



ZJIŠTĚNÍ Č. 4: STANOVENÍ NEPŘIMĚŘENÝCH KVALIFIKAČNÍCH ČI TECHNICKÝCH PŘEDPOKLADŮ

Auditovaný subjekt vysoutěžil základ systému pomocí podlimitního výběrového řízení s konkrétní společností. Na základě licence k dílu se dobrovolně zavázal, že veškeré další plnění bude spojené s vybranou společností a to buď tak, že sama společnost dodá další díla nebo dá souhlas konkrétnímu uchazeči o výběrové řízení, že do uvedeného systému může zasahovat.

Vzhledem k tomu, že výběr potenciálních uchazečů ponechal auditovaný subjekt na konkrétním dodavateli, došlo k diskriminačnímu jednání, neboť uchazeči, kteří nemají vztahy s vybranou konkrétní společností, jsou předem vyřazeni. Toto jednání je projevem skryté diskriminace.

Toto pochybení vzniklo při tvorbě základního systému zadavatele, kdy se auditovaný subjekt zavázal ke spolupráci s konkrétní společností. Tímto však nelze omluvit další jednání auditovaného subjektu, kdy přenechal schvalování potenciálních uchazečů soukromému subjektu.

Auditní tým na základě uvedených skutečností konstatoval, že auditovaný subjekt svým jednáním porušil požadavky § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), kdy účast ve výběrovém řízení podmínil spoluprací se soukromým subjektem a jeho souhlasem s účastí ve výběrovém řízení.

Další zjištění se týkalo zakázky o „Poskytování služeb spojených s dalším vzděláváním zaměstnanců pracujících v zařízeních zajišťujících sociální služby na území města“. Příjemce se dopustil porušení ZVZ tím, že nesprávně posoudil splnění kvalifikačních kritérií u vítězného dodavatele. Konkrétně nebyla doložena kvalifikace u vedoucího pracovníka tak, aby bylo jasně patrné, že splnil požadavek zahraniční stáže v délce 2 let a dále, že publikoval dle požadovaných kritérií.

U jiného zjištění zadavatel stanovil nepřiměřené technické a kvalifikační předpoklady u veřejné zakázky na stavební práce. V zadávací dokumentaci zadavatel uvedl následující: *„Dodavatel splňuje technický kvalifikační předpoklad, pokud doloží příslušnou smlouvu s provozovatelem (v případě vlastnictví tohoto zařízení, prohlášení o využití kapacit tohoto zařízení k plnění předmětu výběrového řízení) obalovny živičných směsí, prostřednictvím kterých získá živičné směsi na plnění předmětu výběrového řízení v dostatečném množství a kvalitě. Dále uchazeč doloží dojezdové vzdálenosti v hodinách (dle Technických kvalitativních podmínek staveb pozemních komunikací kap. 7 (dále jen TKP) mezi dokladovanou obalovnou a místem plnění předmětu výběrového řízení. Tato dojezdová vzdálenost nesmí být delší než 1 hod při teplotě vzduch 15°C a nižší, nebo při použití homogénizátorů nesmí být delší než 2 hod. Přičemž ale celková doba od výroby do pokládky*



nesmí překročit 3,5 hod. Uchazeč může pro účely splnění těchto požadavků využít i jiná technická zařízení, která bude v rámci dokladů k prokázání kvalifikace dále specifikovat a ze kterých musí být zřejmé splnění podmínek tak, aby teplota asfaltové směsi při jejím rozprostírání nebyla nižší než nejnižší přípustná teplota podle tab. 6 ČSN 73 6121. Směsi s teplotou nižší nesmí být použity.“

Dále byl uveden způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů dle § 56 odst. 7 písm. b) ZVZ, a to: „Dodavatel předloží příslušnou smlouvu nebo prohlášení s obalovnou živých směsí a dále předloží formou tabulky dojezdové vzdálenosti mezi dokladovanou obalovnou a místem plnění předmětu výběrového řízení. Z těchto dokladů musí být patrné splnění níže vymezené minimální úrovně kvalifikačního předpokladu.“ „Pokud není dodavatel z objektivních důvodů schopen prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů způsoby stanovenými zadavatelem, je oprávněn je prokázat i jinými rovnocennými doklady, avšak veřejný zadavatel má právo z objektivních důvodů tyto jiné doklady odmítnout.“

