



UOHSX00JXXG7

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0088/2024/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-26388/2024/161

Brno 4. 7. 2024

V řízení o rozkladu ze dne 9. 5. 2024, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **DVP STAVBY s.r.o.**, IČO 08641161, se sídlem 28. října 770/6, Moravská Ostrava, 702 00 Ostrava, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 15. 2. 2024 Mgr. Martinem Horákem, advokátem ev. č. ČAK 13970, se sídlem Jandova 208/8, 190 00 Praha 9,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0157/2024/VZ, č. j. ÚOHS-15730/2024/500 ze dne 17. 4. 2024, kterým bylo rozhodnuto ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Institut klinické a experimentální medicíny**, IČO 00023001, se sídlem Vídeňská 1958/9, Krč, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 27. 2. 2024 Mgr. Klárou Zábrowskou, advokátkou ev. č. ČAK 10731, se sídlem Rybná 716/24, 110 00 Praha 1,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Z3 – Výstavba laboratorního pavilonu – modulární výstavba**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 10. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 10. 2023 pod ev. č. Z2023-048995 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31. 10. 2023 pod ev. č. 663158-2023,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů a ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0157/2024/VZ, č. j. ÚOHS-15730/2024/500 ze dne 17. 4. 2024

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese, s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, obdržel dne 19. 2. 2024 návrh navrhovatele – DVP STAVBY s.r.o., IČO 08641161, se sídlem 28. října 770/6, Moravská Ostrava, 702 00 Ostrava, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 15. 2. 2024 Mgr. Martinem Horákem, advokátem ev. č. ČAK 13970, se sídlem Jandova 208/8, 190 00 Praha 9 (dále jen „**navrhovatel**“) – z téhož dne na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Institut klinické a experimentální medicíny, IČO 00023001, se sídlem Vídeňská 1958/9, Krč, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 27. 2. 2024 Mgr. Klárou Zábrodskou, advokátkou ev. č. ČAK 10731, se sídlem Rybná 716/24, 110 00 Praha 1 (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Z3 – Výstavba laboratorního pavilonu – modulární výstavba**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 10. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 10. 2023 pod ev. č. Z2023-048995 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31. 10. 2023 pod ev. č. 663158-2023 (dále jen „**veřejná zakázka**“ nebo „**zadávací řízení**“).

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího postupu. Postup Úřadu ve správním řízení se řídí právními předpisy účinnými ke dni zahájení správního řízení.

2. Podle bodu 2.1 zadávací dokumentace ze dne 26. 10. 2023 k veřejné zakázce (dále jen „**zadávací dokumentace**“) byla předmětem plnění veřejné zakázky „*výstavba nového objektu Pavilonu Z3 v areálu Zadavatele (tj. v areálu Institutu klinické a experimentální medicíny na adrese Vídeňská 1958/9, 140 21 Praha 4 – Krč) na pozemcích parc. č. 2262, 2261/2, 2261/4, 2261/27, 2261/36, 846/3 a 846/6, vše v katastrálním území Krč, obec Praha, ve kterém bude umístěno laboratorní pracoviště (dále jen „Pavilon Z3“), a to formou modulární výstavby*“ (dále jen „**předmět plnění**“ nebo jen „**Pavilon Z3**“).
3. Předmět plnění veřejné zakázky dle bodu 2.3 zadávací dokumentace zahrnoval rovněž další činnosti, zejména demolici stávajícího administrativního objektu Z3, vypracování dokumentace skutečného provedení stavby nebo zaškolení zaměstnanců zadavatele a/nebo jiných osob určených zadavatelem k obsluze, provozování a údržbě díla či jakékoliv jeho části, dle přílohy 4 zadávací dokumentace – smlouvy o dílo (dále jen „**smlouva**“).
4. Podle závěrečných vět bodu 2.3 zadávací dokumentace má být výstavba Pavilonu Z3 prováděna v areálu zadavatele s tím, že stavební práce budou probíhat za plného provozu areálu zadavatele, proto bude při realizaci veřejné zakázky dodavatel povinen respektovat provoz nemocnice v areálu zadavatele a provádět veškeré práce šetrně tak, aby nedocházelo k narušení zdravotnického provozu v areálu zadavatele.
5. Zadavatel v bodě 2.2 zadávací dokumentace stanovil požadavek, aby dodavatel pro realizaci veřejné zakázky disponoval minimálně 5členným realizačním týmem sestávajícím, mimo jiné, ze specialisty bezpečnosti a ochrany zdraví při práci (dále jen „**specialista BOZP**“). Jednotliví členové realizačního týmu musí splňovat kvalifikaci uvedenou v bodě 6. zadávací dokumentace.
6. Předmětem plnění veřejné zakázky dle bodu 2.5 zadávací dokumentace „**není provádění činností koordinátora BOZP ani provádění technického dozoru stavebníka vybraným dodavatelem či osobou s ním propojenou**“.
7. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla dle bodu 2.8 zadávací dokumentace 404 000 000 Kč bez DPH.
8. V bodě 8 zadávací dokumentace nastavil zadavatel platební a obchodní podmínky plnění veřejné zakázky tak, že veškeré obchodní, platební a sankční podmínky a další požadavky zadavatele na plnění veřejné zakázky jsou upraveny v závazném návrhu smlouvy.
9. Zadavatel ve vztahu k vybranému dodavateli v bodě 8.4 zadávací dokumentace stanovil požadavek na zřízení bankovní záruky za řádné provedení předmětu veřejné zakázky² ve výši 10 % z celkové ceny díla bez DPH ve prospěch zadavatele (dále jen „**bankovní záruka 1**“). V bodě 8.5 zadavatel dále stanovil ve vztahu k vybranému dodavateli požadavek na zřízení bankovní záruky za odstranění vad díla v záruční době ve výši 5 % z celkové ceny díla bez DPH ve prospěch zadavatele (dále jen „**bankovní záruka 2**“). V obou uvedených bodech zadávací dokumentace pak zadavatel shodně stanovil, že „[ú]častník Zadávacího řízení ve své nabídce předloží originál závazného příslibu banky o vystavení Bankovní záruky 1 [resp. dle bodu 8.5 bankovní záruky 2] v požadované výši ve prospěch Zadavatele (oprávněného) pro případ uzavření smlouvy s účastníkem Zadávacího řízení v elektronické podobě (tzn. originální soubor

² Dle bodu 8.4 zadávací dokumentace zadavatel požaduje bankovní záruku za řádné provedení předmětu plnění veřejné zakázky, a to zejména za dodržení všech smluvních podmínek, sankčních ustanovení, kvality a doby provedení díla.

poskytnutý bankou včetně elektronických podpisů), s tím, že originál závazného příslibu banky v elektronické podobě musí být součástí nabídky účastníka Zadávacího řízení.“ Poté zadavatel specifikoval údaje, jež musely závazné přísliby obsahovat.

