



UOHSX00CRMVQ

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0151/2019/VZ-30461/2019/322/DJa

Brno 8. listopadu 2019

V řízení o rozkladu ze dne 3. 9. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **ČSAD Ústí nad Orlicí, a.s.**, IČO 60108851, se sídlem Třebovská 330, 562 00 Ústí nad Orlicí, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 24. 7. 2019 JUDr. Petrem Pečeným, advokátem, ev. č. ČAK 03748, IČO 11371544, Advokátní kancelář Pečený, Fučík, Langer, se sídlem Purkyňova 74/2, 110 00 Praha 1,

proti usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0295/2019/VZ-21197/2019/531/MKi ze dne 16. 8. 2019 vydanému ve správním řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Královéhradecký kraj**, IČO 70889546, se sídlem Pivovarské náměstí 1245/2, 500 03 Hradec Králové, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 15. 1. 2018 advokátní kanceláří Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28360125, se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno,

učiněných při zadávání části 2 „**Náchodsko**“ veřejné zakázky „**Výběr dopravců pro uzavření smluv o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové dopravě na území Královéhradeckého kraje**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 10. 2018 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 1. 11. 2018 pod ev. č. Z2018-037822, ve znění oprav uveřejněných dne 14. 1. 2019, dne 31. 1. 2019, dne 11. 2. 2019, dne 22. 2. 2019 a dne 1. 3. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 2. 11. 2018 pod ev. č. 2018/S 211-482566, ve znění oprav uveřejněných dne 16. 1. 2019 pod ev. č. 2019/S 011-022288, dne 1. 2. 2019 pod ev. č. 2019/S 023-051263, dne 12. 2. 2019 pod ev. č. 2019/S 030-068100, dne 22. 2. 2019 pod ev. č. 2019/S 038-086540 a dne 1. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 043-098936,

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-S0295/2019/VZ-21197/2019/531/MKi ze dne 16. 8. 2019

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 29. 7. 2019 Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹) 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 návrh navrhovatele – ČSAD Ústí nad Orlicí, a.s., IČO 60108851, se sídlem Třebovská 330, 562 00 Ústí nad Orlicí, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 24. 7. 2019 JUDr. Petrem Pečeným, advokátem, ev. č. ČAK 03748, IČO 11371544, Advokátní kancelář Pečený, Fučík, Langer, se sídlem Purkyňova 74/2, 110 00 Praha 1 (dále jen „**navrhovatel**“) z téhož dne na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Královéhradecký kraj, IČO 70889546, se sídlem Pivovarské náměstí 1245/2, 500 03 Hradec Králové, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 15. 1. 2018 advokátní kanceláří Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28360125, se sídlem Helfertova 2040/13, 613 00 Brno (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání části 2 „Náchodsko“ veřejné zakázky s názvem „Výběr dopravců pro uzavření smluv o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové dopravě na území Královéhradeckého kraje“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 10. 2018 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 1. 11. 2018 pod ev. č. Z2018-037822, ve znění oprav uveřejněných dne 14. 1. 2019, dne 31. 1. 2019, dne 11. 2. 2019, dne 22. 2. 2019 a dne 1. 3. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 2. 11. 2018 pod ev. č. 2018/S 211-482566, ve znění oprav uveřejněných dne 16. 1. 2019 pod ev. č. 2019/S 011-022288, dne 1. 2. 2019 pod ev. č. 2019/S 023-051263, dne 12. 2. 2019 pod ev. č. 2019/S 030-068100, dne

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení výběrového řízení na veřejnou zakázku, v daném případě ve smyslu ustanovení § 56 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

