



UOHSX00AAOKY

USNESENÍ

Č. j.: ÚOHS-S0214/2017/VZ-18571/2017/521/MŽi

Brno: 29. června 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve správním řízení zahájeném dne 2. 6. 2017 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Liberecký kraj, IČO 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, 460 01 Liberec,
- navrhovatel – BusLine a.s., IČO 28360010, se sídlem Na Rovinkách 211, Podmoklice, 513 01 Semily, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 2. 6. 2017 Mgr. Jiřím Hoňkem, advokátem, ev. č. ČAK 04726, IČO 66242576, se sídlem Opletalova 1284/37, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů cit. zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Dočasné zabezpečení dopravní obslužnosti Libereckého kraje veřejnou linkovou osobní dopravou – oblast Sever“ v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném dne 7. 3. 2017 odesláním výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění z téhož dne,

vydává toto:

usnesení:

Správní řízení se podle § 257 písm. c) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, **zastavuje**, neboť v souvislosti s podáním návrhu navrhovatele – BusLine a.s., IČO 28360010, se sídlem Na Rovinkách 211, Podmoklice, 513 01 Semily – ze dne 2. 6. 2017 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Liberecký kraj, IČO 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, 460 01 Liberec – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Dočasné zabezpečení dopravní obslužnosti Libereckého kraje veřejnou linkovou osobní dopravou – oblast Sever“ v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném dne 7. 3. 2017 odesláním výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění z téhož dne, nedošlo ke složení kauce v souladu s § 255 citovaného zákona.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon“ nebo „ZZVZ“), 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 2. 6. 2017 návrh navrhovatele – BusLine a.s., IČO 28360010, se sídlem Na Rovinkách 211, Podmoklice, 513 01 Semily, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 2. 6. 2017 Mgr. Jiřím Hoňkem, advokátem, ev. č. ČAK 04726, IČO 66242576, se sídlem Opletalova 1284/37, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“) – z téhož dne na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů učiněných zadavatelem – Liberecký kraj, IČO 70891508, se sídlem U Jezu 642/2a, 460 01 Liberec (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Dočasné zabezpečení dopravní obslužnosti Libereckého kraje veřejnou linkovou osobní dopravou – oblast Sever“ v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném dne 7. 3. 2017 odesláním výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění z téhož dne (dále jen „zadávací řízení“ nebo „veřejná zakázka“).
2. Dnem 2. 6. 2017, 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.
3. Navrhovatel v návrhu brojí proti rozhodnutí zadavatele o zrušení předmětného zadávacího řízení, neboť toto je dle navrhovatele „*netransparentní, svévolné a vnitřně rozporné*“ a dále z toho důvodu, že zadavatel dle navrhovatele „*přezkoumatelným a transparentním způsobem nezdůvodnil, proč neakceptoval objasnění výše nabídkové ceny.*“ Navrhovatel je přesvědčen, že se zadavatel v předmětném zadávacím řízení dopustil zejména porušení § 6 odst. 1 zákona, § 127 odst. 3 zákona a dále § 67 odst. 2 zákona.
4. Účastníky správního řízení podle ustanovení § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
5. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S0214/2017/VZ-17071/2017/521/MŽi ze dne 7. 6. 2017.
6. Dne 12. 6. 2017 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele k návrhu na zahájení správního řízení z téhož dne a rovněž dokumentace o zadávacím řízení.

ZÁVĚRY ÚŘADU

7. Úřad přezkoumal náležitosti návrhu a na základě zjištěných skutečností dospěl k závěru, že v dané věci nedošlo ke složení kauce v souladu s § 255 odst. 1 zákona na účet Úřadu, a proto správní řízení podle § 257 písm. c) zákona zastavil. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

8. Podle § 251 odst. 2 zákona musí být návrh, není-li stanoveno jinak, doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitky odmítnul.
9. Podle § 255 odst. 1 zákona je navrhovatel ve lhůtě pro doručení návrhu, nejde-li o případ podle odstavce 2, povinen složit na účet Úřadu kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky nebo za dobu prvních čtyř let plnění v případě smluv na dobu neurčitou, nejméně však ve výši 50 000 Kč, nejvýše ve výši 10 000 000 Kč. V případě, že navrhovatel nemůže stanovit celkovou nabídkovou cenu, je povinen složit kauci ve výši 100 000 Kč. V případě návrhu na uložení zakazu plnění smlouvy je navrhovatel povinen složit kauci ve výši 200 000 Kč.
10. Podle § 257 písm. c) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže nedošlo ke složení kauce v souladu s § 255 zákona.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o zadávacím řízení