10. K zajištění splnění povinností účastníka zadávacího řízení je zadavatelem dle bodu 14.1 zadávací dokumentace požadováno složení jistoty v souladu s § 41 odst. 1 zákona ve výši 700.000, - Kč. Dle bodu 14.2 může být účastníkem zadávacího řízení jistota poskytnuta formou složení peněžité částky v plné výši na bankovní účet zadavatele, nebo formou bankovní záruky ve prospěch zadavatele, nebo formou pojištění záruky ve prospěch zadavatele.
11. Z dokumentace o zadávacím řízení se podává, že navrhovatel doručil dne 2. 2. 2024 zadavateli své námitky z téhož dne směřující proti zadávacím podmínkám (dále jen „**námitky**“).
12. Zadavatel rozhodnutím ze dne 7. 2. 2024, které navrhovatel obdržel téhož dne, námitky navrhovatele v celém rozsahu odmítl (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“).
13. Dle zprávy o hodnocení nabídek předmětné veřejné zakázky ze dne 7. 2. 2024 členové komise hodnotili čtyři nabídky odpovídající kritériím hodnocení. Podle základního hodnoticího kritéria, ekonomické výhodnosti nabídky, byla nejlépe hodnocena nabídka dodavatele, jenž nabídl nejnižší nabídkovou cenu bez DPH – nabídka společnosti GEMO a.s., IČO 13642464, se sídlem Dlouhá 562/22, 779 00 Olomouc Lazce (dále jen „**vybraný dodavatel**“).
14. Úřad obdržel dne 19. 2. 2024 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „**návrh**“). V souladu se svými námitkami navrhovatel v návrhu navrhl, aby Úřad zrušil rozhodnutí o námitkách.
15. Dnem 19. 2. 2024, kdy Úřad návrh obdržel, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
16. Rozhodnutím ze dne 4. 4. 2024, č. j. ÚOHS-14090/2024/500, nařídil Úřad z moci úřední zadavateli předběžné opatření spočívající v zákazu uzavření smlouvy na šetřenou veřejnou zakázku, a to až do pravomocného skončení předmětného správního řízení.

II. Napadené rozhodnutí

17. Dne 17. 4. 2024 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0157/2024/VZ, č. j. ÚOHS-15730/2024/500, kterým rozhodl, že návrh navrhovatele se podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
18. Při vypořádání námitek navrhovatele se Úřad v bodech 89 až 109 napadeného rozhodnutí zaobíral požadavkem zadavatele ve věci prokázání technické kvalifikace specialisty BOZP, jakožto člena realizačního týmu, po kterém dle bodu 6.4.1, písm. b, část (v) zadávací dokumentace zadavatel požadoval osvědčení o úspěšně vykonané zkoušce z odborné způsobilosti k činnostem koordinátora BOZP podle ustanovení § 10 odst. 2 písm. c) zákona č. 309/2006 Sb., kterým se upravují další požadavky bezpečnosti a ochrany zdraví při práci v pracovněprávních vztazích a o zajištění bezpečnosti a ochrany zdraví při činnostech nebo poskytování služeb mimo pracovněprávní vztahy (zákon o zajištění dalších podmínek bezpečnosti a ochrany zdraví při práci), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o zajištění BOZP**“).

19. Úřad k této námitce navrhovatele v napadeném rozhodnutí konstatoval, že je legitimním cílem zadavatele a zároveň povinností, která pro něj a současně pro dodavatele jako zhotovitele stavby vyplývá z § 3 odst. 1 zákona o zajištění BOZP, zajistit na staveništi v průběhu plnění veřejné zakázky bezpečnost a ochranu zdraví při práci (dále také jen „**BOZP**“). Úřad měl za nesporné, že zajištění BOZP při plnění veřejné zakázky je přímo s předmětem veřejné zakázky spojeno, a proto také považoval za legitimní od zadavatele vyžadovat technickou kvalifikaci pro člena realizačního týmu, který bude za zajištění BOZP na straně dodavatele přímo zodpovědný. Úřad posoudil odůvodnění zadavatele, jenž kromě jiného argumentoval výší předpokládané hodnoty veřejné zakázky, předmětem veřejné zakázky (především výstavba Pavilonu Z3, jakožto nového objektu zdravotnického zařízení), a tím, že veřejná zakázka bude plněna za plného provozu areálu zadavatele, přičemž k narušení zdravotnického provozu v areálu zadavatele nesmí dojít a uznal, že argumentace zadavatele má své opodstatnění vzhledem k předmětu veřejné zakázky. Požadavek zadavatele, aby specialista BOZP disponoval osvědčením o vzdělání na úrovni koordinátora BOZP, byl proto Úřadem shledán legitimním v souladu se zásadou přiměřenosti a zásadou zákazu diskriminace.
20. V další části napadeného rozhodnutí Úřad v bodech 110 až 121 vyjádřil své stanovisko k požadavku zadavatele, aby dodavatelé předkládali závazný příslib banky o budoucím vystavení bankovní záruky 1 a bankovní záruky 2 již v rámci nabídky (dále také jen „**závazný příslib**“).
21. Úřad se v napadeném rozhodnutí nejdříve zabíral institutem bankovní záruky v obecné rovině ve smyslu § 2029 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, poté institutem jistoty ve smyslu § 41 zákona, a rovněž institutem ekonomické kvalifikace podle § 78 zákona.
22. Předložení závazných příslibů Úřad v napadeném rozhodnutí nepovažoval za podmínku účasti v zadávacím řízení ve smyslu § 37 odst. 1 písm. c) zákona, tj. obchodní nebo jinou smluvní podmínku vztahující se k předmětu veřejné zakázky (tedy za povinnost dodavatele vyplývající ze smlouvy na veřejnou zakázku), nýbrž za povinnost, kterou musí dodavatel splnit ještě v průběhu zadávacího řízení, tj. před uzavřením smlouvy. Dle názoru Úřadu předmětný požadavek zadavatele tak představoval podmínku účasti dle § 37 odst. 2 zákona, tj. požadavek na obsah nabídky.
23. K požadavku zadavatele na předložení závazných příslibů Úřad v napadeném rozhodnutí uzavřel, že jejich předložení nepovažuje za rozporné se zákonem a v posuzovaném případě tento postup nevedl k diskriminačnímu či nerovnému zacházení. Ve vztahu k předmětu veřejné zakázky považoval Úřad zmíněný požadavek za opodstatněný a přiměřený.
24. Úřad s cílem předejít nežádoucí praxi, která by mohla mít negativní dopad do dodavatelského sektoru (další náklady na straně účastníků zadávacího řízení v podobě poplatku bankovnímu subjektu za vystavení závazného příslibu), v napadeném rozhodnutí závěrem apeloval na to, aby požadavek na předložení příslibu bankovní záruky za řádné plnění veřejné zakázky byl využíván vždy pouze po kvalifikované úvaze zadavatele o vhodnosti takového postupu pro konkrétní veřejnou zakázku vzhledem k povaze jejího předmětu a při zohlednění dopadu na trh.

25. Úřad závěrem napadeného rozhodnutí konstatoval, že neshledal, že by se zadavatel dopustil v intencích v návrhu namítaných skutečností nedodržení pravidel pro zadání veřejné zakázky, a proto rozhodl podle § 265 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu.

III. Rozklad navrhovatele

26. Dne 9. 5. 2024 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze spisového materiálu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 24. 4. 2024, rozklad byl tudíž podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

27. Navrhovatel s napadeným rozhodnutím jako celkem nesouhlasil, a proto podal rozklad. Navrhovatel svými námitkami a následně svým návrhem brojil proti zadávacím podmínkám zadavatele, které ve dvou aspektech považuje za nepřiměřené, diskriminační a netransparentní, avšak Úřad dospěl k odlišnému závěru, což navrhovatel považuje za chybné.

