



UOHSX005AKR4

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S402/2013/VZ-3627/2014/514/ZČa

Brno 18. února 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 20. 6. 2013 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – **Národní muzeum**, IČO 00023272, se sídlem Václavské nám. 68, 115 79 Praha 1,
- navrhovatel – **BAK stavební společnost, a.s.**, IČO 28402758, se sídlem Vodní 177, 541 01 Trutnov,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Národní muzeum, IČO 00023272, se sídlem Václavské nám. 68, 115 79 Praha 1, učiněných v nadlimitní veřejné zakázce „**Rekonstrukce hlavní (historické) budovy národního muzea – stavební část**“, zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 10. 5. 2013 a uveřejněno dne 13. 5. 2013 pod ev. č. 353628, ve znění oprav ze dne 15. 5. 2013, 6. 6. 2013, 20. 6. 2013, 27. 6. 2013, 1. 7. 2013, 8. 7. 2013, 18. 7. 2013, 23. 8. 2013, 29. 8. 2013 a 31. 10. 2013 a v Úředním věstníku Evropské unie bylo oznámení uveřejněno dne 24. 5. 2013 pod ev. č. 2013/S 099-168928, ve znění oprav ze dne 8. 6. 2013 pod ev. č. 2013/S 110-187313, 22. 6. 2013 pod ev. č. 2013/S 120-204724, 3. 7. 2013 pod ev. č. 2013/S 127-216975, 5. 7. 2013 pod ev. č. 2013/S 129-220953, 10. 7. 2013 pod ev. č. 2013/S 132-227613, 20. 7. 2013 pod ev. č. 2013/S 140-242823, 24. 8. 2013 pod ev. č. 2013/S 164-284908, 30. 8. 2013 pod ev. č. 2013/S 168-290854 a 5. 11. 2013 pod ev. č. 2013/S 214-371516,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – BAK stavební společnost, a.s., IČ 28402758, se sídlem Vodní 177, 541 01 Trutnov – ze dne 20. 6. 2013 **se** podle § 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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel dne 20. 6. 2013 návrh navrhovatele – BAK stavební společnost, a.s., IČO 28402758, se sídlem Vodní 177, 541 01 Trutnov, (dále jen „**BAK stavební společnost, a.s.**“ nebo „**navrhovatel**“), na přezkoumání úkonů zadavatele – Národní muzeum, IČO 00023272, se sídlem Václavské nám. 68, 115 79 Praha 1 (dále jen „**zadavatel**“), učiněných v nadlimitní veřejné zakázce „**Rekonstrukce hlavní (historické) budovy národního muzea – stavební část**“, zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 10. 5. 2013 a uveřejněno dne 13. 5. 2013 pod ev. č. 353628, ve znění oprav ze dne 15. 5. 2013, 6. 6. 2013, 20. 6. 2013, 27. 6. 2013, 1. 7. 2013, 8. 7. 2013, 18. 7. 2013, 23. 8. 2013, 29. 8. 2013 a 31. 10. 2013 a v Úředním věstníku Evropské unie bylo oznámení uveřejněno dne 24. 5. 2013 pod ev. č. 2013/S 099-168928, ve znění oprav ze dne 8. 6. 2013 pod ev. č. 2013/S 110-187313, 22. 6. 2013 pod ev. č. 2013/S 120-204724, 3. 7. 2013 pod ev. č. 2013/S 127-216975, 5. 7. 2013 pod ev. č. 2013/S 129-220953, 10. 7. 2013 pod ev. č. 2013/S 132-227613, 20. 7. 2013 pod ev. č. 2013/S 140-242823, 24. 8. 2013 pod ev. č. 2013/S 164-284908, 30. 8. 2013 pod ev. č. 2013/S 168-290854 a 5. 11. 2013 pod ev. č. 2013/S 214-371516 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

