UOHSX00400GM

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R100,104/2011/VZ-911/2012/310/JRa V Brně dne: 18. ledna 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 10. 5. 2011 podaném navrhovatelem -

- společností **Tost.cz, s. r. o**., IČ 25956019, se sídlem Havlíčkova 408, 584 01 Ledeč nad Sázavou, za niž jedná Martin Vavřička, jednatel, ve správním řízení zastoupenou Mgr. Josefem Fiřtem, LL.M., advokátem, se sídlem Hybernská 32, 110 00 Praha 1.

a o rozkladu ze dne 11. 5. 2011 podaném zadavatelem –

- **obcí Panenské Břežany**, IČ 00240583, se sídlem Hlavní 17, 250 70 Odolená Voda, zastoupenou Liborem Holíkem, starostou,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS–S385/2010-4779/2011/530/RKr ze dne 13. 4. 2011 ve věci přezkoumání úkonů shora uvedeného 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

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

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) 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–S385/2010-4779/2011/530/RKr ze dne 13. 4. 2011

r u š í m

a věc

v r a c í m

k novému projednání Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – obec Panenské Břežany, IČ 00240583, Hlavní 17, 250 70 Odolená Voda (dále jen „**zadavatel**“), vyzval výzvou ze dne 25. 6. 2010 podle ust. § 38 zákona č. 137/2006., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), deset zájemců k podání nabídky ve veřejné zakázce „Regenerace brownfieldu – rekonstrukce obecního úřadu“ (dále jen „**veřejná zakázka**“)[1], zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení.

2. Zadavatel obdržel celkem sedm nabídek, přičemž na základě posouzení hodnotící komise byla dne 6. 8. 2010 vyloučena společnost Tost.cz, s. r. o., IČ 25956019, se sídlem Havlíčkova 408, 584 01 Ledeč nad Sázavou (dále jen „**navrhovatel**“) ze zadávacího řízení, což mu bylo oznámeno dne 20. 8. 2010. Dále zadavatel vydal dne 20. 8. 2010 rozhodnutí, kterým za nejvhodnější nabídku určil nabídku uchazeče Ing. Jiří Mach – stavební firma, IČ 46690450, s místem podnikání Stará Cesta 448/II, 377 01 Jindřichův Hradec, (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Navrhovatel podal dne 6. 9. 2010 námitky proti rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení, na které však zadavatel nereagoval. Z uvedeného důvodu tedy podal navrhovatel dne 1. 10. 2010 Úřadu návrh na přezkoumání úkonu zadavatele spolu s návrhem na vydání předběžného opatření - zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení k předmětné veřejné zakázce. Správní řízení bylo zahájeno dnem obdržení návrhu tedy 1. 10. 2010, přičemž za účastníky řízení byli určeni zadavatel, navrhovatel a vybraný uchazeč. Navrhovatel ve svém návrhu především zpochybnil postup zadavatel v zadávacím řízení, na základě něhož došlo k jeho vyloučení ze zadávacího řízení s tím, že splnil veškeré zadavatelovy a zákonné

[1] Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

požadavky. V dané věci, pak poukázal na nesrovnalost mezi výkazem výměr, dle kterého měli účastníci zadávacího řízení naceňovat své nabídky a projektovou dokumentací k předmětu veřejné zakázky. Úřad oznámil zahájení správního řízení dopisem ze dne 15. 10. 2010 vedené pod č. j. ÚOHS–S385/2010/VZ-15541/2010/530/RKr a téhož dne vydal usnesení č. j. ÚOHS-S385/2010-15579/2010/530/RKr, kterým stanovil účastníkům řízení lhůtu, ve které byli oprávněni navrhovat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení, a současně stanovil lhůtu, ve kterém se mohli účastníci vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Úřad rovněž vydal dne 29.10.2010 rozhodnutí č.j.: ÚOHS-S385/2010-16258/2010/530/RKr, kterým uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení do doby nabytí právní moci rozhodnutí ve věci.

II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 13.4.2011 vydal Úřad rozhodnutí č.j. ÚOHS-S385/2010-4779/2011/530/RKr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. zamítl návrh navrhovatele, neboť zadavatel při jeho vyloučení ze zadávacího řízení postupoval v souladu se zákonem a nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Současně ve výroku II. rozhodl o tom, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že postupoval při vyřizování námitek navrhovatele v rozporu s ust. § 111 zákona, ve výroku III. za shora uvedený správní delikt Úřad uložil zadavateli pokutu ve výši 50 000 Kč, splatnou do dvou měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí.

4. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí přezkoumal postup zadavatele v zadávacím řízení, přičemž shledal, že jeho postup při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení byl správný. Poukázal na to, že navrhovatel sporné položky v části Vodorovné konstrukce výkazu výměr ve své nabídce nacenil tak, že součet činí 810 237,50 Kč, přičemž ale v nabídce na str. 31 uvedl částku 468 050,90 Kč. Úřad konstatoval, že navrhovatel nesplnil podmínky zadávací dokumentace, kdy nezahrnul položky ve výši 342 186,60 Kč do celkové nabídkové ceny. S odkazem na stanovisko projektanta Ing. Jana Ciésla, které je součástí zadávací dokumentace, Úřad podotkl, že navrhovatel výkaz výměr řádně nenacenil dle požadované struktury a bez konzultací jej pozměnil. Z porovnání naceněné nabídky navrhovatele a předložené zadávací dokumentace jednoznačně vyplývá, že navrhovatel nepostupoval při vypracování nabídky v souladu se zadávací dokumentací. Úřad k tomuto podotkl, že nemůže suplovat roli zadavatele a činit za něj jeho úkony (k tomu viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 21. 7. 2005, č.j. 31 Ca 98/2004-47), přičemž současně nemůže vstupovat do myšlenkových pochodů jednotlivých hodnotitelů. Dále Úřad poukázal na to, že přezkoumává toliko, zda k posouzení nabídek hodnotící komisí došlo zákonem stanoveným způsobem, transparentně, a tedy zda je posouzení přezkoumatelné po formální stránce.

5. Současně Úřad uvedl, že pro stanovení nabídkové ceny je závazný oceněný výkaz výměr, neboť pouze tímto způsobem jsou nabídky mezi sebou porovnatelné. Výkaz výměr jednoznačně popisuje jednotlivé položky a jejich množství, a je rozhodujícím podkladem pro zpracování nabídkové ceny u nabídek na stavební práce. Celý režim sestavování výkazu výměr a jeho předání jako součásti zadávací dokumentace dodavateli je v zákoně koncipován tak, aby příslušný dodavatel do výkazu výměr pouze doplnil k jednotlivým položkám své ceny, přičemž součet jednotlivých položek, zjednodušeně řečeno, tvoří jeho nabídkovou

cenu. Úřad má naopak za to, že projektová dokumentace není sama o sobě dostatečným podkladem pro zpracování nabídek. Rozhodujícím podkladem pro zpracování nabídky pro veřejnou zakázku na stavební práce je soupis stavebních prací, dodávek a služeb spolu s výkazem výměr. Pokud dojde k nesouladu mezi výkazem výměr a projektovou dokumentací stavby, je dle Úřadu pro stanovení nabídkové ceny rozhodující výkaz výměr. Úřad k tomu ještě odkazuje na bod 6.3 zadávací dokumentace, kde je stanoveno, že nabídková cena bude zpracována formou ocenění výkazu výměr. Vzhledem k tomu, že Úřad neshledal v postupu zadavatele při posuzování nabídky navrhovatele z hlediska zadávacích podmínek porušení zákona, rozhodl o zamítnutí návrhu.

6. Následně se Úřad zabýval skutečností, že zadavatel nevyřídil námitky dle § 111 zákona. Z předložené dokumentace k předmětné veřejné zakázce a dále z návrhu bylo zjištěno, že zadavatel navrhovateli vůbec neodeslal písemné rozhodnutí o tom, zda se námitkám vyhovuje či nikoliv. Úřad tak konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona tím, že neodeslal navrhovateli rozhodnutí o námitkách. Úřad k tomuto zdůraznil, že zadavatel porušil zákon, neboť nepřezkoumal podané námitky a neodeslal navrhovateli písemné rozhodnutí o jejich vyřízení. Úřad uvádí, že podání návrhu přímo Úřadu nemá vliv na to, že se zadavatel dopustil správního deliktu.

