

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně Daniely Zemanové, soudkyně Michaely Bejčkové a soudce Ladislava Derky v právní věci žalobkyně: **TRADO-BUS, s. r. o.**, se sídlem Průmyslová 159, Jejkov, Třebíč, zast. JUDr. Michalem Lorencem, advokátem se sídlem Žerotínova 1132/34, Praha 3, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 15. 5. 2015, čj. ÚOHS-R334/2014/VZ-7647/2015/323/MOd, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 29. 8. 2017, čj. 29 Af 17/2016-183,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá**.

II. Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Žalobkyně se zúčastnila zadávacího řízení, jehož zadavatelem byl Jihomoravský kraj. Předmětem veřejné zakázky byla přeprava cestujících ve veřejné linkové osobní dopravě v rámci Integrovaného dopravního systému Jihomoravského kraje (IDS JMK), v oblasti Jihovýchod. Veřejná zakázka byla rozdělena na 20 částí a stěžovatelka podala nabídku na části 1–7. Zadavatel žalobkyni vyloučil z účasti v zadávacím řízení. Proti rozhodnutí o vyloučení žalobkyně podala námitky, ale neuspěla s nimi, proto u žalovaného podala dne 10. 6. 2013 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele (návrh 1), za který složila kauci ve výši 100 000 Kč podle § 115 odst. 1 věty druhé zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Poté žalobkyně obdržela od zadavatele rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, proti kterému také podala námitky. Ani s nimi nebyla úspěšná, a proto podala dne 27. 6. 2013 k žalovanému druhý návrh na přezkoumání úkonů zadavatele

(návrh 2). Žalovaný řízení o návrzích spojil a následně dne 9. 12. 2013 zastavil v částech 1 a 3–7 veřejné zakázky správní řízení o návrzích 1 a 2, neboť se staly bezpředmětnými (v těchto částech byla uzavřena smlouva na plnění z veřejné zakázky), a současně zamítl návrh 1 v části, která se týkala vyloučení žalobkyně z účasti v zadávacím řízení pro část 2 veřejné zakázky (toto rozhodnutí pak potvrdil předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 24. 4. 2015).

[2] Usnesením ze dne 24. 6. 2013 žalovaný uložil žalobkyni doplatit kauci ve výši 1 900 000 Kč v souvislosti s návrhem 1 nad rámec částky 100 000 Kč, kterou žalobkyně za tento návrh zaplatila. Usnesením ze dne 10. 7. 2013 pak žalovaný vyměřil žalobkyni kauci ve výši 2 000 000 Kč v souvislosti s návrhem 2. Žalobkyně obě kauce zaplatila, proti oběma usnesením o kauci ale zároveň podala rozklad. Oba rozklady žalovaný zamítl.

[3] Žalobkyně se proti výsledku obou rozkladů bránila u krajského soudu, který její žaloby odmítl, neboť napadená rozhodnutí jsou vyloučena ze soudního přezkumu (představují úkony správního orgánu, jimiž se upravuje řízení). Současně soud žalobkyni upozornil na možnost domáhat se vrácení přeplatku na kauci.

[4] Dne 4. 7. 2014 tedy žalobkyně podala k žalovanému žádost o vrácení přeplatku na kaucích ve výši 3 900 000 Kč včetně úroků, žalovaný ale žádost zamítl. Předseda žalovaného pak zamítl rozklad rozhodnutím ze dne 15. 5. 2015, které je napadeno v této věci. Pro úplnost je však vhodné zmínit, že po nabytí právní moci rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 24. 4. 2015, které je zmíněno výše v bodě [1], byla dne 28. 5. 2015 žalobkyni vrácena kauce ve výši 2 000 000 Kč, kterou uhradila v souvislosti s návrhem 2 (pro uzavření smluv na plnění bylo řízení o tomto návrhu zastaveno). Kauce 2 000 000 Kč, kterou žalobkyně uhradila za návrh 1 (týkající se vyloučení žalobkyně ze zadávacího řízení), byla převedena na účet státního rozpočtu.