11. V bodu 2.3 „Cíl Zadávacího řízení“ výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 7. 3. 2017 (dále jen „výzva“) je mj. uvedeno, že „[z]adavatel (...) Veřejnou zakázkou reaguje na bezprostřední hrozbu přerušování poskytování služeb dopravní obslužnosti v Libereckém kraji.“
12. V bodu 3.3 „Doba plnění“ výzvy je uvedeno následující: „Plnění Veřejné zakázky bude probíhat od prvního dne kalendářního měsíce následujícího po měsíci, v němž budou současně splněny tyto podmínky: (i) bude s vybraným dopravcem uzavřena smlouva na plnění Veřejné zakázky, (ii) vybranému dopravci budou přiděleny licence na plnění celého rozsahu Veřejné zakázky a (iii) budou dopravci v odpovídajícím rozsahu schváleny jízdní řády, a to po dobu nezbytně nutnou do okamžiku zahájení plnění dopravcem, se kterým bude uzavřena smlouva na základě otevřeného zadávacího řízení.“

Ukončení plnění Veřejné zakázky se předpokládá ke dni 8. 12. 2018. V případě naplnění podmínek Smlouvy bude Zadavatel oprávněn prodloužit platnost Smlouvy (plnění Veřejné zakázky), a to o dobu stanovenou Smlouvou.

Bližší podmínky trvání a ukončení plnění Veřejné zakázky jsou stanoveny ve Smlouvě.“

13. V bodu 6. „NABÍDKOVÁ CENA“ výzvy je uvedeno následující: „Nabídkovou cenu pro plnění Veřejné zakázky zpracuje účastník vyplněním přílohy č. 2 této výzvy - Tabulky pro výpočet nabídkové ceny. Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny za plnění Veřejné zakázky jsou uvedeny v příloze č. 3 této výzvy - Pokynech pro vyplnění tabulky pro výpočet nabídkové ceny. Modelové podmínky pro výpočet nabídkové ceny, které účastník zohlední v souladu s pokyny přílohy č. 3 výzvy, tvoří přílohu č. 4 výzvy.“
14. V bodu 7.2 „Hodnocení nabídky“ výzvy je uvedeno, že „[n]abídky budou hodnoceny podle jejich ekonomické výhodnosti. Ekonomická výhodnost nabídek bude hodnocena podle nejnižší nabídkové ceny bez DPH“, přičemž „[n]abídky budou hodnoceny tak, že podle výše nabídkové ceny bez DPH bude sestaveno pořadí nabídek.“

15. V čl. 15.1. přílohy č. 1 „Závazný návrh Smlouvy včetně příloh“ výzvy (dále jen „návrh smlouvy“) je uvedeno, že „[t]ato Smlouva nabývá platnosti a účinnosti dnem podpisu poslední ze Smluvních stran a zveřejněním smlouvy v centrálním registru smluv podle zákona č. 340/2015 Sb., o registru smluv. Strany se však dohodly na tom, že ta ustanovení Smlouvy, která upravují přímo závazek Dopravce poskytovat Objednateli Veřejné služby, nabývají účinnosti teprve datem Zahájením provozu.“ Datem zahájení provozu je pak dle čl. 2. „DEFINICE POJMŮ“ návrhu smlouvy „den, kdy je Dopravce povinen na základě této Smlouvy a za podmínek v ní stanovených zahájit provoz Veřejné linkové dopravy ve stanoveném rozsahu, tj. první den kalendářního měsíce následujícího po měsíci, v němž budou současně splněny tyto podmínky: (i) s Dopravcem bude uzavřena Smlouva, (ii) Dopravci budou přiděleny licence na Linky a (iii) Dopravci budou v odpovídajícím rozsahu schváleny Jízdní řády“.
16. V čl. 15.2 návrhu smlouvy je uvedeno, že smlouva „je uzavírána na dobu platnosti do dne předcházejícího termínu celostátní změny jízdních řádů vyhlášené Ministerstvem dopravy v souladu s § 17 zákona č. 111/1994 Sb., o silniční dopravě v platném znění, v prosinci roku 2018 (předpokládaným dnem ukončení platnosti smlouvy je 8. 12. 2018). Objednatel je přitom oprávněn na základě písemného oznámení zaslaného Dopravci (...) dobu platnosti Smlouvy prodloužit až do dne předcházejícího termínu celostátní změny jízdních řádů v prosinci roku 2019 (dle předpokladu do 7. 12. 2019). V případě, že v době tří (3) měsíců před skončením platnosti Smlouvy bude ukončeno nové zadávací řízení na výběr dopravců (...), avšak den zahájení provozu podle smlouvy s nově vybraným dopravcem má nastat o více než jeden po dni ukončení této Smlouvy, prodlužuje se doba platnosti této Smlouvy automaticky do dne předcházejícího zahájení provozu novým dopravcem vybraným v novém zadávacím řízení popsaném v čl. 15.3., maximálně však do termínu nejbližší červnové celostátní změny jízdních řádů.“
17. Přílohu č. 2 „Tabulka pro výpočet nabídkové ceny“ výzvy (dále jen „příloha č. 2 výzvy“) tvoří čtyři listy. První list obsahuje identifikaci veřejné zakázky a tabulku pro vyplnění identifikačních údajů dopravce, druhý list obsahuje mapu, která znázorňuje zóny integrovaného dopravního systému Libereckého kraje, třetí list obsahuje tabulku pro kalkulaci nabídky a čtvrtý list obsahuje tabulku s nabídkovou cenou dopravního výkonu.
18. Tabulka na třetím listu přílohy č. 2 výzvy obsahuje předvyplněné sloupce se souhrnným označením „Počet míst (minimálně celkem)“, který je rozčleněn na sloupce „sezení“, „stání“ a „celkem“, a dále pak sloupce nadepsané „Cena PHM [Kč/km]“, „Mzdové variabilní náklady [Kč/km]“, „Ostatní variabilní nákl. [Kč/km]“, „Fixní nákl. na provoz vozidla [Kč/rok]“, „Mzdové fixní náklady [Kč/rok]“, „Správní režie + zisk [Kč/rok]“, „Provoz vozidla celkem při proběhu km 56 000“ a předvyplněné sloupce nadepsané „Předpokládaný roční výkon vozidel celkem (dle jízdních řádů)“ a „Počet vozidel, resp. podíl fixních nákladů (včetně náhradních)“. V jednotlivých řádcích tabulky je pak vymezen typ (kategorie) autobusu a v posledním řádku tabulky je uveden „Cyklovlek“.
19. Na čtvrtém listu přílohy č. 2 výzvy nadepsaném „NABÍDKOVÁ CENA DOPRAVNÍHO VÝKONU“ je vymezena veřejná zakázka, dále obsahuje tabulku pro identifikační údaje dopravce, dobu plnění předmětné veřejné zakázky (tj. od 1. 6. 2017 do 31. 8. 2020 včetně) a tabulku nadepsanou „NABÍDKOVÁ CENA“. Poslední jmenovaná tabulka obsahuje následující položky:

- Předpokládaný dopravní výkon za 1. rok plnění zakázky (prvních 365 dnů) – hodnota v km předvyplněna zadavatelem
- Minimální garantovaný roční dopravní výkon – hodnota v km předvyplněna zadavatelem
- Maximální možný požadovaný roční dopravní výkon – hodnota v km předvyplněna zadavatelem
- Předpokládaný dopravní výkon za celé období plnění zakázky – hodnota v km předvyplněna zadavatelem
- Maximální možný dopravní výkon za celé období plnění zakázky – hodnota v km předvyplněna zadavatelem
- Průměrné náklady na pohonné hmoty – uvedena jednotka Kč/km
- Mzdové variabilní náklady – uvedena jednotka Kč/km
- Ostatní variabilní náklady – uvedena jednotka Kč/km
- Celkové fixní náklady na provoz vozidel – uvedena jednotka Kč/rok
- Mzdové fixní náklady – uvedena jednotka Kč/rok
- Správní režie + kalkulovaný zisk – uvedena jednotka Kč/rok
- Náklady na provoz cyklovleku – uvedena jednotka Kč/rok
- Celková cena dopravního výkonu přepočtená na 1 km výkonu dle jízdních řádů – uvedena jednotka Kč/km
- Cena dopravního výkonu celkem za 1 rok provozu – uvedena jednotka Kč
- Cena dopravního výkonu za celou dobu plnění zakázky (bez DPH) – uvedena jednotka Kč
- Maximální cena dopravního výkonu za celou dobu plnění zakázky (bez DPH) v případě navýšení dopravního výkonu o 20%. NABÍDKOVÁ CENA – uvedena jednotka Kč.

20. V příloze č. 3 „TABULKA PRO VÝPOČET NABÍDKOVÉ CENY, POKYNY PRO VYPLNĚNÍ TABULKY“ výzvy (dále jen „příloha č. 3 výzvy“) je v bodu 1. „ÚVOD“ mj. uvedeno, že „[z]adavatel pro účely přípravy zadávacích podmínek vypracoval počítačový model seznamu oběhů (optimálních z hlediska využití vozidel bez ohledu na skutečné aktuální oběhy, které zpracovali stávající dopravci) a sumarizoval hodnoty potřebné k výpočtu souvisejících nákladů a určení nabídkové ceny. Sumarizace těchto hodnot je pro účely výpočtu nabídkové ceny uvedena v příloze 2 Výzvy k podání nabídek.

Pro účely určení modelových oběhů a možnost následného výpočtu nabídkové ceny dopravního výkonu byly zvoleny referenční jízdni řády, platné v Libereckém kraji ke dni 5. 3. 2017. Cena dopravního výkonu tak bude pro účely vytvoření nabídkové ceny kalkulována podle dopravního výkonu dle jízdních řádů, platných ke dni 5. 3. 2017. Seznam modelových oběhů poskytuje Zadavatel jako přílohu č. 4 Výzvy k podání nabídek.