I. Zadávací řízení

2. Zadavatel v oznámení o veřejné zakázce stanovil, že předmětná veřejná zakázka bude zadávána v otevřeném řízení a určil lhůtu pro podání nabídek do 18. 11. 2013 do 10:00 hod. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena ve výši 2 400 000 000,- Kč bez DPH. Základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky zadavatel určil nejnižší nabídkovou cenu.
3. Předmět plnění veřejné zakázky vymezil zadavatel v bodě 6. zadávací dokumentace jako „*provedení stavebních prací při rekonstrukci národní kulturní památky Hlavní (Historické) budovy Národního muzea, Praha 1, Václavské náměstí 68/1700 včetně stavby spojovací chodby mezi Historickou a Novou budovou Národního muzea na adrese Praha 1, Vinohradská 1 v rozsahu a v souladu se zadávacími podmínkami. Předmět plnění veřejné zakázky je vymezen vzorem Smlouvy, který tvoří přílohu č. 1 této zadávací dokumentace.*“
4. Proti zadávacím podmínkám (konkrétně proti požadavku zadavatele na předložení závazného příslibu poskytnutí bankovní záruky za řádné dokončení díla ve výši 240 mil. Kč v bodě 8.1.2 zadávací dokumentace a za zajištění řádného odstranění vad ve výši 100 mil. Kč v bodě 8.1.3 zadávací dokumentace jednotlivými uchazeči ve svých nabídkách) podal navrhovatel dopisem ze dne 28. 5. 2013 námitky, které zadavatel obdržel 29. 5. 2013. Uvedené námitky byly podány v zákonem stanovené lhůtě.

5. Zadavatel rozhodnutím ze dne 5. 6. 2013 podaným námitkám nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách BAK stavební společnost, a.s. obdržela dne 12. 6. 2013.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 5. 6. 2013 za učiněné v souladu se zákonem, podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) dopisem ze dne 20. 6. 2013 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, který Úřad obdržel téhož dne. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 20. 6. 2013.

Obsah návrhu

7. Navrhovatel v návrhu shrnuje svou argumentaci uvedenou v námitkách proti zadávacím podmínkám ze dne 28. 5. 2013. Navrhovatel uvádí, že jeho argumentace se věcně a právně shoduje s argumentací již uvedenou v podání Úřadu ze dne 3. 5. 2013, které je vedeno ve správním řízení S262/2013/VZ. Navrhovatel obecně uvádí, že 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). V tomto konkrétním případě požaduje zadavatel nejprve závazný příslib bankovní záruky za řádné dokončení díla ve výši 240 mil. Kč a za řádné odstranění vad ve výši 100 mil. Kč, posléze v závazném návrhu smlouvy o dílo požaduje jejich předložení již ve formě řádné bankovní záruky s účinností ke dni podpisu smlouvy.
8. Navrhovatel sděluje, že v šetřeném případě činí agregovaná hodnota bankovních záruk z pohledu poskytující banky 360 mil. Kč, což je více než 15 % hodnoty veřejné zakázky a dále „v určitých případech např. až 30 % 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 neúčelné a omezující hospodářskou soutěž, 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.
9. 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.
10. Navrhovatel v této souvislosti rovněž zmiňuje požadavek zadavatele na poskytnutí jistoty ve výši 20 mil. Kč podle bodu 13. zadávací dokumentace, v němž zadavatel stanovil,

že „K zajištění splnění povinností uchazeče vyplývajících z jeho účasti v zadávacím řízení je požadována jistota ve výši 20 mil. Kč. Forma poskytnutí jistoty musí být v souladu s § 67 zákona.“ Nad rámec své argumentace kvýši stanovených příslibů a bankovních záruk navrhovatel uvádí, že zadavatelem oprávněná jistota ve výši 20 mil. Kč je dostatečným zajištěním, aby uchazeči, kteří podali své nabídky, dodrželi veškeré povinnosti vyplývající jim z účasti a podání nabídky v zadávacím řízení.