7. Úřad tedy konstatoval, že v šetřeném případě veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že neodeslal navrhovateli rozhodnutí o námitkách podle § 111 zákona. Zadavatel tak naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. g) zákona. Podle tohoto ustanovení se za správní delikt uloží pokuta do 10.000.000 Kč, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. b), e), f) nebo g). Při stanovení výše pokuty pak Úřad vzal v úvahu skutečnost, že nezaslání rozhodnutí o námitkách navrhovatele nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť dle Úřadu byl navrhovatel vyloučen ze zadávacího řízení oprávněně. Úřad dále konstatoval, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla, a poukazuje na to, že uložená pokuta má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti. Jednak má splnit funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, ale především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je v souladu se zákonem. Úřad při vyměření pokuty preferoval preventivní charakter uložení sankce, kterou stanovil v dolní hranici zákonné sazby. Současně Úřad přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě by se pokuta, mohla jevit jako „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkázal na nález Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb., kdy je nepřípustné, aby pokuta měla likvidační charakter. Z rozpočtu zadavatele na rok 2010 Úřad zjistil, že příjmy města se pohybují kolem 5 mil. Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatoval, že stanovenou výši pokuty nelze, považovat za likvidační.

III. Námitky rozkladů

Rozklad navrhovatele

8. Navrhovatel rozkladem doručeným Úřadu v zákonné lhůtě dne 10.5.2011 napadá výrok I. rozhodnutí. Poukazuje na to, že zadavatel nedostatečným způsobem zpracoval výkaz výměr,

v důsledku čehož výkaz výměr neodpovídá projektové dokumentaci k předmětné veřejné zakázce. Z uvedeného důvodu má za to, že zadavatelovo řízení je zatíženo vadou, způsobující jeho netransparentnost. Tuto námitku pak navrhovatel rozvádí následujícím způsobem: Předně poukazuje na ust. § 44 odst. 1 zákona s tím, že zadavatel odpovídá za správnost a úplnost zadávací dokumentace, a nesoulad výkazu výměr a projektové dokumentace nemůže jít k tíži uchazeče, ale zadavatele. Zadavatel plně nese odpovědnost za nepřesnosti či neúplnosti obsažené v nabídkách uchazečů vyvolané v důsledku vadných údajů v zadávací dokumentaci. Součástí zadávací dokumentace na provedení stavby je především projektová dokumentace stavby, a pokud výkaz výměr není v souladu s projektovou dokumentací, jedná se o vadu zadávací dokumentace předložené zadavatelem. Navrhovatel má za to, že Úřad má povinnost zkoumat, zda byl dodržen zákonný rámec postupu zadavatele. Pokud tedy existuje rozpor výměru s projektovou dokumentací, jedná se pro uchazeče o neřešitelnou situaci, kdy není zřejmé, zda má uchazeč kalkulovat cenu z výkazu výměr či z projektové dokumentace. Rozpor si navrhovatel uvědomil již při vypracování své nabídky s tím, že se rozhodl vypracovat svoji nabídku v souladu s projektovou dokumentací a výkaz výměr vyplnil takovým způsobem, aby pokud možno co nejvíce odpovídal požadavkům zadavatele. Tento svůj postup navrhovatel objasnil zadavateli dopisem ze dne 23.7.2010, přičemž má zato, že jeho nabídka byla souměřitelná s jinými nabídkami. Pokud by i navrhovatel připustil opak, nelze popřít podstatu problému, tj. skutečnost, že výkaz výměr neodpovídá projektové dokumentaci. Navrhovatel se neztotožnil s názorem Úřadu, že rozhodujícím podkladem pro zpracování nabídkové ceny u veřejných zakázek na stavební práce je výkaz výměr a nikoliv projektová dokumentace. Zároveň nepřipouští argumentaci Úřadu, podle které není projektová dokumentace dostatečným podkladem pro zpracování nabídek uchazečů a v případě rozporu je rozhodující výkaz výměr. Dle názoru navrhovatele je to přesně naopak. Relevantním podkladem pro posouzení výstavby (či rekonstrukce) jakékoliv stavby má být především právě projektová dokumentace (a zejména prováděcí dokumentace), která je rozhodujícím podkladem. Projektová dokumentace určuje požadavky na kvalitu a charakteristické vlastnosti díla a umožňuje realizaci. Stavba se realizuje na základě projektové dokumentace, přičemž základem zadávací dokumentace jsou technické specifikace. V případě staveb je rozhodujícím dokumentem projektová dokumentace stavby zpracovaná do podrobností nezbytných pro zpracování nabídky, která může být rozšířena o výkaz výměr, soupis prací a dodávek s podrobným popisem požadovaných standardů. K tomuto dále ještě navrhovatel podotýká, že na základě řádně vypracované projektové (prováděcí) dokumentace musí být možné jakoukoliv stavbu realizovat. Výkaz výměr pak není rozhodující dokument pro řádnou realizaci stavby a realizovat stavbu pouze na základě výkazu výměr (bez projektové dokumentace) není možné. Obecně platí, že výkaz výměr je zpracován na základě projektové dokumentace a je fakultativním doplněním projektové dokumentace. Nelze tedy připustit názor Úřadu uvedený v rozhodnutí, neboť by mohlo dojít k situaci, že by byly cenové nabídky uchazečů cenově nadsazené a v podstatě by neodpovídaly ceně předmětu veřejné zakázky. Navrhovatel navrhl ustanovení znalce dle § 56 zák. č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), který zhodnotí, zda 1/ položky č. 411322424, 411351105 a 411351106 výkazu výměr jsou nezbytné pro provedení rekonstrukce stavby, aby rekonstrukce stavby proběhla tak, jak předpokládá projektová dokumentace předložená zadavatelem, 2/ zda výměry položek č. 411351101, 411351102, 411354173, 411354174 uvedené ve výkazu výměr odpovídají výměrám

