



UOHSX004N7ZB

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R220,229/2012/VZ-21368/2012/310/PSe

Brno 13. listopadu 2012

Ve správním řízení o rozkladech doručených Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 14. 8. 2012 zadavatelem –

- obcí **Panenské Břežany**, IČ 00240583, se sídlem Hlavní 17, 250 70 Panenské Břežany, a dne 17. 8. 2012 navrhovatelem –
- společností **Tost.cz, s.r.o.**, IČ 25956019, se sídlem Havlíčkova 408, 584 01 Ledec nad Sázavou, ve správním řízení zastoupenou Mgr. Josefem Fiřtem, LL.M., advokátem, Kořán a Fiřt, advokátní kancelář, se sídlem Opletalova 1015/55, 110 00 Praha 1, na základě plné moci ze dne 30. 9. 2010,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S385/2010/VZ-14172/2012/530/RNi ze dne 30. 7. 2012 vydanému ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Regenerace brownfieldu – rekonstrukce obecního úřadu**“, zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení podle § 38 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, na základě výzvy ze dne 25. 6. 2010,

jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- podnikatel **Ing. Jiří Mach**, IČ 46690450, místem podnikání Stará Cesta 448/II, 377 01 Jindřichův Hradec,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) 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:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S385/2010/VZ-14172/2012/530/RNi ze dne 30. 7. 2012

potvrzuji

a podané rozklady

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Výzvou ze dne 25. 6. 2010 podle § 38 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ vyzvala obec Panenské Břežany, IČ 00240583, se sídlem Hlavní 17, 250 70 Panenské Břežany (dále jen „**zadavatel**“) deset zájemců k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním zadávacím řízení veřejné zakázky s názvem „Regenerace brownfieldu – rekonstrukce obecního úřadu“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. V bodě 6. Způsob zpracování nabídkové ceny odstavci 3 zadávací dokumentace veřejné zakázky zadavatel stanovil, že nabídková cena bude zpracována formou ocenění výkazu výměr, který je přílohou zadávací dokumentace. V bodě 9. 3. Hodnotící kritéria zadávací dokumentace veřejné zakázky vyplývá, že zadavatel stanovil jako základní hodnotící kritérium nejnižší nabídkovou cenu včetně DPH.
3. Dne 1. 7. 2010 se společnost Tost.cz, s.r.o., IČ 25956019, se sídlem Havlíčkova 408, 584 01 Ledec nad Sázavou (dále jen „**navrhovatel**“) prostřednictvím e-mailu dotázala zadavatele na upřesnění následujících položek výkazu výměr zadávací dokumentace týkajících se vodorovných konstrukcí, zejména kde se dané konstrukce nacházejí, a na vysvětlení jejich výměr:

411321414	Stropní deska z betonu železového BŽ25 (C20/25) - bez výztuže 8,3 m?
411322424	Strop trémový z betonu železového BŽ25 (C20/25) - bez výztuže 19 m?
411351101	Bednění stropních desek - zřízení 392,3 m ²

¹ Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona.

411351102	Bednění stropních desek - odstranění 392,3 m ²
411351105	Bednění stropních trámů - zřízení 25 m ²
411351106	Bednění stropních trámů - odstranění 25 m ²

4. Dne 7. 7. 2010 odpověděl zadavatel navrhovateli prostřednictvím e-mailu, v němž uvedl, že po konzultaci s projektantem žádá navrhovatele, aby zpracoval nabídku z důvodu porovnání cen dle předložené specifikace a do komentáře uvedl své připomínky k technickému řešení.
5. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 14. 7. 2010 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel sedm nabídek, přičemž hodnotící komise po kontrole jejich úplnosti podle § 71 odst. 8 zákona konstatovala, že všechny nabídky splňují zákonné požadavky a požadavky zadavatele.
6. Po posouzení nabídek podle § 76 odst. 3 zákona zaslal zadavatel navrhovateli dne 22. 7. 2010 žádost o písemné vysvětlení jeho nabídky. Zadavatel v ní žádal vysvětlení nejasnosti nabídky navrhovatele, kterou spatřoval v tom, že navrhovatel v rozpočtu SO 01 v části 4 – Vodorovné konstrukce uvedl součtovou položku ve výši 468.052,90,- Kč, součet odpovídajících položek přitom byl více než 810.000,- Kč.
7. Dopisem ze dne 23. 7. 2010 podal navrhovatel zadavateli písemné vysvětlení výše uvedené nejasnosti jeho nabídky, v němž mimo jiné uvedl, že o omyl nejde a na výši součtové položky 468.052,90,- Kč u vodorovných konstrukcí v rozpočtu nabídky trvá.
8. Navrhovatel se v objasnění nabídky dále vyjádřil v tom smyslu, že zatímco podle projektové dokumentace stropy nad místnostmi č. 102, 112, 113 a 114 mají být řešeny pouze prostřednictvím panelů, výkaz výměr zahrnuje vedle položek panelového způsobu provedení stropů také položky prací jiného, alternativního řešení stropu – strop železobetonový do bednění. Dle názoru navrhovatele z popisu předmětu veřejné zakázky plyne, že stropy mají být provedeny způsobem odpovídajícím panelovému řešení, a nikoli pomocí stropu železobetonového do bednění. Navrhovatel poznamenal, že po obdržení dodatečné informace k zadávacím podmínkám ze dne 7. 6. 2010, v níž byl uveden požadavek zadavatele na zpracování nabídky dle předložené specifikace, se navrhovatel za účelem informativního porovnání cen rozhodl ocenit všechny položky dodaného výkazu výměr, tedy i položky alternativního způsobu plnění, do nabídkové ceny však následně zahrnul ceny pouze těch položek prací, které odpovídají popisu předmětu zakázky, který navrhovateli vyplynul ze zadávací dokumentace.
9. Z protokolu o jednání hodnotící komise ze dne 6. 8. 2010 vyplývá, že hodnotící komise rozhodla nabídku navrhovatele vyřadit a zadavateli doporučila navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení vyloučit pro nesplnění požadavků stanovených zadavatelem v zadávací dokumentaci. Hodnotící komise tento svůj závěr odůvodnila tím, že navrhovatel upravil výkaz výměr v rozporu se zadávacími podmínkami takovým způsobem, že oceněné položky neodpovídají projektu, přičemž v důsledku těchto úprav se nabídková cena navrhovatele stala nesouměřitelnou s nabídkami ostatních uchazečů.
10. Dne 20. 8. 2010 rozhodl zadavatel o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení uvedl

shodné odůvodnění jako ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 6. 8. 2010, a to nedodržení podmínek stanovených zadavatelem v zadávacích podmínkách.

