



UOHSX007B3J8

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R394/2014/VZ-27393/2015/322/DRu

Brno 6. října 2015

V řízení o rozkladu ze dne 10. 11. 2014 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, jenž podal navrhovatel –

- **BusLine a.s.**, IČO 28310060, se sídlem Na rovinkách 211, 513 01 Semily, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 6. 10. 2014 Ing. Jiřím Hoňkem, advokátem, ev. č. ČAK 04726, IČO 66242576, se sídlem Opletalova 1284/37, 110 00 Praha 1

proti usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S855/2014/VZ-22536/2014/533/HKu ze dne 24. 10. 2014 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Liberecký kraj**, IČO 70891508, se sídlem U jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2

při zadávání části 1: „Západ“, části 2 „Sever“ a části 3 „Východ“ veřejné zakázky s názvem „**Výběr dopravců pro uzavření smluv o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové osobní dopravě k zabezpečení stanoveného rozsahu dopravní obslužnosti Libereckého kraje pro období roku 2014 do roku 2024**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 9. 7. 2012 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno téhož dne pod ev. č. 223774, ve znění oprav uveřejněných dne 11. 7. 2012, 31. 8. 2012, 24. 9. 2012, 25. 10. 2012, 31. 12. 2012, 12. 2. 2013, 2. 7. 2013, 26. 8. 2013, 26. 9. 2013 a 3. 12. 2013, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 12. 7. 2012 pod ev. č. 2012/S 132/219804, ve znění dodatečných informací ze dne 11. 9. 2012, 3. 10. 2012, 6. 11. 2012, 4. 1. 2013, 19. 2. 2013, 4. 7. 2013, 27. 8. 2013, 28. 9. 2013 a 6. 12. 2013,

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

Usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S855/2014/VZ-22536/2014/533/HKu ze dne 24. 10. 2014

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 17. 10. 2014 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, návrh navrhovatele – BusLine a.s., IČO 28310060, se sídlem Na rovinkách 211, 513 01 Semily, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 6. 10. 2014 Ing. Jiřím Hoňkem, advokátem, ev. č. ČAK 04726, IČO 66242576, se sídlem Opletalova 1284/37, 110 00 Praha 1 (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Libereckého kraje, IČO 70891508, se sídlem U jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2 (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání části 1: „Západ“, části 2 „Sever“ a části 3 „Východ“ veřejné zakázky s názvem „Výběr dopravců pro uzavření smluv o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové osobní dopravě k zabezpečení stanoveného rozsahu dopravní obslužnosti Libereckého kraje pro období roku 2014 do roku 2024“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 9. 7. 2012 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno téhož dne pod ev. č. 223774, ve znění oprav uveřejněných dne 11. 7. 2012, 31. 8. 2012, 24. 9. 2012, 25. 10. 2012, 31. 12. 2012, 12. 2. 2013, 2. 7. 2013, 26. 8. 2013, 26. 9. 2013 a 3. 12. 2013, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 12. 7. 2012 pod ev. č. 2012/S 132/219804, ve znění dodatečných informací ze dne 11. 9. 2012, 3. 10. 2012, 6. 11. 2012, 4. 1. 2013, 19. 2. 2013, 4. 7. 2013, 27. 8. 2013, 28. 9. 2013 a 6. 12. 2013(dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dne 17. 10. 2014, kdy byl Úřadu doručen návrh navrhovatele, bylo podle § 113 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 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.

II. Napadené usnesení

3. Dne 24. 10. 2014 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S855/2014/VZ-22536/2014/533/HKu (dále jen „**napadené usnesení**“).
4. Ve výroku 1. napadeného usnesení Úřad podle § 39 odst. 1 správního řádu určil navrhovateli lhůtu pěti dnů ode dne doručení napadeného usnesení k provedení úkonu – složení doplatku

kauce podle § 115 odst. 1 zákona ve výši 1 900 000 Kč a k doplnění návrhu na zahájení řízení o doklad o složení doplatku kauce podle § 114 odst. 3 zákona.

