



UOHSX005UTSO

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S82/2014/VZ-5354/2014/MTo

Brno 16. května 2014

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 31. 1. 2014 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – ČSAD JIHOTRANS a.s., IČO 251 71 216, se sídlem Pekárenská 255/77, 370 21 České Budějovice,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, zadavatelem při zadání veřejné zakázky „**Dodávka autobusů 2012**“ rozdělené na tři části, zadávané v otevřeném řízení zahájeném dle § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce – veřejné služby“ byl v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněn dne 16. 3. 2012 pod evidenčním číslem zakázky 209674, na jejíž první část „2 ks meziměstských nízkopodlažních autobusů na naftový pohon o celkové délce do 13m s obsaditelností 80 až 100 cestujících“ a druhou část „3 ks meziměstských nízkopodlažních autobusů na naftový pohon o celkové délce do 11m s obsaditelností 70 až 80 cestujících“ byla dne 5. 6. 2012 uzavřena kupní smlouva se společností Iveco Czech Republic, a. s., IČO 481 71 131, se sídlem Dobrovského 74, 566 01 Vysoké Mýto, a na jejíž třetí část „4 ks meziměstských nízkopodlažních autobusů na naftový pohon o celkové délce do 8m s obsaditelností 36 až 40 cestujících“ byla dne 4. 6. 2012 uzavřena kupní smlouva se společností TEZAS servis a.s., IČO 247 65 180, se sídlem Panelová 289/6, 190 15 Praha 9 - Satalice,

**rozhodl takto:**

**I.**

Zadavatel - ČSAD JIHOTRANS a.s., IČO 251 71 216, se sídlem Pekárenská 255/77, 370 21 České Budějovice, se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Dodávka autobusů 2012“, rozdělené na tři části v souladu s ustanovením § 98 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, nedodržel postup stanovený v ustanovení § 67 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, v souvislosti s ustanovením § 98 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, když požadoval jistotu ve výši 500.000,- Kč, přičemž takto stanovená jistota přesáhla

- ve vztahu k první části veřejné zakázky „2 ks meziměstských nízkopodlažních autobusů na naftový pohon o celkové délce do 13m s obsaditelností 80 až 100 cestujících“, jejíž předpokládaná hodnota byla 7.400.000,- Kč bez DPH, výši 2 % předpokládané hodnoty, tj. 148.000,- Kč,
- ve vztahu k druhé části veřejné zakázky „3 ks meziměstských nízkopodlažních autobusů na naftový pohon o celkové délce do 11m s obsaditelností 70 až 80 cestujících“, jejíž předpokládaná hodnota byla 9.300.000,- Kč bez DPH, výši 2 % předpokládané hodnoty, tj. 186.000,- Kč,
- ve vztahu k třetí části veřejné zakázky „4 ks meziměstských nízkopodlažních autobusů na naftový pohon o celkové délce do 8m s obsaditelností 36 až 40 cestujících“, jejíž předpokládaná hodnota byla 8.800.000,- Kč bez DPH, výši 2 % předpokládané hodnoty, tj. 176.000,- Kč,

přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavřel smlouvy na jednotlivé části veřejné zakázky.

**II.**

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se zadavateli - ČSAD JIHOTRANS a.s., IČO 251 71 216, se sídlem Pekárenská 255/77, 370 21 České Budějovice – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, ukládá

**pokuta ve výši 100.000,- Kč (sto tisíc korun českých).**

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

**ODŮVODNĚNÍ**

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel dne 21. 6. 2013 podnět týkající se postupu zadavatele - ČSAD JIHOTRANS a.s., IČO 251 71 216, se sídlem Pekárenská 255/77,

370 21 České Budějovice (dále jen „zadavatel“) – při zadání veřejné zakázky „**Dodávka autobusů 2012**“ rozdělené na tři části, a to na část 1 „2 ks meziměstských nízkopodlažních autobusů na naftový pohon o celkové délce do 13m s obsaditelností 80 až 100 cestujících“ (dále také „první část“), část 2 „3 ks meziměstských nízkopodlažních autobusů na naftový pohon o celkové délce do 11m s obsaditelností 70 až 80 cestujících“ (dále také „druhá část“), a část 3 „4 ks meziměstských nízkopodlažních autobusů na naftový pohon o celkové délce do 8m s obsaditelností 36 až 40 cestujících“ (dále také „třetí část“), zadávané v otevřeném řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce – veřejné služby“ byl v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněn dne 16. 3. 2012 pod evidenčním číslem zakázky 209674.

2. Předkladatel podnětu uvedl, že šetřená veřejná zakázka byla rozdělena na tři části. K zajištění plnění povinností vyplývajících z účasti v zadávacím řízení stanovil zadavatel jistotu ve výši 500.000,- Kč. Předkladatel podnětu namítá porušení § 67 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení (dále jen „zákon“), ve vztahu k předpokládaným hodnotám jednotlivých částí veřejné zakázky. Dle předkladatele podnětu byl zadavatel s ohledem na § 98 odst. 4 zákona povinen požadovat jistotu, která nepřesahovala 2 % předpokládané hodnoty každé dílčí částí veřejné zakázky. Zadavatel však požadoval pouze jistotu, která nepřesahovala 2 % předpokládané hodnoty předmětu plnění veřejné zakázky souhrnně.
3. Předkladatel podnětu dále uvedl, že *„Dle zadávacích podmínek (bod č. 13. písm. c) bylo uchazečům umožněno složit jistotu též formou pojištění záruky. Cena pojistné služby se dle sdělení pojišťovacího makléře SATUM CZECH s.r.o., založeného na reálném průzkumu trhu, pohybuje v rozmezí od 1,5 do 2% z hodnoty požadované jistoty. Při použití maximální výše sazby pojištění 2,0% činí z celkové jistoty pojistné 10.000,- Kč, tedy částky, která je v porovnání s výší jistoty zcela marginální.“*
4. Na základě skutečností uvedených v podnětu si Úřad vyžádal dopisem vedeným pod č. j. ÚOHS-P574/2013/VZ-12659/2013/531/MTo ze dne 8. 7. 2013 od zadavatele veškerou dokumentaci související se zadáním předmětné veřejné zakázky a jeho vyjádření k obsahu podnětu.
5. Zadavatel se ke skutečnostem uvedeným v podnětu vyjádřil dopisem ze dne 12. 7. 2013, ve kterém mj. uvedl, že *„Zadavatel se domnívá, že rozdíl mezi celkovou jistotou a jednotlivými částmi jistoty s přihlédnutím k předpokládané hodnotě zakázky není podstatný či významný a je názoru, že tento rozdíl neměl žádný vliv na rozhodování uchazečů“*.
6. Dále zadavatel ve vyjádření ze dne 12. 7. 2013 uvedl, že *„Zadávací dokumentaci si vyzvedlo 7 uchazečů, z toho 6 uchazečů z ČR patří mezi nejvýznamnější, největší výrobce a dodavatele autobusů na trhu v ČR, všichni tito dodavatelé jsou považováni za kapitálově silné a stabilní společnosti. Zadavatel nesdílí názor, že by jistota 500.000Kč byla nepřiměřeně tvrdá a mohla rozhodování těchto zájemců v případě části zakázky jakkoliv omezit, v tomto smyslu nemá zadavatel od zájemců žádnou informaci.*

