

Střípky z kontrolní praxe CRR

Posouzení splnění požadavku na předložení bankovní záruky/ pojištění před a po podpisu smlouvy

Mgr. Lukáš Holub,
Ing. Eva Marečková



Centrum pro regionální
rozvoj České republiky

Tématem následujícího příspěvku je otázka posuzování zadavatelem stanovených požadavků na předkládání pojištění či bankovních záruk u vybraného dodavatele. Níže uvedené závěry nebudou pro mnohé čtenáře v zásadě nijak objevné, nicméně zadavatelé v této oblasti přesto hojně chybují (často z nepozornosti), proto by Centrum pro regionální rozvoj České republiky (dále jen „CRR ČR“) rádo akcentovalo tuto problematiku. CRR ČR se totiž při své kontrolní praxi poměrně často setkává se situací, kdy zadavatelé nevymáhají/ neověřují stanovené zadávací (obchodní) podmínky, které souvisejí s požadavky na předložení pojištění vybraného dodavatele či předložení bankovních záruk pro realizaci předmětu plnění (popř. trvání záruční doby). Zadavatel se ovšem takovým jednáním může dopustit porušení zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „ZZVZ“), popř. porušení Metodického pokynu pro oblast zadávání zakázek pro programové období 2014–2020 (dále jen „MPZ“), a to z důvodů uvedených dále v textu.

Požadavky na předložení pojištění (obvykle pojištění odpovědnosti za škody způsobené třetím osobám) či bankovních záruk nejsou nijak neobvyklé, naopak se jedná

o relativně standardní zadávací podmínky. Ve většině případů jsou takové požadavky stanoveny jako obchodní podmínky zakotvené ve smlouvě, přičemž k ověření splnění těchto zadávacích podmínek dochází buď před podpisem smlouvy postupem dle § 122 odst. 3 písm. b) ZZVZ, nebo se ověřování přesouvá až do zadavatelem stanoveného okamžiku po podpisu smlouvy.

V případě, že se zadavatel rozhodne předmětné požadavky stanovit jako jednu z podmínek pro uzavření smlouvy dle § 104 písm. a) ZZVZ, je situace celkem jasná. Zadavatel musí ověřit splnění stanovených podmínek před uzavřením smlouvy a v případě, že by vybraný dodavatel nebyl schopen požadované doložit, musí dojít k jeho vyloučení postupem dle § 122 odst. 7 ZZVZ. Pokud zadavatel tímto způsobem nejedná a uzavře smlouvu s vybraným dodavatelem, který požadované doklady nepředložil (nebo z takových dokladů nevyplývá splnění veškerých stanovených požadavků), dopouští se právě porušení § 122 odst. 7 ZZVZ ve spojení s porušením zásady transparentnosti ukotvené v § 6 odst. 1 ZZVZ.

Jak již bylo naznačeno v úvodu, ze zkušenosti CRR ČR je možné konstatovat, že zadavatelé obvykle, pokud se v této věci dopouštějí porušení ZZVZ, stanovené po-

žadavky před podpisem smlouvy nekontrolují vůbec (případně ne zcela přesně podle znění zadávacích podmínek), a to pravděpodobně z důvodu určité nepozornosti. V tomto ohledu lze pouze apelovat na zadavatele, aby si uvědomovali, jaké zadávací podmínky stanovují, a následně jejich naplnění striktně vyžadovali po vybraném dodavateli. Zadavatel by měl již při formulaci zadávacích podmínek nejprve zvážit, zda jsou požadavky na pojištění/bankovní záruku pro danou veřejnou zakázku vhodné a potřebné, a pokud ano, tak jakým způsobem nastaví jejich parametry (finanční výše, druh pojištění, trvání apod.). Při posouzení těchto požadavků před uzavřením smlouvy nelze akceptovat ani zdánlivě drobné odchylky od stanovených parametrů. Zejména u pojištění tedy bude nutné vždy předem pečlivě zvážit, jaký druh pojištění zadavatel vyžaduje (jaká rizika chce tímto institutem eliminovat), v jaké výši (a tuto výši jasně stanovit v zadávacích podmínkách, ideálně přesnou částkou shodnou pro všechny účastníky) a jakým způsobem budou požadavky zkontrolovány (co vše bude nutné v pojistné smlouvě „ohlídat“).