5. Výrokem 2. napadeného usnesení Úřad správní řízení podle § 64 odst. 1 písm. a) správního řádu přerušil do doby provedení úkonu stanoveného ve výroku 1. napadeného usnesení, nejpozději však do uplynutí lhůty pro provedení tohoto úkonu.
6. Výrok 1. napadeného usnesení Úřad odůvodnil tím, že v příloze č. 5 zadávací dokumentace o veřejné zakázce, v kapitole 1.3 *Nabídková cena a její výpočet* bylo uvedeno: „*Program automaticky vynásobí uchazečem zadané údaje s pevnými údaji pro příslušnou dílčí část Veřejné zakázky a následně vypočítá celkovou nabídkovou cenu. Ta je dána součinem roční ceny dopravního výkonu a období platnosti Smlouvy (tj. 10 let). Pro účely hodnocení nabídek je celková nabídková cena zvýšena o 20 % (odpovídající maximálnímu možnému navýšení rozsahu Veřejné zakázky)(...)*“.
7. Dle závěru Úřadu vysloveného v napadeném usnesení bylo zřejmé, že zadavatel zcela jasně vymezil a popsal pojem celková nabídková cena, která následně figurovala v předepsaném formuláři v nabídce navrhovatele pro každou část veřejné zakázky a byla předmětem hodnocení. Tato nabídková cena nebyla stanovena pouze jako cena jednotková, nýbrž předmětem hodnocení byla celková nabídková cena (cena za celý objem plnění) a důvody pro složení kauce ve výši 100 000 Kč podle věty druhé § 115 odst. 1 zákona nebyly dány.
8. Výrok 2. napadeného usnesení Úřad odůvodnil tím, že podle § 64 odst. 1 písm. a) správního řádu správní orgán může řízení usnesením přerušit současně s výzvou k odstranění nedostatků žádosti podle § 45 odst. 2 správního řádu. Vzhledem k tomu, že Úřad stanovil navrhovateli ve výroku 1. napadeného usnesení lhůtu k odstranění nedostatků návrhu, správní řízení do doby uplynutí této lhůty přerušil.

III. Námitky rozkladu

9. Dne 10. 11. 2014 byl Úřadu doručen rozklad navrhovatele z téhož dne. Napadené usnesení bylo zadavateli doručeno dne 27. 10. 2014. Rozklad byl tak podán v zákonné lhůtě.
10. Navrhovatel rozkladem namítá nepřezkoumatelnost napadeného usnesení, neboť neobsahuje odůvodnění, které by vyhovělo požadavkům § 68 odst. 3 správního řádu. V odůvodnění se Úřad dle názoru navrhovatele nevypořádal zejména s návrhy navrhovatele a s jeho vyjádřením k podkladům rozhodnutí, tj. přílohou č. 5 zadávací dokumentace.
11. Navrhovatel namítá, že částku ve výši 1 900 000 Kč uhradil pouze z procesní opatrnosti, neboť jinak by s ohledem na předběžnou vykonatelnost napadeného usnesení nezajistil pokračování správního řízení.
12. Dle názoru navrhovatele se Úřad nezabýval věcnou správností stanovení kauce ve výši 2 000 000 Kč, zejména vzhledem k předmětu zadávacího řízení, tedy zajištění přepravy cestujících ve veřejné linkové dopravě, jejíž cena je velmi variabilní a nedá se dopředu odhadnout. Navrhovatel nesouhlasí, aby v zadávací dokumentaci „*uměle definovaný pojem*“ pro posouzení absolutní hodnoty zakázky – *celková nabídková cena* – byl základem pro určování výše kauce ve správním řízení.