*Pokud by se některý z uchazečů domníval, že výše jistoty je pro část zakázky nepřiměřená, omezující a v rozporu se ZVZ, byl oprávněn dle § 110 ZVZ podat námitku zadavateli na chybně stanovenou jistotu. Zadavatel měl dle § 111 ZVZ povinnost námitku přezkoumat a v případě tohoto chybného postupu sjednat nápravu. Žádný z uchazečů v průběhu řízení však k výši jistoty, ani v jiném smyslu námitku neuplatnil.*

Výše uvedené názory zadavatele též dokládá jednání uchazečů, když uchazeč TEZAS servis a.s., složil celkovou jistotu 500.000 Kč na účet zadavatele, namísto dílčí jistoty, nebo uchazeč IVECO Czech Republic, a.s. složil celkovou jistotu 500.000 Kč poskytnutím bankovní záruky, namísto dílčí jistoty.“

7. Závěrem zadavatel ve svém vyjádření ze dne 12. 7. 2013 uvedl, že „Podle zadávacích podmínek v bodě 13., písm. c) bylo uchazečům umožněno složit jistotu též formou pojištění záruky. Tuto formu použil zadavatel na základě změny ZVZ s účinností od 15.9.2010, kdy byl do ustanovení § 67 Zákona zaveden institut pojištění záruky. Od této doby tak není nutné, aby uchazeč poskytl jistotu formou složení peněžní částky ve prospěch bankovního účtu zadavatele a po dobu trvání zadávacího řízení s ní nemohl disponovat. Podobná je situace i v případě poskytnutí jistoty formou bankovní záruky, která zpravidla musí být spolehlivě zajištěna a uchazeče tak opět omezuje s volným nakládáním jeho majetku. Toto však nikterak neomezuje uchazeče při využití nového institutu poskytnutí jistoty formou pojištění záruky, kdy uchazeč může namísto poukázání peněžité jistoty či předložení bankovní záruky, dostát své povinnosti složit jistotu pouze předložením pojistné smlouvy, zaručující výplatu pojistného plnění ve prospěch zadavatele.

Cena pojistné služby se dle sdělení pojišťovacího makléře SATUM CZECH s.r.o. (viz příloha), založeného na reálném průzkumu trhu, pohybuje v rozmezí od 1,5 do 2% z hodnoty požadované jistoty. Při použití maximální výše sazby pojištění 2,0% činí z celkové jistoty pojistné 10.000Kč, tedy částky, která je v porovnání s výší jistoty zcela marginální. Z uvedeného porovnání je zřejmé, že výše pojistného ve srovnání s výší jistoty je nepoměrně nižší a umožňovala účast jakéhokoliv uchazeče. Výše požadované jistoty tak není nadále důvodem, pro který by se některý uchazeč měl rozhodnout nepodat nabídku v zadávacím řízení, o jejíž podání by měl jinak vážný zájem. Stanovení výše jistoty z předpokládané hodnoty veřejné zakázky jako celku tak dle našeho názoru nemohlo mít žádný vliv na rozhodování uchazečů o účasti ve výběrovém řízení, ani na výběr dodavatele.“

#### **I. Zadávací řízení**

8. Předmětem veřejné zakázky byla dodávka 9 kusů meziměstských nízkopodlažních autobusů na naftový pohon. Ze zadávací dokumentace a oznámení o zakázce dále vyplývá, že veřejná zakázka byla rozdělena na 3 části, a to:

část 1): 2 ks meziměstských nízkopodlažních autobusů na naftový pohon o celkové délce do 13m s obsaditelností 80 až 100 cestujících

část 2): 3 ks meziměstských nízkopodlažních autobusů na naftový pohon o celkové délce do 11m s obsaditelností 70 až 80 cestujících

část 3): 4 ks meziměstských nízkopodlažních autobusů na naftový pohon o celkové délce do 8m s obsaditelností 36 až 40 cestujících

Technickou specifikací uvedenou v příloze č. 1 zadávací dokumentace pak zadavatel blíže specifikoval požadavky na jednotlivé druhy autobusů.

9. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila pro první část 7.400.000,- Kč bez DPH, pro druhou část 9.300.000,- Kč bez DPH, a pro třetí část 8.800.000,- Kč bez DPH. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla tedy souhrnně pro všechny části stanovena ve výši 25.500.000,- Kč bez DPH, přičemž uchazeč mohl podat nabídku na několik částí.

10. V bodě 13 zadávací dokumentace nazvaném „Požadavek na poskytnutí jistoty“ zadavatel stanovil, že „Zadavatel požaduje v souladu s ustanovením § 67 zákona složení jistoty ve výši 500 000,- Kč k zajištění splnění povinností uchazečů vyplývajících z účasti v zadávacím řízení, a to jednou z následujících forem:
- a) složením peněžní částky na účet zadavatele , nebo
  - b) poskytnutím bankovní záruky, nebo
  - c) pojištěním záruky“.
11. Zadavatel zahájil zadávací řízení dne 6. 3. 2012 odesláním oznámení o zakázce k uveřejnění do Informačního systému veřejných zakázek.
12. Zadávací dokumentaci k předmětné veřejné zakázce si vyzvedlo celkem 7 zájemců o veřejnou zakázku, přičemž zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek, tj. do 30. 4. 2012, obdržel celkem 2 nabídky.
13. Dne 10. 5. 2012 provedla hodnotící komise, plnící funkci komise pro otevírání obálek s nabídkami dle § 71 odst. 3 zákona, otevírání obálek, přičemž žádná z nabídek nebyla pro neúplnost vyřazena. Dne 16. 5. 2012 proběhlo jednání hodnotící komise o posouzení a hodnocení nabídek. Na základě doporučení hodnotící komise rozhodl zadavatel dne 17. 5. 2012 o výběru nejvhodnější nabídky, a to tak, že pro první a druhou část veřejné zakázky vybral nabídku uchazeče Iveco Czech Republic, a. s., IČO 481 71 131, se sídlem Dobrovského 74, 566 01 Vysoké Mýto, a pro třetí část veřejné zakázky vybral nabídku uchazeče TEZAS servis a.s., IČO 247 65 180, se sídlem Panelová 289/6, 190 15 Praha 9 - Satalice. Dne 5. 6. 2012 uzavřel zadavatel se společností Iveco Czech Republic, a. s. kupní smlouvu pro první a druhou část veřejné zakázky, a dne 4. 6. 2012 uzavřel zadavatel se společností TEZAS servis a.s. kupní smlouvu pro třetí část veřejné zakázky. Celková cena veřejné zakázky činila 25.183.600,- Kč bez DPH, přičemž cena pro první část činila 7.058.000,- Kč bez DPH, pro druhou část 8.994.000,- Kč bez DPH, a pro třetí část 9.131.600,- Kč bez DPH.

