



UOHSX00BMWXS

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0157/2018/VZ-34497/2018/323/MBr

Brno 22. listopadu 2018

V řízení o rozkladu ze dne 13. 9. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal navrhovatel – společnosti:

- **AVERS, spol. s.r.o.**, IČO 41190840, se sídlem Michelská 240/49, 141 00 Praha 4,
- **AKANT ART, v.o.s.**, IČO 25686763, se sídlem Celníční 238, 198 00 Praha 9, ve správním řízení zastoupená společností AVERS, spol. s r.o., IČO 41190840 se sídlem Michelská 240/49, 141 00 Praha 4,

kteřé dne 20. 6. 2018 uzavřely podle § 2716 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů společenskou smlouvu o vzniku společnosti „KPS-FASÁDY“ za účelem společné účasti v zadávacím řízení,

proti usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0303/2018/VZ-24953/2018/511/THI ze dne 30. 8. 2018 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Česká republika – Kancelář Poslanecké sněmovny**, IČO 00006572, se sídlem Sněmovní 176/4, 118 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 31. 7. 2018 společností S – Invest CZ s.r.o., IČO 25526171, se sídlem Kaštanová 496/123a, 620 00 Brno,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Oprava fasád objektů zadavatele**“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 8. 6. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele <http://nen.nipez.cz/profil/KPS> pod systémovým číslem N006/18/V00009226,

jsem podle § 152 odst. 6 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-S0303/2018/VZ-24953/2018/511/THI ze dne 30. 8. 2018

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 26. 7. 2018 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ kvýkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, nedatovaný návrh navrhovatele – společnosti AVERS, spol. s.r.o., IČO 41190840, se sídlem Michelská 240/49, 141 00 Praha 4, a AKANT ART, v.o.s., IČO 25686763, se sídlem Celníční 238, 198 00 Praha 9, které dne 20. 6. 2018 uzavřely podle § 2716 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů společenskou smlouvu o vzniku společnosti „KPS-FASÁDY“ za účelem společné účasti v zadávacím řízení (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení (dále jen „**návrh**“) ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Česká republika – Kancelář Poslanecké sněmovny, IČO 00006572, se sídlem Sněmovní 176/4, 118 00 Praha 1, zastoupeného ve správním řízení společností S – Invest CZ s.r.o., IČO 25526171, se sídlem Kaštanová 496/123a, 620 00 Brno, na základě plné moci ze dne 31. 7. 2018 (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Oprava fasád objektů zadavatele“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 8. 6. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele pod systémovým číslem N006/18/V00009226 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Doručením návrhu navrhovatele bylo podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 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.

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení v daném případě ve smyslu ustanovení § 53 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

II. Napadené usnesení

3. Dne 30. 8. 2018 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S0303/2018/VZ-24953/2018/511/THI (dále jen „**napadené usnesení**“).
4. Výrokem napadeného usnesení Úřad rozhodl, že se správní řízení podle § 257 písm. c) zákona zastavuje, neboť v souvislosti s podáním návrhu navrhovatele nebyla složena kauce v souladu s § 255 zákona.
5. Výrok napadeného usnesení Úřad odůvodnil tím, že s ohledem na skutečnost, že navrhovatel nesložil kauci ve správné výši v souladu s § 255 zákona, nastala skutečnost předvídaná v § 257 písm. c) zákona a Úřad proto rozhodl o zastavení správního řízení. V další části odůvodnění napadeného usnesení Úřad uvedl, že součástí nedatovaného návrhu navrhovatele ze dne 26. 7. 2018 byl doklad o složení kauce, ze kterého vyplývá, že navrhovatel složil kauci ve výši 100 000 Kč, přičemž tato částka byla připsána na účet Úřadu dne 26. 7. 2018. Kauce měla být složena na účet Úřadu ve výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky, tj. 189 778,63 Kč, neboť navrhovatel nabídkovou cenu znal a nabídku do sféry zadavatele prokazatelně doručil. Z nabídky navrhovatele vyplynulo, že stanovil celkovou nabídkovou cenu na částku 18 977 863 Kč bez DPH. Podle § 255 odst. 1 zákona je navrhovatel povinen v souvislosti s podáním návrhu složit kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky, tuto povinnost uloženou zákonem navrhovatel nesplnil.