11. Dne 20. 8. 2010 zadavatel dále rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky. Nejvhodnější nabídkou se stala nabídka uchazeče podnikatele, Ing. Jiřího Macha, IČ 46690450, místem podnikání Stará Cesta 448/II, 377 01 Jindřichův Hradec (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
12. Dne 6. 9. 2010 byly zadavateli doručeny námitky navrhovatele ze dne 2. 9. 2010 směřující proti rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení z další účasti v zadávacím řízení (dále jen „**námitky**“). Zadavatel na námitky podané navrhovatelem způsobem stanoveným § 111 odst. 1 zákona, ani nijak jinak, nereagoval.
13. Dne 1. 10. 2010 podal navrhovatel ve lhůtě podle § 114 odst. 5 zákona Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) návrh na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 30. 9. 2010 (dále jen „**návrh**“). Návrhem se navrhovatel domáhal, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení.
14. Navrhovatel byl toho názoru, že splnil veškeré požadavky zadavatele stanovené v rámci zadávacího řízení. Navrhovatel namítal, že výkaz výměr předložený zadavatelem obsahuje položky, jež jsou ve vztahu k předmětu veřejné zakázky zcela nadbytečné a neodpovídají projektové dokumentaci. Podstatu problému viděl navrhovatel v položkách výkazu výměr č. 411322424, 411351105, 411351106 a v položkách výkazu výměr č. 411351101, 411351102, 411354173 a 411354174.
15. K položkám výkazu výměr č. 411322424, 411351105 a 411351106 navrhovatel uvedl, že odpovídají řešení trémovým stropem, přičemž projektová dokumentace předepisovala provést všechna zastropení v objektu z jedné části pomocí stropu panelového a z druhé části pomocí stropu monolitického deskového. Dle navrhovatele z uvedeného vyplývá, že zastropení je v projektové dokumentaci vyřešeno bez trémového stropu. Navrhovatel konstatoval, že zastropení trémovým způsobem nebylo možné po uchazečích požadovat, neboť způsob zastropení je v projektové dokumentaci zcela jasně a dostatečně definován a výkaz výměr pro způsob řešení zastropení uvedený v projektové dokumentaci příslušné položky obsahuje.
16. K položkám výkazu výměr č. 411351101, 411351102, 411354173 a 411354174 navrhovatel uvedl, že se jedná o položky bednění stropních desek a prací k bednění potřebných. Výměry těchto položek uvedené ve výkazu výměr dle navrhovatele výrazným způsobem převyšují výměry vyplývající z projektové dokumentace, a to o více než 400 %.
17. Navrhovatel v návrhu uvedl, že si nepřesnost výkazu výměr ve vztahu k zadávací dokumentaci uvědomil a s ohledem na požadavek zadavatele uvedený v zadávací dokumentaci, který spočíval v povinnosti kompletního vyplnění výkazu výměr, se rozhodl ocenit ve výkazu výměr veškeré položky, které výkaz výměr obsahoval, tedy i položky z pohledu projektové dokumentace nadbytečné. Do nabídkové ceny však navrhovatel zahrnul pouze ceny těch položek výkazu výměr, které jsou dle jeho názoru relevantní ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky, resp. k projektové dokumentaci, přičemž o této skutečnosti informoval zadavatele ve vyplněném výkazu výměr poznámkou.

18. Dle názoru navrhovatele to měla být právě projektová dokumentace, která měla sloužit uchazeči jako rozhodující dokument, z něhož může uchazeč získat úplnou představu o předmětu zakázky. Navrhovatel se domníval, že význam výkazu výměr je oproti projektové dokumentaci z hlediska potřeby určení předmětu veřejné zakázky na stavební práce vždy slabší váhy a má druhotný význam. Navrhovatel v návrhu zdůraznil, že jednotlivé položky výkazu výměr nejsou z povahy věci dostatečným vymezením předmětu veřejné zakázky. Dle návrhu navrhovatele měl výkaz výměr sloužit především jako pomůcka pro usnadnění určení ceny, a to cestou postupného oceňování jednotlivých ucelených částí, přičemž nelze nutit uchazeče, aby se při určování své celkové nabídkové ceny drželi striktně údajů uvedených ve výkazu výměr bez ohledu na projektovou dokumentaci. Navrhovatel v návrhu uvedl, že se domnívá, že na nabídkovou cenu je třeba nahlížet ve vztahu k realizaci předmětu veřejné zakázky tak, jak je popsán v projektové dokumentaci, a nikoli tak, jak je vymezen ve výkazu výměr.
19. Navrhovatel v návrhu namítal, že jeho vyloučením došlo k neoprávněnému zvýhodnění těch uchazečů, kteří předložili své cenové nabídky vypracované striktně podle předloženého výkazu výměr, avšak bez jakéhokoliv ohledu na souvislost s projektovou dokumentací. Skutečnost, že ostatní uchazeči o veřejnou zakázku započítali do cenových nabídek i takové položky výkazu výměr, které nemohly být s ohledem na projektovou dokumentaci realizovány, by dle navrhovatele neměla jít k jeho tíži.
20. K navrhovatelovu ocenění některých položek ve výkazu výměr hodnotou 0,- Kč navrhovatel dodal, že navrhovatel výše uvedené problematické položky ocenil nulou zcela přiměřeně s ohledem na znění projektové dokumentace. Dle názoru navrhovatele by bylo v zásadním rozporu se smyslem zadávacího řízení, pokud by uchazeč do své cenové nabídky započítával i ceny takových položek výkazu výměr, k jejichž uplatnění za současného dodržení projektové dokumentace nikdy nedojde.
21. Úřad dne 29. 10. 2010 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S385/2010-16258/2010/530/RKr, kterým na návrh navrhovatele nařídil zadavateli předběžné opatření podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

II. Rozhodnutí Úřadu ze dne 13. 4. 2011

22. Dne 13. 4. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S385/2010-4779/2011/530/RKr (dále jen „**původní rozhodnutí**“), jehož výrokem I. rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť zadavatel při vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení postupoval v souladu se zákonem, a nebyly tudíž zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.
23. Výrokem II. původního rozhodnutí Úřad rozhodnul, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že neodeslal rozhodnutí o námitkách navrhovatele, a postupoval tak při vyřizování námitek v rozporu s § 111 zákona. Výrokem III. původního rozhodnutí pak Úřad podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona uložil zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. pokutu ve výši 50.000,- Kč.

24. Proti výroku I. původního rozhodnutí byl Úřadu dne 10. 5. 2011 doručen rozklad navrhovatele, rozklad zadavatele proti výrokům II. a III. původního rozhodnutí byl Úřadu doručen dne 11. 5. 2011.

III. Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 18. 1. 2012

25. Předseda Úřadu rozhodnutím o rozkladech č. j. ÚOHS-R100,104/2011/VZ-911/2012/310/JRa ze dne 18. 1. 2012 (dále jen „**zrušující rozhodnutí**“) zrušil původní rozhodnutí a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
26. Předseda Úřadu v odůvodnění zrušujícího rozhodnutí konstatoval, že se Úřad v odůvodnění původního rozhodnutí dostatečně nezabýval okolnostmi, za nichž jednotliví uchazeči podávali své nabídky, tedy jaké práce oceňovali a zda tyto práce budou skutečně vyžadovány k realizaci předmětu plnění veřejné zakázky dle zadávací dokumentace. Tento postup Úřadu dle předsedy Úřadu způsobil nepřezkoumatelnost odůvodnění původního rozhodnutí v části, zda při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení postupoval zadavatel dle zákona, a to včetně určení pořadí uchazečů. Podle předsedy Úřadu se jednalo o takovou vadu správního řízení, kterou nebylo možné zhojit v odvolacím řízení.
27. Předseda Úřadu zavázal Úřad při novém projednání věci právním názorem, aby Úřad nově zhodnotil přezkoumatelným způsobem, jaké práce jednotliví uchazeči v jejich nabídkách oceňovali a zda tyto práce byly skutečně vyžadovány dle zadávací dokumentace. Úřad měl tímto způsobem postavit najisto jeho závěry o transparentnosti zadávacího řízení veřejné zakázky.
28. Předseda Úřadu při novém projednání věci uložil Úřadu přezkoumat, zda v zadávacím řízení veřejné zakázky mohlo či nemohlo dojít k situaci, že uchazeči oceňovali nepotřebné práce, které byly poměřovány výkazem výměr, avšak nikdy by tyto nepotřebné práce nebyly vybraným uchazečem vykonány, přestože by za ně došlo k vynaložení smluvně ujednaných veřejných prostředků. Předseda Úřadu mj. zavázal Úřad zhodnotit, zda případné odchylky, na které poukazuje navrhovatel, by mohly mít vliv na způsob vynakládání veřejných prostředků, nebo zda se jedná pouze o účelové námitky vyloučeného uchazeče.
29. K námitkám rozkladu zadavatele směřujícím proti výroku II. původního rozhodnutí předseda Úřadu konstatoval, že zadavatel tím, že nevyřídil námitky navrhovatele, naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona. Co se týkalo výše uložené pokuty výrokem III. původního rozhodnutí, předseda Úřadu přezkoumal postup Úřadu a dospěl k závěru, že Úřad i při rozhodování ve výroku III. původního rozhodnutí postupoval správně a zákonným způsobem.
30. Přesto vzhledem k výše uvedené nepřezkoumatelnosti odůvodnění původního rozhodnutí předseda Úřadu rozhodnul zrušit celé rozhodnutí a vrátit věc k novému projednání, jelikož nebylo vyloučeno, že novým projednáním věci ve smyslu výše uvedeného právního názoru by mohly vyjít najevo skutečnosti odůvodňující změnu výroků II. a III. původního rozhodnutí.
31. Po nabytí právní moci zrušujícího rozhodnutí oznámil Úřad účastníkům řízení, že se ve správním řízení sp. zn. S385/2010/VZ vedeném Úřadem ve věci přezkoumání úkonů zadavatele pokračuje.