## **II. Řízení před správním orgánem**

14. Na základě posouzení obsahu podnětu a dokumentace zaslané zadavatelem získal Úřad pochybnosti o tom, zda při stanovení výše jistoty neporušil zadavatel § 67 odst. 1 zákona v souvislosti s ustanovením § 98 odst. 4 zákona, neboť předmětná veřejná zakázka byla dle § 98 odst. 1 zákona rozdělená na tři části. Předpokládaná hodnota všech třech částí předmětné veřejné zakázky byla stanovena ve výši 25.500.000,- Kč bez DPH, přičemž předpokládaná hodnota pro první část činila 7.400.000,- Kč bez DPH, pro druhou část 9.300.000,- Kč bez DPH, a pro třetí část 8.800.000,- Kč bez DPH. Zadavatel stanovil jistotu ve výši 500.000,- Kč pro všechny tyto části veřejné zakázky společně. Ustanovení § 67 odst. 1 zákona umožňuje zadavateli požadovat jistotu v absolutní částce ve výši do 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. S ohledem na výše uvedené zahájil Úřad správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. S82/2014/VZ.
15. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatel.
16. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S82/2014/VZ-2254/2014/531/MTo ze dne 31. 1. 2014 a současně usnesením č. j. ÚOHS-S82/2014/VZ-

2258/2014/531/MTo ze dne 31. 1. 2014 stanovil zadavateli lhůtu, v níž mohl navrhovat důkazy či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

17. Správní řízení bylo zahájeno podle § 113 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, dne 31. 1. 2014, tj. dnem, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli.
18. Ke zjištěním Úřadu uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení zaslal zadavatel své vyjádření ze dne 12. 2. 2014, které bylo Úřadu doručeno dne 14. 2. 2014.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 12. 2. 2014**

19. Zadavatel se ve vyjádření ze dne 12. 2. 2014 nejdříve vyjádřil k formální stránce deliktu, přičemž uvedl: *„Účastník je toho názoru, že stanovil výši jistoty v souladu s § 67 odst. 1 Zákona, který normuje, že výši jistoty stanoví zadavatel v absolutní částce ve výši do 2% předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Pojem předpokládané hodnoty veřejné zakázky a pravidla pro její tvorbu upravuje § 13 Zákona. Dle § 13 odst. 4 Zákona platí, že je-li veřejná zakázka rozdělena na části, je pro stanovení předpokládané hodnoty rozhodující součet předpokládaných hodnot všech částí veřejné zakázky. Dle § 98 odst. 4 Zákona se v případě rozdělení zakázky na více částí vztahují na každou část zakázky ustanovení Zákona zvlášť, nevyplývá-li ze Zákona jinak, a vyjma ustanovení § 13 odst. 4 Zákona, které není ust. § 98 odst. 4 Zákona dotčeno. Pak ale jediným závěrem musí být, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí součet předpokládaných hodnot všech částí této zakázky, jak stanoví právě § 13 odst. 4 Zákona, kterého se musí pro výslovný odkaz v Zákoně užít. Ze Zákona tedy nikterak nevyplývá, že by zadavatel měl v případě rozdělení veřejné zakázky na více částí vypočítat předpokládanou hodnotu každé dílčí části veřejné zakázky zvlášť a ne součtem těchto dílčích částí. Naopak takovýto postup by jednoznačně musel být v rozporu s § 13 odst. 4 Zákona, který výslovně přikazuje předpokládané hodnoty dílčích částí sčítat. Přitom se dle výslovné dikce § 98 odst. 4 Zákona musí § 13 odst. 4 Zákona užít.“*
20. Zadavatel dále ve vyjádření ze dne 12. 2. 2014 uvedl: *„Účastníkovi je známo rozhodnutí ÚOHS č.j. S168/2009/VZ-14216/530/P Ra ze dne 2.11.2009, ve kterém ÚOHS zaujímá odlišný právní názor než účastník. V této souvislosti by proto účastník chtěl poukázat i na rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. Afs 81/2010-277 ze dne 12.1.2012, který byl vydán až po předmětném rozhodnutí ÚOHS. Nejvyšší správní soud v odůvodnění tohoto rozsudku uvedl, že v případě zkoumání maximální výše kauce ve smyslu § 115 Zákona, se na veškeré dílčí části veřejné zakázky rozdělené ve smyslu § 98 Zákona, nahlíží jako na veřejnou zakázku jedinou. Proto se výše kauce vypočítává nikoliv z každé části veřejné zakázky zvlášť, nýbrž z veřejné zakázky jako celku. Je třeba rovněž poukázat na skutečnost, že ÚOHS v této věci zastával opačný výkladový názor, když ve svém prvostupňovém i druhostupňovém rozhodnutí uvedl, že pro výpočet kauce je nutno v případě veřejné zakázky rozdělené ve smyslu § 98 vycházet z každé takto rozdělené části (tedy podobně jako ve shora uvedené věci týkající se stanovení výše jistoty). Ačkoliv se tak tato druhá věc týkala stanovení kauce ve smyslu § 115 Zákona a nikoliv jistoty ve smyslu § 67 Zákona, ve své podstatě šlo o věc podobnou, neboť základním tématem tohoto sporu bylo, zda-li se pro účely výpočtu kauce užije ustanovení § 115 Zákona na každou rozdělenou část zakázky zvlášť ve smyslu § 98 odst. 4 Zákona, či je třeba považovat pro účely tohoto výpočtu za veřejnou zakázku veškeré její části dohromady. Nejvyšší správní soud upřednostnil druhý názor. Výklad dotčené problematiky ÚOHS obsažený v rozhodnutí*

č.j. ÚOHS-S168/2009/VZ-14216/530/PRa ze dne 2.11.2009 tak není správný a byl překonán pozdějším rozhodnutím Nejvyššího správního soudu.“.