III. Námitky rozkladu

6. Napadené usnesení bylo navrhovateli doručeno dne 30. 8. 2018. Dne 13. 9. 2018 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
7. Navrhovatel spatřuje pochybení zejména v tom, že Úřad dovodil, že nedošlo ke složení kauce ve správné výši ve smyslu § 255 zákona. Navrhovatel nesouhlasí se závěry Úřadu, že mohl stanovit celkovou nabídkovou cenu, jen na základě toho, že nabídku do zadávacího řízení zpracoval a prokazatelně zadavateli doručil.
8. Dle tvrzení navrhovatele byla jeho nabídka doručena zadavateli, ale byla označená jako „nepodaná“, což de facto znamenalo vyřazení navrhovatele z účasti na předmětné veřejné zakázce.
9. S takovým přístupem navrhovatel rozhodně nesouhlasí a má za to, že tak dochází k porušení zásad při zadávání veřejných zakázek, zejména týkající se rovného zacházení či diskriminace.
10. Navrhovatel poukazuje dále na to, že napadené usnesení nezohledňuje závěry vyplývající z rozhodnutí Krajského soudu v Brně, ze dne 12. 1. 2012, pod č.j. 62 Af 42/2010, kde je mimo jiné uvedeno: „*Nelze-li takto výši kauce vypočítat, tj. nelze-li vycházet z nabídkové ceny, a sice z toho důvodu, že návrh na přezkum úkonů zadavatele je podáván před podáním samotné nabídky, resp. v situaci, kdy nabídka nebyla navrhovatelem vůbec podána, pak činí její výše 100.000,- Kč*“. Navrhovatel uvádí, že by si Úřad měl udělat jasno v tom, zdali v posuzované věci došlo k doručení jeho nabídky či nedošlo.
11. Navrhovatel na základě uvedeného rozhodnutí krajského soudu konstatuje, že v posuzované věci měl za to, že pro potřeby tohoto řízení má před Úřadem vystupovat, s ohledem na tvrzení zadavatele, jako navrhovatel, jehož nabídka nebyla podána.

12. Závěrem rozkladu navrhovatel uvádí, že pokud k podání předmětné nabídky navrhovatele nedošlo, tak dle uvedené judikatury by měla být uhrazená kauce ve výši 100 000 Kč shledána jako dostatečná a Úřad tedy zastavil předmětné správní řízení v rozporu s platnými právními předpisy. Pokud k podání předmětné nabídky došlo, tak zjevně byl navrhovatel zkrácen zadavatelem na svých právech a vyřazen z účasti na veřejné zakázce protiprávně. Čitelnost, resp. nečitelnost nabídky je pouze technický problém, zřejmě na straně zadavatele.
13. Navrhovatel je tak přesvědčen o tom, že nesrovnalost ve výši uhrazené kauce mu nemůže být dána k tíži s ohledem na výše uvedené.
14. S ohledem na shora uvedené skutečnosti, tak navrhovatel považuje dané protichůdné závěry (stanoviska) za neudržitelné a již z tohoto důvodu má za to, že Úřad neměl v dané věci rozhodnout zastavením řízení.