Námítka týkající se požadavků zadavatele pro pozici specialisty BOZP

28. Navrhovatel v rozkladu rozporoval názor Úřadu týkající se technické kvalifikace u specialisty BOZP na straně zhotovitele, tj. dodavatele. Ve své argumentaci navrhovatel striktně odděloval činnosti prováděné specialistou BOZP od činností prováděných koordinátorem BOZP, a rovněž poukazoval na skutečnost, že on sám nemůže využít osobu odborně způsobilou k zajišťování úkolů v prevenci rizik ve smyslu § 10 odst. 1 zákona o zajištění BOZP, která se podílela na realizaci totožného referenčního plnění, kterou chtěl prokázat samotnou technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona. Navrhovatel se tak považoval za dodavatele, který, byť dle jeho názoru naplňoval veškeré další zadávací podmínky, je diskriminován a nedůvodně je mu odpírána účast v zadávacím řízení.
29. Ohledně nutnosti spolupráce s koordinátorem BOZP navrhovatel argumentoval, že se nejednalo o specifikum nadepsaného zadávacího řízení, ale o zákonnou povinnost ve smyslu § 16 písm. b) zákona o zajištění BOZP, která je naplňována a vyžadována vždy a na všech stavebních v procesu veřejného zadávání.
30. Koordinátor BOZP není podle navrhovatele osoba odborně způsobilá v prevenci rizik a nemůže nahrazovat výkon osoby odborně způsobilé k zajišťování úkolů v prevenci rizik ve smyslu § 10 odst. 1 zákona o zajištění BOZP zhotovitele. Předmět činnosti specialisty BOZP, tj. preventisty, a koordinátora BOZP je dle navrhovatele zcela odlišný a vznesený požadavek nesouvisí s předmětem plnění. V tomto směru navrhovatel rovněž nesouhlasí se stanoviskem Úřadu uvedeným v napadeném rozhodnutí, že by „se mělo jednat o vyšší stupeň osvědčení specialisty BOZP, kdy se věcně jedná o zcela odlišnou funkci technika BOZP (jak věcným vymezením, tak v podstatě „kontradiktorním“ postavením – objednatel x zhotovitel)“.

Námítka týkající se závazných příslibů banky o vystavení bankovních záruk

31. Navrhovatel brojí proti požadavku zadavatele, aby dodavatelé již v rámci nabídky předkládali závazný příslib banky o budoucím vystavení bankovní záruky 1 a bankovní záruky 2. Navrhovatel má za to, že požadavek na předložení závazných příslibů již ve fázi podání nabídek je zcela nelogický, nepřiměřený, diskriminační a eliminační, když platí, že předmětná bankovní

záruka se vztahuje k samotné realizaci díla a k vybranému dodavateli (srov. bod 9 tohoto rozhodnutí).

32. Navrhovatel v rozkladu namítá, že výkladem Úřadu uvedeným v napadeném rozhodnutí došlo k extrémnímu zásahu do jeho procesních a hmotných práv. Argumentace Úřadu, kdy stanovený požadavek zadavatele považuje za podmínku účasti dle § 37 odst. 2 zákona, tj. požadavek zadavatele na obsah nabídky, je dle navrhovatele argumentací, kterou zadavatel v dosavadním průběhu řízení neuvedl. Zadavatel zmíněnou argumentaci nepoužil ani v rozhodnutí o námitkách,³ kdy naopak výslovně uvedl, že se jedná o požadavek na kvalitu plnění veřejné zakázky, konkrétně o požadavek na zajištění závazku, který veřejná zakázka představuje. Dle zadavatele je tento požadavek stanoven zcela v souladu s § 104 písm. a) zákona. Následně avšak po podání návrhu navrhovatele zadavatel změnil svoji argumentaci, kdy v přípisu nazvaném „*Vyjádření zadavatele k návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele*“ ze dne 29. 2. 2024 (dále jen „*vyjádření*“) uvádí, že se jedná o podmínku účasti ve smyslu § 37 odst. 1 písm. c) zákona,⁴ tj. obchodní nebo jinou smluvní podmínku vztahující se k předmětu veřejné zakázky.
33. Navrhovatel je přesvědčen, že Úřad zcela přesáhl svoji pravomoc, když v podstatě za zadavatele vymyslel důvod odmítnutí navrhovatelem podaného návrhu, přičemž v důsledku zjevně nesprávného a nezákonného postupu Úřadu tak bylo navrhovateli znemožněno předložit odpovídající protiargumentaci před vydáním napadeného rozhodnutí. V tomto směru považuje navrhovatel napadené rozhodnutí za rozhodnutí překvapivé a v rozporu s principem legitimního očekávání. Současně navrhovatel namítá, že závěr Úřadu nemá oporu ani ve správním spise, protože argumentace Úřadu ve smyslu § 37 odst. 2 zákona nebyla ze strany zadavatele předložena. Předmětná podmínka je v zadávací dokumentaci uvedena v bodě 8 platební a obchodní podmínky, tudíž se dle navrhovatele jedná o požadavek na kvalitu plnění veřejné zakázky.
34. Dle navrhovatele samotný příslib bankovní záruky není dokladem opravňujícím zadavatele k podpisu smlouvy na plnění. Relevantním dokladem je až bankovní záruka 1 a bankovní záruka 2. Zadavatel bez předložení obou bankovních záruk nesmí smlouvu s vybraným dodavatelem podepsat. Příslib bankovní záruky navrhovatel považuje za nedůvodnou překážku na straně dodavatele relevantního trhu, včetně dodavatelů zahraničních.
35. Uvedený příslib bankovní záruky není dle navrhovatele po celou dobu zadávacího řízení potřeba. Nevyužije jej ani vybraný dodavatel, neboť na jeho základě není oprávněn podepsat smlouvu na plnění, a jak i sám zadavatel uvedl, jedná se pouze o nástroj zajištění podpisu

³ V rozhodnutí o námitkách zadavatel mimo jiné uvedl: „*Zadavatelem stanovený požadavek na předložení příslibu poskytnutí bankovní záruky za řádné dokončení díla a za záruční opravy je **zajištěním budoucího řádného plnění Zakázky** (obdobu smlouvy o smlouvě budoucí – závazek banky deklarující její připravenost za splnění určitých podmínek poskytnout bankovní záruku) a jedná se o **požadavek na kvalitu plnění Zakázky**, konkrétně požadavek na zajištění závazku, který Zakázka představuje. Tento požadavek je stanoven zcela v souladu s ustanovením § 104(a) Zákona, jako další požadavek Zadavatele na plnění Zakázky, a z tohoto důvodu jej Zadavatel, který se jeho splnění rozhodl s ohledem na předmět plnění Zakázky vyžadovat, byl povinen stanovit v zadávací dokumentaci Zakázky, což také učinil. Zadavatel tento požadavek považuje za zcela přiměřený a v žádném ohledu neodporující základním zásadám Zákona.*“

⁴ Zadavatel ve vyjádření uvedl, že „*požaduje předložení příslibů vystavení bankovních záruk v souladu s ustanovením § 37(1)(c) a § 103(1)(b) Zákona a odkaz na ustanovení § 104 Zákona Zadavatel v Rozhodnutí o námitkách pouze chybně uvedl, když zamýšlel poukázat na to, že předložení vlastní bankovní záruky (tj. Bankovní záruky 1 dle zadávací dokumentace Zakázky) vybraným dodavatelem před podpisem smlouvy je zcela souladné se Zákonem.*“

smlouvy. V případě, že vybraný dodavatel nepodepíše v přiměřené lhůtě smlouvu, je zadavatel oprávněn jej vyloučit podle § 124 odst. 2 zákona. K zajištění takového postupu však dle navrhovatele slouží jistota podle § 41 zákona, kterou zadavatel v bodě 14 zadávací dokumentace stanovil.