11. Navrhovatel dále 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 žádné 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. Pokud by se výše uvedenými požadavky snažil zadavatel prověřit ekonomickou způsobilost potenciálních uchazečů, považuje to 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. 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 jiných 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.
13. K požadavku zadavatele předložit závazný příslib bankovní záruky za zajištění řádného odstranění vad ve výši 100 mil. Kč, navrhovatel uvádí, že tato podmínka je z pohledu zajištění jakékoliv povinnosti uchazečů naprosto nadbytečná a to zejména z důvodu, že bankovní záruka za zajištění řádného odstranění vad může být uplatněna pouze po řádném dokončení a předání díla, tedy nejdříve po cca 24 měsících ode dne podpisu smlouvy o dílo. Náklady na udržování platnosti této bankovní záruky jsou vzhledem k její požadované délce platnosti naprosto neúčelně vynaloženými prostředky, aniž by ji zadavatel zároveň mohl jakkoliv čerpat. Navrhovatel uvádí, že zadavatel svým jednáním, když setrval na požadavku předložení bankovního příslibu bankovní záruky na zajištění řádného odstranění vad ve výši 100 mil. Kč, porušil zásady rovnosti a omezení hospodářské soutěže a rozpor s těmito principy spatřuje v následujících skutečnostech. Veškeré skutečnosti uvedené v zamítavém stanovisku k námitce navrhovatele se vází k zajištění řádné realizace díla, nikoliv k fázi výběru nejvhodnější nabídky. V této fázi zadávacího řízení tedy nemůže požadavek příslibu bankovní záruky na zajištění řádného odstranění vad ve výši 100 mil. Kč sloužit jako zajišťovací instrument řádné realizace díla a z tohoto pohledu je tedy tento požadavek naprosto nepatřičný.
14. Podle navrhovatele se zadavatel zcela opomněl vypořádat s argumentací uchazeče, jež spočívá v poukázání na ustanovení čl. V Platební podmínky, odst. 7 závazného návrhu smlouvy o dílo, které zřizuje ve prospěch zadavatele institut tzv. „pozastávky“ ve výši 10 %,

tedy cca 240 miliónů korun, vychází-li navrhovatel z předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Zadavatel má vzhledem k výše uvedené pozastávce naprostou jistotu, a to dokonce finančně přesahující závazek uchazeče, v podobě předloženého příslibu bankovní záruky za zajištění řádného odstranění vad ve výši 100 mil. Kč, když do konce řádného dokončení díla a jeho předání bez vad a nedodělků může disponovat pozastávkou, která téměř dva a půl násobně přesahuje požadavek na zajištění řádného odstranění vad.

15. Pokud by tedy zadavatel smluvně podmínil uvolnění pozastávky kromě jiného předložením bankovní záruky na zajištění řádného odstranění vad ve výši 100 mil. Kč, dosáhl by naprosto stejné jistoty, kterou však požaduje už ve chvíli podání nabídky, k čemuž nesvědčí žádný důvod. Ve chvíli, kdy by byla bankovní záruka použitelná, tedy bylo by ji možno čerpat, bude zadavatel disponovat částkou mnohonásobně vyšší, než na jakou požaduje vystavení bankovního příslibu a poté bankovní záruky a s tou může v návaznosti na porušení smluvních podmínek disponovat např. až do úplné výše, tedy 100 mil. Kč, přičemž o tuto částku může zkrátit úhradu pozastávky a celou výši si ponechat jako ekvivalent bankovní záruky s tím, že nakládání s takovými prostředky je nesrovnatelně administrativně snazší než provedení čerpání bankovní záruky.
16. Podle navrhovatele náklady na udržování platnosti příslibu a následně bankovní záruky na zajištění řádného odstranění vad jsou vzhledem k její požadované délce platnosti, tedy cca 115 měsíců, naprosto neúčelně vynaloženými prostředky, které pouze zvyšují náklady na přípravu nabídky a omezují navrhovateli možnost účasti v dalších zadávacích řízeních. V určitém případě by banky mohly požadovat tzv. „cash collateral“, tedy složení celé částky na její účet oproti vystavení příslibu a následně vystavení bankovní záruky na zajištění řádného odstranění vad, což je nejen naprosto neúčelné, ale ve svém výsledku by takový postup pouze znamenal další zvýšení vlastních nákladů uchazečů, které mají naprosto zásadní dopad do jejich cash flow, aniž by však zadavatel mohl čerpat jakoukoliv jistotu či výhodu.
17. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nespatřuje v odůvodnění zadavatele jediný argument, který by prokazoval význam předložení příslibu bankovní záruky na zajištění řádného odstranění vad v této fázi zadávacího řízení, má navrhovatel za to, že tímto postupem dochází nejen k omezení počtu uchazečů, kteří mohou svou nabídku podat a splnit veškeré požadavky na kvalifikaci předvídané zákonem, ale i k neúčelnému a nehospodárnému navyšování nákladů spojených s přípravou nabídky a nepřímé diskriminaci ostatních zadavatelů, kteří tímto krokem přichází o možnost účasti dalších dodavatelů, kteří budou vzhledem k omezenému rámci bankovních garancí nuceni vybírat, kterých zadávacích řízení se zúčastní a kterých ne, aniž by k tomu byl jediný racionální důvod či jednoznačný benefit, posílení pozice či jistoty konkrétního zadavatele, který trvá na předložení příslibu bankovní záruky na zajištění řádného odstranění vad a to v kombinaci s pozastávkou.
18. Navrhovatel v závěru svého návrhu shrnuje, že požadavek zadavatele na vystavení závazného příslibu bankovní záruky na zajištění řádného odstranění vad a jeho předložení spolu s nabídkou uchazeče nenachází oporu v zákoně, metodických pokynech či jiných zákonných a podzákonných normách, a to ani normách EU. Pokud by měl takovýto příslib sloužit jako prověření ekonomické způsobilosti uchazeče, pak by šel tento požadavek nejen nad rámec současného novelizovaného znění zákona, ale dokonce by s ním byl v přímém rozporu, když zákonodárce celé ustanovení o ekonomických kvalifikačních předpokladech