Auditní tým prostřednictvím interaktivního vyhledávače na webových stránkách www.betonserver.cz ověřil, že v rámci požadované doby dojezdu do 1 hodiny (vzdálenost cca 50 km od místa plnění veřejné zakázky) se nachází 10 obaloven živých směsí. Většina z obaloven je součástí či ve vlastnictví stavebních firem. V dojezdové vzdálenosti do 2 hodin (vzdálenost cca 100 km od místa plnění veřejné zakázky) je k dispozici dalších 6 obaloven, které by byly schopny dodat požadovaný materiál. Pro úplnost audit konstatuje, že požadovaný objem dodávky asfaltových směsí v porovnání celé zakázky činil cca 5,65 % (vyjádřeno z celkového objemu prací dle cen projektanta uvedených v Kč).

Auditní tým vyhodnotil stanovení minimální úrovně výše uvedeného technického kvalifikačního předpokladu za skrytou formu diskriminace (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu 1 Afs 20/2008) v zadávacích řízeních. Zadavatelem vymezená minimální úroveň kvalifikačního předpokladu neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky (§ 56 odst. 7 písm. c) ZVZ). Tímto požadavkem došlo k diskriminačnímu nastavení kvalifikačních kritérií, tedy k porušení zásady zákazu diskriminace, což je v rozporu s § 6 ZVZ. Vzhledem k existenci dostatku dalších obaloven v okolí, bylo možné dostat splnění předmětu zakázky i bez vlastnictví či smluvního zajištění obalovny.

Nejvyšší správní soud (dále jen „NSS“) dále ve svých rozsudcích pod č. j. 1 Afs 66/2012-64 ze dne 20. prosince 2012, č. j. 1 Afs 69/2012-55 ze dne 28. března 2013 a č. j. 1 Afs 20/2013-47 ze dne 27. června 2013 vyslovil svůj právní názor týkající se problematiky diskriminačního charakteru kvalifikačních předpokladů při zadávání veřejných zakázek. Konkrétně šlo o diskriminační technický kvalifikační požadavek doložení dokladu o vlastnictví obalovny živých směsí (dále jen „obalovna“), popřípadě smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem takovéto obalovny, aplikovatelný i v případech, kdy dotyčná zadávací řízení byla zahájena ještě před vydáním uvedených rozsudků. Dle výroků NSS je tento požadavek v konkrétně posuzovaných případech projevem skryté diskriminace, jelikož nedůvodně omezuje okruh dodavatelů již ve fázi podávání nabídek, čímž dochází k porušení základního principu pro zadávání veřejných zakázek – zákazu diskriminace daného § 6 ZVZ. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže rovněž posoudil požadavek zadavatele na dispozici obalovnou (vlastní či zajištěnou Smlouvou o smlouvě budoucí s obalovnou na dodávku obalovaných směsí)



rovněž jako diskriminující prvek v obdobné věci (usnesení ÚOHS–S556/2012/VZ-1504/2013/514/ZČa, s odůvodněním odkazující na Rozsudek č.j. 62 Af 1/2011-83 Krajského soudu v Brně ze dne 19. července 2012). Vzhledem ke skutečnosti, že objem dodávky asfaltových, resp. betonových směsí činil ve vztahu k předpokládané hodnotě VZ cca 5,65 % (vyjádřeno z celkového objemu prací dle cen projektanta uvedených v Kč) považuje auditní tým, s odkazem na výše uvedená rozhodnutí NSS, resp. ÚOHS, stanovení minimální úrovně výše uvedeného technického kvalifikačního předpokladu za skrytou formu diskriminace v zadávacích řízeních. Zadavatelem vymezená minimální úroveň kvalifikačního předpokladu tedy neodpovídá druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky (§ 56 odst. 7 písm. c) ZVZ). V daném případě tak došlo k porušení zásad uvedených v čl. 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES, čl. 10 směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/17/ES a současně k porušení § 6 ZVZ, resp. Smlouvy o poskytnutí dotace, Část II. – Podmínky čerpání dotace, čl. IV. – Základní podmínky a povinnosti, odst. 6 – Veřejné zakázky, bod 6.1. Současně došlo k porušení rozpočtové kázně dle § 22 zákona č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů.