Příkladem z praxe může být situace, kdy zadavatel v rámci veřejné zakázky na stavební práce požaduje od vybraného dodavatele jak pojištění odpovědnosti za škody

způsobené třetím osobám, tak stavebně montážní pojištění. V rámci kontroly splnění požadavků před podpisem smlouvy pak zadavatel akceptuje předložení pouze jednoho z výše uvedených pojištění s tím, že je dostačující. Často totiž zadavatelé (převážně menší a méně zkušení) tato pojištění zaměňují a nevědomují si, že se jedná o poměrně odlišné druhy pojištění. Mnohdy se také stává, že zadavatelé akceptují nedostatečnou výši pojištění, a byť může být rozdíl velmi malý, nelze takový postup označit za souladný se ZZVZ.

V případě, že se zadavatel rozhodne ověřovat naplnění výše uvedených zajišťovacích institutů až po podpisu smlouvy, je situace o něco složitější, jelikož je nutné zkoumat, zda postupem zadavatele, v případě, že stanovené obchodní podmínky nevymáhá, nedochází k podstatné změně závazku ze smlouvy. Otázku nedovolené změny závazku ze smlouvy nejprve dále v článku velmi stručně shrneme skrze teoretický rámec, aby bylo zřejmé, z jakých předpokladů CRR ČR při posuzování těchto případů vychází.

Podle § 222 odst. 1 ZZVZ „není-li dále stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákona“.

Pravidla, za kterých může docházet ke změně závazku z uzavřených smluv na plnění veřejné zakázky, jsou stanovena v § 222 ZZVZ, resp. v tomto ustanovení je mimo jiné taxativně vymezeno, jaké změny závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku je nutno považovat za podstatné, a tedy nepřipustné (viz § 222 odst. 3 ZZVZ). Ustanovení § 222 ZZVZ je promítnutím judikatury Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SD EU“), který v rozsudku ze dne 19. 6. 2008, sp. zn. C-454/06, ve věci *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund)* [dále jen „rozsudek Pressetext“ či „Pressetext“] definoval limity pro jednání mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem o změnách obsahu smlouvy. SD EU v citovaném rozsudku vymezil konkrétní hranice přípustnosti změny smlouvy tak, aby nedošlo k obcházení smyslu zákona, resp. prvku rovné soutěže mezi dodavateli. Konkrétně SD EU v rozsudku *Pressetext* uvedl případy, kdy lze považovat změnu smlouvy za podstatnou. Podmínkou pro konstatování, že

změna smlouvy byla podstatná je a) usko-
tečnění změny během doby trvání veřejné
zakázky; SD EU ve zmiňovaném rozsudku
 uvedl: „Změnu veřejné zakázky během
 doby trvání lze považovat za podstatnou
 (...)“ Zároveň však musí dojít k naplnění
 podmínky b) „pokud by zavedla podmínky,
 které by umožnily, pokud by se vyskytovaly
 v původním postupu při zadávání veřejné
 zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch,
 kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by
 umožnily přijmout jinou nabídku než tu, kte-
 rá byla původně přijata“ nebo podmínky c)
 „značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby,
 které původně nebyly předpokládány“ nebo
 podmínky d) „mění způsobem, který nebyl
 v podmínkách původní zakázky předpo-
 kládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy
 ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakáz-
 ka zadána“.