IV. Napadené rozhodnutí

32. Po novém projednání věci vydal Úřad dne 30. 7. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S385/2010/VZ-14172/2012/530/RNi (dále jen „**napadené rozhodnutí**“). Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodnul, že se návrh navrhovatele, podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítá, neboť zadavatel při vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení postupoval v souladu se zákonem, a tudíž nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle odst. 1 nebo 2 zákona.
33. Výrok I. napadeného rozhodnutí Úřad opřel o zjištění, že ačkoli navrhovatel v jeho nabídce na stranách 30 a 31 ocenil všechny položky výkazu výměr v části „Vodorovné konstrukce“, součet všech položek této části výkazu výměr provedl takovým způsobem, že do „Výsledné ceny“ nezapočítal následující položky:

Číslo položky	Popis položky	Cena položky
411322424	Strop trémový z betonu železového BŽ25 (C20/25) - bez výztuže	58 900,00 Kč
411351101	Bednění stropních desek - zřízení	156 920,00 Kč
411351102	Bednění stropních desek - odstranění	31 384,00 Kč
411351105	Bednění stropních trámů - zřízení	11 250,00 Kč
411351106	Bednění stropních trámů - odstranění	3 250,00 Kč
411354173	Podpěrná konstrukce stropů výšky <4 m pro zatížení 5-12 kPa - zřízení	66 691,00 Kč
411354174	Podpěrná konstrukce stropů výšky <4 m pro zatížení 5-12 kPa - odstranění	13 730,50 Kč
CELKEM		342 125,50 Kč

34. Úřad dále zjistil, že se dne 7. 9. 2010 uskutečnilo jednání mezi navrhovatelem a společností Archicraft, s.r.o., autorem a zpracovatelem projektové dokumentace předmětu plnění veřejné zakázky (dále jen „**autor projektové dokumentace**“). Ze zápisu jednání ze dne 14. 9. 2010 Úřad zjistil, že pro vyřešení pochyb o správnosti dokumentace pro provedení předmětné stavby se navrhovatel s autorem projektové dokumentace dohodli, že navrhovatel doloží vlastní výpočet bednění ve formě výpisu dle jednotlivých podlaží, a autor projektové dokumentace provede revizi původní výměry. Ohledně odlišného názoru navrhovatele na požadavek trémového stropu v projektové dokumentaci, Úřad zjistil, že podkladem autora projektové dokumentace pro výpočet objemu stropů byl výpočet statika projektanta. Výpočet byl v písemné podobě předán na jednání dne 7. 9. 2010 navrhovateli. Správnost výpočtu nebyla v době konání jednání navrhovatelem zpochybněna, projektantem byl výpočet označen za věrohodný a platný.
35. Úřad z listiny Výsledek kontrolních výpočtů zjistil, že navrhovatel na základě výše uvedeného jednání po přepočtu výměry bednění dospěl k celkové výměře 95,86 m², přičemž do výpočtu nebyla započtena atika o výměře 27 m² a za součást výpočtu navrhovatel nepředpokládal průvlaky a tvarovou komplikovanost trémové desky, kterou zpochybnuje. Autor projektové dokumentace však na základě výše uvedeného jednání dospěl po přepočtu výměry bednění k hodnotě 145 m². Do plochy bednění byly dle něj započítány i průvlaky ve střední části. Ohledně trémového stropu navrhovatel ve Výsledku kontrolních výpočtů uvedl, že i nadále zpochybnuje položku výkazu výměr trémový strop.

36. Úřad z tohoto dokumentu zjistil, že podle autora projektové dokumentace se uvedená problematika posunula do oblasti terminologie, nikoli výpočtů a že navrhovatel připustil odlišný výpočet betonové desky oproti nabídce předané v rámci zadávacího řízení, nepovažoval však tuto skutečnost za relevantní, neboť odmítnul nazývat trémový strop specifikovaný statikem Ing. Ivanem Cihelkou trémovým, a trval na tom, že v rozsahu uvedeném ve výpočtu statika neexistuje.
37. Autor projektové dokumentace oproti tomu připustil neúmyslné nadhodnocení plošné výměry bednění v původním výkazu výměr, které by však nemohlo zpochybnit projekt, neboť bednění nemá přesnou metodiku výpočtu a výpočet provedený autorem projektové dokumentace zohledňuje komplikovanost řešených stropů, prořezy atd.
38. Úřad dovedil, že projektová dokumentace spolu s výkazem výměr tvoří nedílnou součást zadávací dokumentace a je nezbytným podkladem pro samotné zpracování nabídky. Rozhodujícím dokumentem pro zpracování nabídkové ceny u stavebních zakázek je pak výkaz výměr, který je položkovým soupisem prací, dodávek a služeb ve skladbě odpovídající projektové dokumentaci stavby.
39. Vzhledem k výše uvedeným zjištěním stavu věci ustanovil Úřad znalce Ing. Zdeňka Nevošáda, CSc. (dále jen „znalec“), jehož úkolem bylo posoudit, zda výkaz výměr zadávací dokumentace odpovídá projektové dokumentaci, konkrétně zda bude v rámci plnění předmětu veřejné zakázky realizována položka výkazu výměr č. 411322424 a zda výměry plochy potřebného bednění uvedené ve výkazu výměr odpovídají projektové dokumentaci.
40. Znalec ve znaleckém posudku dospěl k závěru, že jak z textové, tak i z výkresové části projektové dokumentace je zcela jednoznačný požadavek zadavatele na realizaci položky výkazu výměr č. 411322424, přičemž uvedl, že se ve znaleckém posudku nezabýval otázkou, zda se věcně o „trémový strop“ jedná a že položky č. 411321414 a 411322424 mohou být slučitelné, neboť projektované trámy nejsou charakteristické pro běžné trémové stropy.
41. Úřad dále uložil znalci posoudit otázku, zda zadavatelem použitá formulace bližší specifikace položky č. 411322424 ve výkazu výměr mohla být příčinou rozdílného výkladu významu této položky navrhovatelem. Znalec u této otázky dospěl k závěru, že z formulace položek č. 411322424, 411351105 a 411351106 výkazu výměr jednoznačně vyplývá, že zadavatel požaduje v rámci předmětu plnění veřejné zakázky realizovat ve středové části objektu železobetonové monolitické stropy s výztužnými trámy. Nejednoznačné pochopení zadávací dokumentace navrhovatelem mohlo být podle znalce způsobeno výskytem překlepů či chyb v projektové dokumentaci, přičemž v části 4.1. „Zhodnocení vstupních podkladů“ znaleckého posudku znalec výslovně uvedl, že i přes dílčí nepřesnosti, překlepy a nepřehlednost v projektové dokumentaci lze po jejím podrobnějším prohlédnutí jednoznačně a správně pochopit technický záměr projektu.
42. S ohledem na tyto závěry znalce dospěl Úřad k závěru, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když navrhovatele vyloučil z další účasti v zadávacím řízení s odůvodněním, že navrhovatel řádným způsobem nevyplnil součet ve výkazu výměr ve své nabídce a nabídková cena navrhovatele se stala neporovnatelnou se zbylými podanými nabídkami.
43. Úřad se rovněž zabýval námitkou návrhu týkající se stanovení hodnot výměr bednění položek výkazu výměr č. 411351101, 411351102, 411351105, 411351106, 411354173 a 411354174