ze zákona s jasným úmyslem odstranil. Tento požadavek dále nereflektuje současnou situaci na trhu stavebnictví a nepřináší zadavateli žádnou hmatatelnou výhodu, jistotu, či zvýšení hospodárnosti a efektivity.

19. Navrhovatel se tedy tímto návrhem domáhá, aby zadavatel ze zadávací dokumentace odstranil povinnost předložit originál závazného příslibu banky o vystavení bankovní záruky na zajištění řádného odstranění vad ve výši 100 mil. Kč, jak je stanoveno v bodě 8.1.3 zadávací dokumentace, případně aby zadavatel změnil závazný návrh smlouvy o dílo v čl. V odst. 7 tak, aby úhrada části pozastávky odpovídající výši požadovaného příslibu bankovní záruky na zajištění řádného odstranění vad, byla kromě jiného podmíněna předložením řádné bankovní záruky na zajištění řádného odstranění vad.

Vyjádření zadavatele

20. Dne 1. 7. 2013 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele ze dne 25. 6. 2013 ke skutečnostem uvedeným v návrhu navrhovatele spolu s dokumentací o veřejné zakázce.
21. Zadavatel ve svém vyjádření odkazuje v plném rozsahu na své rozhodnutí o nevyhovění námitkám ze dne ze dne 5. 6. 2013. K namítaným skutečnostem navrhovatele zadavatel uvádí, že zadávací podmínky jsou stanoveny tak, aby realizace proběhla řádně a včas v souladu s právním řádem ČR. V případě prodlení s realizací předmětu veřejné zakázky může dojít k ohrožení poskytnutí finančních prostředků z programu „Péče o národní kulturní poklad“ a tím k ohrožení financování celé veřejné zakázky. Zadavatel pro tento případ v závazném návrhu smlouvy o dílo stanovil sankční a zajišťovací prostředky v rozsahu nezbytném pro splnění předmětu veřejné zakázky v souladu se smlouvou. Důvody proč zadavatel požaduje již do samotné nabídky předložení příslibu bankovních záruk je podle zadavatele odůvodnitelné a transparentní.
22. Pouze v případě vystavených příslibů bankovních záruk má zadavatel postaveno na jisto, že vybraný uchazeč bude schopen řádně a včas dostát svým závazkům ve vztahu k požadavkům zadavatele na bankovní záruky a nedojde tak k prodlení a jiným nepředvídatelným komplikacím, které by mohly ohrozit zahájení a celý průběh realizace předmětu veřejné zakázky. Příklad tak mají v nabídkách své nezastupitelné místo a nemůžou být nahrazeny žádným jiným způsobem. Výše bankovních záruk odpovídá běžným obchodněprávním zvyklostem na trhu stavebních prací.
23. Příklad banky o vystavení bankovní záruky za řádné dokončení předmětu plnění veřejné zakázky nelze nahradit jistotou ve smyslu § 67 zákona, a to z toho důvodu, že § 67 odst. 7 zákona stanoví taxativní výčet okolností, za kterých je zadavatel oprávněn na plnění z poskytnuté jistoty. Žádnou ze stanovených podmínek pak nelze aplikovat v případě nepředložení bankovní záruky za řádné dokončení předmětu plnění veřejné zakázky. Zadavatel v závazném vzoru smlouvy o dílo stanovil, že bankovní záruka za řádné a včasné provedení, dokončení a předání předmětu veřejné zakázky bude předložena do 3 dnů po podpisu smlouvy o dílo. Nepředložení bankovní záruky, proto nelze brát jako neposkytnutí součinnosti s podpisem smlouvy, když k předkládání bankovní záruky dochází až po podpisu smlouvy.
24. I v případě, že by zadavatel upravil závazný vzor smlouvy v tom smyslu, že bankovní záruka bude předkládána při podpisu smlouvy, nemá zadavatel jistotu, že bankovní záruka bude