Rovněž z rozsudku SD EU ze dne 29. 4. 2004
 ve věci C-496/99 *Komise proti CAS Succhi di
 Frutta SpA* plyne, že SD EU považuje za pod-
 statné podmínky smlouvy ty, na jejichž zá-
 kladě by účastníci mohli předložit zásadně
 rozdílnou nabídku, pokud by byly uvedeny
 v původní výzvě k účasti nebo v původní
 zadávací dokumentaci (SD EU v citovaném
 rozsudku uvedl: „Although, therefore, any
 tender which does not comply with the speci-
 fied conditions must, obviously, be rejected,
 the contracting authority nevertheless may
 not alter the general scheme of the invita-
 tion to tender by subsequently proceeding
 unilaterally to amend one of the essential
 conditions for the award, in particular if it is
 a condition which, had it been included in
 the notice of invitation to tender, would have
 made it possible for tenderers to submit a sub-
 stantially different tender.“ Volně přeloženo:
 Zadavatel by neměl podstatně měnit za-
 dávací podmínky, zvláště pokud se jedná
 o takové zadávací podmínky, které pokud
 by se vyskytovaly v původním zadávacím
 řízení, mohly by umožnit uchazečům podat
 jinou nabídku.

Obdobný názor zastává i Úřad pro ochranu
 hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“),
 a je tak součástí jeho ustálené rozhodova-
 vací praxe (viz např. rozhodnutí ÚOHS ze
 dne 26. 5. 2015, č. j. ÚOHS-S187,188/2015/
 VZ-12553/2015/542/JVo, které bylo po-
 tvrzeno rozhodnutím předsedy ÚOHS ze
 dne 12. 9. 2016, č. j. ÚOHS-R177/2015/VZ-
 37441/2016/321/EDo, rozhodnutí ÚOHS
 ze dne 15. 5. 2014, č. j. ÚOHS-S438/2012/

VZ-10217/2014/511/MOn, které bylo po-
 tvrzeno rozhodnutím předsedy ÚOHS ze
 dne 11. 12. 2015, č. j. ÚOHS-R169/2014/VZ-
 -43750/2015/322/KMr, rozhodnutí ÚOHS
 ze dne 6. 6. 2014, č. j. ÚOHS-S495/2013/
 VZ-12054/2014/523/OPI, které bylo po-
 tvrzeno rozhodnutím předsedy ÚOHS ze
 dne 23. 11. 2015, č. j. ÚOHS-R218/2014/
 VZ-40383/2015/323/KKř). Ke změně doby
 plnění jako podstatné změně zadávacích
 podmínek se vyjádřil např. Krajský soud
 v Brně v rozsudku ze dne 8. 8. 2017, č. j.
 62 Af 20/2016-17.[1]

Ustanovení § 222 odst. 1 ZZVZ zakazuje
 zadavateli umožnit podstatnou změnu
 závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku
 po dobu jeho trvání bez provedení nového
 zadávacího řízení, přičemž z díkce § 222
 odst. 3 ZZVZ vyplývá, že za podstatnou
 změnu závazku ze smlouvy na veřejnou za-
 kázku lze považovat takovou změnu smluv-
 ních podmínek, které by umožnily, pokud
 by se vyskytovaly v původním zadávacím
 řízení, účast jiných dodavatelů než těch,
 kteří byli původně přijati do řízení, nebo
 které by umožnily vybrat jiného dodava-
 tele než toho, který byl původně vybrán.
 Nepřípustná je rovněž taková změna, jež
 mění způsobem, který nebyl v původních
 zadávacích podmínkách předpokládán,
 hospodářskou rovnováhu smluvního vzta-
 hu ve prospěch dodavatele, jemuž byla
 veřejná zakázka zadána. Za nepřipustnou
 je nezbytné dále považovat změnu, která
 značnou měrou veřejnou zakázku rozšiřuje
 obecně o jakékoli plnění dodavatele, které
 původně nebylo předpokládáno.