Zadavatel zveřejněním seznamu modelových oběhů účastníkům poskytuje nezávaznou pomůcku pro výpočet nabídkové ceny. Jedná se pouze o orientační a informativní podklad, poskytnutý účastníkům pro sdělení bližší informace o stávajícím rozložení dopravy v Libereckém kraji. Zadavatel však zdůrazňuje, že pro výpočet nabídkové ceny jsou podstatné a určující pouze údaje obsažené v příloze č. 2 Výzvy k podání nabídek (a případně obchodní podmínky vymezené v návrhu Smlouvy).

Pro účely porovnání jsou celkové náklady na jednotlivé kategorie vozidel kalkulovány při výkonu 56.000 km/rok (průměrná hodnota dopravního výkonu na vozidlo).“

21. V příloze č. 3 výzvy je v bodu 2. „POKYNY PRO VYPLNĚNÍ TABULKY PRO VÝPOČET NABÍDKOVÉ CENY UVEDENÉ V PŘÍLOZE 2 VÝZVY K PODÁNÍ NABÍDEK“ uvedeno, že účastník zadávacího řízení v tabulce na třetím listu přílohy č. 2 výzvy doplňuje údaje ve sloupcích „Cena PHM“, „Mzdové variabilní náklady“, „Ostatní variabilní nákl.“, „Fixní nákl. na provoz vozidla“, „Mzdové fixní náklady“ a „Správní režie + zisk“, přičemž „[p]rogram následně vypočte celkovou cenu dopravního výkonu za rok a za celou dobu plnění Veřejné zakázky (...).“ Ke čtvrtému listu přílohy č. 2 výzvy je v příloze č. 3 výzvy uvedeno, že „[l]ist obsahuje sumarizované hodnoty z předchozích listů. Program vypočte celkovou cenu dopravního výkonu za rok a za celou dobu plnění Veřejné zakázky v ceně bez DPH a taktéž nabídkovou cenu pro účely hodnocení, stejně jako jednotkovou nabídkovou cenu (čistě pro informativní účely)“. Po doplnění a vypočtení nabídkové ceny je pak účastník povinen předmětný list přiložit k nabídce.
22. V e-mailové zprávě nadepsané „RE: Dočasné zabezpečení dopravní obslužnosti Libereckého kraje veřejnou linkovou osobní dopravou – oblast Sever a Východ – vysvětlení zadavatele ke stanovení maximální nabídkové ceny“, jež byla odeslána a signována za zadavatele Tomášem Němcem, advokátem, dne 24. 3. 2017 mj. na e-mailové adresy Ing. Radka Chobota (předsedy představenstva navrhovatele) a Ing. Jaroslava Semlera (místopředsedy představenstva navrhovatele), je uvedeno, že „maximální nabídková cena je konstruována jako maximální přípustná cena dopravního výkonu při maximálním dopravním výkonu, tj. navýšeném oproti předpokládanému dopravnímu výkonu o 20%, a to za dobu plnění Veřejné zakázky uvedenou v příloze č. 2 výzvy k jednání (tabulka – list č. 4). Výpočet maximální nabídkové ceny byl proveden v souladu s pravidly uvedenými v příloze č. 2 (tabulka – zejm. list č. 4) a v příloze č. 3 výzvy k jednání.“
23. Z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že konec lhůty pro podání nabídek na plnění předmětné veřejné zakázky byl stanoven na 28. 3. 2017 do 16:30 hod., přičemž z protokolu o otevírání obálek ze dne 28. 3. 2017 (dále jen „protokol o otevírání obálek“) vyplývá, že zadavatel obdržel v uvedené lhůtě dvě nabídky. V protokolu o otevírání obálek je dále uvedeno, že navrhovatel podal nabídku s nabídkovou cenou 480 724 000,- Kč bez DPH (shodně je nabídková cena uvedena i v nabídce navrhovatele).
24. Usnesením č. 747/17/mRK ze dne 25. 4. 2017 zadavatel rozhodl o zrušení předmětného zadávacího řízení, proti čemuž podal navrhovatel námitky.
25. Z dokumentace o zadávacím řízení dále vyplývá, že námitky navrhovatele ze dne 11. 5. 2017 zadavatel rozhodnutím ze dne 23. 5. 2017 (dále jen „rozhodnutí zadavatele o námitkách“), doručeným navrhovateli dne 23. 5. 2017, odmítl.