(dále jen „**položky bednění**“) v tom směru, zda výkazem výměr požadovaná výměra odpovídá výměrám vyplývajícím z projektové dokumentace předmětu plnění veřejné zakázky.

44. Znalec dospěl kontrolním přepočtem plošné výměry položek bednění ke stejnému závěru jako autor projektové dokumentace při jeho jednání s navrhovatelem, totiž, že výměra položek bednění uvedená ve výkazu výměr neodpovídá výměrám vyplývajícím z projektové dokumentace a byla oproti projektové dokumentaci navýšena.
45. V důsledku tohoto posouzení znalce Úřad zkoumal, zda zadavatelem nadhodnocená plošná výměra položek bednění mohla mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky v zadávacím řízení. Úřad dospěl k závěru, že tato skutečnost nemohla ovlivnit pořadí nabídek, jelikož všichni uchazeči zpracovávali nabídky na základě shodného výkazu výměr a jejich nabídkové ceny byly výsledkem ocenění shodných výchozích položek ve výkazu výměr a jako takové byly vzájemně porovnatelnými podle stanoveného hodnotícího kritéria.
46. S ohledem na právní názor, jímž předseda Úřadu zavázal Úřad při novém projednání věci, dospěl Úřad k závěru, že zjištěné odchylky v plošných výměrách položek bednění vliv na vynakládání veřejných prostředků mít mohly, nikoliv však negativní. S ohledem na rozbor jednotlivých ustanovení bodu 5.2. Obchodní podmínky odst. 6 a bodu 5.4. Platební podmínky odst. 2 zadávací dokumentace a rovněž článku IV. Cena plnění odst. 3 návrhu smlouvy o dílo vybraného uchazeče, Úřad dovedl, že v případě realizace nižší výměry ploch položek bednění by došlo ke snížení konečné ceny předmětu plnění veřejné zakázky využitím smluvně ujednaného a detailně právně ošetřeného institutu méněprací.
47. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodnul, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že v plném rozsahu nepřezkoumal podle § 111 odst. 1 zákona podané námitky navrhovatele ze dne 2. 9. 2010 a do 10 dnů od jejich obdržení neodeslal navrhovateli písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje, či nikoliv, s uvedením důvodu.
48. Výrok II. napadeného rozhodnutí Úřad opřel o zjištění, že námitky zadavatel obdržel dne 6. 9. 2010 a že z námitek bylo zcela zřejmé, že jsou podány osobou navrhovatele, že v nich bylo specifikováno, proti kterému úkonu zadavatele směřují (tj. v daném případě proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení), v čem je spatřováno porušení zákona (tj. v daném případě v rozporu výkazu výměr s projektovou dokumentací), a čeho se navrhovatel domáhá (tj. zrušení rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení). Úřad rovněž zjistil, že navrhovatel spatřoval újmu na jeho právech v zamezení mu možnosti v důsledku pochybení zadavatele realizovat předmětnou veřejnou zakázku, čímž mu byla způsobena škoda v podobě ušlého zisku, tj. že námitky obsahují všechny náležitosti vymezené § 110 odst. 6 zákona.
49. Úřad z dokumentace k předmětné veřejné zakázce předložené zadavatelem zjistil, že zadavatel o námitkách navrhovatele proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení ve lhůtě stanovené § 111 odst. 1 zákona ani mimo tuto lhůtu vůbec nerozhodl. Navrhovateli tedy nebylo zadavatelem odesláno písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv.

50. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodnul, že se zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí ukládá podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona pokuta ve výši 50.000,- Kč.
51. Při stanovení výše pokuty Úřad mimo jiné zohlednil tu okolnost spáchání deliktu, že zadavatel dodržel lhůtu 45 dnů ode dne doručení námitek podle § 111 odst. 5 zákona a neuzavřel s vybraným uchazečem smlouvu. Zadavatel tedy svým jednáním navrhovateli neznemožnil, aby se mohl účinně domáhat dohledu Úřadu řízením o přezkoumání úkonů zadavatele i v případě nerozhodnutí o námitkách.
52. Dne 14. 8. 2012 podal proti výroku II. a III. napadeného rozhodnutí rozklad zadavatel. Dne 17. 8. 2012 podal proti I. výroku napadeného rozhodnutí rozklad navrhovatel.

V. Rozklad zadavatele

53. V rozkladu zadavatel namítá, že při svém jednání vycházel ze zákonné úpravy § 114 odst. 4 věty druhé zákona, podle níž pokud o námitkách navrhovatele zadavatel v zákonné lhůtě nerozhodne, platí nevyvratitelná právní domněnka, že jim nevyhověl. Pro tento případ zákon dle zadavatele dává v § 114 odst. 4 zákona možnost obrátit se v zákonem dané lhůtě na Úřad, přičemž navrhovatel této zákonné možnosti využil. Zadavatel k této námitce shrnuje, že vzhledem k uvedenému nemůže skutková podstata správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona zahrnovat i nepřezkoumání námitek a neodeslání rozhodnutí o nich, neboť zákon sám stanoví podle zadavatele nevyvratitelnou právní domněnku nevyhovění námitkám pro případ, že zadavatel o nich v dané lhůtě nerozhodne.
54. Námitkou rozkladu směřující vůči výroku III. má zadavatel za to, že Úřad při ukládání sankce nepostupoval v souladu s § 121 odst. 2 zákona, v důsledku čehož je sankce nepřiměřeně přísná. Zadavatel zdůrazňuje, že v daném případě nemělo tvrzené porušení zákona pro žádného uchazeče ani jinou osobu vůbec žádné, tím méně pak nepříznivé následky. Zadavatel namítá, že výše uvedená nevyvratitelná právní domněnka sama o sobě zajišťuje ochranu práv uchazečů včetně navrhovatele a případné porušení postupu předepsaného v § 111 odst. 1 a 2 zákona tak má charakter ryze administrativního pochybení. Zadavateli se jeví Úřadem uložená výše sankce za tvrzené porušení postupu podle § 111 odst. 1 a 2 zákona jako neodpovídající závažnosti a důsledkům pochybení administrativního charakteru.
55. K okolnostem případu zadavatel namítá, že navrhovatel si musel být vědom toho, že zadavatel jeho námitkám nevyhoví. Důvod, pro který zadavatel vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, totiž zadavatel s navrhovatelem opakovaně projednával a byl uveden i v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení. Navrhovatel v námitkách pouze opakoval svoji argumentaci, se kterou se však zadavatel vypořádal. Zadavatel poznamenává, že navrhovatel nikdy netvrdil, že by se o tom, jaké stanovisko zadavatel k jeho námitkám zaujal, nedověděl. Podle této námitky rozkladu zadavatele navrhovatel naopak výslovně potvrdil, že o nevyhovění jeho námitkám byl informován.
56. Zadavatel namítá, že v daném případě je po zvážení všech okolností případu třeba preferovat preventivní funkci trestání před funkcí represivní. Výše uložené sankce tomuto konstatování podle zadavatele neodpovídá. Z celkového postoje zadavatele, jeho evidentní úzkostlivé snahy zrealizovat celé zadávací řízení v souladu se zákonem i z jeho dalšího postupu po podání námitek (zejména z toho, že nepřikročil k uzavření smlouvy) lze podle zadavatele

dospět k jednoznačnému závěru, že již samotným projednáním předmětného správního deliktu Úřadem ve správním řízení bude preventivního účelu správního trestání dosaženo.

