pro oblast Inteligentních průmyslových systémů“*, přičemž *„Náročnost realizace předmětu plnění je umocněna požadavkem na propojení složitých technologií a působivého a nezaměnitelného architektonického provedení díla. Využití nejmodernějších a nejnovějších špičkových technologií a postupů ... je nezbytnou podmínkou pro řádnou a úspěšnou realizaci předmětu plnění veřejné zakázky.“* Předmětem plnění, jak vyplývá z téhož bodu zadávací dokumentace, jsou stavební práce spočívající ve výstavbě objektu pro projekt RICE, dodávka a montáž technologie (zahrnující dodávku technologie halové laboratoře a zkušebny vysokonapěťové výkonové elektroniky a dopravní techniky) a vybavení a dodání veškeré nezbytné dokumentace (zejména realizační dokumentace

zhotovitele, dokumentace skutečného provedení díla, průvodní dokumentace a další dokumentace).

66. Co se týče výše požadovaných záruk, Úřad uvádí, že v součtu zadavatel požadoval bankovní záruky za řádné dokončení díla a za záruční opravy v hodnotě 75 mil. Kč, což činí 22 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky (340 mil. Kč). Bankovní záruka za řádné dokončení díla přitom činí téměř 15 % a bankovní záruka za záruční opravy 7 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
67. Na základě uvedených údajů je Úřad toho názoru, že předmětné bankovní záruky nejsou zadavatelem požadovány v nepřiměřené výši ve vztahu k předpokládané hodnotě veřejné zakázky, když pokrývají pouze přibližně pětinu hodnoty daného plnění. Příslušné bankovní záruky jsou přitom rovněž přiměřené ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, jehož specifičnost je popsána výše v rozhodnutí a nepředstavuje tak nepřiměřený zásah do hospodářské soutěže na straně dodavatelů.
68. Úřad uzavírá, že v konkrétním prošetřovaném případě je požadavek na příslib bankovní záruky, proporcionální s ohledem na předmět veřejné zakázky a cíl zadavatele, kterým je dostatečné zajištění jejího řádného plnění, aniž by zároveň došlo k intruzi do základních zásad zákona.
69. K otázce namítaného narušení hospodářské soutěže a porušení zákazu diskriminace a nerovného zacházení v souvislosti se skutečností, že dodavatelé v důsledku předmětného požadavku mohou přijít o možnost účasti v dalších zadávacích řízeních, neboť budou mít vyčerpány své úvěrové rámce, Úřad uvádí následující. Bankovní záruka, resp. příslib bankovní záruky, se vyznačuje tím, že postupně dochází ke snižování úvěrového rámce dodavatele u daného bankovního ústavu. Pokud se daný uchazeč hodlá účastnit např. dvou složitých a finančně náročných zadávacích řízení (u nichž je legitimní požadavek zadavatele na předložení bankovní záruky, resp. příslibu), přičemž se účastní těchto zadávacích řízení z důvodu, že se chce stát vítězným uchazečem a jeho úvěrový rámec pro poskytování bankovních záruk, resp. bankovních příslibů, mu umožňuje účastnit se pouze jednoho z těchto dvou zadávacích řízení, je legitimní, že soutěží pouze v jednom z těchto dvou zadávacích řízení, na které dosáhne svým úvěrovým rámcem. Je zřejmé, že dodavatelé mají své úvěrové rámce pro poskytování bankovních záruk, resp. bankovních příslibů, vyčerpány v různém rozsahu (někdo má vyčerpán téměř celý úvěrový rámec, někdo má vyčerpání pouze méně než polovinu, atd.). Pokud by Úřad připustil, že dodavatelé musí mít možnost účastnit se jakéhokoli počtu zadávacích řízení a z tohoto důvodu nelze tedy požadavek na předložení bankovní záruky za řádné plnění díla a za záruční opravy, resp. příslibů, v zadávací dokumentaci vůbec stanovit, mohlo by to vést k situaci, kdy dodavatelé, kteří uspějí ve větším počtu zadávacích řízení, nebudou schopni řádně zajistit prostřednictvím zajišťovacích instrumentů ve formě bankovních záruk plnění všech veřejných zakázek, jichž se účastní. Případný protiargument, že v takových situacích by uchazeči odmítali součinnost při uzavření některých smluv, v případě, že by již sami naznali, že nejsou schopni realizovat větší počet veřejných zakázek z důvodu nemožnosti předložení bankovních záruk za řádné plnění díla a za záruční opravy, resp. příslibů, je nutno přitom označit za nepatřičný. Důvodem je ta skutečnost, že by taková situace mohla značným způsobem zkomplikovat zadávání veřejných zakázek zadavatelům, kteří posuzují a hodnotí podané nabídky a očekávají, že