Právní posouzení

26. Úřad předně v obecné rovině uvádí, že základním účelem institutu kauce je zajistit, aby nebyly podávány neodůvodněné návrhy na přezkoumání úkonů zadavatele. K uvedenému závěru dochází mj. také Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 62 Af 42/2010 – 131 ze dne 12. 1. 2012, podle kterého je kauce pojistným mechanismem „*proti podávání účelových a šikanózních návrhů*“¹. Pro zajištění výše uvedeného účelu je pak kauce v ust. § 255 odst. 1 zákona upravena takovým způsobem, aby výše kauce byla v určitém poměru k hodnotě přezkoumávané veřejné zakázky, a to tak, že se odvíjí od nabídkové ceny navrhovatele s vymezením minimální a maximální výše, přičemž pouze v případě, že nelze celkovou nabídkovou cenu stanovit, je navrhovatel povinen složit kauci ve výši 100 000,- Kč. V případě návrhu na zákaz plnění smlouvy ve smyslu ust. § 254 zákona je pak navrhovatel povinen složit kauci ve výši 200 000,- Kč.
27. K uvedenému Úřad doplňuje, že nelze zaměňovat pojmy „nabídková cena“ a „skutečná cena“, kdy „nabídková cena“ je cena za celou dobu plnění veřejné zakázky uvedená účastníkem v jeho nabídce, oproti tomu pod pojmem „skutečná cena“ je třeba rozumět cenu skutečně uhrazenou zadavatelem za plnění předmětu veřejné zakázky. Tyto dvě ceny mohou být v některých případech totožné, nicméně může nastat i situace, kdy se „nabídková cena“ a „skutečná cena“ budou lišit. Takováto situace nastává např. v případě, kdy zadavatel zadává veřejnou zakázku, jejímž předmětem jsou služby či dodávky v určitém konkrétně vymezeném období, které budou realizovány podle skutečných potřeb zadavatele na základě určitých garantovaných cen, přičemž zadavatel pro účely hodnocení stanoví „modelový příklad“ rozsahu plnění, který pokrývá celou vymezenou dobu plnění veřejné zakázky. V takovém případě se kauce vypočítává jako 1 % z nabídkové ceny uvedené pro účely hodnocení v nabídce (tj. podle věty první § 255 odst. 1 zákona), přičemž nabídková cena fakticky nemusí odpovídat ceně skutečné. Oproti tomu je nutné odlišit situaci, kdy při hodnocení jednotkových cen zadávací dokumentace neobsahuje předpokládaný rozsah plnění v budoucnu. V takovémto případě pak nelze nabídkovou cenu za celou dobu plnění veřejné zakázky (tedy celkovou nabídkovou cenu) zjistit (a to ani matematickým výpočtem). Zákon na tuto situaci pamatuje v ustanovení § 255 odst. 1 věta druhá zákona.
28. Jak již bylo uvedeno výše, Úřad dne 2. 6. 2017 obdržel návrh navrhovatele, jehož součástí byl doklad o složení kauce, ze kterého vyplývá, že navrhovatel poukázal kauci ve výši 100 000,- Kč na účet Úřadu, přičemž tato částka byla připsána na účet Úřadu dne 2. 6. 2017.
29. Jak vyplývá z dokumentace o zadávacím řízení (viz bod 25. odůvodnění tohoto usnesení), navrhovatel rozhodnutí zadavatele o námitkách obdržel dne 23. 5. 2017. Podle § 255 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 251 odst. 2 zákona tak posledním dnem lhůty pro připsání kauce na účet Úřadu byl den 2. 6. 2017.

¹ Přestože se závěry Krajského soudu v Brně učiněné v daném rozsudku vztahují k zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, lze tyto závěry ohledně účelu institutu kauce zcela jistě aplikovat rovněž i ve vztahu k zákonu č. 134/2016 Sb. – pozn. Úřadu