22. 2. 2019 pod ev. č. 2019/S 038-086540 a dne 1. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 043-098936 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. Dnem 29. 7. 2019, kdy Úřad obdržel návrh, 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 podaném návrhu brojí proti rozhodnutí zadavatele ze dne 18. 6. 2019 o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku.
4. Dne 26. 7. 2019 byla na účet Úřadu připsána ze strany navrhovatele částka ve výši 500 000 Kč, v souvislosti s níž navrhovatel v rámci návrhu mj. uvedl, že se „(...) *jedná (...) o souhrn částek sloužících jako kauce za jednotlivé Návrhy na přezkoumání úkonů zadavatele ke každé jednotlivé části Veřejné zakázky (...)*“. Navrhovatel dne 29. 7. 2019 podal celkem 5 návrhů na zahájení správních řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, jimiž brojí proti 5 částem veřejné zakázky, na základě nichž došlo k zahájení 5 samostatných správních řízení. Kromě části 2 „Náchodsko“ veřejné zakázky, tj. části přezkoumávané Úřadem v tomto správním řízení (sp. zn. S0295/2019/VZ), se v dalším jedná o části 3 „Novoměstsko“, 4 „Rychnovsko“, 7 „Hradecko“ a 8 „Jičínsko“. Z výše uvedeného tak vyplývá, že ve vztahu k návrhu na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele týkajícího se části 2 „Náchodsko“ veřejné zakázky, tzn. ve vztahu k návrhu, na základě něhož bylo zahájeno toto správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. S0295/2019/VZ, složil navrhovatel dne 26. 7. 2019 na účet Úřadu kauci ve výši 100 000 Kč. O tom svědčí i konstatace v návrhu navrhovatele, když uvedl, že „*[v]zhledem k tomu, že Navrhovatel nemohl stanovit celkovou výši nabídkové ceny za celou dobu plnění Předmětné části Veřejné zakázky, složil kauci ve výši 100.000,- Kč tak, jak stanoví ust. § 255 odst. 1 ZZVZ.*“

II. **Napadené usnesení**

5. Dne 16. 8. 2019 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S0295/2019/VZ-21197/2019/531/MKi (dále jen „**napadené usnesení**“).
6. Úřad napadeným usnesením rozhodl tak, že správní řízení dle § 257 písm. c) zákona zastavil, neboť v souvislosti s podáním návrhu navrhovatele na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky nedošlo ke složení kauce na účet Úřadu v souladu s § 255 odst. 1 zákona.
7. V odůvodnění napadeného usnesení Úřad konstatoval, že zadavatel nedefinoval modelový příklad stanovení nabídkové ceny pro účely hodnocení nabídek, který, ačkoliv nepředstavuje skutečnou cenu plnění, stanovuje postup výpočtu nabídkové ceny, která představuje odhad očekávaného rozsahu celkového plnění. Tento modelový příklad byl přitom dle názoru Úřadu zadavatelem popsán natolik srozumitelně a určitě, že dodavatelé byli schopni tento odhad zadavatele reálně nacenit a nabídkovou cenu stanovit. Navrhovatel za 1 rok plnění veřejné zakázky, jako celkovou nabídkovou cenu uvedl částku 99 951 516 Kč. Dle Úřadu tak celková nabídková cena navrhovatele za celou dobu realizace veřejné zakázky, čili za dobu 10 let, činila částku 999 515 160 Kč. Úřad tak dospěl k závěru, že navrhovatel byl na základě § 255 odst. 1 věty první zákona povinen spolu s návrhem na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele složit na účet Úřadu kauci ve výši 9 995 152 Kč (1 % z částky 999 515 160 Kč po zaokrouhlení).

III. Námitky rozkladu

8. Dne 3. 9. 2019 podal navrhovatel Úřadu rozklad z téhož dne proti napadenému usnesení. Ze správního spisu vyplývá, že napadené usnesení bylo navrhovateli doručeno dne 19. 8. 2019. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
9. Navrhovatel namítá nesprávnost právního posouzení ustanovení § 255 odst. 1 zákona ze strany Úřadu, z nichž Úřad vyvodil nesprávné závěry týkající se složení kauce navrhovatelem. Dle navrhovatele Úřad v napadeném usnesení odkazuje na stanovisko, které není v napadeném usnesení specifikované. Pokud se však jedná o stanovisko, na které odkázal navrhovatel v rozkladu, dle navrhovatele toto stanovisko pouze kopíruje zákonnou úpravu a žádným způsobem nepřispívá k jejímu výkladu.
10. Navrhovatel uvádí, že zadavatel v zadávací dokumentaci vytvořil pro účely stanovení nabídkové ceny modelový případ, který je pouze kvalifikovaným odhadem plnění, přičemž nabídková cena navrhovatele v konečném důsledku závisí na skutečném plnění smlouvy a nejde tak předem určit. Výsledkem výpočtu dle modelového případu je pak dle navrhovatele cena modelová a nikoliv cena nabídková. Nabídková cena je dle navrhovatele závislá na rozsahu a druhu skutečně poskytnutého plnění a nelze ji tedy znát dříve, než toto plnění bude poskytnuto. Dále navrhovatel uvádí, že cenová nabídka dopravce se skládá z jednotkové ceny dopravního výkonu, jednotkové variabilní části ceny dopravního výkonu, absolutních fixních nákladů na základní vozidlo a celkové nabídkové ceny za rok plnění veřejné zakázky, přičemž po roce plnění veřejné zakázky se provádí vyúčtování za dané vozidlo. Navrhovatel pak uvádí, že dle jeho přesvědčení se jedná o smlouvu rámcovou. Vzhledem k výše uvedenému se pak navrhovatel domnívá, že nelze jednoznačně určit nabídkovou cenu a tedy že kauce měla být složena ve výši 100 000 Kč.