vyplývajícím z projektové dokumentace předložené zadavatelem. Závěrem pak navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že se návrhu navrhovatele vyhoví, eventuálně napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.

Rozklad zadavatele

9. Zadavatel napadá rozkladem ze dne 11. 5. 2011 doručený Úřadu v zákonné lhůtě výrok II. a výrok III. rozhodnutí, kdy poukazuje na to, že byl v souladu s ust. § 111 odst. 5 věty druhé zákona, oprávněn meritorně nerozhodnout. Má za to, že pro případ nerozhodnutí, platí fikce zamítavého rozhodnutí o námitkách a toto zamítavé rozhodnutí (resp. nevyhovění) bylo vydáno 10. den po podání námitek. Tento svůj právní názor zadavatel opírá o právní komentáře. Má tedy za to, že se nemohl dopustit správního deliktu, neboť samotným nerozhodnutím o námitkách – tedy nečinností – postupoval dle uvedeného ustanovení. Pokud by připustil, že měl povinnost meritorně a písemně rozhodnout, potom se jedná pouze o formální spisovou chybu, než o hrubé porušení práva zadavatele v zadávacím řízení. Poukazuje přitom na to, že po celou dobu zadávacího řízení s navrhovatelem komunikoval, přičemž měli několik společných jednání. Poukazuje na to, že navrhovatel si musel být vědom, jakým způsobem zadavatel rozhodne, tedy že jeho stanovisko bude negativní. Zadavatel má za to, že se jednalo pouze o formální nedostatek a v závěru žádá o zrušení výroku II. a III. rozhodnutí.

IV. Řízení o rozkladu

10. Správní orgán prvního stupně usnesením. č.j. ÚOHS-S385/2010-11786/2011/530/RKr ze dne 27. 7. 2011 oznámil zadavateli a vybranému uchazeči podání rozkladu a stanovil lhůtu, v níž se mohli k rozkladu vyjádřit.

11. Dne 5. 8. 2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele, v němž zadavatel mimo jiné uvádí, že chyba ve výkazu výměr v položce bednění, jež byla navrhovatelem napadena, nemá nic společného s transparentností hospodářské soutěže. Veřejná zakázka měla být v soutěži zúčastněnými stranami naceněna tak, aby byly zjištěny jednotkové ceny jednotlivých úkonů či materiálů. Navrhovatel dle zadavatele bez předchozí konzultace s projektantem či se zadavatelem změnil výkazy výměr a specifikaci několika položek, čímž dle názoru zadavatele porušil pravidla výběrového řízení, tedy srovnatelnost jednotkových cen za položky. U několika položek pak došlo ke změně díky nepochopení výkresové dokumentace, přičemž navrhovatel zhotovitele dokumentace nekontaktoval, aby dokumentaci objasnil. Zadavatel dále konstatuje, že projektová dokumentace i výkaz výměr byly kontrolovány několika nezávislými stranami a nebyly shledány žádné vady, nelze tedy hovořit o netransparentnosti dokumentace.