v zadávacím řízení bude vybrán určitý dodavatel, a nikoli, že dodavatelé budou odmítat uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky v samém závěru zadávacího řízení.

70. Rovněž je nutno odmítnout argumentaci navrhovatele, že v současné situaci se trh ve stavebnictví nachází ve značném propadu, což nutí uchazeče se účastnit všech zadávacích řízení, ve kterých jsou schopni splnit kvalifikaci. Úřad uvádí, že zadavatel je povinen definovat zadávací podmínky ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce a jejím konkrétním specifikům, a to v souladu se zákonem (a zejména zásadami stanovenými v § 6 zákona). V této souvislosti Úřad uvádí, že současná ekonomická krize nemá negativní dopad pouze na dodavatele, nýbrž i na zadavatele, a proto lze akceptovat jejich jednání, kdy se snaží minimalizovat rizika, která mohou zapříčinit neúspěch při uzavírání smlouvy, resp. při realizaci předmětu veřejné zakázky.
71. Úřad uznává, že poplatek za vystavení příslibu bankovní záruky má dopad na zvýšení nabídkové ceny, nicméně je faktem, že s přípravou nabídky a s účastí v zadávacím řízení, dodavatelům vzniknou vždy určité náklady. Podle ust. § 153 zákona přitom zadavatel nesmí přiznat dodavateli právo na náhradu nákladů spojených s účastí v zadávacím řízení či soutěži o návrh. Vzhledem k tomu, že Úřad shledal požadavek na předložení příslibu bankovní záruky za učiněný v souladu se zákonem, považuje za bezpředmětné se danou skutečností dále zabývat.
72. Z uvedených důvodů neshledává Úřad v postupu zadavatele při stanovení požadavku na bankovní záruku za řádné dokončení díla a za záruční opravy porušení zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace ani nezákonné narušení hospodářské soutěže, neboť účelem stanovení daného požadavku je omezení potenciálních dodavatelů pouze na ty, jež mají skutečný zájem plnit předmětnou veřejnou zakázku, a současně řádné plnění veřejné zakázky bude dostatečně kryto finančními prostředky příslušného dodavatele.
73. Úřad shrnuje, že z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že bude realizováno unikátní dílo, a to z hlediska světového významu, které bude využíváno k vědeckým a výzkumným účelům. Z postupu zadavatele při vypracování zadávací dokumentace je zřejmé, že se snažil o maximální (avšak nikoli nepřiměřené) pokrytí nepředvídatelných rizik, která mohou nastat při samotné realizaci díla. Současně zadavatel postupoval zodpovědným způsobem s těmi částmi zadávací dokumentace, které považuje za důvěrné či za obchodní tajemství. Vzhledem ke všem výše uvedeným skutečnostem Úřad konstatuje, že požadavek zadavatele na předložení závazného příslibu poskytnutí bankovní záruky za řádné dokončení díla ve výši 50 mil. Kč a za záruční opravy ve výši 25 mil. Kč již, nevytváří neodůvodněné překážky hospodářské soutěže a nebyl ze strany zadavatele stanoven v rozporu se zásadou diskriminace či zásadou rovného zacházení a je požadavkem legitimním, a to vzhledem ke specifikům šetřené veřejné zakázky (předpokládaná hodnota 340 000 000 Kč bez DPH, unikátnost a jedinečnost díla, vysoké nároky na ochranu obchodního tajemství a důvěrných informací).
74. Úřad dodává, že písemnost „*BZ-přehled čerpání limitů pro ÚOHS k 27.5.2013*“ ze dne 28. 5. 2013 předloženou zadavatelem v příloze podání „*Návrh důkazů dle ustanovení § 36 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád*“ ze dne 29. 5. 2013, nepoužil ve vedeném správním řízení jako důkaz, a to z důvodu, že požadavek zadavatele na předložení předmětných závazných příslibů byl shledán v souladu se zákonem. Pokud má uchazeč