21. Zadavatel se ve vyjádření ze dne 12. 2. 2014 následně vyjádřil k materiální stránce deliktu, přičemž uvedl: „Účastník je dále toho názoru, že jeho jednání spočívající ve stanovení jistoty vypočítané z předpokládané hodnoty veřejné zakázky jako celku a nikoliv její dílčích částí, nemohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel tak usuzuje nejen z ohledu na skutečnost, že výše dílčí jistoty by se ani v jednom ze třech případů řádově nelišila od výše skutečně požadované (výše požadované jistoty činila částku 500.000,-Kč, při stanovení jistoty na každou dílčí část by výše jistota u první části veřejné zakázky činila 148.000,-Kč, u druhé 186.000,-Kč a u třetí 176.000,-Kč), ale především z důvodu nového institutu jistoty, a to složení jistoty formou pojištění záruky. S účinností od 15.9.2010 (účastník v této souvislosti zdůrazňuje, že toto datum je pozdější než datum vydání shora uvedeného rozhodnutí ÚOHS č.j. S168/2009/VZ-14216/530/PRa ze dne 2.11.2009, který tak nemohl s tímto institutem v odůvodnění svého rozhodnutí pracovat) není nutné, aby dodavatel skládal ve prospěch bankovního účtu zadavatele určitou peněžní částku či v jeho prospěch zřizoval bankovní záruku, ale může využít nový typ jistoty, a to pojištění záruky. Dodavatel při využití této možnosti dostojí své povinnosti složit jistotu pouze předložením pojistné smlouvy, zaručující výplatu pojistného plnění ve prospěch zadavatele. Cena této pojistné služby se dle sdělení pojišťovacího makléře SATUM CZECH s.r.o., založeného na reálném průzkumu trhu, pohybuje v rozmezí od 1,5 do 2% z hodnoty požadované jistoty, tedy částky k poměru výše požadované jistoty téměř marginální. Výše požadované jistoty tak není nadále důvodem, pro který by se některý uchazeč měl rozhodnout nepodat nabídku v zadávacím řízení, o jejíž podání by měl jinak vážný zájem. Stanovení výše jistoty z předpokládané hodnoty veřejné zakázky jako celku tak nemohlo mít značný vliv na výběr dodavatele, zvláště přihlédneme-li ke skutečnosti, že 6 ze 7 uchazečů, kteří si u zadavatele vyzvedli zadávací dokumentaci, patří mezi nejvýznamnější výrobce a dodavatele autobusů na trhu v České republice a veškerí tito dodavatelé jsou považováni za kapitálově silné a stabilní společnosti. Tento závěr je podložen i faktickým stavem, když žádný z těchto dodavatelů nepodal proti znění zadání veřejné zakázky námitky, což by jistě učinil, byl-li by toho názoru, že výše jistoty je stanovená protiprávně a požadovaná výše jistoty by mu bránila účasti v zadávacím řízení, o které by měl jinak zájem.“.
22. Zadavatel dále ve vyjádření ze dne 12. 2. 2014 uvedl: „Účastník je tak toho názoru, že stanovením jistoty ve výši 2% z předpokládané hodnoty zakázky jako celku podstatně neovlivnil ani nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Účastník zde poukazuje i na slovo „podstatně“, implikující, že pro naplnění skutkové podstaty tohoto správního deliktu nepostačí jakékoliv porušení povinností v zadávacím řízení, ale musí jít o takové porušení povinností, které by skutečně mohlo zabránit v účasti v zadávacím řízení potenciálnímu dodavateli schopnému jinak splnit podmínky zadávacího řízení a veřejnou zakázku nejvhodnějším způsobem realizovat. Je-li zde předmětem každé dílčí zakázky dodávka autobusů v hodnotě téměř deseti milionů korun českých, lze se rozumně domnívat, že takový dodavatel, který by se rozhodl pro neúčast v zadávacím řízení z důvodu složení jistoty o cca 300.000,-Kč vyšší, než měl dle názoru ÚOHS účastník skutečně požadovat, by zřejmě nebyl nejvhodnějším dodavatelem veřejné zakázky. A kdyby přesto nějaký potenciální dodavatel skutečně z tohoto důvodu nemohl či nechtěl se zúčastnit zadávacího řízení, mohl využít institutu pojištění záruky, který šlo v dané věci pořídit za cenu cca 10.000,-Kč, jak vyplývá z prohlášení pojišťovacího makléře společnosti SATUM CZECH s.r.o.“.

### **III. Závěry správního orgánu**

23. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, včetně obsahu zadávací dokumentace a smluv a na základě vlastního zjištění shledal, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za což mu v souladu s ustanovením § 120 odst. 2 zákona uložil pokutu ve výši 100.000,- Kč (sto tisíc korun českých). Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

### **IV. Relevantní ustanovení zákona**

24. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

25. V souladu s ustanovením § 67 odst. 1 zákona může zadavatel u veřejné zakázky v oznámení otevřeného řízení požadovat, aby uchazeči k zajištění plnění svých povinností vyplývajících z účasti v zadávacím řízení poskytli jistotu. Výši jistoty stanoví zadavatel v absolutní částce ve výši do 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Jistotu poskytne uchazeč formou složení peněžní částky na účet zadavatele nebo formou bankovní záruky nebo pojištění záruky.

26. Podle § 98 odst. 1 zákona může zadavatel rozdělit veřejnou zakázku na části, připouští-li to povaha předmětu veřejné zakázky.

27. Ustanovení § 98 odst. 4 zákona uvádí, že je-li veřejná zakázka rozdělena na části, vztahují se ustanovení tohoto zákona týkající se postupů zadavatele v zadávacím řízení či práv a povinností dodavatele na každou jednotlivou část, nevyplyvá-li z tohoto zákona jinak. Ustanovení § 13 odst. 4 tím není dotčeno.

28. Ustanovení § 13 odst. 4 zákona uvádí, že je-li veřejná zakázka rozdělena na části, je pro stanovení předpokládané hodnoty rozhodující součet předpokládaných hodnot všech částí veřejné zakázky.

### **V. K výroku I. tohoto rozhodnutí**

29. K uvedené problematice Úřad uvádí, že jistotou dle § 67 zákona se rozumí poskytnutí peněžitého či nepeněžitého vratného plnění zadavateli ze strany uchazeče k zajištění splnění povinností uchazeče vyplývajících z jeho účasti v zadávacím řízení. Jistota tak plní zajišťovací funkci. Její povaha deklaruje zadavateli skutečný zájem dodavatele o zadání veřejné zakázky a zároveň mu garantuje plnění povinností dodavatele vyplývajících z jeho účasti v zadávacím řízení. Požadavek na poskytnutí jistoty je nutno považovat za právo zadavatele, nikoliv za jeho povinnost. Jistotu je povinen poskytnout zadavateli výlučně přímo uchazeč. Je tomu tak proto, aby měl zadavatel možnost realizace práva z poskytnuté jistoty přímo na uchazeči, v případě že ten poruší svou povinnost zajištěnou jistotou.

30. Úřad dále uvádí, že zadavatel může dle § 98 odst. 1 zákona rozdělit veřejnou zakázku na části, pokud to její povaha dovoluje. V ustanovení § 98 odst. 4 zákona je pak uvedeno, že je-li veřejná zakázka rozdělena na části, vztahují se ustanovení zákona na každou část veřejné zakázky jednotlivě. Rozdělením veřejné zakázky na části *de facto* dochází ke štěpení veřejné zakázky na několik samostatných zakázek, které pak sledují samostatný osud. Jelikož v případech veřejných zakázek rozdělených na části nestanoví § 67 zákona žádná specifická pravidla



pro stanovení výše jistoty, platí, že i v případě stanovení výše jistoty u veřejných zakázek rozdělených na části se aplikuje pravidlo uvedené v ustanovení § 98 odst. 4 zákona.