36. Zadavatel je dle navrhovatele oprávněn po účastnících zadávacího řízení požadovat pouze takové doklady, které zákon u jednotlivých kritérií připouští. Zákon k zajištění splnění povinnosti účastníka zadávacího řízení připouští institut jistoty ve smyslu § 41 zákona, proto podle navrhovatele požadavek na předložení dalšího nástroje k zajištění splnění povinností účastníka spočívající v podpisu smlouvy zákon neumožňuje. Další nástroje k zajištění splnění povinností účastníka v zadávacím řízení, nad rámec jistoty, jsou podle navrhovatele zjevně nepřípustné a diskriminační, neboť zcela nedůvodně omezují a narušují hospodářskou soutěž a proces veřejného zadávání.
37. Úřad dle názoru navrhovatele sám v napadeném rozhodnutí uznává, že požadavek na předkládání příslibu bankovní záruky způsobuje narušení hospodářské soutěže a současně nabádá zadavatele, aby tento institut neužívali. Stanovisko Úřadu, aby se takovýto institut užíval zřídka, zakládá podle navrhovatele značnou míru nejistoty a nedůvěryhodnosti.

Závěr rozkladu

38. Ve smyslu svých námitek navrhovatel uvedl, že kterákoli z jím rozporovaných podmínek zadávací dokumentace porušuje základní principy veřejného zadávání sama o sobě, jejich kombinace však narušení hospodářské soutěže ještě více umocňuje, což má podstatný vliv na transparentnost celého zadávacího řízení a ve svém důsledku především na rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky. S ohledem na namítané skutečnosti navrhuje, aby předseda Úřadu rozhodl tak, že napadené rozhodnutí se ruší a věc se vrací Úřadu k novému projednání.

Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele

39. Úřad obdržel zevrubné vyjádření zadavatele ze dne 16. 5. 2024 k podanému rozkladu, v němž se zadavatel vyjádřil ke všem námitkám navrhovatele.
40. Zadavatel ve vztahu k otázce prokázání kvalifikace navrhovatele odkázal na svou argumentaci použitou v rozhodnutí o námitkách a ve svém vyjádření k návrhu. Dle názoru zadavatele, a podle jeho vlastních zkušeností při zkoumání relevantního trhu je přesvědčen, že stavební společnosti, které jsou vhodné pro realizaci veřejné zakázky s ohledem na její rozsah, složitost a termín plnění, běžně disponují osobou s odbornou způsobilostí koordinátora BOZP. Tomu odpovídá i skutečnost, že všechny čtyři stavební společnosti, které podaly nabídku na realizaci veřejné zakázky, takovou osobou disponují s tím, že ve třech případech tuzemských stavebních společností jde o jejich zaměstnance, a u jedné společnosti, která je zahraničním dodavatelem, jde o poddodavatele.
41. Zadavatel rovněž doplnil své vyjádření k rozkladu o veřejnou evidenci odborně způsobilých osob a podle takto získaných statistických údajů konstatoval, že preventistů BOZP, tj. specialistů BOZP s platným osvědčením, je aktuálně v České republice téměř 6600, koordinátorů BOZP je evidováno víc než 2100. (V podrobnostech viz bod 74 tohoto rozhodnutí).
42. Svou podmínku týkající se kvalifikace osoby na pozici specialisty BOZP zhotovitele nepovažuje zadavatel za diskriminační, protože ji stanovil výlučně v souladu s požadavkem na složení

realizačního týmu tak, aby tento byl kvalifikovaný, vhodný a způsobilý pro řízení realizace veřejné zakázky, a to zejména s ohledem na rozsah a složitost předmětu jejího plnění (např. vnesl požadavek na vzdělání specialisty BOZP technického zaměření v souladu s § 79 odst. 2 písm. d) zákona, což koresponduje s jeho požadavkem, aby specialista BOZP dodavatele disponoval platným osvědčením koordinátora BOZP ve smyslu § 10 odst. 2 písm. a) zákona o zajištění BOZP).

43. Ohledně závazných příslibů banky o vystavení bankovních záruk zadavatel uvedl, že se zcela ztotožňuje s napadeným rozhodnutím a odkázal na svou argumentaci uvedenou v rozhodnutí o námitkách a ve vyjádření. Zadavatel je i nadále přesvědčen, že požadavek na předložení závazných příslibů vystavení bankovní záruky v nabídce na realizaci veřejné zakázky s přihlédnutím k předmětu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky není v žádném ohledu v rozporu se zákonem, proto předmětný požadavek ani nepovažuje za diskriminační. Cílem zadavatele při stanovení tohoto požadavku je omezení potenciálních dodavatelů pouze na ty, kteří jsou skutečně připraveni plnit veřejnou zakázku, a současně je snahou zadavatele zajistit dostatečné krytí řádného plnění veřejné zakázky a případnou kompenzaci problémů, které mohou vzniknout, pokud by veřejná zakázka nebyla realizována řádně a včas. Zadavatel se domnívá, že pokud dodavatel připraví nabídku, složí jistotu v požadované výši a předloží závazné přísliby o vystavení bankovních záruk, pak je zcela nepravděpodobné, že by v případě, že takový dodavatel bude zadavatelem vybrán k realizaci veřejné zakázky, tento bezdůvodně odmítl smlouvu uzavřít.
44. Cílem zadavatele při stanovení požadavku na předložení závazných příslibů o vystavení bankovních záruk již v nabídce na realizaci veřejné zakázky není zajištění podpisu smlouvy ze strany vybraného dodavatele, ale omezení potenciálních dodavatelů pouze na ty, kteří jsou skutečně připraveni plnit veřejnou zakázku. Současně je snahou zadavatele zajistit dostatečné krytí řádného plnění veřejné zakázky a případnou kompenzaci problémů a finančních ztrát, které mohou vzniknout, pokud veřejná zakázka nebude realizována řádně a včas.
45. Zadavatel se domnívá, že předseda Úřadu by měl podaný rozklad navrhovatele zamítnout a napadené rozhodnutí potvrdit.

IV. Řízení o rozkladu

46. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro změnu nebo zrušení napadeného rozhodnutí podle § 87 správního řádu, a proto podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

47. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech byl podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat následující závěr.
48. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím návrh podle § 265 písm. a) zákona zamítl, rozhodl v rozporu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech

rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání

K námitce týkající se závazných příslibů banky o vystavení bankovních záruk

49. Jak bylo naznačeno shora, neztotožňuji se s právním posouzením věci Úřadem v napadeném rozhodnutí, který došel k nesprávnému právnímu závěru týkajícímu se požadavku zadavatele na předložení závazných příslibů.
50. Úřad v napadeném rozhodnutí nepovažoval předložení závazných příslibů za podmínku účasti v zadávacím řízení ve smyslu § 37 odst. 1 písm. c) zákona, tj. obchodní nebo jinou smluvní podmínku vztahující se k předmětu veřejné zakázky, nýbrž za povinnost, kterou musí dodavatel splnit ještě v průběhu zadávacího řízení, tj. před uzavřením smlouvy. Dle názoru Úřadu tak předmětný požadavek zadavatele představoval podmínku účasti dle § 37 odst. 2 zákona, tj. požadavek na obsah nabídky. Úřad dále uzavřel, že předložení závazných příslibů nepovažuje za rozporné se zákonem a v posuzovaném případě nevedlo k diskriminačnímu či nerovnému zacházení. Ve vztahu k předmětu veřejné zakázky Úřad považoval zmíněný požadavek za opodstatněný a přiměřený.
51. Předseda Úřadu naopak zastává názor, že požadavek zadavatele na předložení závazných příslibů je v daném případě nepřiměřený a diskriminační. Zásady přiměřenosti a zákazu diskriminace jsou neurčité právní pojmy, které je třeba vykládat s ohledem na konkrétní okolnosti posuzovaného případu. V tomto případě jsem se na rozdíl od Úřadu z důvodů uvedených níže přiklonil k závěru, že uvedené zásady zadávacího řízení byly porušeny. Tyto důvody lze shrnout ve stručnosti tak, že požadavek zadavatele na závazné přísliby fakticky působí toliko jako zajištění připravenosti dodavatelů uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky v souladu se zadávacími podmínkami, neboť zadavatel požadoval ještě před uzavřením smlouvy na plnění veřejné zakázky předložit bankovní záruku 1 a bankovní záruku 2. Je tedy zřejmé, že při uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky již závazný příslib pozbyde platnosti, neboť bude transformován do bankovních záruk. Zároveň pak pro zajištění závazku uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky slouží institut jistoty dle § 41 zákona, který je zákonem poměrně podrobně upraven včetně limitů na jeho výši. Faktické duplikování závazku dodavatelů uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky požadavkem na závazný příslib a navyšování nákladů dodavatelů na podání nabídek nad rámec limitů, které předvídá § 41 zákona, je tedy postupem nepřiměřeným a diskriminačním. Podrobně lze uvést následující.
52. Zákon ve smyslu § 37 odst. 2 umožňuje, aby zadavatel jako podmínky účasti v zadávacím řízení stanovil rovněž požadavky na obsah, formu nebo způsob podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek. Co se týče požadavků na obsah, jedná se zejména o požadavky na to, jaké konkrétní dokumenty mají být v nabídce předloženy či jaké skutečnosti mají být v nabídce popsány. V napadeném rozhodnutí Úřad uzavřel, že požadavek zadavatele, aby originál závazného příslibu banky v elektronické podobě byl součástí nabídky účastníka zadávacího řízení, je právě požadavkem na obsah nabídky. Tento závěr odpovídá formulaci zadávací podmínky, neboť závazné přísliby pozbydou platnosti v okamžiku uzavření smlouvy, když musí být přetaveny do bankovních záruk. Nemohou být tedy z podstaty věci součástí smluvních podmínek, ale toliko podmínek zadávacích.

53. Zadavatel předmětný požadavek sice umístil do bodu 8 zadávací dokumentace, jež nastavuje platební a obchodní podmínky plnění veřejné zakázky a odkazuje na jejich podrobnou úpravu v závazném návrhu smlouvy, charakter tohoto požadavku je však nutno posuzovat dle jeho skutečného obsahu. Je zjevné, že závazné přísliby mají být před uzavřením smlouvy na plnění veřejné zakázky nahrazeny bankovními zárukami 1 a 2, tedy po uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky již nebudou existovat a nemohou tak vyplývat ze smlouvy na veřejnou zakázku. Lze tak uzavřít, že na požadavek na předložení závazných příslibů lze nahlížet přísněji, než je obecně nahlíženo na smluvní a obchodní podmínky, u nichž Úřad zasahuje pouze v případě jejich excesivního nastavení (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013).
54. Na tuto skutečnost nemá vliv ani fakt, že zadavatel zmíněnou argumentaci neuvedl ani v rozhodnutí o námitkách, kde naopak výslovně sdělil, že se jedná o požadavek na kvalitu plnění veřejné zakázky, konkrétně o požadavek na zajištění závazku, který veřejná zakázka představuje. Až po podání návrhu navrhovatele zadavatel změnil svoji argumentaci a ve vyjádření ze dne 29. 2. 2024 uvádí, že jde o podmínku účasti ve smyslu § 37 odst. 1 písm. c) zákona, tj. obchodní nebo jinou smluvní podmínku vztahující se k předmětu veřejné zakázky.
55. Lze přisvědčit navrhovateli, že právní kvalifikace sporné zadávací podmínky jako podmínky dle § 37 odst. 2 zákona byla zmíněna až v napadeném rozhodnutí, tato skutečnost však není pro posouzení věci stěžejní. Předně Úřad není vázán právní kvalifikací předestřenoú zadavatelem, ale je povinen posuzovat spornou zadávací podmínku dle jejího obsahu. (Srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 28. 5. 2024, č. j. 29 Af 13/2022-226, bod 39-40.) Navíc vzhledem k tomu, že Úřad se bude návrhem zabývat opakovaně, může již navrhovatel na novou právní kvalifikaci adekvátně reagovat.
56. Dle zákona pak platí, že všechny kategorie podmínek účasti dle § 37 se vždy musí vztahovat k předmětu plnění veřejné zakázky a musí být stanoveny v souladu se zásadami dle § 6 zákona, zejména musí být přiměřené k předmětu veřejné zakázky a nesmí bezdůvodně diskriminovat dodavatele, kteří by jinak byli schopni plnit předmět veřejné zakázky s ohledem na potřeby zadavatele.⁵
57. Podmínky účasti představují kritéria a požadavky, které musí být dodavatelem splněny; zejména musí být splněny vždy vybraným dodavatelem, aby s ním mohla být uzavřena smlouva na plnění veřejné zakázky (srov. § 39 odst. 2 písm. a) a odst. 4 věta druhá zákona).
58. Zadavatel v posuzovaném případě požadoval, aby všechny nabídky obsahovaly závazné přísliby, vybraný dodavatel by pak byl povinen předložit bankovní záruky 1 a 2. Zadavatel tvrdil, že pokud by požadoval toliko předložení bankovní záruky pouze po vybraném dodavatelem před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku, hrozilo by, že se zadávacího řízení budou účastnit i dodavatelé, kterým by v případě výběru nemusela být bankovní záruka vystavena, čímž by mohlo před podpisem smlouvy dojít ke komplikacím v zadávacím řízení nebo dokonce k nutnosti jeho zrušení. Tuto argumentaci navrhovatel rozporuje, Úřad naopak v napadeném rozhodnutí tuto zadavatelovu argumentaci shledal racionální a legitimní.

⁵ ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVORÁK, David a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 268.