13. Navrhovatel k tomu dále namítá, že velkou část výsledné celkové nabídkové ceny tvoří variabilní položky, které se v čase výrazně mění. Nabídkovou cenu dle názoru navrhovatele nelze určit za celou dobu plnění veřejné zakázky, neboť cena je určena podle výše průměrných nákladů na pohonné hmoty (P) a ostatních variabilních nákladů (O), jejichž výše závisí na proměnných hodnotách. Roční rozsah služeb je dle navrhovatele pouze předpokládaný a závisí vždy na konkrétních jízdách řádech, které budou pro daný rok plnění veřejné zakázky vydány, zejména si zadavatel vyhrazuje možnost požadovat navýšení i snížení dopravního výkonu, přičemž zadavatelem hodnocený údaj předpokládá hypotetické navýšení dopravního výkonu o 20 %.
14. Navrhovatel namítá, že nedůvodným požadavkem Úřadu na nejvyšší možnou sazbu kauce, bylo porušeno jeho právo vlastnit majetek tak, jak jej definuje Listina základních práv a svobod v čl. 11, neboť navrhovatel byl nucen vynaložit a není oprávněn upotřebit jinak celou částku doplatku ve výši 1 900 000 Kč.

Závěr rozkladu

15. Navrhovatel se rozkladem domáhá, aby předseda Úřadu napadené usnesení zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

16. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

17. 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 jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného usnesení a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
18. Úřad tím, že napadeným usnesením určil navrhovateli lhůtu pěti dnů ode dne doručení napadeného usnesení k provedení úkonu – složení doplatku kauce podle § 115 odst. 1 zákona ve výši 1 900 000 Kč a doplnění návrhu na zahájení řízení o doklad o složení doplatku kauce podle § 114 odst. 3 zákona, a kterým dále podle § 64 odst. 1 písm. a) správního řádu přerušil správní řízení do doby provedení tohoto úkonu, nejpozději však do uplynutí lhůty pro provedení tohoto úkonu, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy.

V. K námitkám rozkladu

19. Podle § 114 odst. 3, věty druhé zákona je součástí návrhu doklad o složení kauce podle § 115 zákona a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku rovněž doklad o doručení námitek zadavateli a doklad o opětovném složení jistoty podle § 67 odst. 4 zákona.
20. Podle § 115 odst. 1 zákona je s podáním návrhu navrhovatel povinen složit na účet Úřadu kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky,

nejméně však ve výši 50 000 Kč, nejvýše ve výši 2 000 000 Kč. V případě, že není možné stanovit nabídkovou cenu navrhovatele nebo že nabídková cena, která je předmětem hodnocení, je při zadávání rámcové smlouvy stanovena pouze jako cena za jednotku plnění nebo v případě návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy, je navrhovatel povinen složit 100 000 Kč. Bankovní spojení Úřad uveřejní na své internetové adrese.

21. Nosná námitka rozkladu navrhovatele spočívá v tvrzení, že nabídková cena, která byla předmětem hodnocení, byla stanovena pouze jako cena za jednotku plnění, z čehož dle navrhovatele vyplývá, že výše kauce má být v souladu s § 115 odst. 1 zákona stanovena ve výši 100 000 Kč. Navrhovatel vychází z toho, že roční předpokládaný dopravní výkon, tak jak je specifikován pro výpočet nabídkové ceny, není z hlediska smlouvy na veřejnou zakázku závazný a jedná se pouze o předpokládaný objem plnění na jeden rok a Úřad měl tak aplikovat § 115 odst. 1 věty druhé zákona a tedy stanovit kauci ve výši 100 000 Kč.
22. S výše uvedeným souvisí i další námitka navrhovatele, spočívající v tom, že přesnou výši plnění poskytovaného za celou dobu trvání veřejné zakázky vzhledem k předmětu zadávacího řízení, tj. zajištění přepravy cestujících ve veřejné linkové dopravě, nelze určit.
23. Z relevantních částí § 115 odst. 1 zákona je zřejmé že kauci ve výši 100 000 Kč navrhovatel skládá pouze, pokud není možné stanovit nabídkovou cenu (za celou dobu plnění veřejné zakázky, resp. za první čtyři roky plnění v případě smluv na dobu neurčitou), nebo že nabídková cena, která je předmětem hodnocení, byla při zadávání rámcové smlouvy stanovena pouze jako cena za jednotku plnění. Povinnost uhradit „paušální“ výši kauce nastupuje až ve chvíli, kdy navrhovatel není objektivně schopen celkovou nabídkovou cenu stanovit.
24. Jak vyplývá ze správního spisu a z dokumentace o veřejné zakázce navrhovatel svou nabídkovou cenu určil, čili nemohlo dojít k naplnění první z hypotéz právní normy. Pro naplnění druhé možné hypotézy je nutné, aby nabídková cena, která je předmětem hodnocení, byla při zadávání rámcové smlouvy stanovena pouze jako cena za jednotku plnění. Úřad v napadeném usnesení správně posoudil, že z požadavků zadavatele na způsob zpracování nabídkové ceny, konkrétně z přílohy č. 5 zadávací dokumentace, kapitoly 1.3 jasně vyplývá, že předmětem hodnocení není cena za jednotku plnění, ale celková nabídková cena, jež byla konkrétně a přesně určena, a to pro každou část veřejné zakázky, vznikla součinem roční ceny dopravního výkonu a období platnosti smlouvy. Právě tato celková nabídková cena za každou část veřejné zakázky byla zadavatelem hodnocena.
25. K tomu dále uvádím, že není možné zaměňovat pojmy „nabídková cena“ a „skutečná cena“ (ve smyslu skutečné ceny uhrazené zadavatelem za plnění veřejné zakázky). Tyto dvě ceny mohou být v některých případech totožné (jedná-li se např. o veřejnou zakázku na dodávku konkrétního výrobku), v jiných nikoli. Do druhé kategorie spadají např. veřejné zakázky, jejichž předmětem jsou služby či dodávky, které mají být realizovány podle skutečných potřeb zadavatele na základě garantovaných jednotkových cen, jak tomu bylo v posuzovaném případě.
26. Zadavatel požadoval zpracování nabídkové ceny složenou z cen za dopravní práci uskutečněnou jednotlivými kategoriemi vozidel v závislosti na jejich dopravním výkonu za sledované období a ve členění na náklady na pohonné hmoty v Kč/km, ostatní variabilní