31. U veřejných zakázek rozdělených na části dle § 98 zákona je nutno požadovat jistotu samostatně ke každé její části, pokud bylo uchazečům umožněno podat nabídku na jednu, více nebo všechny části veřejné zakázky. Zadavatel má povinnost stanovit výši jistoty pro každou část veřejné zakázky zvlášť, a to s ohledem na výši předpokládané hodnoty každé části veřejné zakázky. Připustí-li zadavatel podání nabídky na jednu, více nebo všechny části (v šetřeném případě na více částí), platí, že zadavatel musí připustit složení jistoty ve výši, která odpovídá maximálně 2 % předpokládané hodnoty každé dílčí části veřejné zakázky. Složení jistoty ve výši do 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky nelze u veřejných zakázek dělených na části dle § 98 odst. 4 zákona požadovat ve vztahu k všem částem veřejné zakázky souhrnně, neboť takový požadavek by byl nepřiměřeně tvrdým vůči uchazečům, kteří hodlají podat svojí nabídku pouze na některou část předmětu plnění, a obzvlášť nepřiměřené by to bylo v případě, kdy zadavatel stanoví, že uchazeč může podat nabídku pouze na jednu část plnění předmětu veřejné zakázky. Takový požadavek by odporoval i účelu institutu jistoty, který má zajistit splnění povinností dodavatele vyplývajících z jeho účasti na dané části veřejné zakázky.
32. V daném případě byl uchazeč oprávněn podat nabídku i jenom na jednu část veřejné zakázky. Požadavek na složení jistoty ve vztahu k všem částem veřejné zakázky by byl značně nepřiměřený vůči uchazeči, který by zamýšlel podat nabídku pouze na jednu dílčí část předmětné veřejné zakázky.
33. Úřad uvádí, že stanovení výše jistoty bez ohledu na výši předpokládané hodnoty jednotlivých dílčích částí veřejné zakázky by odporovalo i účelu institutu jistoty uvedenému v bodě 29 tohoto rozhodnutí. Úřad znovu konstatuje, že institut jistoty má plnit funkci zajišťovací. Obdobně se už vyjádřil Úřad ve svém dřívějším rozhodnutí č. j. ÚOHS-S168/2009/VZ-14216/530/Pra ze dne 2. listopadu 2009, které bylo následně potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R167/2009/VZ-4448/2010/310/EKu ze dne 19. dubna 2010.
34. K ustanovení § 13 odst. 4 zákona pak Úřad pro úplnost dodává, že stanovení předpokládané hodnoty součtem všech částí veřejné zakázky je podstatné především z hlediska určení, zda-li se v daném případě jedná o veřejnou zakázku nadlimitní, podlimitní nebo zakázku malého rozsahu. Zařazení veřejné zakázky do kategorie dle výše předpokládané hodnoty má vliv na následný postup zadavatele v zadávacím řízení. Ustanovením § 13 odst. 4 zákona však není dotčen § 98 odst. 4 zákona. Je-li zakázka rozdělena na části, vztahují se ustanovení zákona na každou jednotlivou část veřejné zakázky, a to včetně § 67 zákona.
35. V šetřeném případě byla veřejná zakázka rozdělena na tři části a uchazeč byl oprávněn podat nabídku na několik částí veřejné zakázky. Ve vztahu k jednotlivým částem veřejné zakázky Úřad uvádí, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky pro první část činila 7.400.000,- Kč bez DPH, pro druhou část 9.300.000,- Kč bez DPH, a pro třetí část 8.800.000,- Kč bez DPH. Zadavatel byl tedy v daném případě oprávněn požadovat jistotu pro první část veřejné zakázky do výše 148.000,- Kč, pro druhou část do výše 186.000,- Kč, a pro třetí část do výše 176.000,- Kč. Ve všech dílčích částech veřejné zakázky tedy došlo k markantnímu překročení zákonem přípustné výše jistoty. V případě první části veřejné zakázky dosáhlo toto překročení 237,8 %, v případě druhé části 168,8 %, a v případě třetí části cca 184 %. Zadavatel tak svým postupem

mohl fakticky výrazným způsobem omezit možnost účastnit se zadávacího řízení těm dodavatelům, kteří by se zajímali o podání nabídky jenom na jednu dílčí část veřejné zakázky.

36. Z rozsudku Krajského soudu sp. zn. 62 Ca 72/2008 ze dne 2. 3. 2010 (potvrzeného rozhodnutím Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Afs 55/2010 ze dne 15. 12. 2010) vyplývá, že u možného porušení § 67 odst. 1 zákona je nezbytné se zabývat nejen samotným překročením výše jistoty, ale v první řadě tím, zda samotná předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena řádně. Je tedy nutno nejprve přezkoumat, zda způsob stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky odpovídá zadávacím podmínkám a zda maximální výši jistoty (2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky) lze ve vztahu k předpokládané hodnotě veřejné zakázky vůbec přezkoumatelně poměřovat.
37. S ohledem na výše uvedené rozhodnutí Krajského soudu Úřad přezkoumal, zda předpokládaná hodnota každé části veřejné zakázky byla stanovena řádně. Úřad uvádí, že v daném případě se předpokládaná hodnota každé části veřejné zakázky a hodnota nabídek uchazečů na jednotlivé části ve větší míře od sebe neodlišovaly, a lze tedy tvrdit, že zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu každé části veřejné zakázky v souladu s ustanovením § 13 odst. 2 zákona.
38. S ohledem na výše uvedené Úřad dále posuzoval, zda v šetřeném případě mohl mít postup zadavatele vliv na výběr nejhodnější nabídky a zda postupem zadavatele tak nedošlo k porušení zásad vyjádřených v ustanovení § 6 zákona.
39. Zadavatel svým postupem mohl výrazně omezit možnost potenciálních uchazečů účastnit se veřejné zakázky, když požadoval jistotu mnohem vyšší, než umožňuje § 67 odst. 1 zákona v souvislosti s ustanovením § 98 odst. 4 zákona. Je neúměrné, aby na veřejnou zakázku o předpokládané hodnotě její části ve výši 7.400.000,- Kč bez DPH byla požadovaná jistota ve výši 500.000,- Kč, tedy jistota o cca 237,8 % vyšší než zákon připouští. Výše požadované jistoty v daném případě mohla odradit potenciální uchazeče od podání nabídky ve vztahu k části veřejné zakázky. Jak již bylo uvedeno výše, účelem institutu jistoty je poskytnutí záruky zadavateli, že dodavatel bude schopen předmět veřejné zakázky splnit a nedojde tak ke zmaření zadávacího řízení. Institut jistoty však nesmí být pro uchazeče neúměrnou překážkou v účasti v zadávacím řízení.
40. Pokud jde o tvrzení zadavatele, že zadávací dokumentaci si vyzvedlo 7 uchazečů, z toho 6 uchazečů z České republiky je považováno za kapitálově silné a stabilní společnosti, tudíž výše jistoty nemohla rozhodování těchto zájemců v případě dílčí části veřejné zakázky jakkoliv omezit, Úřad konstatuje, že předmět plnění veřejné zakázky byl do určité míry specifický a zadávacího řízení se tak mohl účastnit pouze omezený počet uchazečů (včetně zadavatelem zdůrazňovaných 6 údajně kapitálově silných a stabilních společností), nicméně i přes tuto skutečnost nelze vyloučit, že pro potenciální uchazeče mohla být zadavatelem stanovená výše jistoty nad zákonem přípustnou hranici 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky překážkou pro podání nabídky. V tomto ohledu je třeba brát v potaz i skutečnost, že zadavatel uveřejnil veřejnou zakázku v Informačním systému veřejných zakázek, jehož účelem je v maximální možné míře rozšířit povědomí o zadání veřejné zakázky a její zpřístupnění co možná nejširšímu okruhu osob. S veřejnou zakázkou se mohli seznámit nejenom uchazeči, kteří podali nabídku, ale i další subjekty, zahraniční osoby nevylučuje. Nelze akceptovat názor zadavatele, že nabídku podali kapitálově silné a stabilní společnosti, pro které nepředstavovala