Závěr rozkladu

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

Vyjádření zadavatele k rozkladu

16. Dne 21. 9. 2018 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele k předmětnému rozkladu. Zadavatel ve svém vyjádření uvedl, že nabídka navrhovatele nebyla pro zadavatele čitelná, a tedy zadavatel nemohl přesně zjistit, kdo tuto nabídku podává, resp. že je podána společnostmi dodavatelů. O těchto skutečnostech se zadavatel dozvěděl až z podaných námitek a návrhu, přičemž k návrhu navrhovatel přiložil i společenskou smlouvu, která zřejmě byla součástí pro zadavatele nečitelné nabídky.
17. Zadavatel netvrdí, že nabídka navrhovatele nebyla podána, pouze byla označena v prostředí nástroje NEN jako „nepodaná“, protože nebylo možné elektronicky podanou nabídku „otevřít“, „odšifrovat“, „zpřístupnit“. Protože nástroj NEN neumí označit nabídku jako „nerozšifrovatelnou“, ani zákon tento termín nijak neupravuje, zadavatel se obrátil na operátora podpory NEN, který v odpovědi uvedl následující: *„Pokud opravdu bude nabídka zašifrována chybným šifrovacím klíčem, nebudete ji vylučovat, ale označíte ji jako nepodanou“.*
18. Závěrem zadavatel konstatuje, že nabídka sice byla navrhovatelem podána, ale protože nebylo možné zpřístupnit její obsah, byl zadavatel nucen označit ji jako „nepodanou“. Zadavatel tak odmítá tvrzení navrhovatele, že čitelnost, resp. nečitelnost této nabídky je pouze technický problém, zřejmě na straně zadavatele, a dodává následující: *„Rozšifrování nabídek je jistě technická záležitost, ale pokud účastník zadávacího řízení použije jiný než zadavatelem poskytnutý certifikát, není technický problém na straně zadavatele, nýbrž na straně účastníka zadávacího řízení“.*
19. Na základě výše uvedeného se zadavatel domnívá, že dodržel zákonem uložené povinnosti a při postupu vůči účastníkům zadávacího řízení (dodavatelům) dodržel zásadu transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení i zákazu diskriminace.

IV. Řízení o rozkladu

20. 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

21. 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.
22. Úřad tím, že napadeným usnesením rozhodl tak, že zastavil správní řízení o návrhu podle § 257 písm. c) zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil k potvrzení napadeného usnesení a k zamítnutí rozkladu.

V. K námitkám rozkladu

Obecně k institutu kauce a k účelu kauce

23. Právní úprava zastavení správního řízení ve vztahu k veřejným zakázkám je zakotvena v § 257 zákona. Jednotlivá písmena tohoto ustanovení představují taxativní výčet okolností, které podmiňují zastavení správního řízení ze strany Úřadu, pokud tyto okolnosti nastanou.
24. Podle § 257 písm. c) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže nedošlo ke složení kauce v souladu s § 255 zákona.
25. Podle § 255 odst. 1 zákona je navrhovatel ve lhůtě pro doručení návrhu 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 100 000 Kč. V případě návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy je navrhovatel povinen složit kauci ve výši 200 000 Kč.
26. Pro přehlednost opakuji, že Úřad usnesením rozhodl, že se správní řízení podle § 257 písm. c) zákona zastavuje, neboť v souvislosti podáním nedatovaného návrhu navrhovatele nedošlo ke složení kauce v souladu s § 255 zákona.
27. V obecné rovině uvádím, že účelem institutu kauce je zabránit či minimalizovat podávání účelových a šikanózních návrhů na přezkoumání úkonů zadavatele, jejichž cílem je pouhé blokování dalšího průběhu či dokončení zadávacího řízení. Kauce tak významnou měrou přispívá k právní jistotě účastníků řízení. To je podpořeno i ustálenou judikaturou správních soudů, viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29. 8. 2017, sp. zn. 29 Af 17/2016 kde soud uvedl, že „[s]myslem kauce je zamezit nedůvodným či šikanózním návrhům na přezkoumání úkonů zadavatele a omezit množství nápadů žalovaného na významné případy. Kauce přitom představuje platební povinnost vytvářející přiměřené procesní riziko úspěšnosti návrhu.“, nebo rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 12. 1. 2012, sp. zn. 62 Af 42/2010, kde se soud vyjádřil k účelu kauce takto: „Účelem kauce je zabránit

neodůvodněným návrhům na přezkoumání úkonů zadavatele a omezit tak zatížení žalovaného pouze na závažné případy. Jedná se o jakýsi pojistný mechanismus proti podávání účelových a šikanózních návrhů.“

28. Je tedy možné konstatovat, že kauce je primárně skládána ve výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky, jak stanovuje § 255 odst. 1 zákona. Dané ustanovení rovněž obsahuje řešení situace, která by nastala v případě nemožnosti stanovení celkové nabídkové ceny – za takových okolností by navrhovatel skládal kauci v paušální výši 100 000 Kč. Nabídkovou cenu nelze určit např. v situaci, kdy navrhovatel zatím nepodal nabídku v zadávacím řízení, popř. navrhovatel není schopen stanovit celkovou nabídkovou cenu (typicky u návrhu proti zadávacím podmínkám). V posuzované věci nenastal žádný z uvedených důvodů, který by navrhovatele měl vést k závěru, že kauce složená ve výši 100 000 Kč je dostačující.
29. Pro podrobnější výklad dané problematiky lze odkázat na Stanovisko Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k výpočtu výše kauce dle ust. § 255 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**stanovisko Úřadu**“), které je veřejně dostupné a podrobněji přibližuje problematiku kauce a její výše.

