

## **STANOVISKO ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE K VÝPOČTU VÝŠE KAUCE DLE UST. § 115 ODS. 1 ZÁK. 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**

Dnem 6.3.2015 nabyl účinnosti zák. č. 40/2015 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. Tato novela mimo jiné přinesla zásadní změnu úpravy důvodů pro zastavení správního řízení vedeného ve věci přezkoumání úkonů zadavatele v souvislosti s nesložením kauce.

Zatímco podle § 117a písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále též jen „zákon“) ve znění účinném do 5.3.2015 platilo, že *Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže ... nebyla s podáním návrhu složena kauce ve výši podle § 115 odst. 1 a navrhovatel kauci nesložil ani v dodatečně lhůtě stanovené Úřadem*, podle § 117a písm. c) zákona účinného od 6.3.2015 *Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže ... nedošlo k připsání kauce ve výši podle § 115 odst. 1 na účet Úřadu ve lhůtě podle § 115 odst. 5.*

Je tedy zřejmé, že ona výše uvedená zásadní změna spočívá v tom, že nesložil-li navrhovatel kauci v celé výši v zákonem stanovené lhůtě, tzn. nejpozději poslední den lhůty stanovené podle § 114 odst. 4 nebo 5 pro doručení návrhu Úřadu, má to za následek zastavení správního řízení bez dalšího, tj. navrhovatel nebude (a ani nemůže být) v takovém případě před zastavením správního řízení ze strany Úřadu vyzýván k zaplacení kauce (či jejímu doplacení v případě, že ji složil v nesprávné výši).

S ohledem na skutečnost, že zároveň se změnou ust. § 117a zákona došlo i ke změně ust. § 115 odst. 1 zákona, který upravuje výši kauce, kterou je navrhovatel povinen spolu s návrhem na zahájení správního řízení složit na účet Úřadu, pokládá Úřad v souladu s principy dobré správy vzhledem k zásadním procesním důsledkům, které jsou s nesložením kauce, resp. s jejím složením v nesprávné výši spojeny, za účelné touto formou vyjasnit některé případné nejasnosti, které by mohly ve vztahu ke správnému výpočtu výše kauce v případě zadávacích řízení, pro jejichž přezkoumání je rozhodné znění zákona po novele č. 40/2015 Sb., případně vznikát.

Úvodem Úřad upozorňuje na několik základních skutečností souvisejících s institutem kauce, jak je upraven v zákoně, byť ne přímo se správným stanovením její výše.

Pokud je navrhovatel povinen složit kauci spolu s podáním návrhu, rozumí se tím s podáním **každého** návrhu. Pokud tedy navrhovatel, byť v souvislosti s jedním zadávacím řízením, nejprve

podá návrh směřující proti zadávacím podmínkám, a následně pak další návrh např. proti svému vyloučení z účasti v zadávacím řízení z důvodu údajného nesplnění kvalifikace, je povinen složit s každým takovým návrhem kauci v zákonem stanovené výši. (Naproti tomu v situaci, kdy navrhovatel jedním návrhem brojí proti několika úkonům v jednom zadávacím řízení, skládá kauci jenom jednou.)

Situací, kdy je **veřejná zakázka rozdělena na části**, se ve vztahu k povinnosti složit kauci již zabýval Krajský soud v Brně v rozsudku z 9. prosince 2010 sp.zn. 62 Af 57/2010. Krajský soud zde dospěl k závěru, že byla-li nabídka navrhovatele podána ve vztahu k některé části veřejné zakázky, pak navrhovatel vychází pro účely výpočtu kauce z nabídkové ceny, která se vztahuje k příslušné části veřejné zakázky. Podal-li navrhovatel nabídku ve vztahu k více částem veřejné zakázky, pak sečte jednotlivé nabídkové ceny týkající se jednotlivých částí veřejné zakázky, ve vztahu k nimž podal nabídku, a při výpočtu kauce vychází ze součtu takových nabídkových cen. (Logicky vždy samozřejmě vychází jen z nabídkových cen v těch částech, ohledně kterých podává návrh.) Pokud by však z tohoto součtu stanovená kauce přesáhla 10 000 000 Kč, byl by navrhovatel povinen složit tuto částku (stále se jedná o jednu veřejnou zakázku, a tak se uplatní omezení maximální výše kauce podle § 115 odst. 1 zákona). V případě, že celkovou nabídkovou cenu nelze stanovit (viz dále), je navrhovatel povinen složit kauci ve výši 100 000 Kč, a to bez ohledu na to, na kolik částí byla veřejná zakázka rozdělena.