59. S ohledem na elementární zásady zadávacího řízení je však nutno zadavatelem zvolený postup posoudit jako nepřiměřený. Zadavatel totiž nemůže z objektivních důvodů zcela zamezit tomu, aby se zadávacího řízení účastnili i dodavatelé, kteří nebudou schopni smlouvu na plnění uzavřít. V průběhu zadávacího řízení může kdykoli vzniknout nepředpokládaný důvod nebo situace neumožňující v zadávacím řízení pokračovat, jako je např. ztráta kvalifikace nebo fatální ekonomické změny na straně dodavatelů. Při stanovení požadavku na předložení příslibu bankovních záruk již s nabídkou dodavatelů v zadávací dokumentaci však jednoznačně vznikají další nemalé náklady na straně všech dodavatelů, kteří by se o veřejnou zakázku ucházeli a podali by své nabídky.
60. Podstatný je i argument, dle něhož samotný příslib bankovní záruky není dokladem opravňujícím zadavatele k podpisu smlouvy na plnění. Relevantním dokladem je dle zadávací dokumentace bankovní záruka 1 a bankovní záruka 2. Uvedený příslib bankovní záruky je toliko nástroj sloužící k zajištění podpisu smlouvy, nicméně náklady na pořízení příslibu bankovní záruky se téměř rovnají získání skutečné bankovní záruky. Zadavatel by však bez předložení bankovní záruky 1 a bankovní záruky 2 nesměl smlouvu s vybraným dodavatelem podepsat.
61. V průběhu zadávacího řízení mohou nastat i neočekávané skutečnosti, případně vybraný dodavatel nemusí poskytnout zadavateli součinnost při podepsání smlouvy. Zákon je na předmětnou situaci připraven a v případě, že vybraný dodavatel nepodepíše v přiměřené lhůtě smlouvu, je zadavatel oprávněn jej vyloučit dle § 124 odst. 2 zákona. K zajištění takového postupu však slouží institut jistoty definovaný v § 41 zákona, kterou zadavatel v bodě 14 zadávací dokumentace stanovil rovněž.
62. Lze souhlasit s argumentací navrhovatele, dle které je zadavatel oprávněn po účastnících zadávacího řízení požadovat především takové doklady, které zákon u jednotlivých kritérií připouští. Zákon k zajištění splnění povinnosti účastníka zadávacího řízení předpokládá institut výše uvedené jistoty ve smyslu § 41.
63. Zákon s institutem jistoty dle § 41 spojuje předpokládané postupy, tudíž je pro účastníky řízení čitelný. Smyslem jistoty je zajistit vázanost účastníka zadávacího řízení nabídkou a také jeho součinnost při uzavírání smlouvy, přičemž zadavatel je povinen stanovit veškeré požadavky týkající se jistoty již v zadávací dokumentaci.⁶ Zákon zcela jednoznačně stanovuje mechanismy, jež mají dopad do zadávacího řízení. Např. dle § 48 odst. 3 zákona nesložení jistoty v požadované výši včetně nezajištění trvání jistoty po celou dobu zadávací lhůty zakládá možnost (resp. u vybraného dodavatele i povinnost) vyloučení účastníka zadávacího řízení nebo v souladu s § 122 odst. 7 a § 124 odst. 2 zákona propadne jistota vybraného dodavatele v případě nepředložení požadovaných údajů, dokladů nebo vzorků nebo neuzavření smlouvy se zadavatelem. K propadnutí však dojde, až nabude právní moci vyloučení vybraného dodavatele (viz § 41 odst. 8 zákona). Zákon konkrétně stanovuje požadavky na lhůtu pro poskytnutí jistoty, na její výši, na formu složení jistoty, na platnost jistoty, vrácení a uchování jistoty a na právo na plnění z jistoty. Jde tedy o právní institut, se kterým zákon (i veškeré předchozí zákonné úpravy zadávání veřejných zakázek nejméně od roku 1995) počítá, všechny

⁶ ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVORÁK, David a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 241.

strany zadávacího řízení vědí, jak jsou mechanismy nastaveny, a jak v souladu se zákonem postupovat.

64. Proto se další požadavek na předložení doplňkového nástroje k zajištění splnění povinností účastníka spočívající v podpisu smlouvy jeví jako nadbytečný a pro dodavatele již nadměrně omezující. Jde o požadavek, se kterým zákon samotný nepočítá, když podrobně upravuje (a také omezuje) institut jistoty. Další nástroj k zajištění splnění povinností účastníka v zadávacím řízení, nad rámec jistoty, je tak ve své podstatě již diskriminační a v rozporu se zásadou přiměřenosti, neboť nedůvodně omezuje a narušuje hospodářskou soutěž a proces veřejného zadávání, což ostatně naznačil i Úřad v napadeném rozhodnutí.
65. V této souvislosti je vhodné reflektovat aktuální stav na bankovním trhu České republiky. Realitou je, že každý bankovní subjekt má jinak stanovené podmínky pro získání závazných příslibů o budoucím vystavení bankovních záruk a jinak nastavené ceny jak příslibů, tak i samotných bankovních záruk. Tyto služby poskytují banky pouze vybraným klientům, jsou stanoveny zcela individuálně a jejich poskytnutí či neposkytnutí bankou nemusí nijak vypovídat o ekonomické stabilitě dodavatele (dle § 78 zákona). Odráží spíše ochotu dodavatele platit další poplatek za zajišťovací institut. Navíc náklady na získání závazných příslibů banky o budoucím vystavení bankovních záruk se pohybují dle bonity klienta přibližně ve shodné ceně jako za poskytnutí bankovní záruky, tj. ve výši 0,5 % p. a. z hodnoty záruky.⁷ Pro dodavatele tak představují další náklady omezující veřejnou soutěž, což má za následek spíše odrazující efekt pro případné účastníky zadávacího řízení.
66. Můj názor vyjádřený shora posouvá rozhodovací praxi Úřadu oproti rozhodnutím uvedeným zadavatelem ve vyjádření k rozkladu (srov. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S262/2013/VZ-20122/2013/521/GSt ze dne 16. 10. 2013, příp. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R360/2013/Vz24784/2013/310/BVÍ ze dne 18. 12. 2013, nebo rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S402/2013/VZ-3627/2014/514/ZČa ze dne 18. 2. 2014), protože tuto rozhodovací praxi považují již za neaktuální a překonanou, a to z výše uvedených důvodů.
67. Závěrem posouzení otázky závazných příslibů bank je třeba vyjádřit se k závěrům obsažným v bodě 121 napadeného rozhodnutí, kde Úřad varuje před tím, aby se požadavky na závazné přísliby staly běžnou zadavatelskou praxí. Z této části napadeného rozhodnutí plyne, že i Úřad považoval předmětnou zadávací podmínku za hraniční a mající potenciál být v rozporu se zásadami zadávacího řízení. S ohledem na skutečnosti uvedené výše se domnívám, že není důvodu, proč připustit opakování zadavatelské praxe, kterou i Úřad posoudil jako potenciálně problematickou. S ohledem na účel institutu jistoty dle § 41 zákona již dle mého názoru není důvod, aby zajištění závazku dodavatele uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky v takové podobě, jako to požaduje zadavatel (tedy zde za současného předložení bankovní záruky 1 a bankovní záruky 2), bylo zajišťováno dalším nástrojem zatěžujícím dodavatele.