Auditní tým dále uvádí, že ze strany Řídícího orgánu (dále jen „ŘO“) byla dne 10. prosince 2014 identifikována nesrovnalost, která byla dne 17. prosince 2014 projednána v rámci 58. jednání Pracovní skupiny Nesrovnalosti, přičemž bylo rozhodnuto, že případ bude dále šetřen v rámci opakované kontroly předmětného zadávacího řízení, v němž byl takovýto požadavek uplatněn, s cílem sladit přístup ŘO k problematice s přístupem auditního orgánu a ostatních kontrol. Ke dni konání auditu nebyla tato nesrovnalost uzavřena.

V jiném výběrovém řízení zadavatel v rámci veřejné zakázky stanovil v zadávací dokumentaci podmínku pro podání nabídky následovně: „*zajištění stavby dodavatelským úvěrem*“. Poskytnutí dodavatelského úvěru bylo požadováno až do výše 60% celkové nabídkové ceny vč. DPH. Tato podmínka byla stanovena v čl. V. vzorové smlouvy o dílo, která byla přílohou č. 3 zadávací dokumentace.

Požadavek na poskytnutí úvěru až do výše 60% ceny zakázky považoval auditní tým za diskriminační z důvodu možného vyřazení uchazečů, kteří nedisponují možností takový úvěr poskytnout. Výše uvedeným jednáním zadavatele došlo k porušení § 6 ZVZ.

Zjištění auditního týmu se týká stanovení nepřiměřeného a diskriminačního požadavku souvisejícího s doložením hodnoty ratingu bankovního ústavu uchazečů.

Zadavatel stanovil ve Výzvě k podání nabídky ze dne 17. července 2012 následující: „*Minimální požadované hodnoty bankovních záruk jsou uvedeny v návrhu smlouvy. Uchazeč je povinen předložit jako přílohu návrhu smlouvy závazné přísliby banky (tj. pro každého ze zadavatelů samostatně v souladu s obchodními podmínkami uvedenými ve smlouvě) ohledně poskytnutí bankovních záruk za dodržení smluvních podmínek při provádění stavby.*“ A dále: „*Příslib vystavení bankovní záruky musí být vystaven pouze kvalitním ústavem, který splňuje ratingové požadavky kladené na příslušnou bankovní záruku ve smlouvě.*“

Požadovaná úroveň je nastavena v čl. XII. 9 Návrhu Smlouvy o dílo „*Bankovní záruka*“



Ministerstvo financí České republiky

za řádné provedené díla“: „Bankovní záruky musí být v obou shora v tomto článku uvedených případech vystaveny pouze kvalitními bankovními ústavy disponujícími některým z těchto minimálních ratingů, a to dle Moody's alespoň na úrovni A3, dle Standard & Poors alespoň na úrovni A- nebo dle Fitch alespoň na úrovni A-. Doklad o výši ratingu banky musí být přílohou každé bankovní záruky předložené zhotovitelem, jinak nebude povinnost předložit bankovní záruku považována za splněnou řádně.“

Auditním šetřením bylo zjištěno, že žádost o účast podalo 13 uchazečů, nabídku podalo 6 uchazečů. Doklad o úrovni / hodnotě ratingu bankovního ústavu doložily společnosti XY (Zadavatel nevyločil společnosti, které nedoložily požadované potvrzení úrovně ratingu v rozporu se zadávacími podmínkami. Vzhledem ke skutečnosti, že se ani v jednom případě nejednalo o uchazeče vítězného, nebylo auditním týmem dále řešeno.)

Vystavení bankovní záruky bankovním ústavem, který disponuje ratingovým ohodnocením dle požadavku zadavatele je auditním týmem považováno za nepřiměřené/diskriminační s ohledem na druh, rozsah a složitost veřejné zakázky.

Požadovaná hodnota bankovní záruky za řádné provedení díla se pohybovala v rozsahu cca 20 mil. Kč, hodnota bankovní záruky za řádné plnění záručních podmínek v rozsahu cca 12 mil. Kč. Zákon č. 21/1992 Sb., o bankách neukládá bankovním ústavům povinnost disponovat nebo zveřejňovat rating (pozn.: tento slouží k posouzení bonity osoby, dluhu nebo finančního závazku, dluhového cenného papíru, prioritní akcie nebo jiného finančního nástroje, nebo emitenta tohoto dluhu nebo finančního závazku, dluhového cenného papíru, prioritní akcie nebo jiného finančního nástroje, přičemž se vydává za použití zavedeného a definovaného systému ratingových kategorií (dle nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1060/2006 ze dne 16. září 2009 o ratingových agenturách)).