Konečně je třeba si uvědomit, že podle § 115 odst. 5 zákona musí být kauce **připsána na účet Úřadu** nejpozději poslední den lhůty stanovené podle § 114 odst. 4 nebo 5 zákona pro doručení návrhu Úřadu. Jinými slovy řečeno kauce je řádně a včas složena až ve chvíli, kdy je v celé zákonem stanovené výši připsána na účet Úřadu (nestačí tedy, byl-li poslední den lhůty pro složení kauce podán např. příkaz k její úhradě).

Pokud jde o samotnou výši kauce, je především třeba vyjít ze zákonného textu ust. § 115 odst. 1 zákona, které stanoví, že *s podáním návrhu je navrhovatel 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. ...*

Dle názoru Úřadu nemohou jakékoli nejasnosti vznikat v dílčích otázkách, jaká výše kauce je spojena

- s podáním **návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy** (jednoznačně stanovena pevná částka)
- s podáním návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v zadávacím řízení, ve kterém má být uzavřena **smlouva na dobu neurčitou** (v zákoně je nyní výslovně stanoveno, že v takovém případě je rozhodná nabídková cena navrhovatele za dobu prvních čtyř let plnění)

Pokud jde o otázku, **zda je pro výpočet výše kauce rozhodná nabídková cena bez daně z přidané hodnoty či cena s touto daní**, zastává Úřad názor, že pokud zákon v předmětném ustanovení § 115 odst. 1 neobsahuje (na rozdíl například od předpokládané hodnoty veřejné zakázky) výslovné řešení, je třeba vycházet z ust. § 79 odst. 2, tedy z toho, která z nabízených

variant (nabídková cena bez DPH, nebo s DPH) je rozhodná při hodnocení nabídek. Pokud tedy při hodnocení nabídek rozhoduje nabídková cena s DPH, je základem pro výpočet kauce tato cena, a naopak. Tento názor je ostatně v souladu se závěry právní doktríny (Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 3. vydání. Praha : C. H. Beck, 2012, s. 517) a soudní praxe [rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 2. 9. 2010 sp. zn. 62 Ca 11/2009, který nastolil princip, 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“]

Zcela zásadní je pochopitelně otázka, **ve kterých situacích je navrhovatel povinen složit kauci nikoli ve výši počítané z nabídkové ceny, ale v „paušální“ výši 100 000 Kč.** Podle ust. § 115 odst. 1 věty druhé je to v situaci, kdy navrhovatel nemůže stanovit celkovou nabídkovou cenu (za celou dobu plnění veřejné zakázky, resp. za první čtyři roky plnění v případě smluv na dobu neurčitou). Ze smyslu a účelu daného ustanovení (a celé úpravy kauce obecně, která spočívá na zásadě, že výše kauce by měla být především v určitém poměru k hodnotě přezkoumávané veřejné zakázky) se podává, že **povinnost uhradit „paušální“ výši kauce nastupuje skutečně až ve chvíli, kdy navrhovatel není objektivně schopen (a to ani výpočtem – viz dále) celkovou nabídkovou cenu stanovit.** Dále budou rozvedeny některé případy, na které právě v tomto smyslu ust. § 115 odst. 1 věty druhé **nedopadá.**

**Především nelze ztotožňovat 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 (je-li např. předmětem veřejné zakázky dodání jednoho konkrétního výrobku), v jiných nikoli (jsou-li předmětem veřejné zakázky služby či dodávky, které budou realizovány podle skutečných potřeb zadavatele na základě garantovaných jednotkových cen, nebo stavební práce v případě tzv. měřených kontraktů, také ovšem v situaci, kdy bude smlouva na veřejnou zakázku obsahovat např. tzv. inflační doložku).

Ani v naposled zmiňovaném 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.

Nelze souhlasit s názorem, že modelový příklad představuje „odhad nabídkové ceny“. 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), ale též v situaci, kdy zadavatel modelový příklad rozsahu plnění stanovil např. na jeden měsíc (kauce se pak vypočítá jako 1 % z násobku nabídkové ceny uvedené pro účely hodnocení v nabídce a**

**počtu měsíců, na které je smlouva uzavírána, resp. z násobku nabídkové ceny uvedené pro účely hodnocení v nabídce a čísla 48, jedná-li se o smlouvu na dobu neurčitou).**

K právě uvedenému lze ostatně dospět i jazykovým výkladem § 115 odst. 1. 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 uvedená v § 115 odst. 1 větě druhé, tedy že navrhovatel nemůže stanovit celkovou nabídkovou cenu, je tak naplněna 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. V takovém případě je pak navrhovatel povinen složit kauci ve výši 100 000,- Kč.** V tomto smyslu je třeba též chápat výklad předmětného ustanovení podaný v důvodové zprávě k zák. č. 40/2015 Sb., u kterého je zřejmé, že pro svoji strohost a jistou míru zjednodušení nepostihl (a ani postihnout nemohl) všechny nuance, které mohou při zadávání veřejných zakázek nastat.