zadavatelem stanovená výše jistoty překážku. Zadavatel totiž omezil svůj výčet pouze na pravděpodobně kapitálově silné a stabilní společnosti, opomínaje však další subjekty na českém trhu a rovněž zahraniční subjekty. Nelze vyloučit, že pro potenciální uchazeče mohlo být stanovení jistoty nad zákonem přípustnou hranici 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky překážkou k podání nabídky k účasti v zadávacím řízení. Ani zadavatelem namítaná skutečnost, že proti stanovené výši jistoty mohli dodavatelé podat námitku (přičemž v daném případě nikdo námitku nepodal), nebude mít vliv na porušení § 67 odst. 1 zákona. Podání námítky je jednak dle § 110 odst. 1 zákona právem dodavatele, nikoliv jeho povinností, a zejména její podání či nepodání nemá vliv na skutečnost, zda zadavatel porušil či neporušil zákon.

41. K tvrzení zadavatele, že vzhledem k výši předpokládané hodnoty každé dílčí části veřejné zakázky v hodnotě téměř 10.000.000,- Kč byli potenciální dodavatelé schopni požadavek na složení jistoty ve výši 500.000,- Kč splnit, Úřad opět konstatuje, že jistota slouží jako zajišťovací institut prokazující schopnost dodavatelů dostát budoucím závazkům. Ustanovení § 67 odst. 1 zákona je kogentním ustanovením, od kterého se nelze odchýlit. Zadavatel je oprávněn stanovit jistotu v maximální výši do 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky a nikoliv vyšší. Zadavatel není oprávněn hranici 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky překročit. Je zcela nepodstatné, zda jsou potenciální uchazeči schopni (a ochotni) složit jistotu i ve vyšší částce či nikoliv.
42. Pouze na okraj pak Úřad uvádí, že stanovení maximální výše jistoty se v konečném důsledku odráží i na cash flow uchazeče. Prostředky poskytnuté uchazečem zadavateli jako jistota nad rámec zákonem přípustných 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, by mohl uchazeč investovat v rámci svých jiných podnikatelských aktivit.
43. K tvrzení zadavatele, že ze zákona nevyplývá povinnost zadavatele v případě rozdělení veřejné zakázky na více částí vypočítat předpokládanou hodnotu každé dílčí části veřejné zakázky zvlášť a ne součtem těchto dílčích částí veřejné zakázky, Úřad konstatuje, že zadavatel se nemýlí. Úřad souhlasí s tvrzením zadavatele, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky se vypočítá součtem všech jejích dílčích částí. V šetřeném případě se nicméně nejedná o stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, ale o stanovení jistoty. Stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky slouží k určení režimu, dle kterého má zadavatel v rámci zadávacího řízení postupovat, tj. jestli se jedná o veřejnou zakázku malého rozsahu, podlimitní či nadlimitní veřejnou zakázku. Naproti tomu institut jistoty slouží k zajištění plnění dodavatele, jak je podrobněji uvedeno v bodě 29 tohoto rozhodnutí.
44. Zadavatel ve vyjádření ze dne 12. 2. 2014 odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 81/2010-277 ze dne 12. 1. 2012, které pojednává o způsobu výpočtu kauce. Zadavatel shledává obdobnost věci řešené v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu s předmětem šetření u nyní posuzované veřejné zakázky. Tuto obdobnost shledává v samotném postupu zadavatele v zadávacím řízení, kdy dle rozhodnutí Nejvyššího správního soudu měla být kauce vypočtena z předpokládané hodnoty jedné (každé) veřejné zakázky, nikoliv z hodnoty jednoho (každého) plnění v rámci jedné veřejné zakázky. Úřad k tvrzení zadavatele o podobnosti případů uvádí, že meritum posuzované věci nelze srovnávat. Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 81/2010-277 ze dne 12. 1. 2012 pojednává o způsobu stanovení kauce, účelem které je zabránit neodůvodněným návrhům na přezkoumání úkonů zadavatele a omezit tak administrativní zatížení Úřadu pouze

na závažné případy porušení zákona. Kauce je tedy pojistným mechanismem proti podávání účelových či šikanózních návrhů. Naproti tomu účelem jistoty je zajištění plnění dodavatele. Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 81/2010-277 ze dne 12. 1. 2012 uvádí, že: „*Krajský soud v napadeném rozsudku správně poukázal na možnost rozdělení veřejné zakázky na více částí ve smyslu ust. § 98 zákona o veřejných zakázkách. Tímto postupem je různým dodavatelům umožněn přístup k různým částem veřejné zakázky s tím, že stále půjde o jedinou veřejnou zakázku. Případná kauce podle ust. § 115 zákona o veřejných zakázkách by byla složena jen jedna ve výši maximálně 2 000 000 Kč. I při této maximální výši by tedy kauce byla výrazně nižší než v případě kauce ve vztahu ke 159 veřejným zakázkám. Nabízí-li se přitom dva postupy, pak zadavatel musí zvolit ten, který bude více vyhovovat zásadě transparentnosti. V dané věci tomu však bylo právě naopak.*“ Nejvyšší správní soud vycházel při stanovení právního názoru ze zásady transparentnosti. Pokud by byla kauce vypočtena součtem každé dílčí části veřejné zakázky, musel by navrhovatel složit několika násobně vyšší částku, než je zákonem stanovených 2.000.000,- Kč, a zadávací řízení by se v konečném důsledku stalo hůře kontrolovatelným. Stanovení jistoty ve vztahu k celkové předpokládané hodnotě veřejné zakázky dělené na dílčí části je naopak v rozporu se zásadou transparentnosti, neboť uchazeči jsou oprávněni podat nabídku i jenom na jednu část veřejné zakázky. Stanovení jistoty ve vztahu k jedné dílčí části veřejné zakázky nad zákonem stanoveným limitem by vzbuzovalo pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.