K námitkám navrhovatele

30. Dříve než přejdu k samotnému posouzení námitek navrhovatele, považuji za nutné, se zabývat pojmy podaná nabídka, nepodaná nabídka a doručená nabídka.
31. Ze správního spisu je nájisto postaveno, že navrhovatel nabídku **odeslal** a doručil ji do sféry zadavatele (došlo k nahrání dokumentu nabídky navrhovatele do prostředí nástroje NEN). V dokumentu označeném jako „Údaje o předložených nabídkách“ ze dne 29. 6. 2018, který je součástí dokumentace o zadávacím řízení, je uvedeno, že zadavatel provedl otevírání nabídek a nabídka navrhovatele byla označena jako nabídka č. 1. U nabídky č. 1 je dále uvedeno, že **nabídka byla doručena** ve stanovené lhůtě, ale **byla označena jako „nepodaná“**, neboť byla zašifrována chybným šifrovacím klíčem. Takto podaná nabídka je nečitelná a je označena jako nepodaná. O nečitelnosti nabídky byl navrhovatel informován dne 2. 7. 2018 ve „Vyrozumění zadavatele o nepodání nabídky“. V uvedeném vyrozumění zadavatel upozornil navrhovatele, že opožděně podané nabídky nebo nabídky doručené jiným než zadavatelem určeným způsobem se v souladu s § 28 odst. 2 zákona nepovažují za podané a v průběhu zadávacího řízení se k nim nepřihlíží.
32. Zadavatel v zadávacích podmínkách všechny potenciální uchazeče o veřejnou zakázku upozornil na to, že podané nabídky musí být zašifrovány speciálním šifrovacím klíčem. Zadavatel též sdělil, jak bude postupovat v případě, kdy nabídka nebude doručena ve lhůtě nebo způsobem stanoveným v zadávací dokumentaci. Zadavatel odkázal na § 28 odst. 2 zákona, kde zákon jasně stanoví, že pokud nedojde k podání nabídky požadovaným způsobem, v souladu se zadávací dokumentací, pak tato nabídka **se považuje za nepodanou a v průběhu zadávacího řízení se k ní nepřihlíží** (zadavatel k takové nabídce ani nesmí přihlížet).
33. Z dikce citovaného ustanovení vyplývá, že zákonodárce zde konstruuje právní fikci. K právní fikci se vyjádřil i Ústavní soud ve svém Nálezu ze dne 1. 10. 2002, sp. zn. II. ÚS 92/01, kde uvedl: „*Právní fikce je právně technický postup, pomocí něhož se považuje za existující*

situace, jež je zjevně v rozporu s realitou a která dovoluje, aby z ní byly vyvozeny odlišné právní důsledky, než ty, které by plynuly z pouhého konstatování faktu (srov. Jean-Louis Bergel: Théorie générale du droit, 2e édition, Paris, Dalloz, 1989, s. 300).“ Jedná se o právní fikci, která spojuje právní následky s uměle vytvořenou skutečností, která reálně neexistuje. Právním následkem je v posuzovaném případě skutečnost, že zadavatel k nabídce, která byla podána v rozporu se zadávací dokumentací, nepřihlédne (k nabídce, se zadavatel chová, jako by právně neexistovala). Ale tato neexistence je pouze právní nikoli faktická. Fakticky totiž došlo k podání nabídky i k jejímu doručení do sféry zadavatele.

34. Z logiky věci vyplývá, že pokud byla nabídka doručena, tak v první řadě musela být nabídka **podána**, neboť nelze doručit něco, co nebylo podáno. I přesto, že nabídka navrhovatele byla označena zadavatelem jako nepodaná dle § 28 odst. 2 zákona (nepodaná v právním smyslu), fakticky byla podána a doručena. Zdůrazňuji, že je potřeba rozlišovat mezi nepodáním nabídky a mezi označením nabídky za nepodanou.
35. V rámci dílčího závěru tak musím konstatovat, že o **faktickém podání** a doručení nabídky navrhovatele nemůže být žádných pochyb.