30. Ze zadávací dokumentace je zřejmé, že účastníci zadávacího řízení měli pro zpracování nabídkové ceny využít tabulku obsaženou na třetím listu přílohy č. 2 výzvy (viz bod 21. odůvodnění tohoto usnesení), přičemž program následně na základě doplněných údajů automaticky vypočte celkovou cenu dopravního výkonu za rok a za dobu plnění veřejné zakázky, resp. za plnění v období od 1. 6. 2017 do 31. 8. 2020. Zadavatel stanovil v tabulce předpokládaný roční výkon vozidel, počet vozidel a náklady na jednotlivé kategorie vozidel (tj. průměrnou hodnotu dopravního výkonu na vozidlo). Pro účely určení modelových oběhů zadavatel zvolil referenční jízdní řády platné v Libereckém kraji ke dni 5. 3. 2017, z čehož vyplývá, že cena dopravního výkonu pro účely vytvoření nabídkové ceny je kalkulována podle dopravního výkonu dle jízdních řádů platných ke dni 5. 3. 2017.
31. Na čtvrtém listu přílohy č. 2 výzvy je vymezena hodnota předpokládaného výkonu (za jeden rok plnění veřejné zakázky a za období od 1. 6. 2017 do 31. 8. 2020 a dále pak hodnota maximálního možného požadovaného dopravního výkonu² (za jeden rok a za celé období od 1. 6. 2017 do 31. 8. 2020). Program následně vypočte z údajů doplněných účastníkem na třetím listu přílohy č. 2 výzvy cenu dopravního výkonu přepočtenou na 1 km výkonu, cenu dopravního výkonu za rok, cenu dopravního výkonu za dobu plnění veřejné zakázky (resp. za plnění v termínu od 1. 6. 2017 do 31. 8. 2020) a dále nabídkovou cenu pro účely hodnocení, tj. maximální cenu dopravního výkonu za celou dobu plnění zakázky (jedná se o cenu dopravního výkonu za dobu plnění veřejné zakázky navýšenou o 20% - viz k tomu bod 22. odůvodnění tohoto usnesení).
32. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel specifikoval předpokládaný rozsah budoucího plnění tím, že stanovil dobu plnění veřejné zakázky (tj. období od 1. 6. 2017 do 31. 8. 2020 včetně) a dále maximální možný dopravní výkon za celé jím určené období plnění veřejné zakázky. Uvedeným vymezením zadavatel specifikoval předpokládaný rozsah budoucího plnění. Maximální cena dopravního výkonu za celou dobu plnění zakázky, tj. nabídková cena za maximální možný dopravní výkon za období od 1. 6. 2017 do 31. 8. 2020 včetně je cenou, která byla zadavatelem hodnocena (viz k tomu bod 14. odůvodnění tohoto usnesení).
33. Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že zadavatelem stanovený modelový příklad výpočtu nabídkové ceny v šetřeném případě pokrývá celou dobu plnění a předpokládaný rozsah plnění veřejné zakázky. Kauce se proto v šetřeném případě vypočítá jako 1 % z nabídkové ceny uvedené pro účely hodnocení v nabídce.
34. Úřad dále uvádí, že z dokumentace o zadávacím řízení, konkrétně z protokolu o otevírání obálek a shodně též z nabídky navrhovatele, rovněž vyplývá, že navrhovatel v rámci zadávacího řízení podal nabídku na předmětnou veřejnou zakázku s nabídkovou cenou 480 724 000,- Kč bez DPH.
35. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že navrhovatel měl ve lhůtě pro doručení návrhu, tj. nejpozději ke dni 2. 6. 2017 na účet Úřadu složit kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny za dobu plnění předmětné veřejné zakázky, tj. 4 807 240,- Kč.

² Tj. hodnota předpokládaného dopravního výkonu navýšená o 20%

36. Úřad nepřehlédl, že stanovení výše kauce může být pro některé navrhovatele v určitých případech problematické, avšak právě z toho důvodu uveřejnil na webových stránkách Úřadu www.uohs.cz volně dostupné Stanovisko Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k výpočtu výše kauce dle ust. § 115 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zák. č. 40/2015 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Stanovisko Úřadu“), v němž Úřad mj. uvádí již výše konstatované, a sice že *„[a]ni v [...] případě, kdy zadavatel v případě zadávání zakázky, jejímž předmětem jsou služby či dodávky, které budou realizovány podle skutečných potřeb zadavatele na základě garantovaných jednotkových cen, stanoví 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. (...) Modelový příklad totiž představuje odhad skutečného průběhu plnění, v případě 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 žádným ‚odhadem‘ není, naopak se jedná o model pro navrhovatele – z hlediska koncipování jeho nabídkové ceny – závazný. Stejně tak je závazná a jednoznačná nabídková cena stanovená na základě takového modelu. Nabídkovou cenu navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky (celkovou nabídkovou cenu) tak lze nepochybně zjistit například v situaci, kdy zadavatel uzavírá smlouvu na dobu určitou a modelový příklad rozsahu plnění pokrývá celou tuto dobu (kauce se pak vypočítá jako 1 % z nabídkové ceny uvedené pro účely hodnocení v nabídce).“³*
37. Navrhovatel v návrhu k výši složené kauce uvádí, že v šetřeném případě *„nelze stanovit nabídkovou cenu navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky“*, neboť doba plnění uvedená v příloze č. 2 výzvy není reálná. Tuto nereálnost pak navrhovatel spatřuje v tom, že nelze určit přesný začátek plnění veřejné zakázky navrhovatelem (neboť tento závisí zejména na přidělení licencí na linky a schválení jízdních řádů, což dle názoru navrhovatele trvá 2-3 měsíce) a stejně tak nelze určit přesný konec plnění veřejné zakázky (neboť ten závisí na nejistých okolnostech, konkrétně na výsledku plánovaného otevřeného zadávacího řízení pro zajištění dopravní obslužnosti od roku 2019). Dle navrhovatele je tudíž nabídková cena odvozená od trvání veřejné zakázky v období od 1. 6. 2017 do 31. 8. 2020, ačkoliv tato data nemají oporu ve smlouvě na plnění veřejné zakázky. Nadto navrhovatel dodává, že nabídková cena je *„uměle zvýšena o 20%“*, neboť předpokládá, že by po celou dobu plnění veřejné zakázky zadavatel stanovil maximální dopravní výkon, což je dle navrhovatele *„extrémně nepravděpodobné“*. Vzhledem k uvedenému pak dle navrhovatele nelze přesně určit ani rozsah požadovaného plnění.
38. K argumentu navrhovatele, že doba plnění uvedená zadavatelem v příloze č. 2 výzvy není reálná, uvádí Úřad následující. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že zahájení plnění veřejné zakázky není stanoveno konkrétním datem, ale závisí na kumulativním naplnění několika