57. Zadavatel poukazuje na fakt, že do dnešního dne nebyla předmětná veřejná zakázka realizována. Zadavatel v rozkladu uvádí, že mu vznikly nemalé obtíže v souvislosti se změnou podmínek dotace, jejímž prostřednictvím chce tuto zakázku z podstatné části realizovat, a nezanedbatelné náklady v souvislosti se správním řízením i s dalšími řízeními, které bylo či bude nutno znovu realizovat, pokud se předmětná veřejná zakázka má s odstupem téměř dvou let uskutečnit. Obava, že by v nějakém dalším zadávacím řízení zadavatel opomenul rozhodnout o případných námitkách uchazeče, je za tohoto tristního stavu zcela lichá, neboť ponaučení, kterého se mu dostalo, zcela nepochybně uchová v paměti, aniž by bylo nutné jej k tomu motivovat pokutou v řádu desetitisíců korun.
58. Zadavatel z výše uvedených důvodů rozkladem navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v dotčených výrocích zrušil a řízení zastavil, případně ve výroku III. změnil tak, že zadavateli uloží pokutu nejvýše v řádu tisíců korun.

VI. Rozklad navrhovatele

59. Navrhovatel v úvodu rozkladu předkládá své přesvědčení, že rozdíl mezi projektovou dokumentací a výkazem výměr je natolik závažný a značný, že celá veřejná zakázka zadavatele je v rozporu se zásadou transparentnosti zadávacích řízení zakotvenou v § 6 zákona. Toto své přesvědčení navrhovatel rozvádí v námitkách rozkladu.
60. Námitkou rozkladu navrhovatel brojí proti závěru Úřadu, že rozhodujícím dokumentem pro zpracování nabídkové ceny u stavebních zakázek je výkaz výměr. Navrhovatel neakceptuje premisu napadeného rozhodnutí, že mezi projektovou dokumentací a výkazem výměr může existovat rozpor, a že takový rozpor má řešení v prioritě výkazu výměr, takže k údajům v projektové dokumentaci, pokud by byly v rozporu s údaji ve výkaze výměr, nemá uchazeč při tvorbě nabídkové ceny přihlížet. Podle jeho názoru tento postup Úřadu pomíjí povinnost zadavatele zajistit, aby zadávací dokumentace byla správná a úplná. Navrhovatel uvádí, že je to primárně projektová dokumentace, která je určujícím podkladem pro popis předmětu veřejné zakázky. Stavební dílo může být realizováno na základě projektové dokumentace bez výkazu výměr, ale nikoli jen na základě výkazu výměr bez projektové dokumentace. Výkaz výměr se ve stavební praxi dle navrhovatele vyhotovuje na základě projektové dokumentace a je tedy dokumentem odvozeným z projektové dokumentace, proto v případě nejasnosti v popisu stavebního díla nemůže mít přednost před projektovou dokumentací. Výkaz výměr musí odpovídat projektové dokumentaci, jinak dle navrhovatele ztrácí smysl, neboť ho nelze využít pro spolehlivou a přehlednou orientaci v nákladech veřejné zakázky.
61. Podle navrhovatele nelze výklad o prioritě výkazu výměr přijmout ani v případě, že by v daném konkrétním případě nevedl k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky a neúměrnému navýšení vynaložených veřejných prostředků, neboť k těmto negativním důsledkům by nedocházelo zjevně, ale skrytě. Legalizace nesouladu mezi výkazem výměr a projektovou dokumentací by vytvořila ideální prostor ke skrytému navýšení vynaložených veřejných prostředků a ovlivnění výběru nabídek pomocí uměle vytvořených množstevních bublin. Takový postup by dle navrhovatele neodpovídal zásadám zakotveným v § 6 zákona,

jakož i cíli zákona, kterým je zabezpečení účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků.

62. Navrhovatel se v této souvislosti domnívá, že vyšší množství prací uvedené ve výkazu výměr, než má být provedeno podle projektové dokumentace, vytváří zvýšené nároky na smluvní úpravu ceny a řádnou kontrolu provedení díla. Navrhovatel uvádí, že ten uchazeč, který by získal informace o položkách, které nejsou v souladu s projektovou dokumentací a který by nižší objem prací ve své ceně zohlednil rozpuštěním do nižších cen všech ostatních položek výkazu výměr, by získal konkurenční výhodu díky nižší nabídkové ceně.
63. K vyhodnocení znaleckého posudku Úřadem navrhovatel uvádí, že Úřad nesprávně vyhodnotil závěry posudku a vychází z mylné představy o povinnosti uchazeče domýšlet záměr zadávací dokumentace v rozporu s jejím smyslem a v rozporu s jejím jazykovým vyjádřením, neboť strop trémový není strop deskový a nelze ho zaměňovat. Navrhovatel konstatuje, že strop trémový a strop deskový jsou zcela odlišné typy zastropení, na čemž nic nemění fakt, že při použití obou těchto typů zastropení se využívá stejný materiál, konkrétně beton, ve kterém se vyjadřuje jejich výměra. Znalecký posudek podle navrhovatele neřeší jeho klíčový argument, a to zda strop trémový je možno vnímat pouze jako strop trémový a nikoli jako strop deskový. Navrhovatel upozorňuje, že právě uvedený argument jej vedl k nezapočítání ceny této položky do celkové nabídkové ceny, neboť započítáním této položky do nabídkové ceny by podle navrhovatele došlo i k započítání ceny prací, které podle projektové dokumentace neměly být provedeny. Navrhovatel vzhledem k uvedenému trvá na tom, aby Úřad jmenoval nového znalce, který by se jednoznačným způsobem vyslovil, zda položku strop trémový je oprávněné vnímat jako strop trémový a nikoli jako strop deskový.
64. Navrhovatel zastává názor, že Úřad účelově a v rozporu se zákonem vybral pouze ty pasáže posudku, které se jevíly vypovídat proti navrhovateli, a zcela pominul argumenty hovořící v jeho prospěch. K množstevnímu nadhodnocení plošné výměry bednění v položkách č. 411351101, 411351102, 411351105, 411351106, 411354173 a 411354174 výkazu výměr navrhovatel uvádí, že ačkoliv je v napadeném rozhodnutí uznán významný nesoulad výkazu výměr s projektovou dokumentací, Úřad zastává stanovisko, že tento nesoulad vyřeší tzv. institut méněprací tím, že odchylky ve výměře budou mít na vynakládání veřejných prostředků jednoznačně pozitivní vliv, neboť by v případě nižší výměry skutečně provedených ploch muselo dojít ke snížení konečné ceny díla. Navrhovatel konstatuje, že tento názor nelze akceptovat jak z principiálních důvodů, tak z důvodu nejasnosti pojmu méněpráce, tak i z důvodů vztahujících se přímo k obchodním podmínkám stanoveným v zadávací dokumentaci předmětné veřejné zakázky.
65. Navrhovatel uvádí, že z napadeného rozhodnutí Úřadu nevyplývá, že by na základě obchodních podmínek v zadávací dokumentaci muselo dojít ke snížení ceny díla a k pozitivnímu vlivu na vynakládání veřejných prostředků. Navrhovatel naopak zastává názor, že dodavatel by na základě obchodních podmínek a projektu předmětné veřejné zakázky mohl přesvědčivě argumentovat pro zachování původní výše ceny díla, neboť nedošlo k žádné dohodě na omezení rozsahu díla a nebyly tak dány důvody pro automatické uplatnění ustanovení § 549 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku.