Vzhledem ke skutečnosti, že se jedná o poměrně nákladný institut, ne všechny banky jím disponují. Lze konstatovat, že vystavit bankovní záruku ve výše uvedené hodnotě není pro bankovní instituty působící na českém i evropském trhu problematické, resp. rizikové ve vztahu k požadavkům zadavatele.

Z výše uvedeného vyplývá, že někteří dodavatelé mohli být od podání nabídky odrazeni v důsledku požadavku na doložení hodnoty ratingu, ačkoli byli způsobilí zakázku zrealizovat, resp. by byli schopni doložit bankovní záruku od bankovního ústavu, který není ratingově ohodnocen, avšak je schopen plnit závazky z vystavené záruky. Požadavek na ratingové ohodnocení bankovního institutu je vzhledem k plnění zakázky požadavkem nadstandardním a nemůže za žádných okolností rozhodovat o tom, kdo je schopen plnit veřejnou zakázku.

Zadavatel se svým jednáním dopustil formy skryté diskriminace. Obdobnou problematikou se zabýval ve vztahu k nastavení nepřiměřených a diskriminačních požadavků do zadávacích podmínek Nejvyšší správní soud ve svém Rozsudku č. 1 Afs 20/2008-152 již dne 5. června 2008.

V tomto rozsudku je mj. uvedeno: „... § 6 ZVZ zakazuje s ohledem na svou funkci při zadávání veřejných zakázek nikoliv pouze diskriminaci zjevnou, ale též diskriminaci skrytou ...



za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přitom je zřejmé, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Za kumulativního splnění právě uvedených dvou podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám podávaným z § 6 ZVZ, neboť někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní.“

Auditní tým konstatuje, že výklad dotčené zásady Nejvyšším správním soudem je obecně aplikovatelný, tzn., že ve vztahu k nastavení požadavku na doložení ratingu bankovního ústavu dodavatele jej lze nepochybně uplatnit.

Na základě výše uvedených skutečností dospěl auditní tým k závěru, že zadavatel nepostupoval v souladu s ustanovením § 6 ZVZ, přičemž tento postup mohl mít vliv na výběr nejvhodnějšího uchazeče, a to stanovením diskriminačního požadavku na doložení ratingu bankovního ústavu dodavatele, čímž zadavatel mohl omezit počet dodavatelů, kteří se mohli o veřejnou zakázku ucházet.

Uvedeným postupem došlo k porušení povinnosti příjemce dotace, vyplývající z bodu VI. Smlouvy o podmínkách poskytnutí dotace, dle kterého je povinen při realizaci projektu uskutečňovat zadávání veřejných zakázek v souladu s podmínkami stanovenými ZVZ, je-li zadavatelem podle ZVZ, resp. k nedodržení bodu XII. Smlouvy, dle kterého se příjemce zavazuje řídit při realizaci projektu mj. Příručkou pro žadatele, Příručkou pro příjemce a Metodickými pokyny poskytovatele dotace, ze kterých povinnost postupovat v souladu se ZVZ rovněž vyplývá.

Další zjištění se týká stanovení diskriminačního kvalifikačního předpokladu (smluvní jistota). K porušení § 6 ZVZ došlo tím, že zadavatel diskriminoval uchazeče o zakázku, kteří by byli schopni zakázku plnit, když požadoval v zadávací dokumentaci složení smluvní jistoty (kauce) na účet uchazeče bez připuštění alternativ a dále § 50 odst. 1 a 4 ZVZ, když do smluvních podmínek implementoval nedovolené kvalifikační kritérium.

Zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci následující požadavek resp. budoucí smluvní ujednání: „Zhotovitel rovněž složil před uzavřením této Smlouvy na bankovní účet Objednatele smluvní jistotu (kauci) ve výši.....,- Kč (slovy: korun českých) k zajištění řádného provedení Díla Zhotovitelem. Ze složené smluvní jistoty dle předchozí věty tohoto odstavce Smlouvy je Objednatel oprávněn uspokojit své pohledávky za Zhotovitelem vzniklé zejména avšak nikoli pouze z titulu této Smlouvy (zejména avšak nikoli pouze smluvní pokuty či nárok na slevu) či z titulu náhrady škody. Smluvní jistotu Objednatel navrátí poníženou o případně uplatněné nároky zpět Zhotoviteli poté, co dojde k akceptaci Milníku dle této Smlouvy, který se považuje za předání/převzetí Díla jako celku, Objednatelem na základě podpisu finálního Akceptačního protokolu s výsledkem „Akceptováno bez výhrad“, případně poté co byla Smlouva ukončena jiným způsobem. S ohledem na předpokládaný



harmonogram plnění dle Smlouvy lze předpokládat, že Objednatel bude držet smluvní jistotu po několik rozpočtových období. Objednatel se rozhodl požadovat smluvní jistotu dle tohoto odstavce Smlouvy, neboť selhání Zhotovitele a související časový skluz s realizací Díla dle Smlouvy by mohl znamenat zásadní poškození finančních zájmů České republiky.“