³ Přestože bylo dané stanovisko zpracováno ve vztahu k zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, lze tyto závěry ohledně výpočtu výše kauce zcela jistě aplikovat rovněž i ve vztahu k zákonu č. 134/2016 Sb., neboť co do hodnot a způsobu výpočtu kauce zůstalo ustanovení zákona (§ 255 odst. 1 ZZVZ) nezměněno – pozn. Úřadu

podmínek (viz k tomu bod 11. a bod 15. odůvodnění tohoto usnesení). Nelze však automaticky konstatovat, že v okamžiku, kdy zahájení plnění veřejné zakázky není vymezeno v zadávací dokumentaci konkrétním datem (např. proto, že je navázáno na splnění dalších podmínek), nelze stanovit nabídkovou cenu navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky. V této souvislosti Úřad opětovně odkazuje na Stanovisko Úřadu, kde mj. uvádí, že modelový příklad představuje odhad skutečného průběhu plnění, v případě 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 žádným „odhadem“ není, ale jedná se o model pro navrhovatele – z hlediska koncipování jeho nabídkové ceny – závazný. Přesné datum zahájení či ukončení plnění veřejné zakázky tak bude mít zcela jistě vliv na zadavatelem skutečně uhrazenou cenu, nicméně z hlediska koncipování nabídkové ceny na základě modelového příkladu, kdy pro její výpočet byla stanovena doba plnění veřejné zakázky od 1. 6. 2017 do 31. 8. 2020 včetně, nemá na její výpočet vliv. Zároveň je nutné podotknout, že vzhledem k tomu, že dle výzvy reaguje zadavatel veřejnou zakázkou „na hrozbu přerušování poskytování dopravní obslužnosti v Libereckém kraji“, lze usoudit, že i v případě, kdy by plnění veřejné zakázky nezačalo již od 1. 6. 2017, bylo by cílem zadavatele zahájit jej v co nejbližším termínu a počáteční datum plnění stanovené pro účely koncipování nabídkové ceny tak není zcela odtrženo od reality.⁴ Vzhledem k tomu, že ze zadávací dokumentace vyplývá, že ukončení plnění veřejné zakázky je zadavatelem předpokládáno ke dni 8. 12. 2018, přičemž si však zadavatel vymínil možnost dobu plnění veřejné zakázky dle svých potřeb i opakovaně prodloužit, nejdéle však do termínu nejbližší červnové celostátní změny jízdních řádů následující po 7. 12. 2019 (tj. do června 2020), a příp. též zkrátit (viz k tomu bod 11. a bod 16. odůvodnění tohoto usnesení), lze dovodit, že zadavatelem uvedená doba plnění veřejné zakázky uvedená na čtvrtém listu přílohy č. 2 výzvy pro účely modelového příkladu rozsahu plnění pokrývá celou možnou dobu plnění veřejné zakázky. V této souvislosti Úřad dále opakovaně uvádí, že nelze ztotožňovat pojmy „nabídková cena“ (tedy cena pro účely hodnocení) a „skutečná cena plnění“, resp. „cena skutečného plnění“ (ve smyslu skutečné ceny uhrazené zadavatelem za plnění veřejné zakázky), jak to činí navrhovatel. Úřad má za to, že nabídková cena se (vždy) nerovná skutečně uhrazené ceně za plnění veřejné zakázky, resp. jde o odlišné pojmy. Zatímco celkovou nabídkovou nelze určit pouze ve velmi omezeném okruhu případů (a posuzovaný případ mezi ně nepatří, neboť nabídková cena navrhovatele pro účely hodnocení je známa), ve vztahu ke skutečné ceně plnění existuje naopak jen omezený počet případů, kdy je jistá již k okamžiku podání nabídky (není např. známa v případě, že je součástí obchodních podmínek inflační doložka, jedná se o měřený kontrakt nebo o plnění na základě rámcové smlouvy).