vybranému uchazeči skutečně vystavena, takovéto riziko si zadavatel nemůže dovolit. V případě příslibu banky o vystavení bankovní záruky na zajištění řádného odstranění vad je situace obdobná. Zádržné slouží k jinému účelu a ani v případě úpravy závazného vzoru smlouvy zadavatel nemá jakoukoliv jistotu, že skutečně bude bankovní záruka vybranému uchazeči bankou vystavena.

25. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje zastavení řízení, případně zamítnutí návrhu.

II. Průběh správního řízení

26. Dnem 20. 6. 2013, kdy Úřad návrh navrhovatele obdržel, bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.

27. Účastníky správního řízení jsou podle § 116 zákona:

- zadavatel,
- navrhovatel,

28. O zahájení správního řízení informoval Úřad účastníky řízení oznámením č. j. ÚOHS-S402/2013/VZ-12711/2013/514/ZČa ze dne 8. 7. 2013. Usnesením č. j. ÚOHS-S402/2013/VZ-12717/2013/514/ZČa z téhož dne stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Uvedeným usnesením Úřad rovněž stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení.

Vyjádření navrhovatele

29. Dne 17. 7. 2013 Úřad obdržel od navrhovatele písemnost „*Návrh důkazů dle ustanovení § 36 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád*“ ze dne 16. 7. 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) 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.
30. 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 „*Přehled čerpání limitů k 16. 7. 2013*“.
31. Navrhovatel opakovaně uvádí, že předmětný požadavek je v rozporu se zásadou diskriminace. Příklad bankovní garance na zajištění řádného odstranění vad neřeší zadavateli žádné z jím uváděných rizik, protože příslib nelze použít, nejedná se tedy o zajišťovací instrument jako takový, ale pouze o deklaraci, že tento instrument bude bankou vystaven. Argument o jedinečnosti zadávacího řízení či spoluúčasti financování prostřednictvím

jednotlivých fondů Evropské unie podle zadavatele není důvodem, proč by měl zadavatel postupovat tak, jak v předmětném zadávacím řízení postupoval.

Doplnění návrhu

32. Dne 27. 8. 2013 bylo Úřadu doručeno doplnění návrhu, v němž navrhovatel uvádí, že se často setkává se situací, kdy je zadavatelem překročena zadávací lhůta ve smyslu § 43 zákona a zároveň zadavatel bez zjevného důvodu odmítá uchazečům vrátit závazné přísliby bankovních záruk. Jedná se zejména o situace, kdy se uchazeč umístí na čtvrtém a dalším místě a nelze tak na něj aplikovat § 82 odst. 4 zákona. Tímto postupem zadavatelů dochází ke vzniku neúměrných a naprosto zbytečných nákladů, kdy banka trvá na pokračování platnosti příslibu a bez vrácení originálu příslibu neukončí jeho platnost, čímž vzniká uchazečům povinnost hradit měsíční poplatek za vystavení a vedení příslibu bankovní záruky, který dosahuje v případě příslibu bankovní záruky ve výši 100 mil. Kč 100 000 Kč měsíčně.
33. S ohledem na výše uvedené se navrhovatel domáhá, aby zadavatel ze zadávací dokumentace odstranil povinnost předložit závazný příslib poskytnutí bankovních záruk definovaný v bodu 8.1.3 zadávací dokumentace.

III. Závěry Úřadu

34. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech. Po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření předložených účastníky řízení a na základě vlastních zjištění rozhodl ve smyslu § 118 odst. 5 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

35. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
36. Podle § 44 odst. 3 písm. j) zákona musí zadávací dokumentace obsahovat alespoň mj. jiné požadavky zadavatele na plnění veřejné zakázky.
37. 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 vyplývajících 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.
38. Podle § 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.

39. 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.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

40. V bodě 8.1.2 „Požadavek zadavatele na doložení bankovní záruky za řádné a včasné provedení, dokončení a předání předmětu plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace zadavatel stanovil:

„Zadavatel požaduje při plnění veřejné zakázky uchazečem, jehož nabídka bude vybrána jako nejvhodnější a s níž bude uzavřena Smlouva, bankovní záruku za řádné a včasné provedení, dokončení a předání předmětu plnění veřejné zakázky ve výši 240 000 000,- Kč, a to zejména za dodržení všech smluvních podmínek, termínů plnění veřejné zakázky a sankčních ustanovení.