[5] Žalobkyně proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 15. 5. 2015 podala žalobu ke krajskému soudu. Krajský soud se zabýval otázkou, zda žalovaný správně určil výši kauce podle § 115 zákona o veřejných zakázkách; konkrétně zda správně vycházel z nabídkové ceny, kterou stanovil zadavatel v zadávací dokumentaci, či zda měla být pro účely výpočtu kauce za nabídkovou cenu považována jednotková cena za kilometr přepravního výkonu (tzv. „vozokilometr“), jak tvrdila žalobkyně. Soud dospěl k závěru, že nabídková cena nebyla stanovena jako cena za jednotku plnění, naopak se jednalo o situaci, kdy bylo možné stanovit nabídkovou cenu s dostatečnou přesností. Žalobu proto soud zamítl.

II. Kasační stížnost, vyjádření žalovaného a replika žalobkyně

[6] Proti rozsudku krajského soudu podala žalobkyně (stěžovatelka) kasační stížnost pro nesprávné posouzení právní otázky a nepřezkoumatelnost rozsudku.

[7] Podle stěžovatelky nebyla v době podání nabídek známa celková cena za plnění veřejné zakázky, ani ji nebylo možné konkrétně stanovit. Žalovaný i krajský soud pro účely výpočtu výše kauce mylně vycházeli z tzv. celkové nabídkové ceny, která je pro

danou část veřejné zakázky vypočtena jako součin předpokládaného počtu vozokilometrů za jeden rok podle typu autobusu a jednotkové ceny za jeden vozokilometr, to vše vynásobené koeficientem maximálního možného zvýšení výkonu (1,20 – 1,25). Takto vypočtená nabídková cena je však podle stěžovatelky pouze modelová. Jako nabídkovou cenu bylo nutné vnímat cenu jednotkovou, tedy cenu za jeden vozokilometr, neboť její definice byla (na rozdíl od výše uvedené celkové nabídkové ceny) výslovně uvedena v návrhu smlouvy na plnění, ve kterém se uchazeči zavazovali plnit příslušné části veřejné zakázky výlučně za ceny za 1 vozokilometr. Stěžovatelka je dále přesvědčena, že vzhledem k dlouhodobosti plnění má smlouva na plnění veřejné zakázky zároveň charakter smlouvy rámcové. S ohledem na uvedené tedy byly naplněny podmínky pro použití druhé věty § 115 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách a stanovení kauce v paušální výši 100 000 Kč.

[8] Žalovaný se podle stěžovatelky odchýlil od své rozhodovací praxe, neboť u veřejné zakázky s obdobným předmětem, kterou vypsal Ústecký kraj, vyměřil kauci ve výši 100 000 Kč, ačkoliv celkový předpokládaný rozsah i hodnota zakázky byly větší, než měla část 2 veřejné zakázky v této věci. K tomu se však krajský soud vůbec nevyjádřil, přestože to stěžovatelka namítala v žalobě.

[9] Žalovaný dále neměl stěžovatelce vyměřit kauci v souvislosti s návrhem 2, neboť jej podala v souvislosti s totožným pochybením zadavatele, které se však projevilo ve dvou či více úkonech. Zadavatel nehodnotil stěžovatelčinu nabídku, protože ji vyloučil z účasti v zadávacím řízení, a to pak způsobilo i nezákonnost rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Stěžovatelka podala návrh 2 *„z procesní opatrnosti“*, neboť neměla právní jistotu, že pokud by žalovaný zrušil rozhodnutí o vyloučení, zrušil by následně také všechny navazující úkony zadavatele. Krajský soud se vůbec nezabýval skutečným předmětem řízení o návrzích 1 a 2, jeho závěr je proto přehnaně formalistický. Za situace, kdy zákon o veřejných zakázkách neumožňuje bránit se jedním návrhem proti všem úkonům zadavatele, v nichž se projeví tatáž nezákonnost jeho postupu, je nepřiměřené, aby navrhovatelé byli povinni hradit kauce opakovaně. Na podporu svého tvrzení stěžovatelka odkázala na rozsudek Soudního dvora EU ze dne 6. 10. 2015, Orizzonte Salute, C-61/14. Pokud by však měla platit i za druhý návrh na přezkum úkonů zadavatele, pak pouze ve výši 100 000 Kč.

[10] Konečně stěžovatelka namítala, že rozsudek krajského soudu je nepřezkoumatelný, neboť se podstatná část jeho odůvodnění (až na detaily) shoduje s odůvodněním jiného senátu téhož krajského soudu v jiné věci. Stěžovatelka má proto pochybnosti o tom, do jaké míry jsou důvody zamítnutí její žaloby vedeny skutečnými úvahami senátu 29 Af krajského soudu.