K námitce navrhovatele, že Úřad provedl nesprávný výklad ustanovení § 255 zákona

36. Úřad se výkladem a aplikováním ustanovení § 255 zákona na posuzovaný případ zabýval v bodech 27 a násl. napadeného usnesení a vycházel z těchto skutečností:
- a. Nejprve se Úřad zabýval lhůtou pro složení kauce. Úřad obdržel dne 26. 7. 2018 návrh navrhovatele, Z doručky rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele bylo Úřadem zjištěno, že předmětné rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 16. 7. 2018. Jak vyplývá z ustanovení § 255 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 251 odst. 2 zákona, kauce musí být na účet Úřadu připsána nejpozději poslední den lhůty pro doručení návrhu Úřadu, tj. do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl.
 - b. Úřad spočítal, že posledním dnem pro doručení návrhu Úřadu, a tedy i posledním dnem lhůty pro připsání kauce na účet Úřadu, byl v šetřeném případě čtvrtek 26. 7. 2018.
 - c. Úřad v dalším postupu přihlédl k tomu, že ze zadávací dokumentace je zřejmé, že účastníci zadávacího řízení měli svou nabídkovou cenu uvést v dokumentu označeném „Krycí list číselně vyjádřitelných kritérií hodnocení“, přičemž nabídkovou cenu tvoří cena za celý předmět plnění veřejné zakázky podle soupisů prací a výkazu výměr v Kč bez DPH.
 - d. Na základě dokumentu označeného jako „Údaje o předložených nabídkách“ Úřad zjistil, že navrhovatel doručil svoji nabídku zadavateli prostřednictvím elektronického nástroje <http://nen.nipez.cz>, což mj. vyplývá i z tvrzení navrhovatele obsaženém v návrhu, a také z závěru, že zadavatel nemohl doručitou nabídku rozšifrovat a přečíst.
 - e. Úřad ve svém usnesení ze dne 7. 8. 2018 vyzval navrhovatele k předložení kompletní elektronické verze dokumentu, který nahrál do elektronického nástroje NEN jako nabídku na veřejnou zakázku. Navrhovatel doručil Úřadu požadovaný

dokument na datovém nosiči (CD) dne 10. 8. 2018. Úřad se seznámil s obsahem nabídky navrhovatele zaslané na datovém nosiči a zjistil, že v dokumentu označeném jako „Krycí list číselně vyjádřitelných kritérií hodnocení“, který je součástí nabídky navrhovatele, je uvedena celková výše nabídkové ceny za celou dobu plnění veřejné zakázky viz bod 24 napadeného usnesení.