Ani možnost, že skutečně uhrazená cena se nakonec může od nabídkové ceny lišit (právě proto, že plnění bude probíhat podle skutečných potřeb zadavatele), nemůže na výše uvedeném ničeho změnit.

Uvedený výklad navíc odpovídá smyslu a účelu úpravy kaucí, neboť výše kauce je vypočítávána poměrem k předpokládané hodnotě plnění.

Na možnost navrhovatele stanovit nabídkovou cenu za celou dobu plnění veřejné zakázky nemá z povahy věci vliv sama o sobě ani skutečnost, že za určitých okolností (použití elektronické aukce podle § 96 a násl. zákona, jednání o nabídkách v těch druzích zadávacího řízení, u kterých je to přípustné) **je možné, aby se nabídková cena v průběhu zadávacího řízení měnila.**

Lze-li v takovém zadávacím řízení nabídkovou cenu za celou dobu plnění veřejné zakázky určit, pak skutečnost, že se v jeho průběhu mění (zpravidla snižuje), má vliv toliko na to, že **navrhovatel bude povinen vypočítat výši kauce z aktuální výše své nabídkové ceny platné k okamžiku podání návrhu.** Stále totiž platí, že ke každému jednotlivému okamžiku zadávacího řízení existuje pro jednoho uchazeče pouze jedna jediná nabídková cena, která musí být tomuto uchazeči, potažmo tedy navrhovateli známa.

**Jinými slovy řečeno okolnost, že se v průběhu zadávacího řízení nabídková cena mění, nemůže sama o sobě vést k závěru, že nabídkovou cenu za celou dobu plnění veřejné zakázky nemůže navrhovatel určit.**

**Pro názornost Úřad připojuje i konkrétní případy některých vybraných situací, které mohou nastat, včetně uvedení konkrétního způsobu jak v daném případě stanovit výši kauce podle § 115 zákona.**

#### **Příklady:**

- 1) Předmětem veřejné zakázky je uzavření smlouvy na dobu určitou na služby nebo dodávky, kde hodnotícím kritériem je nejnižší nabídková cena u údaje „náklady za realizaci předpokládaného rozsahu plnění veřejné zakázky za dobu trvání smlouvy“ (tj. údaj, který je předmětem

hodnocení, odpovídá celkovým předpokládaným nákladům po celou dobu plnění zakázky nebo celkové předpokládané náklady po celou dobu plnění zakázky lze z nabídky uchazeče za pomoci jednoduché matematické operace zjistit). Navrhovatel již podal nabídku a nabídková cena je po otevírání obálek známa.

*Výše kauce: Navrhovatel je povinen složit kauci na účet Úřadu kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky, tj. z údaje, který je předmětem hodnocení (odpovídá-li tento celkovým předpokládaným nákladům po celou dobu plnění zakázky) nebo z celkových předpokládaných nákladů po celou dobu plnění zakázky, které lze z nabídky uchazeče za pomoci jednoduché matematické operace zjistit (není-li předmětem hodnocení údaj o celkových předpokládaných nákladech po celou dobu plnění zakázky).*

- 2) Předmětem zadávacího řízení je výběr uchazeče či uchazečů, se kterými bude uzavřena rámcová smlouva, kde hodnotícím kritériem je nejnižší nabídková cena u údaje „náklady za realizaci předpokládaného rozsahu plnění veřejných zakázek za dobu trvání rámcové smlouvy“ (tj. údaj, který je předmětem hodnocení odpovídá celkovým předpokládaným nákladům po celou dobu plnění rámcové smlouvy nebo celkové předpokládané náklady po celou dobu plnění rámcové smlouvy lze z nabídky uchazeče za pomoci jednoduché matematické operace zjistit). Navrhovatel již podal nabídku a nabídková cena je po otevírání obálek známa.