45. Zadavatel dále ve vyjádření ze dne 12. 2. 2014 zopakoval své tvrzení uvedené ve vyjádření ze dne 12. 7. 2013, když konstatoval, že z důvodu umožnění složení jistoty formou pojištění záruky nebyl, a to ani v případě překročení zákonem stanovené výše jistoty, ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky. Úřad k tvrzení zadavatele ze dne 12. 2. 2014 uvádí, že § 67 odst. 1 zákona kromě jiného taxativním způsobem vyjmenovává formy poskytnutí jistoty, a to formou bankovní záruky, formou složení konkrétní peněžní částky na účet zadavatele nebo formou pojištění záruky. Jednou z forem poskytnutí jistoty je složení konkrétní peněžní částky na účet zadavatele, kdy jistota zadavateli nepřipadne, dokud dodavatel neporuší závazky vyplývající ze zákona či smlouvy. Další formou poskytnutí jistoty je bankovní záruka, která vzniká písemným prohlášením banky v záruční listině, že uspokojí věřitele (zadavatele) do výše určité peněžní částky podle obsahu záruční listiny, jestliže určitá třetí osoba (dodavatel) nesplní svůj závazek nebo budou splněny jiné podmínky stanovené v záruční listině. Dodavatel je však i nadále vázán vůči bance, že v případě zaplacení částky bankou zadavateli, je tuto konkrétní částku dodavatel povinen bance uhradit. Poslední formou jistoty je pojištění záruky, které je speciálním pojištěním finančního rizika. U pojištění záruky se pojistitel zavazuje zaplatit věřiteli (zadavateli) pojištěného (dodavatele) vzniklou majetkovou újmu do výše stanovené v záruční listině, pokud pojištěný (dodavatel) nesplní své závazky dané konkrétní smlouvou na předmět plnění veřejné zakázky či zákonem. Na rozdíl od bankovní záruky však dodavatel není v případě zaplacení částky pojistitelem zadavateli povinen tuto konkrétní částku zpětně uhradit pojistiteli.
46. Pojištění záruky působí na první pohled jako ideální volba poskytnutí jistoty. Nicméně v tržné ekonomice by pojistitel neposkytoval záruku za protiplnění ve výši pouze zadavatelem tvrzených maximálně 2 % z pojistné částky, tedy z hodnoty požadované jistoty. V případě tak nízkého protiplnění by totiž pojistitel nesl vysoké riziko ztráty. Pojištění záruky je proto například ošetřeno podmínkou, že se poskytuje klientům pojistitelů pouze jako doplněk rozsáhlejších programů pojištění majetku (tento postup je zaveden například u společnosti

Generali Pojišťovna a.s., IČO 618 59 869, se sídlem Bělehradská 132, Praha 2). Pojištění záruky proto nemusí být dostupné všem dodavatelům. I v šetřeném případě upřednostnili dodavatelé poskytnutí jistoty formou bankovní záruky před pojištěním záruky.

47. Úřad opětovně konstatuje, že účelem poskytnutí jistoty dodavateli je zajištění jejich závazků vyplývajících z účasti v zadávacím řízení. Jedná se o určitý test ekonomického zázemí dodavatelů a odraz schopnosti dostát budoucím závazkům. Aby vůbec k vzniku bankovní záruky resp. pojištění záruky vzniklo, prověřuje banka, resp. pojistitel kredibilitu, ekonomickou stabilitu a hodnověrnost dlužníka (dodavatele). Dodavatel tak nepřímo prokazuje schopnost dostát svým závazkům ne jenom zadavateli, ale rovněž bance, resp. pojistiteli. V případě, že nastane situace uvedená v ustanovení § 67 odst. 7 zákona, je banka, resp. pojistitel povinen uhradit zadavateli smlouvenou částku. U bankovní záruky pak tuto smlouvenou částku musí dodavatel uhradit bance. Smyslem institutu pojištění záruky však nikdy není obohacení zadavatele na úkor dodavatele, ale prokázání schopnosti dodavatele dostát jeho budoucím závazkům. Proto je požadavek zadavatele na poskytnutí jistoty nad zákonem přípustné 2 % z předpokládané hodnoty veřejné zakázky vždy v rozporu s ustanovením § 67 odst. 1 zákona, a to bez ohledu na formu poskytované jistoty.
48. Požadavek na poskytnutí jistoty je třeba považovat za právo zadavatele, nikoli jeho povinnost. Stejně tak je zcela ponechána pouze a jenom na vůli dodavatele volba formy jistoty. Zadavatel není oprávněn volbu formy jistoty žádným způsobem omezit (viz ustálená rozhodovací praxe Úřadu – rozhodnutí č. j. ÚOHS-S12/2009/VZ-2323/2009/510/Hod ze dne 6. 3. 2009, rozhodnutí č. j. S092/2008/VZ-12510/2008/530/LB ze dne 2. 7. 2008, které bylo potvrzeno druhoinstančním rozhodnutím č. j. R143,145/2008/VZ-215/2009/310/JHa ze dne 9. 1. 2009, rozhodnutí č. j. S066/2007-00056/550-ZH ze dne 6. 6. 2007). Každá z forem jistoty má své výhody a nevýhody pro daného dodavatele. U poskytnutí jistoty formou složení peněz na účet zadavatele je nevýhodou okamžité uvolnění finančního obnosu a nemožnost s jeho dispozicí, u poskytnutí jistoty formou bankovní záruky je to prokazování kredibility, placení bankovních poplatků a závazek plnění vůči bance, u poskytnutí jistoty formou pojištění záruky je to možnost jejího sjednání zpravidla pouze jako doplňkového produktu k pojištění majetku a placení pojistného. Záleží na dodavateli, kterou formu poskytnutí jistoty využije. Dodavatelé, kteří disponují finančním obnosem, a není pro ně neekonomické tento obnos peněz na určitou dobu zastavit, pravděpodobně zvolí první alternativu (složení peněz na účet zadavatele). Naopak pro dodavatele, kteří tento finanční obnos plánují využívat k aktuálním finančním operacím, je výhodnější zaplatit bankovní poplatky a zavázat se k budoucímu zaplacení jistoty v případě porušení závazků vyplývajících ze smlouvy či zákona, resp. investovat do doplňkového pojištění k již existujícímu (majetkovému) pojištění.
49. Zadavatelův argument, že umožnil poskytnout jistotu i formou pojištění záruky, tedy umožnil účastnit se zadávacího řízení jakémukoliv uchazeči, nenese oporu v zákoně. Zadavatel postupem, kterým požadoval jistotu nad zákonem přípustné 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, i když v zadávací dokumentaci umožnil složení jistoty formou pojištění záruky (k čemuž je nicméně zadavatel dle § 67 odst. 1 zákona i povinen), porušil § 67 odst. 1 zákona. Stanovení jistoty v rozporu s ustanovením § 67 odst. 1 zákona se totiž v případě pojištění záruky v konečném důsledku projevuje i na výši pojistného. Výše pojistného je odvozena od výše pojistné částky. Pokud tedy zadavatel stanoví jistotu vyšší, než umožňuje zákon, bude i výše

pojistného vyšší. Dodavatel tak tedy vynaloží na pojištění záruky vyšší částku, než k jaké by byl - při souladném postupu zadavatele se zákonem - povinen.

50. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil svým postupem při zadávání předmětné veřejné zakázky spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v rozporu s ustanovením § 67 odst. 1 zákona v souvislosti s ustanovením § 98 odst. 4 zákona nerozdělil výši jistoty samostatně ke každé části veřejné zakázky a jím požadovaná výše jistoty překročila ve vztahu k jednotlivým částem předmětné veřejné zakázky zákonem stanovenou hranici 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.

#### **VI. K výroku II. tohoto rozhodnutí**

51. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
52. Zadavatel se při zadání předmětné veřejné zakázky dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 67 odst. 1 zákona v souvislosti s ustanovením § 98 odst. 4 zákona, když požadoval jistotu ve výši 500.000,- Kč, přičemž takto stanovená jistota přesáhla ve vztahu ke každé části veřejné zakázky výši 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel smlouvy s vybranými uchazeči.
53. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezažal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
54. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ustanovení § 121 odst. 3 zákona. Zadavatel uzavřel kupní smlouvu se společností TEZAS servis a.s. dne 4. 6. 2012 a se společností Iveco Czech Republic, a. s. dne 5. 6. 2012. Úřad pro posouzení doby spáchání správního deliktu analogicky aplikoval výklad užívaný v trestním právu týkající se pokračování v deliktu. Ke spáchání správního deliktu v daném případě došlo dne 4. 6. 2012, kdy zadavatel uzavřel kupní smlouvu se společností TEZAS servis a.s., a zadavatel pokračoval ve správním deliktu dne 5. 6. 2012, když uzavřel kupní smlouvu se společností Iveco Czech Republic, a. s. Právní teorie užívaná v trestním právu hmotném považuje pokračování v trestném činu za jeden skutek a jeden trestný čin. Úřad se o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 21. 6. 2013. Správní řízení bylo zahájeno dne 31. 1. 2014. Z uvedeného vyplývá, že v daném případě nedošlo k uplynutí lhůty vymezené zákonem pro zahájení správního řízení a zároveň též nedošlo k zániku odpovědnosti zadavatele za správní delikt.
55. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10.000.000,- Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
56. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 30.220.320,- Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % ceny veřejné zakázky) tedy činí 1.511.016,- Kč.
57. Vzhledem k zjištěnému správnímu deliktu zadavatele Úřad přistoupil k uložení pokuty, neboť veřejná zakázka je již realizována a nápravy nelze dosáhnout jinak. Podle § 121 odst. 2 zákona

se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

58. Při rozhodování o výši sankce musí Úřad zohlednit všechny polehčující i přitěžující okolnosti. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu následující skutečnosti.
59. Úřad shledává jako přitěžující okolnost markantní překročení zákonem přípustné výše jistoty. Zadavatel požadoval takovou jistotu, jejíž výše výrazně překročila zákonem požadovaný limit 2% předpokládané hodnoty veřejné zakázky ve vztahu ke každé části veřejné zakázky. Zadavatelem požadovaná výše jistoty mohla mít dopad na potencionální dodavatele, kteří by zamýšleli podat nabídku k účasti v zadávacím řízení. Stanovení jistoty ve výši 500.000,- Kč bylo ve vztahu ke každé části veřejné zakázky diskriminující.
60. Úřad se dále zabýval stupněm závažnosti správního deliktu. Zadavatel mohl svým postupem omezit dalším možným dodavatelům účastnit se zadávacího řízení a mohl tak narušit soutěžní prostředí. Nelze vyloučit, že by zadavatel v případě postupu zcela v souladu se zákonem obdržel i nabídky jiných dodavatelů (a to i zahraničních), které by mohly být ekonomicky výhodnější než nabídka společnosti Iveco Czech Republic, a. s. a společnosti TEZAS servis a.s. Zadavatel tak svým postupem v rozporu se zákonem vytvořil takové prostředí, které mohlo diskriminovat potenciální dodavatele v účasti v zadávacím řízení.
61. Navzdory výše uvedenému Úřad dále konstatuje, že je nutné vzít v potaz i stupeň omezení hospodářské soutěže. Zadávací dokumentaci si v daném případě vyzvedlo 7 zájemců, z nichž 2 zájemci podali nabídku. Vzhledem k namítané specifičnosti předmětu plnění veřejné zakázky se Úřad dopisem č. j. ÚOHS-P574/2013/VZ-13695/2013/531/MTo ze dne 22. 7. 2013 dotázal všech zájemců, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci a nepodali nabídku, z jakého důvodu tuto nabídku nepodali. Úřad obdržel od všech dotazovaných zájemců odpověď v tom smyslu, že nabídku nepodali z toho důvodu, že nedisponují poptávaným předmětem plnění veřejné zakázky. Úřad při stanovení výše pokuty proto zohlednil i skutečnost, že ze všech zájemců, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, existovali pouze 2 uchazeči, kteří byli schopni předmět plnění veřejné zakázky dodat.
62. Vzhledem k počtu zájemců, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, lze konstatovat, že se s předmětnou veřejnou zakázkou seznámil nezanedbatelný počet zájemců. Námitky proti nesprávně stanovené výši jistoty nebyly podány ani jedním ze 7 zájemců, kteří si zadávací dokumentaci vyzvedli. Byť nelze popřít fakt, že zadavatel svým postupem mohl omezit (diskriminovat) potenciální uchazeče, a skutečnost, že nebyly podány žádné námitky, nelze brát jako faktor určující zda hospodářská soutěž mohla být narušena či nikoliv, Úřad je toho názoru, že určitá – omezená soutěž, a to i s ohledem na specifičnost předmětu veřejné zakázky, v rámci daného zadávacího řízení vytvořena přeci jen byla. Tuto okolnost vnímá Úřad jako polehčující při stanovení konkrétní výše pokuty.
63. Úřad dále zohlednil současnou ekonomickou situaci zadavatele. V některých případech se pokuta, byť uložená v minimální výši, jeví jako „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nálezy Ústavního soudu č. Pl. ÚS 3/02 ze dne 13. 8. 2002. Dle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Pokuty mající likvidační charakter jsou nepřipustné.

64. Pokud by se zadavatel nacházel v ekonomické ztrátě a zároveň by uložení pokuty mohlo mít pro zadavatele likvidační následky, bylo by uložení nepřiměřeně vysoké sankce v rozporu se zásadou ochrany veřejných zájmů uvedenou v ustanovení § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů. Dle zásady ochrany veřejných zájmů správní orgán dbá, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem.
65. Z výroční zprávy zadavatele za rok 2012 uveřejněné ve sbírce listin internetové verze obchodního rejstříku dostupné na portálu [www.justice.cz](http://www.justice.cz) avšak vyplývá, že zadavatel hospodařil se ziskem 45.441.000,- Kč. Úřad proto při stanovení výše pokuty vyloučil likvidační zásah do majetku zadavatele.
66. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad v daném případě preferoval při stanovení pokuty preventivní charakter sankce, a proto zadavateli uložil pokutu ve výši 100.000,- Kč, tj. v dolní polovině zákonné sazby.
67. Na základě výše uvedených skutečností a po zhodnocení všech okolností Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
68. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

## 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, 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**

ČSAD JIHOTRANS a.s., Pekárenská 255/77, 370 21 České Budějovice

**Vypraveno dne**

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