66. Navrhovatel z výše uvedených důvodů rozkladem navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí ve výroku I. změnil tak, že návrhu navrhovatele v plném rozsahu vyhoví, či napadený výrok zruší a věc vrátí Úřadu k dalšímu řízení.

VII. Řízení o rozkladech

67. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí v rámci autoremedury podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil předsedovi Úřadu coby odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

68. Po projednání obou podaných rozkladů 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 napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladech a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
69. Úřad tím, že výrokem I. napadeného rozhodnutí návrh navrhovatele podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítnul, neboť zadavatel při vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení postupoval v souladu se zákonem, a tudíž nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle odst. 1 nebo 2 zákona, postupoval správně a v souladu se zákonem.
70. Úřad dále postupoval správně a v souladu se zákonem když výrokem II. napadeného rozhodnutí rozhodnul, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že v plném rozsahu nepřezkoumal podle § 111 odst. 1 zákona podané námitky navrhovatele ze dne 2. 9. 2010 a do 10 dnů od jejich obdržení neodeslal navrhovateli písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje, či nikoliv, s uvedením důvodu.
71. Úřad postupoval rovněž správně a v souladu se zákonem, když výrokem III. napadeného rozhodnutí rozhodnul, že se zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí ukládá podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona pokuta ve výši 50.000,- Kč. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

VIII. K námitkám rozkladu zadavatele

72. K námitce rozkladu zadavatele, že vzhledem k záměru zadavatele využít nevyvratitelné právní domněnky o nevyhovění námitkám podle § 111 odst. 5 věty druhé zákona a tomu odpovídající možnosti navrhovatele obrátit se ve lhůtě podle § 114 odst. 5 zákona na Úřad, nemůže skutková podstata správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona takové nepřezkoumání námitek a neodeslání rozhodnutí o nich v dané lhůtě zahrnovat, uvádím následující.
73. Podle ustanovení § 111 odst. 1 zákona je povinností zadavatele o podaných námitkách rozhodnout. Zákon v § 114 váže následné podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele na lhůty, které počínají běžet od doručení rozhodnutí zadavatele o nevyhovění námitkám uchazeče. Pokud by zadavatel vůbec o námitkách nerozhodnul, nemohl by žádné rozhodnutí

uchazeči doručit a lhůty pro podání návrhu by vůbec nepočaly běžet. Smyslem právní domněnky § 111 odst. 5 věty druhé zákona tak je umožnit účinnou ochranu práva uchazeče, který v zákonných lhůtách podal zdůvodněné námitky proti nějakému úkonu zadavatele.

74. Právě vzhledem k povinnosti zadavatele uložené § 111 odst. 1 zákona není možné shledat, že by zákon zadavateli umožňoval využívat právní domněnku § 111 odst. 5 věty druhé zákona jakožto jeho zákonem předpokládaný způsob reakce na podané námitky uchazeče. Eventuální uplatnění právní domněnky nevyhovění námitkám se nijak nedotýká zákonem uložené povinnosti zadavatele o podaných námitkách zákonem předpokládaným způsobem rozhodnout. Není proto možné ztotožnit se s námitkou zadavatele, že o podaných námitkách nebylo nutné rozhodovat.
75. K výše uvedené námitce dále uvádím, že regulace zákona obsažená v § 111 odst. 5 a § 114 odst. 5 zákona na straně jedné a regulace § 120 zákona na straně druhé jsou regulacemi odlišného právního charakteru. Regulace zakotvená v § 111 odst. 5 a § 114 odst. 5 zákona toliko upravuje vztahy mezi zadavatelem a uchazečem v průběhu zadávacího řízení. Oproti tomu regulace § 120 zákona je regulací deliktní odpovědnosti zadavatelů. Spáchání správních deliktů zadavateli je zde vázáno na naplnění vlastního souboru hypotéz jednotlivých správních deliktů. Uplatnění nevyvratitelné právní domněnky podle § 111 odst. 5 věty druhé zákona přitom není, ve smyslu argumentace zadavatele, liberačním důvodem pro zánik deliktní odpovědnosti zadavatele. Na deliktní jednání zadavatele nedopadají ani liberační důvody podle § 121 odst. 1) zákona, podle nějž právnická osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila. Postup Úřadu, kterým prokázal spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona zadavatelem, tak považuji za správný a zákonný.
76. K námitkám rozkladu zadavatele, že Úřad při ukládání sankce nepostupoval v souladu s § 121 odst. 2 zákona, v důsledku čehož je sankce nepřiměřeně přísná, k námitce zadavatele o chybějících nepříznivých následcích a administrativním charakteru jeho pochybení a k námitce zadavatele o jeho postupu po podání námitek (zejména z toho, že nepřikročil k uzavření smlouvy) uvádím následující.
77. Podle § 121 odst. 2 zákona přihlédne Úřad při určení výměry pokuty právnické osobě k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Z bodů 112 až 114 odůvodnění napadeného rozhodnutí je zřejmé, že Úřad zjistil jak způsob spáchání správního deliktu, tak následky a okolnosti spáchání správního deliktu. Úřad prokázal, že se navrhovatel mohl i přes deliktní jednání zadavatele účinně domáhat dohledu Úřadu podáním návrhu. K tomuto následku přihlédl při určení výměry pokuty, kterou v tomto případě zákon předpokládá do výše 10 000 000,- Kč. Podobně Úřad vyhodnotil postup zadavatele po podání námitek, když nepřikročil k uzavření smlouvy, správně jako polehčující okolnost a v intencích správního uvážení k ní zákonným způsobem přihlédl.
78. K návrhu rozkladu zadavatele, aby mu byla uložena pokuta nejvýše v řádu tisíců korun, podotýkám, že v rámci napadeného rozhodnutí byla zadavateli uložena pokuta ve výši 50.000,- Kč, tedy částka, která nečiní ani 1 % výše, již bylo možno v rámci předmětného správního řízení uložit. Úřad je při ukládání pokut vázán nejen § 121 odst. 2 zákona,

ale i zásadou předvídatelnosti správního rozhodování podle § 2 odst. 4 správního řádu, tj. v důsledku vlastní rozhodovací praxí. Tento zákonný požadavek by v případě, pokud by Úřad žádnou pokutu zadavateli neudělil, nebo udělil pokutu v řádech jednotek tisíců Kč, nebyl dodržen.