*Výše kauce: Navrhovatel je povinen složit kauci na účet Úřadu kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky, tj. z údaje, který je předmětem hodnocení (odpovídá-li tento celkovým předpokládaným nákladům po celou dobu plnění rámcové smlouvy) nebo z celkových předpokládaných nákladů po celou dobu plnění zakázky, které lze z nabídky uchazeče za pomoci jednoduché matematické operace zjistit (není-li předmětem hodnocení údaj o celkových předpokládaných nákladech po celou dobu plnění rámcové smlouvy).*

- 3) Předmětem veřejné zakázky je uzavření smlouvy na dobu určitou na služby, kde hodnotícím kritériem je nejnižší nabídková cena u údaje „náklady za realizaci předmětu plnění veřejné zakázky za 1 měsíc trvání smlouvy,“ která je koncipována jako paušální platba dodavateli (tj. údaj, který je předmětem hodnocení neodpovídá celkovým nákladům za celou dobu plnění zakázky, ale za pomoci jednoduché matematické operace jej lze zjistit). Navrhovatel již podal nabídku a nabídková cena je po otevírání obálek známa.

*Výše kauce: Navrhovatel je povinen složit kauci na účet Úřadu kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky, tj. z nákladů po celou dobu plnění zakázky, které lze z nabídky uchazeče za pomoci jednoduché matematické operace zjistit (paušální platba x počet měsíců).*

- 4) Předmětem veřejné zakázky je uzavření smlouvy na dobu neurčitou na služby nebo dodávky, kde hodnotícím kritériem je nejnižší nabídková cena u údaje „předpokládaný rozsah plnění veřejné zakázky za 1 měsíc poskytování služby nebo dodávky“ (tj. údaj, který je předmětem hodnocení neodpovídá celkovým předpokládaným nákladům za dobu prvních čtyř let plnění zakázky, ale tento údaj lze z nabídky uchazeče za pomoci jednoduché matematické operace zjistit). Navrhovatel již podal nabídku a nabídková cena je po otevírání obálek známa.

*Výše kauce: Navrhovatel je povinen složit kauci na účet Úřadu kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za dobu prvních čtyř let plnění veřejné zakázky, tj. z celkových předpokládaných nákladů za dobu prvních čtyř let plnění veřejné zakázky, které lze z nabídky uchazeče za pomoci jednoduché matematické operace zjistit (nabídková cena za 1 měsíc x 48).*

- 5) Předmětem veřejné zakázky je uzavření smlouvy na dobu neurčitou na služby nebo dodávky, kde hodnotícím kritériem je nejnižší nabídková cena u údaje „předpokládaný rozsah plnění veřejné zakázky za 48 měsíců poskytování služby nebo dodávky“ (tj. údaj, který je předmětem hodnocení odpovídá celkovým předpokládaným nákladům za dobu prvních čtyř let plnění zakázky). Navrhovatel již podal nabídku a nabídková cena je po otevírání obálek známa.

*Výše kauce: Navrhovatel je povinen složit kauci na účet Úřadu kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za dobu prvních čtyř let plnění veřejné zakázky, tj. z údaje, který je předmětem hodnocení.*

- 6) Předmětem veřejné zakázky je uzavření smlouvy na provedení stavebních prací, služeb či dodávek, u nichž jsou v soupisu prací některé položky výkazu výměr oceňovány jednotkovou cenou, a zadavateli je známo, že skutečné náklady na plnění veřejné zakázky v některých položkách nelze vzhledem k jejich nejistému rozsahu s ohledem na jejich charakter přesně odhadnout (např. hloubení výkopů, přesun stavebních hmot apod.). Navrhovatel již podal nabídku a nabídková cena je po otevírání obálek známa.

*Výše kauce: Navrhovatel je povinen složit kauci na účet Úřadu kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky, tj. z údaje, který je předmětem hodnocení.*

- 7) Předmětem veřejné zakázky je uzavření smlouvy na poskytnutí služeb či dodávek nebo na provedení stavebních prací a je známo, že skutečný rozsah nákladů na plnění veřejné zakázky v některých položkách se může změnit s ohledem na stanovené obchodní podmínky (možnost předčasného ukončení smlouvy, vyhrazená změna /snížení/ původního předmětu zakázky v návaznosti na finanční situaci zadavatele, inflační doložka apod.). Navrhovatel již podal nabídku a nabídková cena je po otevírání obálek známa.

*Výše kauce: Navrhovatel je povinen složit kauci na účet Úřadu kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky, tj. z údaje, který je předmětem hodnocení.*

- 8) V případě veřejné zakázky rozdělené na části dle § 98 zákona je navrhovatel, jestliže nelze stanovit celkovou nabídkovou cenu, povinen v případě návrhu proti zadávacím podmínkám složit kauci na účet Úřadu kauci ve výši 100.000 Kč, a to bez ohledu na to na kolik částí je veřejná zakázka rozdělena a ve vztahu ke kolika částem navrhovatel hodlal nabídku podat (viz rozsudek Krajského soudu v Brně 62 Af 57/2010).

Tiskový odbor ÚOHS

14/015/HS007 – S100/2014