⁷ <https://www.nrb.cz/ke-stazeni/souhrnny-cenik/>

K námitce týkající se požadavků zadavatele pro pozici specialisty BOZP

68. Ačkoliv je napadené rozhodnutí rušeno pro nesprávný právní názor Úřadu v otázce závazných příslibů, považuji za potřebné vyjádřit se i k námitce týkající se požadavků zadavatele pro pozici specialisty BOZP. V této otázce souhlasím se závěry napadeného rozhodnutí.
69. Při vypořádávání námitek navrhovatele ve věci prokázání technické kvalifikace specialisty BOZP lze odkázat na body 89 až 109 napadeného rozhodnutí, ve kterých se Úřad podrobně zaobírá zadávacími podmínkami podle zákona⁸ a jejich faktickým omezením okruhu potenciálních účastníků zadávacího řízení, a dále nutností takového nastavení zadávacích podmínek, aby v rozporu se zákonem nedocházelo k omezování hospodářské soutěže, zejména při zohlednění zásad přiměřenosti a zásady zákazu diskriminace⁹ dle § 6 zákona. Kritéria technické kvalifikace mají při rovné příležitosti všem dodavatelům zajistit objektivním, transparentním a nediskriminačním způsobem, aby zadavatel vybíral dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu dodavatelů, kteří poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Pokud by však požadavky zadavatele stanovené v zadávací dokumentaci vybočovaly z jeho oprávněných potřeb, postup zadavatele by se míjel se zásadou přiměřenosti a mohlo by dojít k bezdůvodnému omezení hospodářské soutěže.
70. Dle rozhodnutí KS v Brně by zadávací podmínky měly být koncipovány tak, aby *„byla zaručena spravedlivá soutěž dodavatelů schopných realizovat veřejnou zakázku, ale také aby plnění veřejné zakázky dle zadávacích podmínek bylo způsobilé naplnit potřeby a legitimní očekávání zadavatele. Z povahy věci by nebylo spravedlivé na zadavateli požadovat, aby zadávací podmínky měly vždy na všechny dodavatele stejný dopad. Zadavatel je proto oprávněn stanovit i takové zadávací podmínky, v jejichž důsledku bude vyloučena určitá skupina dodavatelů na trhu z možnosti ucházet se o veřejnou zakázku (typicky se jedná o podmínky kvalifikace)“*.
71. Podle rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (dále také jen „**NSS**“) č. j. 6 As 338/2021-52 ze dne 13. 2. 2023 se musí zadavatel *„držet stanovení takových zadávacích podmínek, které by omezily hospodářskou soutěž bezdůvodným zvýhodněním (konkurenční výhoda) nebo znevýhodněním (překážka hospodářské soutěže) určitých dodavatelů, přičemž důvodnost stanovení konkrétní zadávací podmínky se musí opírat o legitimní potřebu zadavatele. Důkazní povinnost ohledně prokázání důvodnosti zadávacích podmínek leží vždy na zadavateli (rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 2. 2022, č. j. 6 As 295/2020-143, č. 4327/2022 Sb. NSS, bod 39, nebo ze dne 30. 3. 2022, č. j. 8 As 203/2020-168, bod 41).*

⁸ Dle § 28 odst. 1 písm. a) a § 36 odst. 1 zákona.

⁹ V rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, Nejvyšší správní soud konstatoval, že *„smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli). ... „Zadavatel je oprávněn využít prostor daný zákonem a prostřednictvím stanovení úrovně ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů znevýhodnit určité dodavatele. Toto je možné pouze tehdy, je-li to odůvodněno objektivními okolnostmi. Navíc tyto požadavky musí být přiměřené, jinak se zadavatel dopustí porušení zásady diskriminace.“*

V rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 30. 9. 2021, č. j. 29 Af 53/2019-70 (dále jen „**rozhodnutí KS v Brně**“), bylo k výše uvedenému doplněno, že *„zákaz diskriminace tedy spočívá v tom, že žádný z dodavatelů nesmí být zvýhodněn oproti jiným dodavatelům. Tento zákaz ovšem není možné chápat absolutně, jelikož je nutné vždy vzít v potaz odůvodněné potřeby a požadavky zadavatele veřejné zakázky“*.

Stanovení dílčích smluvních podmínek budoucího smluvního vztahu ponechává zákon na zadavateli (při dodržení zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, případně dalších výslovných omezení zákona), neboť je to zadavatel, kdo má nejlepší povědomí o tom, jaké plnění (a za splnění jakých podmínek) potřebuje“.

72. Zadavatel pro stanovení technické kvalifikace specialisty BOZP zhotovitele požadoval v bodě 6.4.1 písm. b) část (v) zadávací dokumentace osvědčení o úspěšně vykonané zkoušce z odborné způsobilosti k činnostem koordinátora BOZP podle ustanovení § 10 odst. 2 písm. c) zákona o zajištění BOZP. V poznámce k tomuto bodu bylo v zadávací dokumentaci uvedeno, že tato osoba nenahrazuje koordinátora BOZP na straně zadavatele. Dle bodu 2.5. zadávací dokumentace je uvedeno, že předmětem plnění veřejné zakázky není provádění činností koordinátora BOZP ani provádění technického dozoru stavebníka vybraným dodavatelem či osobou s ním propojenou.
73. V rozhodnutí o námitkách zadavatel navrhovateli vysvětlil, že respektuje svoji zákonnou povinnost stanovit koordinátora BOZP, osobu koordinátora BOZP již zajištěnou má, a tuto povinnost na vybraného dodavatele žádným způsobem nepřenáší. Dále zadavatel potvrdil, že předmětem plnění veřejné zakázky není výkon činnosti koordinátora BOZP, a že specialista BOZP zhotovitele není osobou, která bude vykonávat funkci koordinátora BOZP. Zadavatel svůj požadavek na rozsah kvalifikačních předpokladů specialisty BOZP odůvodnil tím, že stavební práce budou probíhat za nepřerušného provozu zdravotnického zařízení v areálu zadavatele, proto trvá na precizním dodržování veškerých bezpečnostních opatření při provádění stavebních prací, na plnění BOZP ze strany vybraného dodavatele a požaduje spolupráci a poskytování součinnosti koordinátorovi BOZP.
74. Ve vyjádření k rozkladu zadavatel odkazoval plně na svou argumentaci uvedenou v rozhodnutí o námitkách (viz body 39-45 tohoto rozhodnutí) a doplnil své vyjádření o veřejnou evidenci odborně způsobilých osob (jak osob odborně způsobilých k zajišťování úkolů v prevenci rizik, tak koordinátorů BOZP na staveništi), kterou podle zákona o zajištění BOZP vede Ministerstvo práce a sociálních věcí.¹⁰ Preventistů BOZP, tj. specialistů BOZP s platným osvědčením, je ke dni 4. 7. 2024 v České republice 6592, koordinátorů BOZP je evidováno 2111. Z těchto osob má 4907 specialistů a 1610 koordinátorů v současné chvíli osvědčení platné minimálně do ledna 2026 (tedy s platností přesahující dobu trvání realizace veřejné zakázky).
75. K některým argumentům navrhovatele nutno konstatovat, že v rozkladu brojí proti skutečnostem, které zadavatel netvrdil. Vymezení, kompetence a činnosti specialisty BOZP podle zákona o zajištění BOZP s vymezením, kompetencemi a činnostmi koordinátora BOZP rovněž podle zákona o zajištění BOZP zadavatel nezaměňoval, nutnost jejich vzájemné spolupráce stanovené např. v § 16 písm. b) zákoně o zajištění BOZP nerozporoval.
76. Lze souhlasit s názorem Úřadu, že je legitimním cílem zadavatele a zároveň povinností, která pro něj a současně pro dodavatele jako zhotovitele stavby vyplývá z § 3 odst. 1 zákona

¹⁰ Použité statistické údaje z oborového portálu pro BOZP (<https://www.bozpinfo.cz/seznam-odborne-zpusobilych-osob>) aktualizované ke dni 4. 7. 2024 <https://docs.google.com/spreadsheets/d/1uHl2rjSz4vVgqKvmsYINjkEzhYTbQKzRqzmz3-e6fC5o/edit?gid=1193638827#gid=1193638827>