náklady závislé na dopravním výkonu v Kč/km a fixní náklady spojené s provozem příslušné kategorie vozidla v Kč/rok. Pro účely porovnání *nabídkové ceny* byly celkové náklady na jednotlivé kategorie vozidel kalkulovány při výkonu 56 000 km/rok (průměrná hodnota dopravního výkonu na vozidlo). Nabídková cena pak je cenou výchozí pro výpočet *skutečné ceny* s ohledem na skutečný rozsah zajišťované dopravní obslužnosti.

27. Ani v tomto případě, kdy zadavatel při zadávání veřejné zakázky na služby, které budou realizovány podle skutečných potřeb zadavatele na základě garantovaných jednotkových cen, stanovil pro účely hodnocení modelový příklad rozsahu plnění, totiž nelze automaticky konstatovat, že by nebylo možno nabídkovou cenu za celou dobu plnění veřejné zakázky, resp. celkovou nabídkovou cenu zjistit.
28. Neplatí, že modelový příklad představuje odhad nabídkové ceny, nýbrž představuje odhad skutečného plnění a po jeho ocenění uchazečem pak odhad skutečné uhrazené ceny (který se naplní, pokud bude skutečný průběh plnění odpovídat původnímu odhadu zadavatele). Z hlediska nabídkové ceny však modelový příklad žádným „odhadem“ není, naopak se jedná o závazný model navrhovatele z hlediska koncipování jeho nabídkové ceny, stejně jako je závazná nabídková cena stanovená na základě takového modelu.
29. Ač se objem reálného plnění může (a pravděpodobně bude) od předpokládaných údajů lišit, počty uvedené zadavatelem byly pro navrhovatele závazné ve vztahu ke koncipování jeho nabídky resp. nabídkové ceny. Zadávací dokumentace neumožňovala navrhovateli hodnoty předpokládaného ročního rozsahu služeb jednostranně upravit a jednalo se o jednotící prvek nabídek všech uchazečů. Jsem toho názoru, že pro výpočet nabídkové ceny, která je východiskem pro výpočet kauce, tak byly údaje o předpokládaném ročním objemu zcela závazné, na což nemá žádný vliv skutečnost, že průběh plnění veřejné zakázky bude od předpokládaných hodnot odlišný.
30. Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Ca 11/2009-46 ze dne 2. 9. 2010 ve vztahu k určení nabídkové ceny pro způsob stanovení kauce konstatoval, že *„nemůže být přijatelný takový postup, aby nabídková cena byla vypočtena podle jedněch pravidel a kauce (vycházející podle § 115 odst. 1 zákona právě z nabídkové ceny) podle pravidel jiných“*. Právní věta tohoto rozsudku rozvádí znění zákona v tom smyslu, že výše kauce je úzce spjata s nabídkovou cenou navrhovatele, že způsob, kterým byla určena přesná výše nabídkové ceny, musí být stejný jako způsob určení základu kauce. Pro určení kauce je rozhodující nabídková cena navrhovatele.
31. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 11/2009-46 ze dne 2. 9. 2010 vyplývá, že z konstrukce nabídkové ceny musí vyplývat i způsob výpočtu kauce, neboť ta je dána právě nabídkovou cenou. Nabídka navrhovatele pak obsahovala nabídkovou cenu, jejíž výpočet zadavatel v zadávací dokumentaci přesně a konkrétně určil, a právě od ní tak musí být odvozen i způsob vypočtení kauce.
32. K právě uvedenému lze ostatně dospět i jazykovým výkladem § 115 odst. 1 zákona. Pokud totiž platí, že nabídková cena je cenou pro účely hodnocení, nemůže být celkovou nabídkovou cenou nic jiného než tato cena pro účely hodnocení matematicky upravená tak, aby odpovídala předpokládanému rozsahu plnění dle zadávací dokumentace. Hypotéza § 115 odst. 1 věty druhé zákona tak nemohla být naplněna a navrhovatel nemohl jednat podle její dispozice, tj. složit na účet Úřadu kauci toliko ve výši 100 000 Kč.