Závěr rozkladu

11. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené usnesení zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Vyjádření zadavatele k rozkladu

12. Dne 17. 9. 2019 vyzval Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0295/2019/VZ-25190/2019/531/VNe zadavatele, aby se k rozkladu navrhovatele vyjádřil ve lhůtě 5 dnů. Dne 23. 9. 2019 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k rozkladu.
13. Zadavatel má za to, že napadené usnesení je správné, souladné se zákonem. Zadavatel rekapituluje příslušnou právní úpravu, judikatorní závěry k otázce výpočtu kauce dle § 255 zákona a shrnuje rozhodovací praxi Úřadu. Z těchto závěrů pak vyvozuje vlastní závěry přisvědčující napadenému usnesení a právnímu názoru Úřadu. Zadavatel zejména podotýká, že nelze zaměňovat pojmy skutečná a nabídková cena, přičemž navrhovatel tak činí. Zadavatel pak souhlasí se závěry Úřadu o nutnosti vycházet právě z modelového případu uvedeného v zadávací dokumentaci veřejné zakázky při výpočtu kauce.
14. Vzhledem k výše uvedenému zadavatel navrhuje podaný rozklad zamítnout.

V. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

16. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího 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 vydání usnesení předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
17. Úřad tím, že napadeným usnesením rozhodl tak, jak je shora uvedeno, 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 zamítnutí podaného rozkladu.

VI. K námitkám rozkladu

Obecně k výši kauce

18. 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.
19. Podle § 257 písm. c) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže nedošlo ke složení kauce v souladu s § 255 zákona.
20. Nejprve je nutno zdůraznit tu skutečnost, že stejná právní otázka jako je řešena v nyní posuzovaném případě byla v případě stejného navrhovatele posuzována Nejvyšším správním soudem (dále jako „NSS“) v rozsudku č. j. 5 As 247/2016 – 66 ze dne 31. 1. 2018 (dále jen „**rozsudek sp. zn. 5 As 247/2016**“). Rozsudek se týká právní úpravy dle zákona č. 137/2006 Sb., nicméně úprava institutu kauce je pro zde řešený problém shodná a mám tedy za to, že tato judikatura, (potažmo veškerá judikatura v tomto rozhodnutí), je použitelná i na nyní projednávaný případ. V tamním případě šlo taktéž o veřejnou zakázku na autobusovou dopravu, přičemž tvrzení navrhovatele v tomto řízení a v tamním řízení jsou téměř totožná. NSS těmto tvrzením nepřisvědčil, stejně jako Úřad v napadeném usnesení.
21. Obecně k institutu kauce uvádím rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 17/2016 ze dne 29. 8. 2017, ve kterém soud konstatuje, že: „*Smyslem kauce je zamezit nedůvodným či šikanózním návrhům na přezkoumání úkonů zadavatele a omezit množství nápadu žalovaného na významné případy. Kauce přitom představuje platební povinnost vytvářející přiměřené procesní riziko úspěšnosti návrhu. Zákonodárce určil dva mechanismy výpočtu kauce. První metoda výpočtu kauce se odvíjí od výše nabídkové ceny navrhovatele,*

což koresponduje s regulačním účelem institutu kauce; podle rozsahu veřejné zakázky, resp. nabídkové ceny, úměrně vzrůstá i výše kauce až po její zákonem stanovenou maximální možnou výši (2 000 000 Kč). Podmínkou 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 (do novelizace ZVZ provedené zákonem č. 40/2015 Sb.; podrobněji se k této problematice zdejší soud vyjádřil v rozsudku ze dne 15. 10. 2015, č. j. 62 Af 69/2014-92; www.nssoud.cz). 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.“