[11] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti setrval na svém závěru ohledně výkladu § 115 zákona o veřejných zakázkách. Zopakoval, že objem plnění z veřejné zakázky byl stanoven na základě kvalifikovaného odhadu, který se blížil skutečnému objemu plnění, neboť vycházel z objektivních kritérií. Zadavatel v zadávací dokumentaci jednoznačně uvedl, že jednotková cena tvoří pouze základ nabídkové ceny. Stěžovatelka v kasační stížnosti předložila tabulku, ve které porovnává celkovou nabídkovou cenu vítězných nabídek se skutečností v letech 2014 a 2015 a kterou se snažila doložit, že celková

nabídková cena byla pouze modelová. Z tabulky opravdu vyplývá, že nabídkové ceny dosahují v průměru 120 % ze skutečně uhrazených cen, což však odpovídá zvýšení celkové nabídkové ceny o koeficient 1,20–1,25 % (v souladu s koeficientem maximálního možného zvýšení výkonu, který je součástí nabídkové ceny). Ve vztahu k namítanému odklonu od rozhodovací praxe žalovaný uvedl, že stěžovatelkou označené rozhodnutí není případné, neboť se odlišuje skutkovými okolnostmi (zadávací dokumentace koncipovala nabídkovou cenu odlišně), s čímž se také krajský soud již vypořádal. Žalovaný také nesouhlasí se stěžovatelkou, že předmět návrhu 1 i návrhu 2 byl totožný, a také ohledně této námitky se ztotožňuje s argumentací krajského soudu. Celkově žalovaný považuje rozsudek krajského soudu za přezkoumatelný, krajský soud se podle něj dostatečně a srozumitelně vypořádal se všemi vznesenými námitkami. Na tom nic nezmění ani skutečnost, že soud převzal značnou pasáž argumentace z jiného svého rozsudku. Jestliže je skutkový stav v obou případech obdobný, jsou závěry krajského soudu obsažené v jiném rozsudku plně použitelné. Žalovaný proto navrhl, aby NSS kasační stížnost zamítl.

[12] Stěžovatelka na vyjádření žalovaného reagovala replikou, ve které setrvala na stanovisku, že nabídkovou cenu nebylo možné stanovit. Není jí jasné, z jakých objektivních kritérií tento odhad vychází. Z tabulky, kterou stěžovatelka vložila do kasační stížnosti, nelze dovozovat, že skutečné ceny za rok a celkové nabídnuté ceny za rok jsou si blízké, jak tvrdí žalovaný, neboť se za dobu desetiletého plnění z veřejné zakázky mohou u jednotlivých částí lišit o desítky procent, a tedy o desítky milionů.

III. Právní hodnocení Nejvyššího správního soudu

[13] Kasační stížnost není důvodná.

III.A Námitky nepřezkoumatelnosti rozsudku

[14] Stěžovatelka na několika místech kasační stížnosti namítá nepřezkoumatelnost rozsudku krajského soudu pro nevypořádání žalobních námitek či nedostatečné odůvodnění jeho závěrů. NSS se tedy nejdříve zabýval těmito námitkami, neboť pouze přezkoumatelné rozhodnutí je zpravidla způsobilé být předmětem dalšího hodnocení z hlediska tvrzených nezákonností a vad řízení.

[15] NSS shledal, že rozsudek odpovídá požadavkům přezkoumatelnosti tak, jak je vymezuje ustálená rozhodovací praxe. Není povinností soudu reagovat na každou dílčí námitku a obsáhle ji vyvracet. Důležité je, aby se soud vypořádal s obsahem a smyslem žalobní argumentace. Pokud se soud vypořádal se všemi stěžejními námitkami účastníka řízení, může to být v některých případech dostatečnou reakcí i na některé dílčí a související námitky. Takový postup je vhodný zejména u velmi obsáhlých podání, jakým byla i stěžovatelčina žaloba. V posuzované věci se krajský soud dostatečně vypořádal s hlavní argumentační linií žaloby, a pokud se k některým dílčím otázkám nevyjádřil, lze jejich řešení dovodit z jeho obecnějších závěrů.