Dle názoru CRR ČR lze nedodržení smluv-
 ních podmínek ve vztahu k pojištění
 a bankovním zárukám obecně vyhodnotit
 jako podstatnou změnu závazku ze smlou-
 vy[2] (pokud tyto instituty absentují zcela
 nebo jsou výrazně odchyleny od původ-
 ních zadávacích podmínek). CRR ČR má
 za to, že jsou v těchto případech naplněny
 podmínky pro podstatnou změnu závazku
 ze smlouvy definované v § 222 odst. 3
 písm. a) a b) ZZVZ. Pokud by totiž zadava-
 tel v původních zadávacích podmínkách
 požadavek na zajištění pojištění/bankov-
 ní záruky pro plnění předmětu veřejné
 zakázky nepožadoval, nepochybně by to
 mohlo ovlivnit rozhodování dodavatelů
 o účasti v zadávacím řízení, a tedy i okruh
 možných dodavatelů, zároveň by taková
 změna mohla mít rovněž dopad na sesta-

vení nabídek jednotlivých účastníků, např. co se cenotvorby týče.[3] Dochází rovněž k ekonomickému zvýhodnění dodavatele, který jednak ušetří finanční prostředky za sjednání a držení pojištění/bankovní záruky, ale zejména se zcela vyhne povinnosti garantovat určitá rizika, která mohou vyplynout z provádění předmětu plnění, právě prostřednictvím těchto zajišťovacích mechanismů. Zadavatel naproti tomu ztrácí možnost „zhojit“ určité pohledávky vůči dodavateli prostřednictvím pojištění/bankovní záruky, přičemž tyto požadavky zadavatelé definují právě z toho důvodu, aby nemuseli případné pohledávky vymáhat přímo po dodavateli, ale mohli se spolehnout na plnění z pojištění nebo uplatnění bankovní záruky.

S výše uvedeným rovněž souvisí otázka uplatňování/vymáhání případných smluvních pokut. Ve většině případů jsou totiž na smluvní ustanovení definující požadavky na pojištění/bankovní záruky navázány smluvní pokuty pro situace, že tato smluvní ustanovení nebudou ze strany dodavatele dodržena. CRR ČR má za to, že zadavatel musí vždy vymáhat po dodavateli smluvní pokuty, pokud mu na jejich zaplacení vznikne nárok, jelikož v opačném případě dochází k podstatné změně závazku ze smlouvy, a to ve smyslu § 222 odst. 3 písm. b) ZZVZ.

Obecně je možné konstatovat, že pokud jde o změnu ekonomické rovnováhy závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, jedná se zejména o změny ustanovení smlouvy, které by měly za následek zmírnění povinností dodavatele. Komentářová literatura uvádí jako typické příklady vypuštění či zmírnění ustanovení o smluvní pokutě, kterou je zajištěno plnění povinností dodavatele (Dvořák, D., Machurek, T. a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 1076), přičemž se nepochybně může jednat rovněž o případy, kdy zadavatel smluvní pokutu nevymáhá, navzdory tomu, že by mu jinak na ni řádně vznikl nárok.

Pokud zadavatel smluvní pokutu neuplatňuje, nelze považovat jeho postup nejen za souladný se ZZVZ, ale ani za hospodárny.

CRR ČR k tomu pro úplnost uvádí, že zadavatel je povinen postupovat v souladu se zásadou hospodárnosti. Jejím konkrétním projevem je mj. nutnost uplatnit vůči vybranému dodavateli (poskytovateli plnění) všechny nároky, které zadavateli v souvislosti s porušováním smluvních povinností ze strany vybraného dodavatele vzniknou. Smluvní pokuta, jakožto paušalizovaná náhrada škody, je druhem utvrzení dluhu, přičemž nárok na její zaplacení vzniká objektivně v důsledku porušení utvrzené povinnosti

(např. povinnosti předložit pojištění/bankovní záruky ve stanovené lhůtě). Pro vznik práva na zaplacení smluvní pokuty není ani rozhodné, zda zadavateli v důsledku porušení povinností vybraného dodavatele vznikne škoda či nikoli. Neuplatnil-li zadavatel bezdůvodně nárok na zaplacení smluvní pokuty, připraví se o aktiva, která na jeho straně mohla a v zájmu naplnění zásady hospodárnosti také měla vzniknout.