Auditní tým se nadále zabýval problematikou zákonnosti, resp. adekvátnosti požadavku ve vztahu k vyloučení použití institutu bankovní záruky a to v souvislosti s porušením § 6 ZVZ konkrétně latentní diskriminací uchazečů o veřejnou zakázku v návaznosti na přiměřenost zadávacích podmínek.

V průběhu realizace veřejné zakázky bylo podáno 6 žádostí o dodatečné informace k zadávacím podmínkám dle § 49 odst. 1 ZVZ a jedna námitka proti zadávacím podmínkám dle § 110 ZVZ v dané věci, tj. požadavku na složení smluvní jistoty (kauce) ve výši ... Kč v návaznosti na možnost užití alternativ tohoto budoucího ujednání, z nichž nejvíce ekvivalentním instrumentem je použití institutu bankovní záruky.

Auditní týmem byla provedena analýza dodatečných informací a vypořádání podané námitky, ze které bylo explikováno upřesnění požadavku zadavatele a argumentace pro zvolený způsob naplnění požadavku.

Z analýzy dodatečných dotazů a podaných námitek resp. odpovědí a vypořádání vyplynula následující argumentace zadavatele ve vztahu k požadavku smluvní jistoty (kauce) pouze a jedině ve formě složení hotovosti na účet zadavatele:

- a) Ochrana zájmu zadavatele na řádném plnění předmětu veřejné zakázky;
- b) Zajištění plnění dodavatele v případech, kdy poruší povinnosti uložené mu na základě smlouvy o dílo;
- c) Nejvhodnější forma, která zajistí nejvyšší možnou míru zainteresovanosti dodavatele na kvalitě a včasnosti řešení a udržení jeho motivace na úspěšném dokončení díla, a tím ochranu zájmů České republiky;
- d) Funkce obchodní podmínky má zároveň, v souladu s ustanovením § 50 odst. 4 ZVZ zajistit také ekonomickou a finanční způsobilost dodavatele splnit předmět veřejné zakázky jako celku. Zadavatel požaduje smluvní jistotu (kauci) formou složení peněz na účet zadavatele, aby ověřil způsobilost dodavatele vyčlenit a střednědobě vázat finanční prostředky ve výši 35 mil. Kč;
- e) Zohlednění možného výpadku z cash flow dodavatele, který je adekvátní výši sankce za krácení a ne 100% plnění SLA parametrů služeb dle Servisní smlouvy, vyplývající z případných vad díla v záruční době. Tato situace, pokud nastane, bude znamenat výpadek v příjmech dodavatele a ten bude kompenzován vrácením smluvní jistoty zadavatelem. Na základě výše uvedených předpokladů stanovil výši smluvní jistoty (kauce) na 35 mil. Kč;
- f) Zajištěno, že dodavatel bude schopen nejen zhotovit dílo, ale zároveň splnit i nároky ze záruky a Servisní smlouvy;



g) Právní jistota zadavatele, že vybraný dodavatel bude schopen plnit včas a řádně po celou předpokládanou dobu realizace veřejné zakázky.

V následujících odstavcích je uvedena analýza institutu bankovní záruky ve vztahu k naplnění potřeb zadavatele uvedených u argumentace požadavku smluvní jistoty ve formě složení finančního obnosu na účet zadavatele a jeho držení po dobu několika účetních období, v návaznosti na požadavky uchazečů ve formě umožnění použití bankovní záruky jako alternativního způsobu naplnění požadavku zadavatele.