Uchazeč ve své nabídce předloží originál závazného příslibu banky o vystavení bankovní záruky za řádné a včasné provedení, dokončení a předání předmětu plnění veřejné zakázky v požadované výši v případě uzavření Smlouvy s uchazečem ve prospěch zadavatele (oprávněného). Závazný příslib banky musí být platný min. po dobu zadávací lhůty a jeho originál musí být přiložen v nabídce uchazeče vyjímatelym způsobem. Součástí nabídky bude dále kopie závazného příslibu banky o vystavení bankovní záruky za řádné a včasné provedení, dokončení a předání předmětu plnění veřejné zakázky. V případě, že uchazeč nepředloží ve své nabídce kopii bankovního příslibu (jako Příloha č. 5 návrhu smlouvy), nebude originál příslibu banky uchazeči vrácen.

Závazný příslib banky musí obsahovat min. následující údaje: název a sídlo banky, název a sídlo uchazeče (v případě podání společné nabídky dle § 51 odst. 5 a 6 zákona musí z předloženého bankovního příslibu vyplývat, že je vydáno ve prospěch sdružení, které podává nabídku), výši závazně přislíbené bankovní záruky, účel závazně přislíbené bankovní záruky, označení oprávněného k čerpání přislíbené záruky, dobu platnosti bankovní záruky, údaj o skutečnosti, že banka vystaví bankovní záruku nejpozději do 3 dnů po podpisu smlouvy o dílo.

Závazný příslib banky musí v textu dále obsahovat následující oprávnění zadavatele k uplatnění práva z bankovní záruky:

- *uchazeč neplní předmět veřejné zakázky v souladu s podmínkami Smlouvy, uchazeč neplní termíny provádění díla podle harmonogramu,*
- *uchazeč nepředloží řádně a včas zadavateli bankovní záruku na zajištění řádného odstranění vad,*
- *uchazeč neuhradí zadavateli nebo třetí straně způsobenou škodu či smluvní pokutu nebo jiný peněžitý závazek, k němuž bude dle Smlouvy povinen.*

Platnost bankovní záruky: min. 6 měsíců po předpokládaném provedení předmětu plnění veřejné zakázky.“

41. V bodě 8.1.3 „Požadavek zadavatele na doložení bankovní záruky na zajištění řádného odstranění vad“ zadávací dokumentace zadavatel stanovil:

„Zadavatel požaduje při plnění veřejné zakázky uchazečem, jehož nabídka bude vybrána jako nejvhodnější a s níž bude uzavřena smlouva, předložení bankovní záruky na zajištění řádného odstranění vad ve výši 100 000 000,-Kč.

Uchazeč ve své nabídce předloží jako přílohu návrhu smlouvy originál závazného příslibu banky o vystavení bankovní záruky na zajištění řádného odstranění vad v požadované výši ve prospěch zadavatele (oprávněného). Závazný příslib banky musí být platný min. 6 měsíců po předpokládaném dokončení předmětu plnění veřejné zakázky a jeho originál musí být přiložen v nabídce uchazeče vyjímatelným způsobem. Součástí nabídky bude dále kopie závazného příslibu banky o vystavení bankovní záruky na zajištění řádného odstranění vad. V případě, že uchazeč nepředloží ve své nabídce kopii bankovního příslibu (jako Příloha č. 5 návrhu smlouvy), nebude originál příslibu banky uchazeči vrácen.

Závazný příslib banky musí obsahovat min. následující údaje: název a sídlo banky, název a sídlo uchazeče (v případě podání společné nabídky dle § 51 odst. 5 a 6 zákona musí z předloženého bankovního příslibu vyplývat, že je vydáno ve prospěch sdružení, které podává nabídku), výši závazně přislíbené bankovní záruky, účel závazně přislíbené bankovní záruky, označení oprávněného k čerpání přislíbené záruky, dobu platnosti bankovní záruky, údaj o skutečnosti, že banka vystaví bankovní záruku nejpozději do 3 pracovních dnů ode dne předání a převzetí díla a odstranění poslední vady nebo nedodělků zapsaného v protokolu o předání a převzetí hotového díla.