37. Úřad provedl výklad ustanovení § 255 odst. 1 zákona a dospěl k závěru, že celková výše nabídkové ceny byla stanovena na 18 977 863 Kč. Na základě tohoto zjištění Úřad uvedl, že navrhovatel nabídkovou cenu stanovil a měl tak povinnost složit kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny za celou dobu plnění veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 255 odst. 1 věta první zákona. Tuto povinnost však navrhovatel nedodržel, a proto Úřad napadeným usnesením rozhodl o zastavení správního řízení ve smyslu ustanovení § 257 písm. c) zákona.
38. K uvedenému výkladu ustanovení § 255 odst. 1 zákona provedeného Úřadem uvádím, že navrhovatel prokazatelně složil kauci ve výši 100 000 Kč (což ani sám nerozporuje), ačkoli měl na základě výše uvedeného složit kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny, tj. 189 778,63 Kč.
39. Výše kauce se odvíjí od nabídkové ceny navrhovatele, přičemž pouze v případě, že nelze celkovou nabídkovou cenu stanovit, je navrhovatel povinen složit kauci v paušální výši 100 000 Kč. To je podpořeno i rozsáhlou judikaturou správních soudů (kromě již zmíněného rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 12. 1. 2012, sp. zn. 62 Af 42/2010) viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29. 8. 2018, sp. zn. 29 Af 17/2016 kde soud uvedl: *„Není-li možné stanovit nabídkovou cenu (např. navrhovatel dosud nepodal nabídku), nebo je nabídková cena stanovena při zadávání rámcové smlouvy jako cena za jednotku plnění, činí kauce 100 000 Kč.“*
40. Na tomto místě odkazuji na rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 4. 10. 2018, č. j.: ÚOHS-R0133/2018/VZ-28593/2018/322/HSc, kde jsem dospěl k závěru, že rozhodnou skutečností pro výpočet kauce je skutečnost, zda došlo k podání návrhu před nebo po podání nabídky, neboť pro výši kauce je rozhodující okamžik podání návrhu. V posuzované věci je přitom nesporné, že v okamžiku podání návrhu nabídka ze strany navrhovatele byla již podána. V citovaném rozhodnutí předsedy došlo naopak k situaci, kdy navrhovatel **podal nabídku až po podání návrhu** a složil kauci **správně** ve výši 100 000 Kč.
41. V posuzované věci však navrhovatel nabídku bezpochyby podal (viz výklad výše), a to před podáním návrhu. Cena, kterou navrhovatel nabídl, mu byla v době podání návrhu známa a s touto nabídkovou cenou chtěl navrhovatel o veřejnou zakázku soutěžit. Navrhovatel tak nemůže úspěšně tvrdit, že kauce složená ve výši 100 000 Kč je dostačující, a že měl za to, že má vystupovat v řízení před Úřadem jako navrhovatel, který nabídkovou cenu nezná a nabídku nepodal.
42. Navrhovatel tak měl postupovat podle § 255 odst. 1 věty první zákona, která stanoví, že se kauce vypočítá jako 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky, tento právní názor je podpořen i v již zmíněném rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 29. 8. 2017, sp. zn. 29 Af 17/2016, kde je uvedeno že *„[p]odmínkou pro uplatnění této metody výpočtu kauce je existence nabídkové ceny navrhovatele (tj. to, že nabídková cena je známa) a časově ohraničený rámec plnění veřejné zakázky“*.

43. Musím na tomto místě zdůraznit, že nabídková cena je známa a časově ohraničený rámec plnění zakázky je též znám. S ohledem na vše shora uvedené jsem dospěl k závěru, že výklad Úřadu je správný.
44. Na základě uvedených zjištění lze konstatovat, že v posuzovaném případě navrhovatel stanovil výši nabídkové ceny za celou dobu plnění veřejné zakázky. Z výše uvedeného vyplývá, že navrhovatel podal do zadávacího řízení přezkoumávané zakázky nabídku, ve které stanovil svoji nabídkovou cenu, což znamená, že měl v případě kauce postupovat podle § 255 odst. 1 věty první a složit na účet Úřadu kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny, tj. 189 778,63 Kč. Navrhovatel v posuzovaném případě tak nedostal povinnosti uložené mu zákonem, když složil kauci ve výši 100 000 Kč.
45. Úřad tedy postupoval správně, když správní řízení podle § 257 písm. c) zákona zastavil, jelikož nedošlo ke složení kauce v souladu s § 255 zákona, když navrhovatel složil kauci pouze ve výši 100 000 Kč, zatímco měl povinnost složit kauci ve výši 189 778,63 Kč.
46. Závěrem musím konstatovat, že Úřad provedl výklad i aplikaci ustanovení § 255 zákona správně. Úřad se vyčerpávajícím způsobem vypořádal s výší kauce i řádně odůvodnil veškeré úvahy, které jej vedly k závěru, že navrhovatel nesložil kauci ve správné výši. Úřad též vycházel ze všech relevantních dokumentů, které jsou součástí správního spisu a k závěrům, kterým došel, jsou zcela správné.

K námitce navrhovatele, že se jedná o pouhou nesrovnalost ve výši složené kauce

47. Navrhovatel ve svém rozkladu uvedl, že mu výše uvedená nesrovnalost ve výši složené kauce nemůže být kladena k tíži.
48. Zákon jasně stanoví pravidla pro správný výpočet výše kauce. Pokud tedy má navrhovatel povinnost složit kauci v určité výši a tuto povinnost nesplní, nelze toto jednání v rozporu se zákonem brát pouze jako „nesrovnalost“. V situaci, kdy navrhovatel složí kauci ve výši nižší než v souladu se zákonem stanovenou výší, musí Úřad správní řízení zastavit, aniž by se návrhem navrhovatele meritorně zabýval.
49. V rámci závěru k této námitce se odkazuji na body 37 – 47 odůvodnění tohoto rozhodnutí, kde je uvedeno, proč měl navrhovatel složit kauci ve výši 189 778, 63 Kč a ne ve výši 100 000 Kč. Rozdíl 89 778,63 Kč není pouze „nesrovnalost“, jak tvrdí navrhovatel, neboť se jedná o nedodržení povinnosti stanovené zákonem, jejímž následkem je zastavení správního řízení. Námitka je tedy nedůvodná.