79. K částem rozkladu zadavatele, v nichž poukazuje na fakt, že do dnešního dne nebyla předmětná veřejná zakázka realizována a že mu vznikly nemalé obtíže v souvislosti se změnou podmínek dotace, jejímž prostřednictvím chce tuto zakázku z podstatné části realizovat, a nezanedbatelné náklady v souvislosti se správním řízením i s dalšími řízeními, uvádím, že se nejedná o námitky směřující proti správnosti či zákonnosti napadeného rozhodnutí, nebo řízení, jež jeho vydání předcházelo. Přes veškerou opodstatněnost těchto poukazů zadavatele nelze tato tvrzení uvedená v rozkladu zadavatele nahlížet, a tedy ani vypořádat ve smyslu námitek rozkladu z hlediska správnosti a zákonnosti postupu a rozhodnutí Úřadu.
80. Vzhledem k výše uvedeným závěrům plynoucím přímo ze zákonné úpravy a ustálené rozhodovací praxe Úřadu není možné vyhovět návrhu rozkladu zadavatele, abych napadené rozhodnutí v dotčených výrociích zrušil a řízení zastavil, případně ve výroku III. změnil tak, že se zadavateli uloží pokuta nejvýše v řádu tisíců korun.

IX. K námitkám rozkladu navrhovatele

81. K námitce rozkladu, kterou navrhovatel brojí proti závěru Úřadu, že rozhodujícím dokumentem pro zpracování nabídkové ceny u stavebních zakázek je výkaz výměr, uvádím následující.
82. Pokud navrhovatel dovozuje premisu napadeného rozhodnutí, že rozpor mezi projektovou dokumentací a výkazem výměr má řešení v prioritě výkazu výměr, takže k údajům v projektové dokumentaci, pokud by byly v rozporu s údaji ve výkaze výměr, nemá uchazeč při tvorbě nabídkové ceny přihlížet, zobecňuje nesprávným způsobem konkrétní závěry Úřadu v konkrétním správním řízení veřejné zakázky uvedené zejména v bodu 74 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Zde uvedený závěr Úřadu, že rozhodujícím dokumentem pro zpracování nabídkové ceny u stavebních zakázek je výkaz výměr, který je položkovým soupisem prací, dodávek a služeb ve skladbě odpovídající projektové dokumentaci stavby, je třeba zásadně vztahovat ke zjištění tohoto správního řízení, resp. k zadávací dokumentaci této veřejné zakázky.
83. V zadávacím řízení veřejné zakázky bylo zadavatelem v bodě 6. Způsob zpracování nabídkové ceny odstavci 3 zadávací dokumentace veřejné zakázky jasně, určitě a srozumitelně stanoveno, jakým způsobem má být jednotlivými uchazeči nabídková cena zpracována. Jelikož nabídková cena měla být zpracována formou ocenění výkazu výměr, který byl přílohou zadávací dokumentace, jakkoli odlišně konstruovaná nabídková cena znamená nedodržení zadávací dokumentace. Konkrétní podoba výkazu výměr byla jedním z požadavků zadavatele na zpracování nabídky jednotlivými uchazeči. Přitom každý uchazeč odpovídá za správné a úplné zpracování jeho nabídky, tj. i za úplné vyplnění výkazu výměr. Uchazeči při zpracování jejich nabídek musejí respektovat zadávací podmínky vymezené zadavatelem i v tom ohledu, které cenové položky odpovídající výkazu výměr do jejich nabídkové ceny zahrnou. Závěr Úřadu že, zadavatel při vyloučení navrhovatele z další účasti

v zadávacím řízení postupoval v souladu se zákonem, považuji za správný a zákonný právě ve vztahu k navrhovatelovu nedodržení stanoveného způsobu konstrukce porovnatelné nabídkové ceny.

84. S výše uvedeným závěrem Úřadu, že pro stanovení nabídkové ceny v rámci této veřejné zakázky je závazná konkrétní podoba výkazu výměr, jsem se ztotožnil již ve zrušujícím rozhodnutí, správnost a zákonnost takového postupu Úřadu jsem však zásadně vázal ke konkrétnímu správnímu řízení o přezkumu úkonů zadavatele konkrétní veřejné zakázky a ke zcela konkrétním ustanovením zadávacích podmínek, neboť zadavatel stanovil, že bude následně porovnávat tímto určitým způsobem zpracované nabídky uchazečů.
85. K této námitce rozkladu dodávám, že stanovení hodnotících kritérií zákon ponechává na jednotlivých zadavatelích a v odlišných zadávacích řízeních jiných veřejných zakázek mohou být hodnotící kritéria požadavkem na způsob zpracování nabídkové ceny vázána na odlišné skutečnosti, než tomu bylo v tomto zadávacím řízení. Vzhledem k tomu nemůže být rozpor mezi projektovou dokumentací a výkazem výměr v obecné rovině řešen způsobem, který navrhovatel v rámci své argumentace zobecňuje. Způsob řešení rozporu mezi projektovou dokumentací a výkazem výměr je naopak závislý na konkrétních zadávacích podmínkách konkrétních veřejných zakázek.
86. K námitce rozkladu, že postup Úřadu pomíjí povinnost zadavatele zajistit, aby zadávací dokumentace byla správná a úplná a k jeho navazující argumentaci, odkazují na výše uvedenou nesprávnost navrhovatelova zobecnění a podotýkám, že v šetřeném případě nebylo jádrem věci posoudit zákonnost úkonů zadavatele ve vztahu k řešení rozporů projektové dokumentace a výkazu výměr, nýbrž ve vztahu ke konstrukci porovnatelné nabídkové ceny.
87. V intencích této námítky považuji postup Úřadu, při němž neshledal porušení § 44 odst. 1 zákona ohledně požadavků na správnost a úplnost zadávací dokumentace, za správný a zákonný vzhledem k závěrům znalce uvedeným ve znaleckém posudku. Znalec dospěl k posouzení, že jak z textové, tak i z výkresové části projektové dokumentace je zcela jednoznačný požadavek zadavatele na realizaci položky výkazu výměr č. 411322424, a že položky č. 411321414 a 411322424 mohou být slučitelné, neboť projektované trámy nejsou charakteristické pro běžné trámové stropy. Znalec dále dospěl k posouzení, že z formulace položek č. 411322424, 411351105 a 411351106 výkazu výměr jednoznačně vyplývá, že zadavatel požaduje v rámci předmětu plnění veřejné zakázky realizovat ve středové části objektu železobetonové monolitické stropy s výztužnými trámy. Při zpracování znaleckého posudku se znalec rovněž posoudil úplnost a správnost vstupních podkladů zadavatele, na jejichž základě měla být uchazeči zpracována nabídka, a dospěl přitom k závěru, že i přes dílčí nepřesnosti, překlepy a nepřehlednost v projektové dokumentaci lze po jejím podrobnějším prohlédnutí jednoznačně a správně pochopit technický záměr projektu.
88. K námitce skrytého navýšení vynaložených veřejných prostředků a ovlivnění výběru nabídek pomocí uměle vytvořených množstevních bublin rovněž odkazují na výše uvedenou nesprávnost navrhovatelova zobecnění. Navíc dodávám, že v souladu se závazným právním názorem zrušujícího rozhodnutí, ustanovil Úřad znalec mj. právě za účelem zhodnocení, zda výkaz výměr, dle kterého uchazeči oceňovali své nabídky, odpovídá projektové

dokumentaci k předmětu plnění zadávacího řízení, a zda případné zjištěné odchylky na které poukazuje navrhovatel, mohly mít vliv na způsob vynakládání veřejných prostředků.