CRR ČR rozhodně nehodlá výše uvedenými závěry odradit zadavatele od formulace požadavků na pojištění/bankovní záruky v textu zadávacích podmínek. Pokud jsou tyto instituty nastaveny správně a přiměřeně k charakteru veřejné zakázky, tak je CRR ČR nepovažuje za nijak závadné (spíše naopak). Nicméně zadavatel musí mít vždy na paměti, že stanovené zadávací podmínky musí být uplatněny vůči dodavatelům zcela, a to se týká i ověřování splnění požadavků na pojištění a bankovní záruky. Zadavatelům lze tedy pouze doporučit, aby požadavky stanovené na pojištění/bankovní záruky pečlivě ověřovali a nijak se neodchylovali od předem stanovených zadávacích podmínek (smluvních ujednání).[4] V opačném případě totiž riskují, že se dopustí porušení ZZVZ (MPZ), což může v dotovaných projektech zapříčinit uplatnění finanční opravy ze strany poskytovatele dotace. ■

Poznámky

[1] CRR ČR k uvedené judikatuře dodává, že ji lze přiměřeně použít i v rámci posuzování podstatných změn závazku ze smluv uzavíraných na základě zadávacích řízení zadávaných dle ZZVZ, neboť úprava § 222 odst. 3 ZZVZ je obdobná § 82 odst. 7 zákona č. 137/2006 Sb., tedy předchází právní úpravě.

[2] Samozřejmě bude ale vždy záležet na konkrétních skutkových okolnostech daného případu a vyhodnocení, do jaké míry nejsou požadavky zadavatele naplněny a jakým způsobem je ovlivněna hospodářská soutěž.

[3] K tomu CRR ČR po úplnosti uvádí, že pro konstatování těchto závěrů postačuje dovodit potencialitu těchto možností a není nutné prokázat přímý dopad na konkrétní zadávací řízení. CRR ČR dodává, že pokud jde o posouzení vlivu postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky, je možné analogicky a přiměřeně vycházet z konstantní rozhodovací praxe ÚOHS. ÚOHS např. v rozhodnutí ze

dne 20. 10. 2016, č. j. ÚOHS-S0644/2016/VZ-42947/2016/511/Kli, které lze přiměřeně aplikovat na zadávací řízení dle ZZVZ, uvedl: „Pro konstatování porušení zákona postačuje, že k ovlivnění dojit mohlo; není třeba prokazovat, že pochybením zadavatele skutečně došlo k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Z hlediska zákonného rámce § 120 odst. 1 písm. a) zákona stačí pouhá možnost (potencialita) tohoto ovlivnění, což je v daném případě splněno, neboť zadavatel v zadávacím řízení postupoval v rozporu s pravidly stanovenými zákonem. V této souvislosti Úřad může odkázat na ustálenou rozhodovací praxi Úřadu a soudů týkající se problematiky potenciality ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky při postupu zadavatele podle zákona, kdy např. předseda Úřadu ve svém rozhodnutí sp. zn. R128/2014 uvedl, že zákon nevyžaduje prokázání podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Dále též Krajský soud

v Brně v rozsudku ze dne 20. 3. 2012, č. j. 62 Af 58/2010-159, konstatoval, že „... pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom taková možnost zcela postačující, a soudu tedy nezbývá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou (...) K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat.“ Obdobně se ÚOHS vyjádřil např. i v rozhodnutí ze dne 4. 1. 2019, č. j. ÚOHS-S0477/2018/VZ-00312/2019/532/Mon.

[4] Pozor je nutné dát např. i na prodloužení trvání pojištění/bankovní záruky v souvislosti s prodloužováním termínu plnění, což je poměrně časté opomenutí zadavatelů.