[16] Nepřezkoumatelnost rozsudku v tomto případě nezpůsobuje ani skutečnost, že krajský soud převzal značnou část svého odůvodnění z jiného svého rozsudku, konkrétně ve věci sp. zn. 62 Af 67/2015. V dané věci krajský soud rozhodoval o žalobě jiného

pokračování

účastníka téhož zadávacího řízení a v ústředních bodech se zabýval totožnou otázkou, jakou řešil i v nynějším rozsudku (konstrukcí nabídkové ceny). Je tedy zřejmé, že skutkový stav v obou věcech byl stejný, a bylo proto rozumné převzít již jednou vyjádřenou úvahu. Ostatně výše uvedeným postupem se bude NSS řídit v následujících odstavcích tohoto rozsudku. Shodnými námitkami, které uvádí stěžovatelka v této věci, se totiž NSS zabýval právě ve věci kasační stížnosti proti výše zmíněnému rozsudku krajského soudu, která byla u NSS vedena pod sp. zn. 5 As 247/2016.

III.B Ke způsobu stanovení výše kauce

[17] Podle rozhodného znění § 115 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách (zadávací řízení bylo zahájeno v listopadu 2012, tj. ustanovení se užije ve znění zákona č. 55/2012 Sb., které bylo účinné od 1. 4. 2012 do 5. 3. 2015) je navrhovatel s podáním návrhu

> *povinen složit na účet úřadu kauci ve výši 1 % z nabídkové ceny navrhovatele za celou dobu plnění veřejné zakázky, nejméně však ve výši 50 000 Kč, nejvýše ve výši 2 000 000 Kč. V případě, že není možné stanovit nabídkovou cenu navrhovatele nebo že nabídková cena, která je předmětem hodnocení, je při zadávání rámcové smlouvy stanovena pouze jako cena za jednotku plnění nebo v případě návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy, je navrhovatel povinen složit 100 000 Kč.*

[18] Účelem kauce v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je bránit podávání účelových návrhů a případnému zneužití tohoto přezkumného řízení. Pravidla o stanovení výše kauce však musejí být natolik určitá, aby jejich nesprávná interpretace neznemožnila přístup k přezkumnému řízení. Kauce stanovená konkrétním procentem z nabídkové ceny je stanovena objektivně a její výši lze bezpečně zjistit, pokud uchazeč učiní nabídku a uvede nabídkovou cenu. Podle stěžovatelky nelze v této věci stanovit nabídkovou cenu za celou dobu plnění veřejné zakázky.

[19] Podle čl. 7.3 zadávací dokumentace[1] (Základní požadavky zadavatele na zpracování nabídkové ceny) jsou uchazeči povinni **stanovit nabídkovou cenu** pro každou část veřejné zakázky **dle níže uvedeného schématu**, které je zároveň obsaženo v příloze zadávací dokumentace (viz přílohu 8.1). Požadavky na zpracování nabídkové ceny jsou přitom stanoveny tak, aby uchazeči podali vzájemně porovnatelné nabídky. **Základní jednotkou pro stanovení nabídkové ceny** v Kč je 1 vozokilometr. Uchazeč pro každou část veřejné zakázky, na kterou podává nabídku, použije vzorovou tabulku (viz přílohu 8.1), do níž doplní údaje v požadované struktuře a **provede konečný výpočet celkové nabídkové ceny** dle níže uvedeného návodu.

[20] Dále se zde uvádí (a v příloze 8.1 zadávací dokumentace opakuje), že **nabídková cena bude vypočtena jako předpokládaný počet vozokilometrů násobený jednotkovou cenou za jeden vozokilometr, pro danou část veřejné zakázky nabídnutou uchazečem.** Ceny předpokládaného výkonu pro jednotlivé typy autobusů a standardy IDS budou

[1] Posuzovaná zadávací dokumentace je veřejně dostupná na internetové adrese: https://zakazky.krajbezkorupce.cz/contract_display_7577.html.

sečteny a tento součet bude následně vynásoben součtem čísla 1 a maximálního možného zvýšení předpokládaného rozsahu předmětné části veřejné zakázky dle přílohy Zadávací dokumentace (viz Příloha 9). [...] **Takto získaná nabídková cena** pro příslušnou část Veřejné zakázky bude **předmětem hodnocení**. Nabídková cena musí zahrnovat veškeré náklady spojené s realizací celé předmětné části veřejné zakázky dle podmínek stanovených v závazném textu návrhu smlouvy.