12. Dne 11. 8. 2011 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče k rozkladu navrhovatele, v němž vybraný uchazeč uvádí, že zadavatel ve veřejné zakázce jasně stanovil soutěžní podmínky, které navrhovatel dle jeho názoru nesplnil.

13. Dále Úřad obdržel vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele, ve kterém vyjadřuje shodný právní názor s Úřadem ohledně výroku II. a III. rozhodnutí. Ve svém vyjádření poukazuje na

to, že zadavatel měl povinnost písemně vyřizovat námitky navrhovatele s souladu s ust. § 111 odst. 1 a 5 zákona. V závěru vyjádření sdělil, že trvá na svém rozkladu.

14. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s ust. § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

15. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálů 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 rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

16. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS –S385/201-4779/2011/530/RKr ze dne 13. 4. 2011 rozhodl, že se návrh podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona, v části týkající se vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení zadavatelem zamítá, nerozhodl správně a v souladu se zákonem. Dále Úřad tím, že rozhodl o správním deliktu zadavatele dle § 120 odst. 1 písm. g) zákona, neboť shledal, že zadavatel při vyřizování námitek navrhovatele jednal v rozporu s ust. § 111 zákona, postupoval správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení rozhodnutí a vrácení k novému řízení správnímu orgánu prvního stupně.

V. K námitkám rozkladů

17. Nejdříve jsem se zabýval stěžejní námitkou navrhovatele, že výkaz výměr neodpovídá projektové dokumentaci k šetřené veřejné zakázce. K samotné podstatě věci považuji za nutné uvést, že zadavatel obdržel celkem sedm nabídek různých uchazečů, přičemž dvě nabídky byly na základě posouzení hodnotící komise vyřazeny. Jednalo se kromě navrhovatele i o společnost MI-VA, stavební obchodní a realitní společnost, s. r. o., která ač není uvedena v seznamu posuzovaných nabídek, byla vyřazena z důvodu nesplnění limitu pojistného plnění pojištění odpovědnosti za škodu třetí osobě. Jako důvod vyřazení navrhovatele, bylo uvedeno, že uchazeč v rozporu se zadávacími podmínkami upravil výkaz výměr tak, že oceněné položky neodpovídají projektu, a jeho nabídka se stala nesouměřitelnou s nabídkami ostatních uchazečů. Navrhovatel tak nedodržel podmínky stanovené zadavatelem v zadávacích podmínkách, přičemž variantu nabídky nebylo možné, s odkazem na č. 5.1.1 zadávací dokumentace připustit. K vyloučení navrhovatele hodnotící komise závěrem uvedla, že ani v případě, že by navrhovatel nebyl vyloučen, nedošlo by k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky s ohledem na výši nabídkových cen (i přes navýšení 400 000,- Kč u navrhovatele u nezapočítaných položek by jeho nabídka nebyla nižší než u vítězného uchazeče). U dalších uchazečů bylo shledáno, že splňují zadávací podmínky i požadavky zákona, přičemž bylo určeno pořadí, a jako nejvhodnější byla vybrána nabídka vítězného uchazeče.

18. Jak vyplývá z předloženého spisu, navrhovatel od počátku zadávacího řízení požadoval vysvětlení položek vodorovných konstrukcí, konkrétně dne 1. 7. 2010 požadoval informaci, kde se nacházejí dotazované konstrukce a žádal o vysvětlení jejich výměr. Zadavatel navrhovateli sdělil, aby svoji nabídku zpracoval dle předložené specifikace (z důvodu