33. S ohledem na výše uvedené konstatuji, že Úřad dospěl v napadeném usnesení ke správnému závěru, že důvody pro složení kauce ve výši 100 000 Kč podle § 115 odst. 1 věty druhé zákona nebyly dány.
34. Navrhovatel dále brojí proti nepřezkoumatelnosti napadeného usnesení, které dle jeho názoru nevyhovuje požadavkům § 68 odst. 3 správního řádu, neboť se Úřad v odůvodnění napadeného usnesení nevypořádal s návrhy účastníka a s jeho vyjádřením k podkladům napadeného usnesení, tj. přílohou č. 5 zadávací dokumentace.
35. Obecně lze k tomuto uvést, že obsahové náležitosti odůvodnění správního rozhodnutí jsou zakotveny v § 68 odst. 3 správního řádu, podle něhož se v odůvodnění uvedou důvody výroku nebo výroků rozhodnutí, podklady pro jeho vydání, úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení a při výkladu právních předpisů, a informace o tom, jak se správní orgán vypořádal s návrhy a námitkami účastníků a s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí.
36. Jak jsem uvedl již v bodě 24 tohoto rozhodnutí o rozkladu, Úřad správně posoudil celkovou výši nabídkové ceny, přičemž vycházel právě z návrhu navrhovatele, resp. z přílohy č. 5 zadávací dokumentace. Z odůvodnění napadeného usnesení jednoznačně vyplývá, na základě jakých skutečností bylo rozhodnuto tak, jak stanoví výrok napadeného usnesení. Předně jsou uvedeny důvody výroku, tedy proč byla stanovena lhůta pro složení doplatku kauce podle § 115 odst. 1 zákona, dále podklady pro vydání výroku, úvahy, kterými se Úřad řídil při hodnocení a při výkladu právních předpisů. Nadto je odůvodnění napadeného usnesení dostatečně jasné, určité a srozumitelné.
37. S ohledem na výše uvedené jsem dospěl k závěru, že napadené usnesení nenesé žádné znaky nezákonnosti či nepřezkoumatelnosti a splňuje náležitosti odůvodnění rozhodnutí správního orgánu dle ustanovení § 68 odst. 3 správního řádu.

VI. Závěr

38. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného usnesení z důvodů uváděných v rozkladu.
39. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného usnesení, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Liberecký kraj, U Jezu 642/2a, 461 80 Liberec 2
2. Mgr. Jiří Honěk, advokát, Opletalova 1284/37, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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