22. Prvním rozhodujícím momentem ve vztahu vyčíslení kauce je tedy to, zda navrhovatel nabídku podal. Pokud nabídka nebyla podána nebo nabídkovou cenu nelze zjistit, navrhovatel složí kauci v „paušální“ výši 100 000 Kč na účet Úřadu. Totéž nastane v případě, kdy je nabídková cena tvořena jednotkovými cenami. Pokud však zadavatel určí v zadávacích podmínkách mechanismus pro stanovení nabídkové ceny pro účely hodnocení nabídek, nejedná se o situaci, kdy by navrhovatel nebyl schopen stanovit nabídkovou cenu.

Výpočet výše kauce v projednávaném případě

23. V posuzovaném případě je klíčové posouzení otázky, zda navrhovatel složil kauci v souladu s § 255 odst. 1 zákona (tj. zda došlo ke složení kauce ve správné výši). Ze správního spisu vyplývá, že navrhovatel složil kauci na účet Úřadu ve výši 500 000 Kč ve vztahu k pěti částem veřejné zakázky (viz bod 4 toho rozhodnutí) dne 26. 7. 2019 (poslední den lhůty pro doručení návrhu připadl na neděli dne 28. 7. 2019), přičemž návrh byl navrhovatelem podán dne 29. 7. 2019 a doručen Úřadu téhož dne. Dále však bylo třeba posoudit, zda byla kauce složena v zákonem požadované výši. Pro daný případ je stěžejní, zda byl navrhovatel objektivně schopen stanovit celkovou nabídkovou cenu za celou dobu plnění veřejné zakázky, tj. na 10 let (doba trvání veřejné zakázky je zadavatelem uvedena v bodu II.2.7) oznámení o zahájení zadávacího řízení, viz bod 25. napadeného usnesení), a zda měl v takovém případě použít metodu výpočtu kauce pomocí 1 % z nabídkové ceny.
24. Zadavatel v příloze 6. zadávací dokumentace s názvem „Závazné pokyny pro vyplnění nástroje pro výpočet cenové nabídky dopravce a hodnocení veřejné zakázky“ (dále jen „**závazný nástroj**“) uvedl základní požadavky na zpracování nabídkové ceny. Zadavatel požadoval, aby dodavatelé závazně vyplnili požadované hodnoty v závazném nástroji, ze kterého se bude vycházet při výpočtu skutečně uhrazených cen, a to po celou dobu trvání smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové dopravě na území Královéhradeckého kraje (dále jen „**Smlouva**“). „*Výstupem závazného nástroje jsou závazné hodnoty Cenové nabídky Dopravce, kterými jsou Jednotková cena dopravního výkonu, Jednotková variabilní část ceny dopravního výkonu, Absolutní fixní náklady na Základní vozidlo, Absolutní fixní náklady na jedno Cyklozařízení, Příplatek k jednotkovým variabilním nákladům Základního vozidla a Celková nabídková cena.*“ (cit. ze závazného nástroje).
25. V bodech 22. - 24. odůvodnění napadeného usnesení Úřad cituje konkrétní články zadávací dokumentace zadavatele a následně z nich vyvozuje, který údaj (číslo) je dle zadávacích podmínek nabídkovou cenou a správně uzavírá, že se jedná o „Celkovou nabídkovou cenu“ dle článku 7.5. zadávací dokumentace, přičemž s touto hodnotou („Celkovou nabídkovou cenou“) pak jako s kritériem ekonomické výhodnosti pracuje zadávací dokumentace v článku

10. a tato hodnota je užívána k hodnocení nabídky. Je tedy zřejmé, která hodnota (číslo) je rozhodná pro hodnocení nabídek (vedle dalších kritérií).
26. Celková nabídková cena za 1 rok plnění představovala součin referenčního rozsahu dopravního výkonu a jednotkové ceny dopravního výkonu pro příslušnou kategorii základního vozidla, s připočtením součinu absolutního fixního nákladu na jedno cyklozařízení dané kategorie a referenčního počtu cyklozařízení dané kategorie a s připočtením součinu příplatku k jednotlivým variabilním nákladům základních vozidel a referenčního rozsahu dopravního výkonu cyklozařízení dané kategorie, přičemž takto získaná nabídková cena vstupovala do procesu hodnocení nabídek jako dílčí kritérium hodnocení „Celková nabídková cena“. Celková nabídková cena byla stanovena jednoznačně a srozumitelně, což navrhovatel v rozkladu ani nerozporoval. Taktéž o srozumitelnosti tohoto mechanismu svědčí i to, že navrhovatel nabídku podal, přičemž vyčíslil nabídkovou cenu a nijak nebrojil proti postupu zadavatele při stanovení mechanismu pro výpočet nabídkové ceny.
27. Navrhovatel v rozkladu uvádí, že *„cenová nabídka dopravce se skládá z jednotkové ceny dopravního výkonu, jednotkové variabilní části ceny dopravního výkonu, absolutních fixních nákladů na Základní vozidlo a celkové nabídkové ceny za rok plnění veřejné zakázky.“* K tomuto tvrzení je nutno říct, že cenová nabídka dopravce slouží k výpočtu ceny plnění za služby skutečně poskytnuté, a nejedná se o hodnotící kritérium ekonomické výhodnosti (byť samozřejmě údaje zde uvedené slouží i pro výpočet nabídkové ceny dle modelového případu).
28. Navrhovatel dále namítal, že nabídková cena, jak ji zadavatel definoval v zadávací dokumentaci, byla pouhou modelovou cenou, nikoli nabídkovou cenou. K této námitce uvádím, že modelový příklad nepředstavuje odhad nabídkové ceny, ale odhad očekávaného průběhu plnění, v případě jeho ocenění dodavatelem pak odhad očekávaného rozsahu celkového plnění doplněný o dodavatelem nabízené hodnoty. Z hlediska nabídkové ceny však žádným „odhadem“ není, ale jedná se o model závazný pro účastníky zadávacího řízení z hlediska koncipování jeho nabídkové ceny. Na tomto místě je třeba připomenout rozdíl mezi pojmem „nabídková cena“ a „skutečná cena“. „Nabídková cena“ je peněžním kritériem sloužícím k hodnocení nabídky, které je vytvořeno (a nabídnuto) dodavatelem dle jeho úvahy a možností. Oproti tomu pod pojmem „skutečná cena“ je třeba rozumět cenu skutečně uhrazenou zadavatelem za plnění předmětu veřejné zakázky. Tyto dvě ceny mohou být totožné a v některých případech se budou „nabídková cena“ „skutečná cena“ od sebe lišit. Zadavatel pak pro účely hodnocení stanoví „modelový příklad“ rozsahu plnění, který pokrývá celou vymezenou dobu plnění veřejné zakázky.
29. K výše uvedenému doplňuji, že nabídková cena je čistě peněžní částka, kterou zadavatel hodnotí jako složku ekonomické výhodnosti nabídky a navrhuje a stanoví ji dodavatel, byť by se jednalo o cenu doplněnou dle odhadu (modelu) plnění, jenž má ilustrativně umožnit vzájemnou porovnatelnost nabídek – jejich výběr – k čemuž všemu již Úřad uváděl v napadeném usnesení odkazy na judikaturu a svou rozhodovací činnost, zejména rozsudek NSS sp. zn. 5 As 247/2016 ze dne 31. 1. 2018 a rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 57/2010 – 535 ze dne 9. 12. 2010.
30. Výše zmíněný rozsudek NSS sp. zn. 5 As 247/2016 pak také uvádí, že pro účely hodnocení nabídky je možno využít i nabídkové ceny konstruované na modelovém příkladu, jež není

z podstaty věci skutečně proběhlým plněním, ale pouze jeho odhadem. K tomu je třeba uvést, že i modelový příklad musí být stanoven v souladu s principy transparentnosti, rovnosti a zákazu diskriminace a musí umožňovat provedení hodnocení ekonomické výhodnosti nabídky.