v daném okamžiku vyčerpaný úvěrový rámce pro poskytování bankovních záruk v takovém rozsahu, že se nemůže účastnit dalšího zadávacího řízení, u něž byl požadavek zadavatele na předložení bankovní záruky, resp. příslibu, ve fázi podání nabídek shledán opodstatněným, není aktuální rozsah vyčerpání úvěrového rámce jednotlivých uchazečů relevantní pro posouzení oprávněnosti předmětného požadavku zadavatele.

75. Úřad dodává, že v otázce posouzení oprávněnosti požadavku zadavatele na předložení předmětných příslibů bankovních záruk není rozhodující, kolik dodavatelů si vyzvedlo zadávací dokumentaci a kolik z těchto dodavatelů nakonec podalo svou nabídku, neboť předmět veřejné zakázky je natolik unikátní, složitý a specifický (jak bylo již popsáno v předchozích částech rozhodnutí), že nižší počet uchazečů nelze považovat za důkaz, který by sám o sobě vypovídal o neoprávněnosti předmětného zadávacího požadavku zadavatele.
76. Ve vztahu k argumentu navrhovatele, že předmětný požadavek považuje za neúčelný, neboť trvá pouze do podpisu smlouvy, Úřad uvádí, že tento argument nelze přijmout. Zadavatel v bodu 5.7 odst. 3 zadávací dokumentace stanovil, že daný závazný příslib bankovní záruky musí být platný nejpozději do doby, kdy vítězný uchazeč/zhotovitel předá zadavateli vlastní bankovní záruku, přičemž bankovní záruka za řádné dokončení díla bude platná ode dne uzavření smlouvy a bankovní záruka za záruční opravy bude platná a účinná nejpozději ke dni podpisu protokolu o předběžném převzetí díla. Je tedy zřejmé, že daný závazný příslib bankovní záruky a příslušná bankovní záruka na sebe navazují a nevzniká mezi nimi žádná prodleva.
77. K argumentu navrhovatele, podle něhož může vzhledem k délce zadávacího řízení dojít ke změně podstatných okolností (např. zahájení insolvenčního řízení), které neumožní danému uchazeči podepsat se zadavatelem příslušnou smlouvu a vystavený příslib bankovní garance nebude mít pro zadavatele žádnou hodnotu, Úřad uvádí, že uvedeným způsobem by bylo možné zpochybnit jakoukoli zadávací podmínku či kvalifikační předpoklad. Úřad dodává, že případnou změnu v kvalifikaci upravuje § 58 zákona, podle něž je dodavatel povinen nejpozději do sedmi pracovních dnů veřejnému zadavateli písemně oznámit, že již nesplňuje kvalifikaci.
78. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem Úřad neshledal porušení zákona zadavatelem při stanovení požadavku na předložení závazného příslibu poskytnutí bankovní záruky za řádné dokončení díla ve výši 50 mil. Kč a za záruční opravy ve výši 25 mil. Kč, a proto rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

### **Obdrží:**

1. JUDr. Daniel Volopich, advokát, Vlastina 23, 323 18 Plzeň
2. BAK stavební společnost, a.s., Vodní 177, 541 01 Trutnov

### **Vypraveno dne**

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