porovnání cen) a požádal navrhovatele, aby do komentáře uvedl své připomínky k technickému řešení. Rovněž pak na základě zadavatelovy žádosti (dle § 76 odst. 3 zákona), zaslal navrhovatel dne 23. 7. 2010 vysvětlení ke svému nacenění, kdy kromě jiného uvedl, že podle projektové dokumentace stropy nad místnostmi č. 102, 112, 113, 114 mají být řešeny pouze prostřednictvím panelů, výkaz výměr však zahrnuje vedle položek panelového způsobu provedení stropů, také položky prací jiného alternativního řešení stropu – strop železobetonový do bednění. Z důvodu, že si nebyl jist, zda je smysluplné oceňovat ve výkazu výměr i práce, které jsou ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nadbytečné, rozhodl se ocenit všechny položky dodaného výkazu výměr, tedy i položky alternativního způsobu plnění (810 000,- Kč). Do nabídkové ceny pak navrhovatel zahrnul ceny pouze těch položek prací, které odpovídaly popisu předmětu zakázky (468 052,90,- Kč). Obdobným způsobem navrhovatel argumentoval v námitce podané proti rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení, kdy obšírně poukazuje na rozpor mezi výkazem výměr a projektovou dokumentací k veřejné zakázce. Nadále trval na tom, že se jedná o nadhodnocení výkazu výměr, přičemž svoji nabídku považoval za přiměřenou reakci soutěžitele, který se odborně zabývá stavebními pracemi. K tomu doplnil, že v opačném případě by blíže specifikované položky znamenaly nesmyslné navyšování ceny, neboť tyto práce nebudou dle projektové dokumentace prováděny, nebo budou prováděny v podstatně menším rozsahu. K tomuto podotkl, že pokud nabídková cena se posuzuje k předmětu veřejné zakázky dle § 77 odst. 1 zákona, pak po uchazečích nelze žádat, aby do ní zahrnovali ceny prací, které se dle projektové dokumentace nebudou realizovat. Má za to, že jeho vyloučením byl potrestán uchazeč, který se snažil svojí nabídkou respektovat projektovou dokumentaci, na rozdíl od těch, kteří na věrnost projektové dokumentace rezignovali. Dále poukazuje na skutečnost, že nebylo vysvětleno, v čem navrhovatel nedodržel zadávací dokumentaci. Trval na tom, že jeho nabídka byla předložena v souladu s projektovou dokumentací a je cenově nejnižší. V neposlední v řadě obdobnou argumentaci zvolil navrhovatel prostřednictvím právního zástupce při podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele. Znovu zde poukazoval na rozpor výkazu výměr s projektovou dokumentací, kde jsou uvedeny položky, které jsou ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nadbytečné a neodpovídají projektové dokumentaci. Má za to, že splnil veškeré požadavky stanovené v rámci zadávacího řízení.

19. Výše uvedený popis skutkového děje k uvedené námitce jsem zvolil záměrně pro zdůraznění konzistentní snahy navrhovatele, poukázat za nesrovnalosti ve výkazu výměr a v projektové dokumentaci zadané veřejné zakázky. Zpochybňoval-li navrhovatel, že výkaz výměr neodpovídá projektové dokumentaci a tedy rozsahu prací, které mají být na základě zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce provedeny, měl Úřad ověřit skutečný stav věci a tuto navrhovatelovu námitku potvrdit či vyvrátit. Navrhovatel ve svých podáních uvádí konkrétní skutečnosti, které mohou nasvědčovat nejasnostem v samotném vymezení prací, které měly být pro zadavatele fakticky prováděny, resp. poukazuje na nesoulad mezi tím, co zadavatel požadoval v projektové dokumentaci a co mělo být „naceňováno“ v rámci nabídek (tím spíše, že nabídková cena byla v tomto zadávacím řízení jediným kriteriem pro výběr nejvhodnější nabídky). Navrhovatel má za to, že část prací uvedených ve výkazu výměr nebude ve skutečnosti dle projektové dokumentace vůbec prováděna, nebo bude prováděna v podstatně menším rozsahu. Zda tomu tak skutečně je však nelze z proběhlého řízení před Úřadem ani z odůvodnění napadeného rozhodnutí zjistit.

20. Úřad se sice touto, z mého pohledu zásadní otázkou, zabýval v bodech 58, 59, 60 napadeného rozhodnutí, kdy však v bodě 58 pouze jednou větou konstatoval, že *„Zadavatel namítaný rozpor mezi projektovou dokumentací a výkazem výměr řešil konzultací s projektantem*“. Úřad však již neuvádí, jaký byl výsledek této konzultace, zda se jedná o marginální či zásadní problém v dané věci či zda osoba projektanta je osobou dostatečně nezávislou tuto věc objektivně hodnotit.