(srov. Evidence odborně způsobilých osob k zajišťování úkolů v prevenci rizik a Evidence odborně způsobilých osob k činnostem koordinátora BOZP – obě zveřejněny na stránkách českého Focal Pointu pro bezpečnost a ochranu zdraví při práci <https://www.suip.cz/odborna-zpusobilost>)

o zajištění BOZP, zajistit na staveništi v průběhu plnění veřejné zakázky bezpečnost a ochranu zdraví při práci. Z toho důvodu rovněž není možné souhlasit s navrhovatelem, že předmětný požadavek zadavatele nesouvisí s předmětem veřejné zakázky. Nutnost zajistit ze strany vybraného dodavatele bezpečnost a ochranu zdraví při práci na staveništi při plnění veřejné zakázky je dle Úřadu zřejmá již ze samotné podstaty předmětu veřejné zakázky, kterými jsou stavební práce, kdy povinnost zajištění BOZP na staveništi vyplývá z právních předpisů a předpokládá součinnost zhotovitele stavby (dodavatele) a zadavatele stavby (zadavatele veřejné zakázky). Plnění povinností plynoucích ze zákona o zajištění BOZP předpokládá také bod 2.12 zadávací dokumentace, který stanoví, že „[v]ybraný dodavatel, se kterým bude uzavřena Smlouva, bude povinen zajistit po celou dobu plnění Zakázky dodržování veškerých právních předpisů České republiky s důrazem na legální zaměstnávání, spravedlivé odměňování a dodržování bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, přičemž uvedené bude vybraný dodavatel povinen zajistit i u svých poddodavatelů.“

77. Námitka navrhovatele vůči napadenému rozhodnutí týkající se vyššího vzdělání není rovněž namístě, protože pro specialistu BOZP je dle § 10 odst. 1 písm. a) zákona o zajištění BOZP stanoveno alespoň střední vzdělání s maturitní zkouškou, pro koordinátora BOZP je dle § 10 odst. 2 písm. a) zákona o zajištění BOZP stanoveno alespoň střední vzdělání s maturitní zkouškou v oboru vzdělání technického zaměření nebo vysokoškolské vzdělání technického zaměření.
78. Úřad v napadeném rozhodnutí měl za nesporné, že zajištění BOZP při plnění veřejné zakázky je přímo s předmětem veřejné zakázky spojeno a je tedy legitimní požadovat technickou kvalifikaci pro člena realizačního týmu, který bude za zajištění BOZP na straně dodavatele přímo zodpovědný. K otázce, zda je v souladu se zásadou přiměřenosti po specialistovi BOZP považovat osvědčení vzdělání na úrovni koordinátora BOZP, Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že takový postup zadavatele neshledává nepřiměřeným, a já s tímto názorem souhlasím. Předmětem plnění veřejné zakázky je rozsáhlá výstavba nového objektu zdravotnického zařízení, jež má probíhat za plného provozu v areálu zadavatele, při předpokládaném denním pohybu mnoha osob. Dodavatel tedy bude povinen respektovat provoz nemocnice v areálu zadavatele a provádět veškeré práce šetrně tak, aby nedocházelo k narušení zdravotnického provozu v areálu zadavatele (viz body 2-4 tohoto rozhodnutí). Proto u veřejné zakázky považují zvýšený důraz zadavatele na BOZP za zcela legitimní.
79. Argumentace a odůvodnění požadavku zadavatele týkající se osoby na pozici specialisty BOZP zhotovitele je srozumitelná, přiměřená a pochopitelná. Požadavek zadavatele směřuje výlučně na konkrétní osobu – člena realizačního týmu a dosažené vzdělání u specialisty BOZP je pro řádné provedení předmětu plnění podstatné.¹¹ Zadavatel svůj požadavek stanovil s přihlídnutím k rozsahu, předmětu a složitosti nadlimitní veřejné zakázky, která spočívá

¹¹ Srov. Rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0112/2023/VZ, č.j.: ÚOHS-41091/2023/161, ze dne 24. října 2023, nebo ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 622: „Lze zde stanovit zejména požadavky na dosažené vzdělání, dobu praxe či různé certifikáty a osvědčení (lze tedy obdobně požadovat např. i taková osvědčení, která zadavatel může rovněž vyžadovat v rámci podmínek profesní způsobilosti dle § 77 odst. 2 písm. b) a c), avšak taková podmínka musí směřovat výlučně na konkrétní osoby – členy realizačního týmu), pokud jsou pro řádné provedení předmětu plnění podstatné (v tomto ohledu nelze zcela vyloučit ani certifikáty soukromoprávní, vydávané nikoliv na základě zákona, nicméně bude třeba vždy pečlivě zvažovat přímou vazbu na předmět plnění, jakož i dostupnost takového certifikátu a objektivní kritéria pro jeho nabytí ze strany příslušné fyzické osoby)“.

v realizaci výstavby formou modulární výstavby, přičemž v rámci realizace veřejné zakázky nesmí dojít k narušení či přerušení provozu ojedinělého a specializovaného zdravotnického zařízení nacházejícího se v areálu zadavatele. Kooperace specialisty BOZP na straně dodavatele – jenž má být odborně způsobilý k zajišťování úkolů v prevenci rizik a také odborně způsobilý k činnostem koordinátora BOZP při práci na staveništi – a koordinátora BOZP působícího v rámci realizace stavby u zadavatele, se tak jeví u předmětné veřejné zakázky jako příhodná a pro zajištění spolupráce a poskytování součinnosti notně prospěšná. Ačkoliv jde tedy zadavatel v tomto požadavku nad rámec zákonného minima, pak je z jeho strany uváděn legitimní důvod pro takové zpřísnění a zároveň s ohledem na významný počet osob schopných splnit předmětný požadavek, nejde o nedůvodné omezení hospodářské soutěže.

80. Na základě výše uvedené argumentace považuji u předmětné veřejné zakázky požadavek zadavatele na specialistu BOZP, s odbornou způsobilostí k činnostem koordinátora BOZP podle ustanovení § 10 odst. 2 písm. c) zákona o zajištění BOZP, za transparentně stanovený a přiměřený předmětu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky. Námitku navrhovatele ohledně nadbytečného omezování a narušování hospodářské soutěže považuji v tomto bodě za nedůvodnou.

Shrnutí

81. Na základě výše uvedeného lze uzavřít, že jedna z námitek navrhovatele je důvodná, proto jsem rozhodl tak, že napadené rozhodnutí se ruší a věc se Úřadu vrací k novému projednání.

Závazný právní názor pro následující postup Úřadu

82. Pro řízení o rozkladu platí dle § 152 odst. 5 správního řádu právní úprava odvolání, pokud to nevyklučuje povaha věci. Ve smyslu § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu může odvolací orgán zrušit napadené rozhodnutí a věc v tomto rozsahu vrátit orgánu prvního stupně k novému projednání společně s právním názorem, kterým je orgán prvního stupně vázán.
83. Úřad v napadeném rozhodnutí nepostupoval v souladu se zákonem a správním řádem, což má za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí. Byly tak splněny podmínky předvídané § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu, neboť výše uvedené vady napadeného rozhodnutí není možné zhojit jinak než vydáním nového rozhodnutí ve věci, a proto napadené rozhodnutí v plném rozsahu ruším a věc vracím Úřadu k novému projednání. Při novém projednání je Úřad vázán právním názorem, který je uveden shora v odůvodnění tohoto rozhodnutí.

VI. Závěr

84. S ohledem k posouzení jedné ze dvou rozkladových námitek navrhovatele jako důvodné, přičemž posouzení této námitek je pro celkové rozhodnutí ve věci zásadní, konstatuji, že Úřad dospěl k nesprávným právním závěrům, které nemají oporu v zákoně a nejsou v souladu se správními předpisy, čímž se odchýlil od své dosavadní rozhodovací praxe. Po důkladném posouzení věci a z důvodů uvedených v tomto rozhodnutí jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a jeho vrácení Úřadu k novému projednání.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle ustanovení § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s ustanovením § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Mgr. Klára Zábrowská, Rybná 716/24, 110 00 Praha 1
2. Mgr. Martin Horák, Jandova 208/8, 190 00 Praha 9

Vypraveno dne

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