89. Vzhledem k posouzení znalce, že výměra položek bednění uvedená ve výkazu výměr neodpovídá výměrám vyplývajícím z projektové dokumentace a byla oproti projektové dokumentaci navýšena, se Úřad v souladu se závazným právním názorem zrušujícího rozhodnutí jak možným navýšením vynaložených veřejných prostředků, tak možností ovlivnění výběru nabídek v důsledku tohoto navýšení, zabýval. Závěr Úřadu, že navýšená výměra položek bednění nemohla ovlivnit pořadí nabídek, jelikož všichni uchazeči zpracovávali nabídky na základě shodného výkazu výměr a jejich nabídkové ceny byly výsledkem ocenění shodných výchozích položek ve výkazu výměr, považují ve vztahu k této veřejné zakázce za správný a zákonný. Stejně tak s ohledem na rozbor jednotlivých ustanovení bodu 5.2. Obchodní podmínky odst. 6 a bodu 5.4. Platební podmínky odst. 2 zadávací dokumentace a rovněž článku IV. Cena plnění odst. 3 návrhu smlouvy o dílo vybraného uchazeče, považují za správný a zákonný závěr Úřadu, že k neúčelnému vynakládání veřejných prostředků v rámci realizace veřejné zakázky docházet nemůže. Tento závěr samozřejmě ob stojí i v situaci, kdy k překročení výše nabídkové ceny dojde vlivem objektivních podmínek při realizaci předmětu plnění, tj. v důsledku víceprací.
90. K námitce navrhovatele, že vyšší množství prací uvedené ve výkazu výměr, než má být provedeno podle projektové dokumentace, vytváří zvýšené nároky na smluvní úpravu ceny a řádnou kontrolu provedení díla, uvádím, že v obecné rovině skutečně zůstává odpovědností zadavatele, aby v souladu s požadavky § 6 a § 44 odst. 1 zákona zákonným nárokům na podrobnost obchodních podmínek, včetně platebních podmínek, a rovněž nárokům na stanovení objektivních podmínek, za nichž je možno překročit výši nabídkové ceny, byť i ve zvýšené míře dostál.
91. Avšak v případě tohoto zadávacího řízení veřejné zakázky považují jednotlivá ustanovení zadávací dokumentace v částech Obchodní podmínky a Platební podmínky společně s ustanovením návrhu smlouvy o dílo vybraného uchazeče Cena plnění za souladné nejen se zvýšenými nároky na smluvní úpravu ceny a řádnou kontrolu provedení díla plynoucími z navýšené výměry položek bednění, ale i s požadavkem transparentnosti a účelného vynakládání veřejných prostředků.
92. K námitkám rozkladu namítajícím nesprávné vyhodnocení znaleckého posudku Úřadem uvádím následující. Otázky, které Úřad znalci uložil posoudit, směřovaly především ke zjištění, zda některé položky výkazu výměr neměly být podle projektové dokumentace realizovány a případně které. Účelem znaleckého posudku nebyl významový rozbor definic dotčených položek.
93. Postup Úřadu, který na základě posouzení znalce, že položka č. 411322424 má být v rámci předmětu plnění veřejné zakázky skutečně realizována, neshledal vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení v rozporu se zákonem, považují za správný a zákonný. Úřad prokázal, že navrhovatel stanoveným způsobem nevyplnil součet položek ve výkazu výměr v jeho nabídce, čímž nedodržel požadavek zadavatele postup tvorby nabídkové ceny uvedený v zadávacích podmínkách ve smyslu § 76 odst. 1 zákona. Nabídková cena navrhovatele se tak stala neporovnatelnou s nabídkovými cenami ostatních uchazečů.

94. K námitce rozkladu navrhovatele, že znalecký posudek neřeší klíčový argument, a to zda strop trémový je možno vnímat pouze jako strop trémový a nikoli jako strop deskový, odkazují na posouzení znalce, že z formulace položek č. 411322424 a č. 411351105 je jednoznačně zřejmé, že zadavatel požaduje v rámci předmětu plnění realizovat ve středové části objektu železobetonové monolitické stropy s výztužnými trámy a že přes překlepy a ne vždy přesné označení a dílčí nepřehlednost lze jednoznačně a správně technický záměr projektu pochopit.
95. K námitce rozkladu navrhovatele, že z napadeného rozhodnutí Úřadu nevyplývá, že by na základě obchodních podmínek v zadávací dokumentaci muselo v důsledku nerealizace části nadhodnocené plošné výměry položek bednění dojít ke snížení ceny díla, a tedy k pozitivnímu vlivu na vynakládání veřejných prostředků, odkazují na body 86 až 90 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
96. Podle bodu 5.2. Obchodní podmínky odst. 6 zadávací dokumentace se budou případné vícepráce či méněpráce realizovat po dohodě dodavatele a odběratele v souladu s platnou legislativou a budou se oceňovat na základě jednotkových cen uvedených v nabídce dodavatele. Podle bodu 5.4. Platební podmínky odst. 2 a 4 zadávací dokumentace má vybraný uchazeč právo fakturovat za odvedené práce jedenkrát za každé tři měsíce realizace projektu v souladu s finančním plánem projektu. Přílohou daňových dokladů budou vždy kopie předávacího protokolu potvrzeného pověřenou osobou zadavatele s podrobným rozpisem provedených prací a dodávek. Podle článku IV. Cena plnění odst. 3 Vícepráce a méněpráce a jejich placení návrhu smlouvy o dílo s vybraným uchazečem je smluvně upraveno, že případné vícepráce či méněpráce předem odsouhlasené zadavatelem budou účtovány dle požadovaného rozsahu. Případné změny oproti projektové dokumentaci požadované vybraným uchazečem projedná zadavatel do 3 dnů od uplatnění požadavku na změnu. Objednání změn proti projektové dokumentaci bude provádět objednatel zápisem do stavebního deníku a zápisem z kontrolních dnů. Podle článku V. Fakturování návrhu smlouvy o dílo je dále smluvně upraveno, že podkladem pro zaplacení díla je daňový doklad, který je vystaven 1x za každé 3 měsíce realizace projektu v souladu s finančním plánem projektu na základě soupisu provedených prací, dodávek a služeb a bude rozdělen podle zdrojů financování.
97. Právě naplňování těchto smluvních ujednání zadavatelem s péčí řádného hospodáře v průběhu realizace předmětu veřejné zakázky považují stejně jako Úřad za dostatečnou garanci výsledné ceny díla přesně odpovídající skutečně realizovaným výkonům, resp. plněním vybraného uchazeče. Vzhledem k výše uvedenému nepovažují takto upravený pojem méněprací za neurčitý, jak namítá navrhovatel, ani se vzhledem k výše uvedeným ustanovením a smluvním ujednáním mezi zadavatelem a vybraným uchazečem nemohou ztotožnit s navrhovatelem namítanou nesnížitelností ceny předmětu plnění v průběhu jeho realizace.
98. Vzhledem k výše uvedeným závěrům plynoucím především ze znaleckého posudku a závěrům plynoucím z obchodních podmínek, platebních podmínek a smluvně ošetřených objektivních podmínek, za nichž je možno výši nabídkové ceny překročit, nebo naopak celkovou cenu díla ponížít, není možné vyhovět návrhu rozkladu navrhovatele, abych napadené rozhodnutí ve výroku I. změnil tak, že návrhu navrhovatele v plném rozsahu vyhovím, či napadený výrok zruším a věc vrátím Úřadu k dalšímu řízení.

X. Závěr

99. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného napadené rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladech.
100. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Obec Panenské Břežany, Hlavní 17, 250 70 Panenské Břežany
2. Mgr. Josef Fiřt, LL.M., advokát, advokátní kancelář Kořán a Fiřt, Opletalova 1015/55, 110 00 Praha 1
3. Ing. Jiří Mach, podnikatel, Stará Cesta 448/II, 377 01 Jindřichův Hradec

Vypraveno dne

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