K námitce navrhovatele, že Úřad se dopustil protichůdných závěrů a došlo k porušení jeho zásad při zadávání veřejných zakázek

50. Navrhovatel v rozkladu dále namítá, že mu je na jedné straně kladeno k tíži, že svoji nabídku nepodal, resp. že jeho nabídka je pro zadavatele nečitelná a je označena jako nepodaná, což v důsledku vedlo k vyřazení navrhovatele z účasti na předmětné veřejné zakázce. Na druhou stranu však Úřad v rámci napadeného usnesení vychází ze závěrů, že zadavatel tuto nabídku doručil.
51. S ohledem na výše uvedené v bodech 31 – 35 odůvodnění tohoto rozhodnutí a s ohledem na znění ustanovení § 28 odst. 2 zákona lze dospět k závěru, že může nastat situace, kdy může být podaná nabídka označena jako nepodaná a současně tato stejná nabídka může

být doručena. K uvedené situaci došlo právě v posuzované věci, když na jedné straně byla v elektronickém nástroji zadavatelem označena za nepodanou a na druhé straně k ní Úřad ve správním řízení přistoupil jako k podané. Považuji za vhodné na tomto místě doplnit, že právní fikce uvedená v citovaném ustanovení není rozhodná pro účely výpočtu výše kauce. Uvedená právní fikce se uplatňuje v průběhu zadávacího řízení nikoli v řízení správním ve fázi, kdy je posuzováno splnění podmínek pro vedení řízení.

52. Otázka, zda nabídka skutečně byla oprávněně označena jako „nepodaná“ ve smyslu ustanovení § 28 odst. 2 zákona by mohla být předmětem přezkumu Úřadu při meritorním posouzení věci. Navrhovatel by meritorního přezkumu návrhu Úřadem dosáhl, pokud by složil kauci ve správné výši, což se nestalo. Správní řízení tak bylo zastaveno v důsledku kauce složené v nedostatečné výši, ne z důvodu, že nabídka navrhovatele byla označena jako „nepodaná“.

53. Závěrem k této námitce konstatuji, že Úřad nedospěl k protichůdným závěrům a ani nedošlo k porušení zásad při zadávání veřejných zakázek, jak se mylně domnívá navrhovatel.

Rozpor s rozsudkem krajského soudu v Brně ze dne 12. 1. 2012, sp. zn. 62 Af 42/2010

54. Navrhovatel poukazuje dále na to, že napadené usnesení nezohledňuje závěry vyplývající z rozhodnutí Krajského soudu v Brně, ze dne 12. 1. 2012, sp. zn. 62 Af 42/2010, ze kterého cituje následující pasáž: „*Nelze-li takto výši kauce vypočítat, tj. nelze-li vycházet z nabídkové ceny, a sice z toho důvodu, že návrh na přezkum úkonů zadavatele je podáván před podáním samotné nabídky, resp. v situaci, kdy nabídka nebyla navrhovatelem vůbec podána, pak činí její výše 100.000,- Kč*“.

55. Na základě citovaného rozhodnutí Krajského soudu v Brně navrhovatel konstatuje, že v posuzované věci měl za to, že pro potřeby tohoto řízení má před Úřadem vystupovat, s ohledem na tvrzení zadavatele, jako navrhovatel, jehož nabídka nebyla podána. Navrhovatel tak dospěl k závěru, že pokud k podání předmětné nabídky nedošlo, tak dle uvedené judikatury by měla být uhrazená kauce ve výši 100 000 Kč shledána jako dostatečná a Úřad tedy zastavil správné řízení v rozporu s právními předpisy.