21. Nutno dodat, že bližší hodnocení nevyplývá ani z bodu 59 napadeného rozhodnutí. Zde Úřad pouze zhodnocuje *„že není oprávněn vstupovat do myšlenkových pochodů jednotlivých hodnotitelů, a tyto pochody jakkoliv přezkoumávat…*“. Mám za to, že Úřad by neměl v daném případě rezignovat na přezkoumávání postupu zadavatele s odkazem, že nelze hodnotit myšlenkové pochody jednotlivých hodnotitelů. Jestliže existovala pochybnost v tom směru, že uchazeči mohli „naceňovat“ něco jiného než je v projektové dokumentaci k předmětu veřejné zakázky, bylo zapotřebí učinit závěr, zda tomu tak skutečně je a zda tak zadávací řízení probíhalo v souladu se zásadou transparentnosti podle § 6 zákona.

22. Je skutečností, jak uvádí Úřad, že pro stanovení nabídkové ceny je v daném případě závazný výkaz výměr, neboť tímto způsobem se rozhodl zadavatel porovnávat jednotlivé nabídky uchazečů (bod 60 rozhodnutí). Problematika, která však nebyla zhodnocena ani postupem Úřadu je, zda někteří uchazeči nenaceňovali práce, které nejsou zadavatelem požadovány. Nemohu se ztotožnit s názorem Úřadu, že pro případ nesouladu mezi výkazem výměr a projektovou dokumentací stavby, je pro stanovení nabídkové ceny rozhodující výkaz výměr. Mám za to, že soulad předmětu veřejné zakázky a výkazu výměr je nezbytný a zákonem předpokládaný, kdy ust. § 77 odst. 1 stanovuje, že při posuzování nabídek uchazečů z hlediska zadávacích podmínek posoudí hodnotící komise též výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.

23. Pokud se Úřad dostatečně nezabýval okolnostmi, za nichž jednotliví uchazeči podávali své nabídky, tedy jaké práce „naceňovali“ a zda tyto práce budou skutečně vyžadovány dle zadávací dokumentace, tato skutečnost objektivně vyvolává spor, zda bylo postupováno dle zákona při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, ale i při určení pořadí uchazečů. Jedná se o vadu správního řízení, kterou nelze zhojit v odvolacím řízení. Dokud nebude tento rozpor Úřadem náležitě zhodnocen, bude zde dle mého názoru nadále existovat pochybnosti o transparentnosti celého zadávacího řízení. Nad rámec uvedené argumentace mám za to, že by bylo možné si zcela obecně a jistě velmi zjednodušeně přestavit situaci, kdy uchazeči budou naceňovat nikým nevyžadované práce, které budou poměřovány výkazem výměr, práce by však nebyly vítězným uchazečem nikdy vykonány, ale došlo by k vynaložení smluvně ujednaných veřejných prostředků. Umožnění tohoto postupu by neodpovídalo zákonu, jehož zásadní zásadou je transparentnost zadávacího řízení § 6 zákona, a jehož cílem je zabezpečení účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků.

24. Dále jsem se zabýval námitkou zadavatele, který s odkazem na ust. § 111 odst. 5 věty druhé zákona, má za to, že nebylo nutné o námitkách meritorně rozhodnout, neboť platí fikce zamítavého rozhodnutí o námitkách. Uvedený postup je dle zadavatele zákonem dovolený a