[21] V příloze 8.1 zadávací dokumentace (Formulář - Prohlášení o nabídkové ceně) následuje modelový příklad vyplnění tabulky pro určení nabídkové ceny pro jednotlivé části veřejné zakázky. Vstupy pro výpočet výsledné nabídkové ceny jsou: počet kilometrů předpokládaného ročního výkonu jednotlivých autobusů, jednotková cena za 1 vozokilometr, cena předpokládaného výkonu a maximální možné zvýšení ročního výkonu.

[22] Podle čl. 4.1 zadávací dokumentace je *předpokládaný maximální* rozsah plnění veřejné zakázky vyjádřen počtem cca 5,8 milionů kilometrů, který vyplývá ze stavu jízdních řádů, spojů a linek ke dni zahájení zadávacího řízení a zahrnuje i případné plnění, které bude v průběhu plnění veřejné zakázky poskytnuto nad rámec *předpokládaného* rozsahu. U každé části veřejné zakázky byl vymezen mj. předpokládaný roční objem kilometrů pro příslušnou část veřejné zakázky a jeho maximální možné zvýšení (vztaženo k období 10 let).

[23] Podle čl. 10 zadávací dokumentace (Hodnocení nabídek) je základním hodnotícím kritériem ve smyslu § 78 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách ekonomická výhodnost nabídek. Postup způsobu hodnocení nabídek včetně podrobného vymezení hodnotících kritérií je pak obsažen v příloze 7 zadávací dokumentace. Zde jsou vymezena dvě dílčí hodnotící kritéria: **celková nabídková cena** s váhou 80 % a pravidla technologických postupů, organizačního a technického zabezpečení provozu s váhou 20 %.

[24] NSS dospěl ke shodnému závěru jako krajský soud, že nabídková cena byla v zadávací dokumentaci stanovena jednoznačně. V čl. 7.3 zadávací dokumentace a příloze 8.1 zadávací dokumentace jsou srozumitelně vymezeny požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny ve smyslu § 44 odst. 3 písm. f) zákona o veřejných zakázkách. Cena za jeden vozokilometr je pouze jedním z několika vstupů pro výpočet nabídkové ceny, kterou zadavatel hodnotil a na jejímž základě vybíral nejvhodnější nabídku. Také NSS považuje mechanismus pro výpočet nabídkové ceny za jasný a přehledný, jeho srozumitelnost je podpořena příkladem jeho vyplnění a použití v zadávací dokumentaci.

[25] Zákon nevylučuje, aby nabídkovou cenou byla cena modelová určená způsobem, jak učinil zadavatel na základě určitých kritérií vymezených v zadávací dokumentaci. Na konstrukci nabídkové ceny, jak je učiněna v nyní projednávané věci, tedy NSS neshledává nic neobvyklého ani nezákonného. Zadavatel dostatečným způsobem vymezil jednotlivé vstupy pro výpočet nabídkové ceny tak, aby mohli uchazeči podat nabídky s porovnatelnými nabídkovými cenami. Za tímto účelem stanovil zadavatel modelové údaje (zejm. předpokládaný počet vozokilometrů), čímž „zafixoval“ vstupní údaje pro výpočet nabídkové ceny tak, aby byla porovnatelná. Pokud tedy byla nabídková cena v daném případě konstruována v návaznosti na počet kilometrů předem stanoveného a

všem uchazečům známého předpokládaného ročního výkonu jednotlivých vozidel, dále na jednotkovou cenu za 1 vozokilometr a maximální možné zvýšení ročního výkonu, pak bylo možné určit konkrétní výši nabídkové ceny. Skutečnost, že se takto modelově vypočtená nabídková cena může oproti okamžiku hodnocení, popř. okamžiku 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 zákona o veřejných zakázkách rozhodující (srov. rozsudek NSS ze dne 15. 8. 2013, čj. 2 Afs 4/2013-57, zejm. body [22] a [23]).

[26] Nadto NSS považuje za logický požadavek, aby nabídková cena odpovídala (byť modelově) částce, kterou zadavatel za poptávané služby v konečném důsledku skutečně vynaloží. Naopak argumentace stěžovatelky postrádá legitimní opodstatnění, neboť je zjevně vedena snahou zpochybnit způsob stanovení nabídkové ceny v zadávacím řízení pouze proto, aby kauce za návrh na přezkoumání úkonů zadavatele činila pouze 100 000 Kč. Výklad stěžovatelky však odhlíží od záměru zadavatele, který zjevně zamýšlel porovnat celkové ceny plnění, nikoliv pouze jednotkové ceny za jeden kilometr. Výše kauce za návrh je pouze nepřímým důsledkem výše nabídkové ceny (resp. způsobu jejího určení), jak ji stanovil zadavatel v zadávacím řízení. Kauce odráží význam a rozsah konkrétní veřejné zakázky, proto je zásadně určena procentuální výší v návaznosti na nabídkovou cenu navrhovatele.

[27] Uvedené je v souladu rovněž se smyslem a účelem kauce - druhem peněžité záruky, která má zamezit tomu, aby návrh na zahájení řízení byl podáván bezdůvodně za účelem prodlužování zadávacího řízení, jehož je přezkumné řízení součástí, a vyvolání právní nejistoty účastníků zadávacího řízení (srov. Jurčík, R. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, str. 679). Je tedy nepochybně legitimní, pokud výše kauce (zásadně) odpovídá konkrétnímu zadávacímu řízení a ceně (resp. hodnotě) dané veřejné zakázky.

[28] Také argument stěžovatelky, podle kterého lze z delší doby plnění usuzovat spíše na rámcový charakter smlouvy a cenu odvozenou od jednotkových cen, je obecný, nepřesný a neodpovídá skutkovým okolnostem této věci. Smlouva o veřejných službách měla sice být uzavřena na dobu deseti let, to však samo o sobě nesvědčí o rámcovém charakteru smlouvy. Především je však podstatné, že bylo možné určit nabídkovou cenu stěžovatelky, od které se odvíjela výše kauce, a zároveň se nejednalo o cenu za jednotku plnění. Nebylo tedy třeba blíže posuzovat, zda je smlouva o veřejných službách rámcová, či nikoliv, jak již správně posoudil krajský soud (viz bod 37 napadeného rozsudku).

[29] NSS nesouhlasí ani s argumentem stěžovatelky, že v návrhu smlouvy o veřejných službách, který je součástí zadávací dokumentace, je definice nabídkové ceny odlišná od výše uvedené a že krajský soud nezdůvodnil, proč upřednostnil výklad pojmu nabídková cena podle čl. 7.3 a přílohy 8.1 zadávací dokumentace oproti definici v návrhu smlouvy. Naopak krajský soud vysvětlil, že pojem nabídková cena měl v návrhu smlouvy o veřejných službách odlišný význam oproti zadávací dokumentaci. Pro danou věc je pak podstatné, že návrh smlouvy a definice v něm uvedené jsou pouze součástí „*smluvního instrumentária předmětné veřejné zakázky*“.

[30] S tímto vysvětlením se NSS ztotožňuje. Podle čl. 1.1 smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové osobní dopravě se nabídkovou cenou rozumí *„cena za jeden kilometr, za niž dopravce plní své závazky v souladu s touto smlouvou, a to dále v členění podle typu vozidla a standardu výbavy IDS*. Z toho je zřejmé, že význam pojmu *nabídková cena* a její konstrukce podle smlouvy o veřejných službách je skutečně jiný, než ve smyslu čl. 7.3 a přílohy 8.1 zadávací dokumentace. V tomto ohledu lze se stěžovatelkou souhlasit. Podstatné ovšem je, že smluvní vztah mezi zadavatelem jako objednatelem a vybraným uchazečem jako dopravcem je primárně vztahem soukromoprávním. Pojem nabídková cena je proto v návrhu smlouvy o veřejných službách definován především pro účely závazku mezi smluvními stranami (tj. zadavatelem a vybraným uchazečem). Její stanovení je tak záležitostí dohody smluvních stran a je určující pro obsah závazku z pohledu soukromého práva.

[31] NSS nevylučuje, že přílohy a dodatky zadávací dokumentace, byť se týkají *a priori* soukromoprávních poměrů, mohou objasňovat skutečnosti týkající se veřejné zakázky a mít význam v interpretační rovině. Na druhou stranu však není možné, aby byl obsah zákonného pojmu *nabídková cena* určován výhradně smluvně, tj. dohodou mezi stranami (zadavatelem jako objednatelem a příslušným uchazečem jako poskytovatelem), bez zřetele na veřejnoprávní povahu zadávání veřejných zakázek. Přestože je tedy návrh smlouvy o veřejných službách součástí zadávací dokumentace, definice nabídkové ceny tak, jak je konstruována v návrhu smlouvy, se neshoduje s vymezením nabídkové ceny ve smyslu § 44 odst. 3 písm. f) a § 115 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Naopak nabídková cena, která odpovídá těmto ustanovením zákona o veřejných zakázkách, byla stanovena podle čl. 7.3 a přílohy 8.1 zadávací dokumentace a právě toto její vymezení je rozhodné pro určení výše kauce.

[32] Stěžovatelka v žalobě na podkladě čl. 3 smlouvy o veřejných službách namítala, že nabídková cena, resp. odměna vybranému uchazeči – poskytovateli služeb se odvíjí od jednotkové ceny za jeden kilometr. Na to krajský soud v napadeném rozsudku reagoval tak, že logikou stěžovatelky by také tato „nabídková cena“ ve smyslu smlouvy o veřejných službách musela být modelovou cenou, neboť čl. 3 smlouvy o veřejných službách předpokládá úpravu ceny za jeden vozokilometr v návaznosti na vnější okolnosti, které jsou v době podání nabídky neznámé. V této souvislosti stěžovatelka v kasační stížnosti uváděla, že krajský soud nelogicky klade rovnítko mezi neurčitý počet kilometrů, které by se měly najezdit v rámci plnění veřejné zakázky, a cenu za jeden vozokilometr ve smyslu čl. 3 smlouvy o veřejných službách. Z výše uvedeného je zřejmé, že krajský soud se i s touto námitkou přezkoumatelným způsobem vypořádal a vysvětlil, že nabídková cena, od které se odvíjela výše kauce, nemůže být dovozována ze smlouvy o veřejných službách, a to ani z jejího čl. 3, jak činila stěžovatelka (tím spíše, že úprava ceny založená na „vnějších vlivech“ je mnohem více modelová než stanovení konkrétního předpokládaného počtu kilometrů k okamžiku hodnocení nabídek tak, aby z nich mohla být vypočtena porovnatelná nabídková cena). Také s tímto posouzením krajského soudu se NSS zcela ztotožňuje.

[33] NSS souhlasí také se způsobem, jakým krajský soud vypořádal námitku stěžovatelky, že žalovaný postupoval v rozporu se svou dosavadní praxí. Touto námitkou

se krajský soud již podrobně zabýval ve věci 62 Af 67/2015 a neshledal důvod odchylovat se od tam učiněných zjištění. Zopakoval, že ve věci, na kterou stěžovatelka odkazuje, byla sice zadávána na první pohled obdobná veřejná zakázka na zajištění dopravní obslužnosti linkovou dopravou, nabídková cena však byla konstruována odlišně od nyní projednávané věci. Ze zadávací dokumentace, kterou krajský soud provedl ve stěžovatelčině věci jako důkaz, plyne, že nabídková cena byla stanovena jako základní cena dopravního výkonu na jeden kilometr v Kč bez DPH, tedy jako cena jednotková. Nelze tak stěžovatelce přisvědčit, že by se jednalo o skutkově a právně totožnou věc.

[34] Námitky týkající se nesprávného posouzení výše a způsobu stanovení nabídkové ceny, která je ve smyslu § 115 odst. 1 věty první zákona o veřejných zakázkách základem pro vyměření výše kauce, nejsou důvodné.

III.C Vyměření kauce v souvislosti s druhým návrhem na přezkum úkonu zadavatele

[35] Tuto námitku již dostatečně vypořádal krajský soud ve svém rozsudku. NSS se i v tomto ohledu s krajským soudem ztotožňuje, proto jeho závěr pouze stručně shrne.