31. Pokud jde o tvrzení navrhovatele, že celkovou nabídkovou cenu nebylo možné stanovit vzhledem k tomu, že nelze dopředu zjistit kolik vozokilometrů bude za daný rok navrhovatelem ujet, když na základě Smlouvy má každý rok docházet mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem k finančnímu vyrovnání nákladů mezi objednaným a referenčním rozsahem dopravního výkonu, tak z tohoto tvrzení plyne, že navrhovateli není zřejmý rozdíl mezi pojmem nabídková cena a skutečná cena. Ze zákona vyplývá, že kauce se vypočítá z nabídkové ceny (nikoli ze skutečné ceny plnění) určené za celou dobu plnění veřejné zakázky (v našem případě po dobu 10 let), neboť ta je v obdobných případech nepředvídatelná.
32. Navrhovatelův odkaz, uvedený v rozkladu, na článek 4.14 závazného vzoru Smlouvy je bezpředmětný, neboť význam pojmu nabídková cena dle Smlouvy je odlišný od skutečně uhrazené ceny, jak již bylo výše popsáno. Na základě Smlouvy má každý rok docházet mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem k finančnímu vyrovnání nákladů mezi objednaným a referenčním rozsahem dopravního výkonu, stejně tak se po dobu realizace veřejné zakázky může měnit i počet a kategorie využívaných dopravních prostředků. Dodavatel nemá předem s jistotou garantováno, jakou výši finančního protiplnění za konkrétní období realizace veřejné zakázky, potažmo za celou dobu její realizace, od zadavatele obdrží, tzn. z toho, že nezná skutečnou cenu. Rovněž tvrzení navrhovatele o „rámcovosti smlouvy“ je uvedeno bez vyvození jakéhokoliv závěru, resp. bližší argumentace. Skutečnost, zda se jedná o rámcovou smlouvu je pro daný případ irelevantní (viz bod 39. odůvodnění napadeného usnesení). Je tedy nadbytečné se k němu více vyjadřovat.
33. Tvrzení navrhovatele o nemožnosti zjistit celkovou nabídkovou cenu pro neznámost rozsahu plnění je nesprávné, neboť postačí zjistitelnost nabídkové ceny z modelového příkladu. V této souvislosti soud v rozsudku NSS sp. zn. 5 As 247/2016 činí závěr, že *„[s]kutečnost, že se takto modelově vypočtená nabídková cena může (oproti okamžiku hodnocení, popř. posouzení nabídek) při následném plnění změnit, nemůže sama o sobě zpochybnit konkrétní výši nabídkové ceny pro účely hodnocení nabídek. Případné změny ceny během reálného plnění zakázky již nejsou z hlediska ZVZ relevantní.“*
34. Je pak nutné uzavřít, že nabídková cena byla nesporně stanovena na základě modelového výpočtu vztahujícímu se na období jednoho roku plnění, což je, jak bylo uvedeno výše, možné. Dále že doba plnění smlouvy je 10 let (článek 13 zadávací dokumentace). Navrhovatel jako celkovou nabídkovou cenu za jeden rok plnění veřejné zakázky v části 2 „Náchodsko“ uvedl částku ve výši 99 951 516 Kč. Předmětná částka představuje celkovou nabídkovou cenu navrhovatele za 1 rok plnění veřejné zakázky. Celková nabídková cena navrhovatele za celou dobu realizace veřejné zakázky, čili za dobu 10 let, pak tedy činí částku 999 515 160 Kč. Posledně jmenovaná částka měla tudíž tvořit základ pro výpočet výše kauce navrhovatele, kdy 1 % z dané částky po zaokrouhlení činí 9 995 152 Kč.