Bankovní záruku definoval zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, platný v době vyhlášení veřejné zakázky v § 313 až § 322. Jedná se o písemné prohlášení banky v záruční listině, že uspokojí věřitele do výše určité peněžní částky podle dosahu záruční listiny, jestliže určitá třetí osoba (dlužník) nesplní určitý závazek nebo budou splněny jiné podmínky stanovené v záruční listině. Bankovní záruku lze použít především pro snížení obchodního rizika a to jak v tuzemském, tak i mezinárodním obchodu. Bankovní záruka musí mít vždy písemnou formu, je sjednána na dobu určitou a její plnění je v České republice vždy v peněžité formě. Je vystavována jako neodvolatelná, což znamená, že bez souhlasu příjemce ji nelze jednostranně zrušit nebo změnit. Bankovní záruka má univerzální povahu. Lze ji použít jako zajištění jakéhokoli rizika. Jedná se o univerzální zajišťovací instrument, jenž umožňuje zajištění jak peněžitých, tak nepeněžitých závazků, vyplývajících jak z tuzemských, tak zahraničních kontraktů uzavřených právníky nebo fyzickými osobami coby zhotoviteli či objednateli. Bankovní záruka coby zajišťující instrument přináší do smluvních vztahů větší jistotu. Mezi zhotovitele a objednatele přichází další subjekt – ručitel (subjekt s kontrolovanou a deklarovanou bonitou), který zajišťuje smluvní závazky zhotovitele nebo objednatele, vyrovnává tak druhé straně rizika spojená s neplněním smlouvy a v případě selhání jedné smluvní strany vyplatí zaručenou částku. Síla zajištění je ve většině případů umocněna abstraktností bankovní záruky a povinností banky plnit na první výzvu bez námitek. V praxi to znamená, že banka nezkoumá, zda k porušení závazku reálně došlo, ani to, zda byla porušena konkrétní smlouva o dílo, a není dokonce oprávněna použít námitky, které by mohl použít sám zhotovitel (nebo objednatel) ze smlouvy. V případě vystavení má věřitel jistotu získání finančních prostředků v případě, že příkazce nesplní svůj závazek z kontraktu, získává tak velmi kvalitní zajištění své pohledávky resp. plnění zakázky a následných povinností.

Bankovní záruka je široce využitelný institut v mnoha oblastech. Zakotvení bankovní záruky jako výslovně vyžadovaného zajišťovacího institutu v zákonných úpravách veřejných dražeb, veřejných zakázek nebo celního práva v českém právním řádu jen potvrzuje kvalitu tohoto zajištění a jeho obecné uplatnitelnosti. Tuto kvalitu zajišťuje především stabilita a jistota případného plnění vzhledem k povaze subjektů, jež mohou být výstavci.

Naplnění požadavků zadavatele uvedených v argumentaci nastaveného požadavku:

Ad a) Rizika plně pokryta využitím institutu bankovní záruky za jakost díla a záruku;

Ad b) Rizika plně pokryta využitím institutu bankovní záruky za jakost díla a záruku;



Ad c) Rizika plně pokryta využitím institutu bankovní záruky za jakost díla a záruku, když v případě plnění bankou věřiteli, je mu dlužník povinen plnění bance plně nahradit;

Ad d) Viz níže;

Ad e) Zadavatel si nemůže být jist, na jaký účel bude vrácená částka smluvní jistoty (kauce) dodavatelem užitá. Bankovní záruka za jakost díla či za záruku by plně uspokojila věřitele v případě nekvalitního plnění díla. Rizika plně pokryta využitím institutu bankovní záruky za jakost díla a záruku;

Ad f) Rizika plně pokryta využitím institutu bankovní záruky za jakost díla a záruku;

Ad g) Rizika plně pokryta využitím institutu bankovní záruky za jakost díla a záruku.

Na základě výše uvedeného je patrné, že využití institutu bankovní záruky by nepokrylo požadavek zadavatele v bodě d). K danému požadavku zadavatele uvádí auditní tým v rámci i nad rámec argumentů v dodatečných dotazech a námitkách uchazečů o zakázku následující:

- Dodavatel může být schopen řádně plnit veřejnou zakázku, aniž je schopen vyčlenit požadovanou výši finančních prostředků a ustát „vázanost“ těchto prostředků u zadavatele po několik účetních období, neboť schopnost dodavatele dostát svým závazkům je mj. ovlivněna strukturou aktiv (mj. i jejich likvidností) a závazků (v případě likvidity – krátkodobých), nikoliv pouze určitou (zadavatelem stanovenou) výši volných peněžních prostředků (tyto de facto lze přirovnat v dotčeném případě k hotovosti, neboť dodavatel po převedení na bankovní účet zadavatele nemá možnost tyto prostředky efektivně zhodnocovat, a navíc ještě na rozdíl od hotovosti s těmito prostředky nemůže nakládat a užívat je tedy pro potřeby svého podnikání, hospodaření).
- Další situací, která by měla být vzata v potaz je i alternativa, že dodavatel zadavatelem požadovanou výši smluvní jistoty dlouhodobě nedisponuje, musí si tedy půjčit, což mu přináší dodatečné náklady (opět by je měl promítnout do nabídkové ceny) a zadavateli nic nezaručuje to, že nově vzniklé (zvýšené) dluhy, bude dodavatel schopen plnit, tj. nedostane se do insolvence.

V návaznosti na tuto skutečnost lze subsidiárně poukázat i na fakt, že požadavek zadavatele mohl nedůvodným způsobem ovlivnit výši nabídkové ceny, jelikož v případě, že dodavatel disponuje jinou, než optimální výši volných peněžních prostředků vznikají mu oportunitní náklady v podobě výnosu, který by mohl získat při vhodné investici těchto volných peněžních prostředků, a z ekonomického hlediska lze tedy předpokládat, že tyto „ušlé výnosy“ dodavatel promítne do ceny nabízené v rámci dotčené veřejné zakázky, což by v běžném ekonomickém prostředí mělo mít vliv na hospodárnost vynaložených peněžních prostředků zadavatele.

V souladu s výše uvedeným auditní tým konstatuje možné nevhodné chování zadavatele, když tento požadavek mohl reálným způsobem neodůvodněně prodražit



veřejnou zakázku.

V souvislosti s výše uvedeným auditní tým doplňuje zjištění o následující skutečnosti. Zadavatel nastavením smluvní podmínky spočívající ve složení smluvní jistoty (kauce) způsobem uvedeným v zadávacích podmínkách, omezil okruh potenciálních uchazečů na uchazeče, jejichž ekonomická situace a finanční plánování jejich podnikatelských aktivit umožňuje vyčlenit zadavatelem požadovanou částku. Zadavatel tedy tímto způsobem de facto ověřoval a zajišťoval způsobilost dodavatele pro plnění veřejné zakázky ve smyslu § 17 písm. e) ZVZ.

Ustanovení § 50 a násl. ZVZ představuje taxativní výčet možných požadavků k prokázání kvalifikace, jež zadavatel musí, resp. může požadovat. Požadavek na dispozici s určitou finanční částkou lze podřadit pod požadavek § 50 odst. 1 písm. c) ZVZ dokládající ekonomickou a finanční situaci uchazeče. Zákonodárce však novelou zákona – zákonem č. 55/2012 Sb., nastavení požadavků na danou kvalifikaci razantně omezil, neboť ZVZ umožňuje zadavateli požadovat „pouze“ čestné prohlášení o ekonomické a finanční způsobilosti splnit veřejnou zakázku.

Jednání zadavatele tedy vedlo k obejití ZVZ, když do smluvních podmínek implementoval nedovolené kvalifikační kritérium (srov. např. rozhodnutí UOHS S 149/2008 a soudní rozhodnutí KS Brno 62 Ca 10/2009, NSS 5 Afs 78/2010).

Na základě výše uvedeného auditní tým konstatuje, že jednáním zadavatele došlo k porušení § 6 ZVZ tím, že zadavatel diskriminoval uchazeče o zakázku, kteří by byli schopni zakázku plnit, když požadoval v zadávací dokumentaci složení smluvní jistoty (kauce) na účet uchazeče bez připuštění pro potřeby zadavatele srovnatelných alternativ.

V analogii předchozí argumentace ohledně implementace nedovoleného kvalifikačního kritéria do smluvních podmínek auditní tým dále konstatuje, že jednáním zadavatele došlo k porušení § 50 odst. 1 a 4 ZVZ, když stanovil takovou podmínku, která vedla k podstatnému omezení hospodářské soutěže, což muselo být zadavateli nejpozději z podaných dotazů od uchazečů a námitek proti zadávacím podmínkám zřejmé a bylo možné tuto, dle zadavatele zúženou obchodní podmínku, nahradit standardizovanými obchodními podmínkami v souladu s běžnou obchodní praxí v podnikatelského sektoru, tedy umožněním smluvního zajištění s odpovídajícím plněním na výzvu zadavatele (bez možnosti vznést námitku) např. výše uvedenou bankovní zárukou.