[36] Podle § 115 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách se kauce platí v souvislosti s podáním návrhu na přezkum úkonů zadavatele. Takových návrhů může být v rámci jednoho zadávacího řízení podáno několik, viz § 114 odst. 1 a 2 zákona, ve kterém je stanoven demonstrativní výčet úkonů zadavatele, proti kterým se uchazeči mohou tímto způsobem bránit. Kauci je pak uchazeč povinen složit za každý z návrhů na přezkum úkonu, který během zadávacího řízení u žalovaného uplatní (srov. rozsudek NSS ze dne 20. 10. 2016, čj. 5 As 213/2015-38), tzn., že jednou složená kauce nepokrývá zároveň všechny ostatní podané návrhy na přezkum úkonů zadavatele. Stěžovatelka tedy byla povinna složit kauci za každý z návrhů (proti vyloučení z účasti v zadávacím řízení a proti výběru nejvhodnější nabídky), neboť podala dva samostatné návrhy proti odlišným úkonům zadavatele. Z povahy věci tedy měla být argumentace stěžovatelky v těchto návrzích v prvé řadě založena na tvrzení, proč byl každý z uvedených úkonů nezákonný. Jinými slovy, v prvním návrhu stěžovatelka zdůvodňovala, proč bylo její vyloučení ze zadávacího řízení nezákonné, a v druhém návrhu zdůvodňovala, proč považuje výběr nejvhodnější nabídky za nesprávný. Samotná věcná argumentace, jakkoliv mohla mít totožný základ, je však záležitostí věcného přezkumu, nikoliv fáze, v níž žalovaný zkoumá splnění podmínek řízení o návrhu.

[37] Z toho rovněž vyplývá, že složení kauce za každý podaný návrh nemůže být vyloučeno ani tehdy, pokud se žalovaný následně rozhodne řízení o některých návrzích spojit ve smyslu § 140 správního řádu. Právní předpisy pro takový případ nepředpokládají, že by žalovaný měl kauci vrátit (stejně tak nepožadují, aby navrhovatel složil kauci, pokud žalovaný dospěje k závěru, že na základě jednoho návrhu povede více samostatných správních řízení; k tomu lze opětovně srovnat rozsudek NSS ze dne 20. 10. 2016, čj. 5 As 213/2015-38). NSS souhlasí s krajským soudem v tom, že je věcí účastníka, které úkony zadavatele se rozhodne napadnout, a které nikoliv. Procesní strategii a rozhodování účastníka jistě může ovlivnit vědomí povinnosti za každý návrh uhradit kauci. To však

samo o sobě není důvodem pro shledání nelegitimnosti či nepřiměřenosti kauce – naopak se jedná o jeden ze základních projevů jejího smyslu a účelu (viz výše).

[38] Jak je ostatně uvedeno v rozsudku Soudního dvora ve věci *Orizzonte Salute* (bod 64), který stěžovatelka cituje, z ustanovení unijních směrnic v oblasti veřejných zakázek, jako je např. čl. 47 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, vyplývá, že podmínkou účasti subjektu na veřejné zakázce je jeho náležitá hospodářská a finanční způsobilost, v rámci níž musí počítat také s úhradou poplatků (a kaucí) souvisejících se zadávacím řízením. Skutečnost, že by kauce v celkové výši 4 000 000 Kč byla pro stěžovatelku (vzhledem k jejímu ekonomickému postavení) nepřiměřená, stěžovatelka v řízení před správními soudy ani před žalovaným netvrdila a nijak nedokládala.

[39] K rozsudku ve věci Orizzonte Salute lze pro úplnost dodat, že se zabýval skutkově a právně odlišnou věcí, než je nyní projednávaný případ. V uvedeném rozsudku byly zaplaceny soudní poplatky ve správním soudnictví v oblasti přezkumu veřejných zakázek; oproti tomu stěžovatelka v této věci složila potenciálně vratné kauce za návrhy podané u žalovaného správního orgánu (jež jí následně byly z poloviny vráceny). Závěry učiněné v citovaném rozsudku, i pokud by byly analogicky vztaženy ke kaucím, nejsou s posouzením věci stěžovatelky v rozporu. Jejich podstatu podrobně a logicky vyložil již krajský soud na str. 13 napadeného rozsudku a vzhledem ke stručnosti argumentů stěžovatelky v kasační stížnosti (jakož i tomu, že pouze zopakovala tvrzení uvedená v žalobě) na něj NSS rovněž v tomto směru plně odkazuje.

[40] NSS neshledal v postupu žalovaného, jeho předsedy a ani krajského soudu pochybení. Stěžovatelce na základě její žádosti nevznikl nárok na vrácení přeplatku na kaucích ani na úhradu úroku.

IV. Závěr a náklady řízení

[41] NSS zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou podle § 110 odst. 1 s. ř. s., věty poslední.

[42] O náhradě nákladů řízení rozhodl soud podle § 60 odst. 1 za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatelka neměla ve věci úspěch a žalovanému v řízení nevznikly žádné náklady.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 29. srpna 2018

Daniela Zemanová
předsedkyně senátu