56. Navrhovatelem zmíněný rozpor o výši kauce a jejího možného zjištění z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 12. 1. 2012, sp. zn. 62 Af 42/2010 není přílehlavý na přezkoumávaný případ. Z citované části rozsudku vyplývá, že kauce v paušální výši 100 000 Kč se skládá pouze za situace, kdy nelze vycházet z nabídkové ceny, a sice z toho důvodu, že návrh na přezkum úkonů zadavatele je podáván **před** podáním samotné nabídky, resp. v situaci, kdy **nabídka** navrhovatele **nebyla** vůbec podána.

57. Nabídka byla podána a doručena zadavateli prostřednictvím elektronického nástroje <http://nen.nipez.cz>, což vyplývá nejen z tvrzení navrhovatele, ale i z dokumentu „Údaje o předložených nabídkách“ ze dne. 29. 6. 2018, jak jsem již uvedl v bodě 31 odůvodnění tohoto rozhodnutí.

58. Nedatovaný návrh navrhovatele byl Úřadu doručen dne 26. 7. 2018. Z uvedeného vyplývá, že návrh nebyl podán před podáním samotné nabídky a že nabídka navrhovatele byla podána. Je tedy chybné se domnívat, že kauce 100 000 Kč je v posuzovaném případě složena ve správné výši. Skutečnost, že se s obsahem navrhovatelovy nabídky zadavatel nemohl seznámit (bez ohledu na důvod nemožnosti se seznámit s obsahem) není v této věci

relevantní, neboť navrhovatel musel znát výši celkové nabídkové ceny, když ji uvedl v samotné nabídce, kterou prokazatelně doručil do sféry zadavatele.

59. Námitka navrhovatele, že Úřad nezohlednil závěry vyplývající z citovaného rozsudku a že Úřad nesprávně vyložil ustanovení § 255 zákona, je s ohledem na shora uvedené nedůvodná.

Námitka navrhovatele, že byl zkrácen na svých právech v důsledku vyřazení jeho nabídky

60. Navrhovatel v rozkladu namítá, že pokud došlo k podání nabídky, tak byl zkrácen na svých právech, a že Úřad měl na základě vyšetřovacího principu přezkoumat zadávací řízení, jako celek.
61. V první řadě Úřad v řízení o návrhu zkoumá, zda jsou naplněny podmínky pro vedení řízení. V posuzované věci Úřad dospěl k závěru, že podmínky pro vedení řízení splněny nebyly, neboť navrhovatel nesložil kauci ve správné výši a nedodržel tak povinnost, kterou mu ukládá zákon a se kterou zákon spojuje povinnost Úřadu zastavit správní řízení.
62. Na základě výše uvedeného konstatuji, že námitka směřující proti vyřazení nabídky, resp. nemožnosti se účastnit dále zadávacího řízení v důsledku označení nabídky navrhovatele jako „nepodané“ není důvodná, neboť na řízení z moci úřední není právní nárok. Úřad zastavil předmětné správní řízení, aniž by se zabýval meritem návrhu, v souladu se zákonem. Posouzením správnosti postupu zadavatele by se Úřad mohl zabývat až v okamžiku splnění procesních podmínek pro vedení řízení.

Shrnutí

63. Na základě výše uvedeného konstatuji, že Úřad postupoval správně, když správní řízení podle § 257 písm. c) zákona zastavil, neboť navrhovatel nesložil kauci v souladu s § 255 zákona. Úřad tak neměl jinou možnost, než správní řízení zastavit. Lze tedy uzavřít, že Úřad postupoval v souladu se zákonem, rozhodovací praxí i judikaturou správních soudů, když správní řízení podle § 257 písm. c) zákona zastavil.
64. V posuzovaném případě jsem z hlediska námitek obsažených v rozkladu přezkoumal věcnou správnost napadeného usnesení i jeho zákonnost ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když napadené usnesení jsem shledal rovněž zákonným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda v daném případě nastaly podmínky pro zastavení správního řízení ve smyslu § 257 písm. c) zákona. Současně Úřad řádně označil všechny podklady pro vydání usnesení a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly splněny podmínky pro zastavení správního řízení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.

VI. Závěr

65. 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.
66. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného usnesení, jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

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. 5 téhož zákona nelze dále odvolat.

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. S – Invest CZ s.r.o., Kaštanová 496/123a, 620 00 Brno
2. AVERS, spol. s r. o., Michelská 240/49, 141 00 Praha 4

Vypraveno dne:

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