Závazný příslib banky musí v textu dále obsahovat následující oprávnění zadavatele k uplatnění práva z bankovní záruky:

- *uchazeč neodstraní oznámené záruční vady v souladu se Smlouvou,*
- *uchazeč neuhradí zadavateli nebo třetí straně smluvní pokutu nebo škodu způsobenou v souvislosti s výskytem záruční vady, nebo jiný peněžitý závazek, k němuž bude podle Smlouvy povinen.*

Platnost bankovní záruky: min. po dobu nejdelší záruční doby (72 měsíců) stanovené Smlouvou.“

42. V bodě 13. zadávací dokumentace zadavatel mj. stanovil:

„K zajištění splnění povinností uchazeče vyplývajících z jeho účasti v zadávacím řízení je požadována jistota ve výši 20 mil. Kč. Forma poskytnutí jistoty musí být v souladu s § 67 zákona.“

43. Z dodatečné informace č. 2 ze dne 22. 5. 2013 k zadávacím podmínkám č. 1 vyplývá: *„Zadavatel trvá na stanovené formě pro splnění zadávací podmínky dle bodu 8.1.2 zadávací dokumentace – Požadavek zadavatele na doložení bankovní záruky za řádné a včasné provedení, dokončení a předání předmětu plnění veřejné zakázky a dle bodu 8.1.3 zadávací dokumentace – Požadavek zadavatele na doložení bankovní záruky na zajištění řádného odstranění vad tzn. ve formě bankovních příslibů banky o vystavení bankovní záruky. Zadavatel neumožňuje nahradit požadované přísliby o vystavení bankovních záruk dle bodu 8.1.2 a 8.1.3 zadávací dokumentace formou pojištění záruky“.*

K výroku rozhodnutí

44. 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.
45. 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 povinnostem, 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 zadavatelem uchazečem při porušení jeho povinností v průběhu zadávacího řízení¹. Uvedený institut tak svou zajišťovací povahou poskytuje zadavateli vyšší 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 § 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).
46. 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 partner².
47. Co se týče požadavku zadavatele na předložení závazného příslibu poskytnutí bankovní záruky, Úřad uvádí, že se na rozdíl od institutu jistoty ve smyslu § 67 zákona 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.
48. 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.
49. V souvislosti s otázkou, zda by požadavek příslibu bankovní záruky mohl spadat do kategorie požadavků na kvalifikaci dodavatele, Úřad uvádí, že pojmem kvalifikace dodavatele

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

² 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.

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.

50. 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 zajištění řádného odstranění vad nevypovídá o způsobilosti dodavatele realizovat danou 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.
51. 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.
52. Vymezení požadavků na plnění veřejné zakázky v zadávací dokumentaci zákon upravuje v § 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.
53. K požadavku definovanému v § 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) podle § 44 odst. 3 písm. j) zákona vyžadovat, pokud se jedná o požadavek přiměřený a neodporující základním zásadám zákona.

54. 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 proporcionální 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 období 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 příslib 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.
55. 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 možnost využití institutu pojištění záruky. Zadavatel v rámci dodatečné informace č. 2 ze dne 22. 5. 2013 dodavatelům sdělil: *„Zadavatel trvá na stanovené formě pro splnění zadávací podmínky dle bodu 8.1.2 zadávací dokumentace – Požadavek zadavatele na doložení bankovní záruky za řádné a včasné provedení, dokončení a předání předmětu plnění veřejné zakázky a dle bodu 8.1.3 zadávací dokumentace – Požadavek zadavatele na doložení bankovní záruky na zajištění řádného odstranění vad tzn. ve formě bankovních*

příslibů banky o vystavení bankovní záruky. Zadavatel neumožňuje nahradit požadované přísliby o vystavení bankovních záruk dle bodu 8.1.2 a 8.1.3 zadávací dokumentace formou 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 „*pojištění 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 - goodwill³), 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 240 mil. Kč a za zajištění řádného odstranění vad ve výši 100 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

³ 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.

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 provedeny 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 v určených 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.
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.
64. 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 § 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.
65. 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 proportionality 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 odst. 1 zákona ve vztahu konkrétním okolnostem dané veřejné zakázky.