39. Pro úplnost Úřad uvádí, že se neztotožňuje ani s argumentem navrhovatele, že nelze přesně určit rozsah požadovaného plnění. Zadavatel v zadávací dokumentaci, konkrétně na čtvrtém listu přílohy č. 2 výzvy v položce „Maximální možný dopravní výkon za celé období plnění zakázky“, jednoznačně vyjádřil (předpokládaný) rozsah budoucího plnění. Sama skutečnost, že zadavatel v rámci modelového příkladu pracuje s maximálním možným dopravním

⁴ Uvedené závěry se vztahují k nabídkové ceně a k výpočtu výše kauce, přičemž pro uvedené pak není rozhodné, že zadavatel zadávací řízení na šetřenou veřejnou zakázku nakonec zrušil.

výkonem a nikoliv s dopravním výkonem označeným jako „předpokládaný“ (který, jak vyplývá ze zadávací dokumentace, vychází z referenčních jízdních řádů platných v Libereckém kraji ke dni 5. 3. 2017 – viz k tomu bod 20. odůvodnění tohoto usnesení) pak nezpůsobuje to, že by nebylo možno stanovit celkovou nabídkovou cenu. Úřad proto uzavírá, že v šetřeném případě je v modelovém příkladu rozsahu plnění vyjádřen předpokládaný rozsah budoucího plnění, a to za celou dobu plnění veřejné zakázky.

40. Nad rámec výše uvedeného Úřad dodává, že předpokládaný rozsah plnění veřejné zakázky uvedený v modelovém příkladu i vymezení doby plnění veřejné zakázky je součástí zadávacích podmínek veřejné zakázky. Získá-li účastník zadávacího řízení podezření, že předpokládaný rozsah plnění veřejné zakázky uvedený v modelovém příkladu neodpovídá skutečnému rozsahu plnění (tj. např. že je uměle navýšen), má možnost podat námitky, resp. v případě jejich nevyhovění návrh k Úřadu směřující proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky.
41. Úřad připomíná, že teprve ve chvíli, kdy navrhovatel objektivně není schopen stanovit celkovou nabídkovou cenu, tj. *„pouze v případě, že v situaci hodnocení jednotkových cen či modelového příkladu rozsahu plnění není v zadávací dokumentaci vyjádřen (předpokládaný) rozsah budoucího plnění, v důsledku čehož nelze celkovou nabídkovou cenu z ceny pro účely hodnocení stanovit ani matematickým výpočtem“* (jak je uvedeno ve Stanovisku Úřadu), nastupuje navrhovateli v souvislosti s podáním návrhu povinnost uhradit kauci v „paušální“ výši 100 000 Kč. Úhrada „paušální“ výše kauce je tudíž jakousi zbytkovou možností pro případ, že nelze postupovat jinak, což zcela koresponduje se smyslem a účelem institutu kauce, neboť v takovém případě není žádným způsobem reflektována hodnota samotné veřejné zakázky. Jakýkoliv jiný výklad by pak umožňoval obcházet samotný účel kauce.
42. S ohledem na výše uvedené proto nelze jakkoliv přisvědčit argumentaci navrhovatele poukazující na nemožnost stanovit v šetřeném případě nabídkovou cenu za celou dobu plnění veřejné zakázky, a s tím spojenou povinnost složit na účet Úřad kauci ve výši 100 000,- Kč.
43. Nad rámec výše uvedeného Úřad k vyjádření zadavatele, ve kterém zadavatel dovozuje vyšší nabídkové ceny pro výpočet kauce navrhovatele v hodnotě cca 178 000 000,- Kč a povinnost navrhovatele složit kauci ve výši odpovídající 1 % z takto vypočítané nabídkové ceny, s ohledem na vše výše uvedené opětovně uvádí, že pro účely výpočtu kauce se vychází z nabídkové ceny uvedené pro účely hodnocení v nabídce, nikoliv z nabídkové ceny jakkoliv zvlášť dopočtené pouze pro účely stanovení výše kauce.
44. Pro úplnost Úřad uvádí, že zákon rozlišuje náležitosti návrhu, jejichž absenci lze odstranit ve lhůtě stanovené Úřadem [srov. § 257 písm. a) zákona], a náležitosti, resp. podmínky řízení, jejichž absence je bez dalšího důvodem pro zastavení řízení, kam patří mj. i situace uvedená v § 257 písm. c) zákona, tedy že nedojde ke složení kauce v souladu s § 255 zákona (tj. v řádné výši a ve stanovené lhůtě). Pro ustanovení § 257 písm. c) zákona, kam spadá také šetřený případ, zákonodárce možnost zhojení absentující podmínky řízení v dodatečné lhůtě stanovené Úřadem nezakotvil. Úřad proto nemůže navrhovatele k odstranění takové vady řízení vyzvat či zkoumat důvody, pro které ke složení kauce v zákonem stanovené výši a lhůtě nedošlo.

45. Úřad proto uzavírá, že vzhledem k tomu, že navrhovatel nesložil na účet Úřadu ve lhůtě pro doručení návrhu kauci ve výši 4 807 240 Kč, Úřad podle § 257 písm. c) zákona zahájené řízení zastavil tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto usnesení.

POUČENÍ

Proti tomuto usnesení lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Rozklad nemá podle § 76 odst. 5 správního řádu odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

1. Liberecký kraj, U Jezu 642/2a, 460 01 Liberec
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