35. Dále nad rámec výše uvedeného lze říct, že Úřad v odstavcích 43. až 44. napadeného usnesení správně dospěl k závěru, že kauci je nutno zjistit tak, že Celkové nabídkové ceny za jednotlivé části veřejné zakázky („Náchodsko“ s nabídkovou cenou 99 951 516 Kč, „Novoměstsko“ s nabídkovou cenou 117 224 843 Kč, „Rychnovsko“ s nabídkovou cenou 85 967 190 Kč, „Hradecko“ s nabídkovou cenou 86 287 887 Kč a „Jičínsko“ s nabídkovou cenou 69 608 890 Kč) uváděné za rok plnění, je potřeba vynásobit deseti (dle let plnění veřejné zakázky), takto zjištěných pět součinů je poté třeba sečíst a z tohoto sčítance poté vypočítat jedno procento (vydělit jej 100), čímž zjistíme výši kauce pro případ, kdy byl návrh podán společně do vícero částí veřejné zakázky, tj. 45 904 032,60 Kč, kterou je poté pro horní hranici kauce dle § 255 odst. 1 zákona nutno redukovat na kauci ve výši 10 000 000 Kč. Navrhovatel však nesporně složil kauci ve lhůtě pro podání návrhu pouze ve výši 500 000 Kč (resp. 100 000 Kč ve vztahu ke každé z pěti částí zakázky).
36. Lze souhlasit s tvrzením navrhovatele, že Úřad v napadeném usnesení nspecifikoval adresu webové stránky Úřadu, resp. neuvedl přesný odkaz na výkladové stanovisko Úřadu ze dne 23. 7. 2018 k výpočtu výše kauce dle § 255 odst. 1 a 2 zákona při podání návrhu na přezkum, které je dostupné zde: http://www.uohs.cz/download/Sekce_VZ/Metodiky/Kauce-vykladove-stanovisko-a-priklady-UPDATED.pdf. Tato nepřesnost však neměla žádného vlivu na správnost či zákonnost napadeného usnesení. Stanovisko Úřadu je veřejně dostupné a slouží pro navrhovatele jako návod jak se snáze orientovat ve výpočtu kauce. Toto stanovisko obsahuje podrobnější informace ohledně výpočtu kauce, doplněný o několik modelových případů. Mimo jiné navrhovatel mohl mít povědomost o judikatuře týkající se výpočtu kauce na základě modelového případu, jelikož se v obdobném sporu s Úřadem již před soudem ocitl.
37. Závěrem shrnuji, že v případě, že nastane některý z důvodů uvedených v ustanovení § 257 zákona, Úřad nemá jinou možnost, než správní řízení usnesením zastavit. Zákon rozlišuje náležitosti návrhu, jejichž absenci lze odstranit ve lhůtě stanovené Úřadem, a náležitosti, resp. podmínky vedení řízení, jejichž absence je bez dalšího důvodem pro zastavení řízení, kam patří mj. i situace uvedené v ustanoveních § 257 písm. c) zákona, tedy že nedojde ke složení kauce ve výši a ve lhůtě podle § 255 odst. 2 zákona na účet Úřadu. Pro ustanovení § 257 písm. c) zákona, kam spadá také šetřený případ, zákonodárce možnost zhojení absentující podmínky řízení (složení kauce v řádné výši na účet Úřadu) v dodatečné lhůtě stanovené Úřadem nezakotvil. Úřad proto nemůže navrhovatele k odstranění takové vady podání vyzvat či zkoumat důvody, pro které ke složení kauce v zákonem požadované výši nedošlo. Tedy s nesložením kauce v souladu s § 255 zákona, zákon podle § 257 písm. c) zákona spojuje jediný následek, kterým je zastavení řízení bez dalšího. Navrhovatel prokazatelně složil kauci ve výši 500 000 Kč, ačkoli měl na základě výše uvedeného složit kauci buď 1 % z nabídkové ceny této části veřejné zakázky ve výši 9 995 152 Kč, nebo v souvislosti s 5 návrhy na zahájení správního řízení ve výši 10 000 000 Kč. Navrhovatel nesložil kauci v souladu s § 255 zákona. Úřad tedy rozhodl správně a v souladu se zákonem, když předmětné správní řízení podle § 257 písm. c) zákona zastavil.
38. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem přezkoumal i zákonnost napadeného usnesení, jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když jsem napadené usnesení shledal zákonným a věcně

správným. Dospěl jsem přitom k závěru, že Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a dostatečně odůvodnil jejich použití.

VII. Závěr

39. 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 důvodu uváděných v rozkladu.
40. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené usnesení změnit nebo zrušit, rozhodl jsem 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.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. JUDr. Petr Pečený, advokát, ev. č. ČAK 03748, Advokátní kancelář Pečený, Fučík, Langer, Purkyňova 74/2, 110 00 Praha 1
2. Advokátní kancelář Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., Helfertova 2040/13, 613 00 Brno

Vypraveno dne

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