66. Úřad konstatuje, že v šetřeném případě se jedná o náročný a jedinečný předmět plnění veřejné zakázky, kdy ojedinělost se vztahuje jak k finančnímu rozsahu veřejné zakázky, neboť předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 2 400 000 000,- Kč bez DPH, tak k objemu, komplexnosti požadovaných prací a k náročnosti kombinací rekonstrukčních prací statiky, technických zařízení budov a prací restaurátorských. Stavba je ojedinělá i svým umístěním, protože se nachází nad křižovatkou dvou tras metra v centru města. Předmětem plnění veřejné zakázky je *„provedení veškerých stavebních prací, restaurátorských prací a odborných oprav při rekonstrukci národní kulturní památky Historické budovy Národního muzea, Praha 1, Václavské náměstí 68/1700 včetně stavby spojovací chodby mezi Historickou a Novou budovou Národního muzea na adrese Praha 1, Vinohradská 1.“* Předmět plnění zahrnuje též veškerou dodavatelsko – inženýrskou činnost, dále součinnost při osazování kopie a originálu sousoší Géniů, při osazování a umístování soch, bust a mobiliáře, které jsou předmětem samostatné dodávky jiného dodavatele a spolupráce při získávání kolaudačního souhlasu.
67. Co se týče výše požadovaných záruk, Úřad uvádí, že v součtu zadavatel požadoval bankovní záruky za řádné dokončení díla a za zajištění řádného odstranění vad v hodnotě 340 mil. Kč, což činí 14,17 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky (2 400 000 000,- Kč). Bankovní záruka za řádné dokončení díla přitom činí téměř 10 % a bankovní záruka za zajištění řádného odstranění vad 4,17 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
68. 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 necelou sedminu hodnoty daného plnění. Příslušné bankovní záruky jsou přitom rovněž přiměřené ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, jehož specifická je popsána výše v rozhodnutí a nepředstavuje tak nepřiměřený zásah do hospodářské soutěže na straně dodavatelů.
69. 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.
70. 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.

71. 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.
72. 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 § 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.
73. Z uvedených důvodů neshledává Úřad v postupu zadavatele při stanovení požadavku na bankovní záruku za řádné dokončení díla a za zajištění řádného odstranění vad porušení zásady rovného zacházení a zákazů 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.
74. Úřad shrnuje, že z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že vzhledem ke specifikům šetřené veřejné zakázky (předpokládaná hodnota 2 400 000 000 Kč bez DPH, unikátnost a jedinečnost díla) bude realizováno dílo náročné a ojedinělé a specifické. 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. Vzhledem ke všem výše uvedeným skutečnostem Úřad konstatuje, že požadavek zadavatele na předložení závazného příslibu poskytnutí bankovní záruky za řádné dokončení díla ve výši 240 mil. Kč a za zajištění řádného odstranění vad ve výši 100 mil. Kč nevytváří neodůvodněné překážky hospodářské soutěže a nebyl ze strany zadavatele stanoven v rozporu se zásadou diskriminace či zásadou rovného zacházení a je požadavkem legitimním.

75. Úřad dodává, že písemnost „*Přehled čerpání limitů k 16. 7. 2013*“ předloženou zadavatelem v příloze podání „*Návrh důkazů dle ustanovení § 36 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád*“ ze dne 16. 7. 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 rámec 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.
76. Úřad ohledně namítaného institutu pozastávky v návrhu smlouvy o dílo uvádí, že smluvní ujednání o pozastávce nemá vliv na předmětné rozhodnutí ve věci o přípustnosti příslibů bankovních záruk již v nabídce uchazečů. Důvodem je skutečnost, že Úřad nemá oprávnění vstupovat do smluvních vztahů, může tudíž přezkoumávat pouze jejich rámec s ohledem na možnost ohrožení zadávacího řízení. Úřad dodává, že institut pozastávky je klasický zajišťovací institut, jehož výše se v daném případě podle Úřadu nijak nevymyká standardu. Avšak Úřad není oprávněn hodnotit vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem, nejedná-li se o zjevný exces vyvolávající nemožnost plnění předmětu veřejné zakázky a nejde-li o pravidlo pro posuzování kvalifikace a samotného hodnocení nabídek, jež by muselo být posouzeno podle zákona. Tento závěr vyplývá, i z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28.2.2013.
77. 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 240 mil. Kč a za zajištění řádného odstranění vad ve výši 100 mil. Kč, a proto rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí je možno podat do 15 dnů od jeho doručení rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 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. Národní muzeum, Václavské nám. 68, 115 79 Praha 1
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