platí, že takové zamítavé rozhodnutí (resp. nevyhovění) bylo vydáno 10. den po podání námitek. Mám za to, že nelze uvedené ustanovení vytrhnout z kontextu celého ustanovení § 111 odst. 5 zákona, především pak od jeho první věty, která stanovuje, že „pokud zadavatel podaným námitkám ve lhůtě podle odstavce 1 nevyhověl, nesmí zadavatel před uplynutím lhůty pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkumu úkonů zadavatele, a je-li tento návrh podán včas, ve lhůtě 45 dnů ode dne doručení námitek uzavřít smlouvu“, přičemž druhá věta obsahuje fikci, která se přímo vztahuje k větě předchozí a je do textu zákona záměrně včleněna proto, aby se i na zadavatele, který je ve věci vyřízení námitek pasivní, vztahoval zákaz uzavřít smlouvu tam uvedenou. Názor zadavatele by se pak příčil i smyslu zákona, neboť fikce negativního rozhodnutí zadavatele by mu umožnila se vyhnout sankci za nevyřízení námitek. Tuto interpretaci ustanovení § 111 odst. 5 zákona považuji za jedinou možnou i s ohledem na vnitřní systematiku § 111 zákona. Nad rámec uvedeného doplňuji, že zákonodárce vyžaduje pro vyřízení námitek striktně písemnou formu, přičemž věta druhá § 111 odst. 5 nesměřuje ani tak ke způsobu, jakým je možné vyřídit resp. nevyřídit námitky (fikce rozhodnutí), ale k ochraně stěžovatele před nečinností zadavatele. Striktnost písemné formy lze vystopovat i v ust. § 111 odst. 3, zákona, tedy povinnost rozhodnout o podaných námitkách a o rozhodnutí bezodkladně písemně informovat uchazeče, k čemuž rovněž zadavatel nepřistoupil. Vzhledem k tomu, že odborná právní literatura není pramenem práva, považuji názory autorů, na které odkazuje zadavatel, toliko za jednu z možných interpretací uvedeného ustanovení.

25. Nemohu rovněž přistoupit na názor zadavatele, že chybné písemné meritorní rozhodnutí o námitkách navrhovatele je pouze formální spisovou chybou. Jak je uvedeno výše zákon vyžaduje písemné a včasné rozhodnutí o námitkách. Kromě toho má zadavatel povinnost vyplývající z ust. § 111 odst. 3 zákona, kdy o podaných námitkách a o rozhodnutí o nich zadavatel písemně informuje všechny uchazeče. Na porušení ust. § 111 zákona, zadavatelem, nic nemění ani předchozí konzultace s navrhovatelem.

26. K uvedenému doplňuji, že porušením ust. § 111 zákona, naplnil zadavatel skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona. Zadavatel tím, že nevyřídil námitky navrhovatele, tak jak je předpokládáno zákonem, naplnil skutkovou podstatu správního deliktu a nese za ni objektivní odpovědnost. Z hlediska výše uložené pokuty, mám za to, že se Úřad náležitě v rámci svého správního uvážení dostatečným způsobem zabýval skutečnostmi rozhodnými pro její určení. Nutno k tomu dodat, že ačkoliv zadavatel v rozkladu napadá dle jeho názoru chybnou aplikaci ust. § 111 zákona, samotnou výši uložené pokuty nezpochybňuje. Plně se tedy ztotožňuji se závěry Úřadu v dané věci.

27. Na základě výše uvedeného mám za to, že Úřad při rozhodování ve výroku II. a III. postupoval správně, avšak s ohledem na pochybení vztahující se k výroku I., jsem se rozhodl z důvodu zachování přehlednosti správního řízení zrušit celé rozhodnutí a vrátit je k novému řízení a rozhodnutí.

28. Konkrétním důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí je skutečnost, že toto rozhodnutí je zatíženo vadou nepřezkoumatelnosti. V novém řízení zavazuji Úřad, aby provedl důkladné zhodnocení, zda výkaz výměr, dle kterého uchazeči naceňovali své nabídky, odpovídá

projektové dokumentaci k předmětu zadávacího řízení. Dále pak bude zapotřebí zhodnotit, zda případné odchylky, na které poukazuje navrhovatel, mohly mít vliv na způsob vynakládání veřejných prostředků, nebo zda se jedná pouze o účelové námitky neúspěšného, resp. vyloučeného uchazeče. Rovněž je pak nutné zhodnotit postup zadavatele ve vztahu k dodržení zásady transparentnosti zadávacího řízení podle § 6 zákona.

V. Závěr

29. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí bylo zatíženo vadami majícími vliv na jeho zákonnost a správnost, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro jeho zrušení a pro vrácení věci k novému rozhodnutí orgánu dohledu. V novém řízení je Úřad zavázán zohlednit všechny shora uvedené skutečnosti.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:
1. obec Panenské Břežany, Hlavní 17, 250 70 Odolená Voda
2. Mgr. Josef Fiřt, LL.M. – advokát, Hybernská 32, 110 00 Praha 1
3. Ing. Jiří Mach, Stará Cesta 448/II, 377 01 Jindřichův Hradec

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy