

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE
601 56 Brno, Joštova 8

ROZHODNUTÍ

Č.j.: S 119/2006/SL-07746/550/Ná

V Praze dne 14.6.2006

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, jako orgán příslušný podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb., ve správním řízení zahájeném dne 24.4.2006, podle ustanovení § 96 odst. 1 cit. zákona, na základě návrhu společnosti

- www.scio.cz, s.r.o., IČ 271 56 125, se sídlem Pobřežní 34, 186 00 Praha 8, za niž jedná jednatel Ondřej Šteffl, právně zast. Mgr. Petrem Hájkem, advokátem, se sídlem Michalská 4, 412 01 Litoměřice,

na přezkoumání úkonů zadavatele

- České republiky – Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy, IČ 00022985, se sídlem Karmelitská 7, 118 12 Praha 1, jejímž jménem jedná náměstek ministryně školství mládeže a tělovýchovy PaedDr. Jaroslav Müllner,

učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky zadané v jednacím řízení bez uveřejnění výzvou ze dne 21.2.2006 na „Vytvoření systému autoevaluace – dodavatel č. 1“,

rozhodl podle § 101 cit. zákona o veřejných zakázkách **takto:**

Zadavatel - Česká republika - Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy - nesplnil povinnost uvedenou v § 10 a § 25 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb. tím, že použil k zadání veřejné zakázky na „Vytvoření systému autoevaluace – dodavatel č. 1“ jednacím řízením bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky uvedené v ustanovení § 27 odst. 1 písm. a) zákona.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ukládá podle § 101 odst. 1 cit. zákona zadavateli České republiky – Ministerstvu školství, mládeže a tělovýchovy, zrušit zadávací řízení, a to ve lhůtě do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

Odůvodnění

Zadavatel Česká republika - Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, IČ 00022985, se sídlem Karmelitská 7, 118 12 Praha 1, jehož jménem jedná náměstek ministryně školství mládeže a tělovýchovy PaedDr. Jaroslav Müllner (dále jen „zadavatel“),

oznámil prostřednictvím osoby pověřené výkonem zadavatelských činností Tercier, spol. s r.o., IČ 610 63 207, se sídlem Radlická 61, 150 00 Praha 5, za niž jedná jednatel Ing. Tomáš Kraus, písemně výzvou ze dne 21.2.2006 k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, podle ustanovení § 45 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „zákon“) dvěma zájemcům svůj úmysl zadat - v návaznosti na předchozí otevřené řízení - veřejnou zakázku na „Vytvoření systému autoevaluace – dodavatel č. 1“. Návrhy smluvních ujednání podali ve výzvou stanoveném termínu oba vyzvaní zájemci a to: www.scio.cz, s.r.o., IČ 271 56 125, se sídlem Pobřežní 34, 186 00 Praha 8, za niž jedná jednatel Ondřej Šteffl a Univerzita Pardubice, IČ 002 16 275, se sídlem Studentská 95, 532 10 Pardubice, zast. rektorem prof. Ing. Jiřím Málkem, DrSc. Otevírání obálek s nabídkami se uskutečnilo dne 9.3.2006, při kterém hodnotící komise nevyřadila žádnou nabídku. Při následném jednání hodnotící komise vyhodnotila kvalifikaci zájemců ve smyslu ustanovení § 39 odst. 1 zákona. Konstatovala, že kvalifikaci, tak jak bylo požadováno zněním bodu 5. Výzvy, nesplnil zájemce www.scio.cz, s.r.o., IČ 271 56 125, se sídlem Pobřežní 34, 186 00 Praha 8, za niž jedná jednatel Ondřej Šteffl (dále jen „zájemce“ nebo „navrhovatel“). Na základě doporučení hodnotící komise rozhodl zadavatel dne 21.3.2006 č.j.: 7413/2006-20 o vyloučení zájemce podle § 39 odst. 2 a ustanovení § 61 odst. 1 zákona. Dopisem ze dne 22.3.2006 pod zn. 160//01/06 zaslal zájemci oznámení o vyloučení z jednacím řízení bez uveřejnění. Dne 6.4.2006 obdržel zadavatel od zájemce prostřednictvím právního zástupce námitku. Námitce zájemce zadavatel nevyhověl. Zájemce o tom vyrozuměl dopisem ze dne 13.4.2006, č.j.: 9887/2006-20.

Dne 24.4.2006 byl Úřadu doručen návrh navrhovatele právně zast. na základě plné moci ze dne 30.3.2005 Mgr. Petrem Hájkem, advokátem, se sídlem Michalská 4, 412 01 Litoměřice, o přezkoumání úkonů zadavatele při zadání veřejné zakázky vč. návrhu na vydání předběžného opatření.

V návrhu ze dne 24.4.2006 navrhovatel uvedl, že důvody, pro které byl Rozhodnutím č.j. 7413/2006-20 vyloučen ze zadávacího řízení na „Vytvoření systému autoevaluace dodavatel č. 1“, nejsou důvody pro které bylo možné zájemce z tohoto zadávacího řízení vyloučit. Není pravdou, že úkon, kterým zadavatel vyloučil zájemce č. 2 by nebyl úkonem, kterým je tento zájemce diskriminován. Při celkovém počtu dvou zájemců v jednacím řízení bez uveřejnění je úkon, kterým zadavatel vyloučí ze zadávacího řízení jednoho zájemce úkonem, kterým druhého zájemce zvýhodní při následném hodnocení nabídky. Zadavatel nedodržel povinnost stanovenou v § 88 odst. 3 zákona. Pokud zadavatel nevyhověl námitkám, s poukazem na cit. ustanovení zákona, toto rozhodnutí musí řádně zdůvodnit. V námitkách ze dne 5.4.2006 zájemce nezpochybnil, že doklad o VŠ vzdělání u vedoucího projektu, pana RNDr. Ondřeje Šteffla, CSc. a ani životopisy všech členů realizačního týmu nedoložil ve stejnopisu ani v ověřené fotokopii, ale že tyto dokumenty doložil pouze ve fotokopii obyčejné. Zadavatel se nijak nevyrovnal s právní argumentací zájemce, že ve skutečnosti logickým i gramatickým výkladem příslušných ustanovení zadávací dokumentace, tyto doklady nepožadoval, když stanovil pouze možnost, nikoliv povinnost předložit tyto doklady v originálu, nebo úředně ověřené kopii. Argumentace zadavatele, že v běžné právní praxi je dokladem listina sama, tedy její originál, je zcela neurčitá a nekonkrétní. Navrhovatel rovněž nezpochybnuje fakt, že doložil profesní životopis jednoho člena týmu v jazyce anglickém. Pouze v námitkách poukázal na fakt, že při sestavování realizačního týmu byla role tohoto člena pana Kalouse pouze marginální – Pedagogická fakulta UK má realizovat pouze 2,5 % nabídky, přičemž je již zastoupena v nabídce PhDr. Vladimírou Špilkovou, jejíž životopis je doložen v jazyce českém. Zadavatel se v rozhodnutí o nevyhovění námitkám nevyrovnal

s tvrzením zájemce, že nelze bez dalšího z ustanovení § 91 odst. 3 a 4 zákona vyvodit, že pokud zájemce předloží jeden doklad v jazyce anglickém nesplňuje požadavek formy právního úkonů v zadávacím řízení celá nabídka.

Dále zájemce namítá, porušení § 92 odst. 2 zákona. Zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci termín pro jednání o návrhu smluvních podmínek na den 14.3.2006. Tím splnil podmínky § 45 odst. 2 písm. d) zákona, když určil datum, místo a hodinu termínu pro jednání. Termín jednání změnil na 22.3.2006, což ale v rozporu s § 92 odst. 2 zákona oznámil zájemci pouze elektronickou poštou, emailem ze dne 13.3.2006 a telefonicky téhož dne. Zadavatel tento termín změnil ještě jednou, informaci o tom podal zájemci opětovně pouze telefonicky a emailovou zprávou, a to dne 20.3.2006. Toto jednání již zadavatel nerealizoval, a to z důvodu vyloučení uchazeče pro údajné nesplnění kvalifikačních kritérií ze dne 21.3.2006. Dodržení způsobu doručování úkonů zadavatele zájemcům nebo uchazečům je podle názoru zájemce jednou ze základních podmínek transparentnosti úkonů zadavatele. Důsledkem netransparentního postupu při realizaci veřejné zakázky je zmatečné podávání informací o konání jednání, ačkoliv je zadavatel povinen v souladu s § 59 odst. 4 písemně vyrozumět uchazeče nebo zájemce (zákon počítá i s jednáním řízením bez uveřejnění § 12 zákona) o termínu otevírání obálek alespoň 5 pracovních dní předem, opět je zde zmíněna písemná forma a zadavatel měl povinnost v případě, že termín jednání mění, podat dostatečně dopředu informaci o konání otevírání obálek v souladu s § 92 odst. 2 zákona.

Navrhovatel poukazuje, že zadavatel nenaplnil ani podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Ačkoliv zadání veřejné zakázky č. 01/06 předcházelo zadání veřejné zakázky č. 61/05 se stejným obsahem. Zadavatel postupoval při zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na § 27 odst. 1 písm. a) zákona, když odůvodnil toto zadání tím, že v předchozím jednání nebyly podány žádné nabídky splňující zadávací podmínky. Pochybnosti navrhovatele vycházejí z toho, že se tento účastnil i předchozí veřejné zakázky a domnívá se, že byl vyloučen neoprávněně. Z cit. veřejné zakázky byl vyloučen rozhodnutím o vyloučení ze dne 20.12.2005, a to s odůvodněním nesplnění kvalifikačních kritérií – nedoložením průkazu o podnikání – živnostenského oprávnění. V předmětné veřejné zakázce doložil výpis z obchodního rejstříku, jež dle jeho názoru dostatečně prokazuje oprávnění uchazeče k podnikání.

Zadavatel vypsál jednacím řízení bez uveřejnění z důvodů, že v předchozím zadávacím řízení nebyly podány nabídky splňující zadávací podmínky. V § 17 zákona se striktně rozlišuje mezi zadávacími podmínkami a kvalifikací. Oba uchazeči, kteří podali nabídku v předchozím zadávacím řízení, byli vyloučeni z důvodů nesplněných kvalifikačních kritérií, nikoliv z důvodů nesplnění zadávacích podmínek, tedy takových podmínek, které mají vztah k samotnému předmětu plnění (např. u stavebních prací požadavek na šíři zdi 50 cm a uchazeč uvede pouze 45 cm). Zadavatel měl povinnost zadávací řízení zrušit a vypsát nové zadávací řízení otevřené či užší. Zadavatelův postup je plně v rozporu se zákonem i zadávacími směrnici EU. Jednacím řízení bez uveřejnění má být mimořádný prostředek, který nebyl rozhodně naplněn vyloučením uchazečů z důvodů nesplnění kvalifikace.

Zájemce namítá nesoulad hodnotících kritérií s požadovanými výstupy – plněním dle smlouvy. Uvádí, že zadavatel v zadávací dokumentaci – v části B, bod 4. Způsob hodnocení nabídek stanovil kritérium ekonomické výhodnosti nabídek, jako dílčí kritérium stanovil „Obsah a úroveň projektu“ (s váhou 70 %), když tento měl být hodnocen dle subkritérií jednotlivých dílčích úkolů se stejnou důležitostí. Tyto byly obsaženy v tzv. příloze č. 1 návrhu smlouvy. V příloze č. 1 návrhu smlouvy byl charakterizován dílčí úkol č. 1 – vytvoření

teoretické metodologické platformy pro evaluační a monitorovací procesy školy. U tohoto dílčího úkolu byly požadovány pouze dva výstupy - dvě publikace ve formě knižní a elektronické (CD ROM): „Kvalita vzdělávání a její hodnocení“ v rozsahu 300 NS. Plánovaný náklad: 1 000 ks a „Evaluační procesy a škola“ v rozsahu 400 NS. Plánovaný náklad: 3 000 ks. Zadavatel mívá hodnotit toto dílčí kritérium dle následujících subkritérií:

1. Vyjádření rozsahu předmětu analýz, specifikace druhu analyzovaných materiálů
2. Návrh obsahové náplně školení
3. Návrh způsobu prezentace (včetně primární cílové skupiny). Tento zcela zřejmý rozpor mezi požadovaným výstupem a hodnotícím kritériem, když zadavatel požadoval po uchazeči pouze dva výstupy ve formě knižní a elektronické, ale hodnotit chtěl kvalitu školení a způsob prezentace je dle názoru zájemce dalším důvodem, který vylučuje transparentní postup při zadávání veřejných zakázek

Dále zájemce namítá nerovné postavení zájemců v řízení, kdy byl projekt KVALITA II, v rámci kterého se uskutečnily jak veřejná zakázka č. 61/05, tak veřejná zakázka č. 01/06 připravován zadavatelem ve spolupráci s uchazečem, který se účastnil obou veřejných zakázek - Univerzitou Pardubice. Dle informací zadavatele měl zadavatel původně úmysl s Univerzitou Pardubice uzavřít dodavatelskou smlouvu přímo. Uvádí, že již v průběhu realizace veřejné zakázky č. 61/05, kdy byl termín odevzdání nabídky v zadávací dokumentaci stanoven na den 6.12.2005 na 10.00 hod., byla zaměstnankyně zadavatele svědkem toho, že byla nabídka uchazeče Univerzita Pardubice, podána až po tomto termínu, cca v 10.12 hod. s tím, že se na doručenkou vyznačil čas odevzdání 9.55 hod.

Na základě výše uvedeného navrhuje, aby orgán dohledu nařídil veřejnou zakázku zrušit a uložil zadavateli vypsát veřejnou zakázku znovu transparentním a nediskriminačním způsobem. Zároveň navrhuje, aby orgán dohledu vydal předběžné opatření, kterým zakáže zadavateli uzavřít smlouvu a v případě, že by měl zadavatel smlouvu již uzavřenou, navrhuje, aby orgán dohledu zakázal plnění z této smlouvy.

Úřad si vyžádal od zadavatele k podanému návrhu příslušnou dokumentaci a vyjádření, které mu byly doručeny osobně dne 16.5.2006.

Zadavatel ve vyjádření ze dne 16.5.2006 č.j.:12 838/2006-20 k návrhu navrhovatele uvedl, že vyloučením zájemce z jednacního řízení bez uveřejnění ve smyslu znění § 39 odst. 2 a ustanovení § 61 odst. 1 zákona a ani dalšími úkony provedenými v rámci zadávání výše uvedené veřejné zakázky, neporušil zákon. Uvádí, že textem bodu 5. Výzvy, kromě jiného, stanovil požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů. Dne 8.3.2006 v 9.43 hod., tedy ve lhůtě stanovené zadavatelem v bodu 4. Výzvy zájemce podal obálku s návrhem smluvních ujednání. Bodem 4. Výzvy stanovil zadavatel termín pro jednání o návrhu smluvních ujednání na 14.3.2006 ve 13.00 hod. Tento termín změnil na 22.3.2006, což bylo sděleno oběma dodavatelům vyzvaným k jednání v tomto jednacím řízení bez uveřejnění. Oba zájemci převzetí této informace potvrdili. Zadavatel je povinen vyloučit uchazeče nebo zájemce ze zadávacího řízení v případech stanovených zákonem. Zákon žádným způsobem neřeší počty vylučovaných subjektů ani případné souvislosti, které by při určitém počtu vyloučených byly kvalifikovány jako jejich diskriminace. Je tedy zcela irelevantní názor navrhovatele, že v případě vyloučení jednoho ze dvou zájemců či uchazečů je zvýhodněn ten, který vyloučen nebyl a naopak diskriminován vyloučený. Doložit doklady k osvědčení kvalifikace ve stejnopisu či ověřené fotokopii, tak jak tomu bylo v případě životopisů členů realizačního týmu a dokladů o vzdělání není možno se ztotožnit s názorem navrhovatele, že požadavek

zadavatele je splněn doložením neověřené kopie. Listinou se rozumí v právních předpisech vždy sama listina, tedy vlastní originál vyhotovení a nikoliv její opis nebo zobrazení. Zákon žádným způsobem neřeší míru nesplnění zadávacích podmínek či kvalifikace a z toho případně plynoucí důvod k vyloučení či nevyloučení uchazeče nebo zájemce ze zadávacího řízení. Není tedy možno přijmout ani argumentaci navrhovatele o malém podílu jednoho z členů realizačního týmu na plnění veřejné zakázky a tedy se domáhat mírnějšího přístupu a nevyloučení zájemce.

V tomto konkrétním případě, o kterém se navrhovatel ve svém návrhu zmiňuje, byly tyto úpravy termínu jednání provedeny elektronicky e-mailem a ve všech případech bylo jejich doručení potvrzeno oběma zájemci. To, že tento způsob doručení splnil předpokládaný účel, je potvrzeno i vlastní reakcí zájemců na obsah e-mailových sdělení. Nelze přijmout ani navrhovatelův odkaz na ust. § 59 odst. 4 zákona, neboť jednací řízení bez uveřejnění úkon otevírání obálek s nabídkami, při zákonem stanovené možnosti přítomnosti zájemců, u tohoto aktu nezná.

Znění § 27 odst. 1 zákona vymezuje podmínky, kdy po předchozím otevřeném řízení nebo užším řízení lze použít jednací řízení bez uveřejnění. Navrhovatel nemůže uspět svojí argumentací týkající se svého údajného neoprávněného vyloučení v předchozím otevřeném řízení, neboť § 88 zákona stanoví lhůty, ve kterých lze úspěšně podat námítky proti úkonům zadavatele. Vzhledem k tomu, že uchazeč možnosti dané zněním § 88 odst. 2 zákona v otevřeném řízení nevyužil, není možno úspěšně zpochybňovat využití možnosti dané zadavateli právě zněním § 27 odst. 1 písm. a) zákona. Důvody k vyloučení uchazeče z otevřeného řízení byly řádným způsobem navrhovateli, v tehdejší roli uchazeče o veřejnou zakázku v otevřeném řízení, sděleny v rámci důvodů směřujících k jeho vyloučení. Zadavatel v otevřeném řízení řádným způsobem vyhodnotil splnění kvalifikace jednotlivými uchazeči tak, jak byla požadována zněním oznámení zadávacího řízení a rovněž zopakována v zadávací dokumentaci.

Citace dílčího úkolu č. 1 „Vytvoření teoretické metodologické platformy pro evaluační a monitorovací procesy školy“ uváděná uchazečem není přesná. Správná citace ze zadávací dokumentace obsahuje k oběma uváděným výstupům, že obě publikace budou využity pro další vzdělávání pracovníků na středních a vysokých školách a v různých formách profesního i zájmového celoživotního vzdělávání. Kromě toho v uvedeném harmonogramu Dílčího úkolu č. 1 je obsažen bod 1.8 Seminář k obsahu finální verze obou publikací a bod 1.10 Distribuce publikací a jejich propagace a diseminace v praxi. K těmto bodům zadávací dokumentace se měly vztahovat návrhy zájemců, přičemž bylo předmětem hodnocení, do jaké míry oba uchazeči požadovaný úkol předpokládají naplnit. Uvedená dílčí subkritéria hodnocení v rámci dílčího úkolu č. 1 považuje zadavatel v kontextu obsahu dílčího úkolu a harmonogramu řešení úkolu za relevantní ke stanoveným výstupům, neboť způsob prezentace obou publikací byl předmětem posouzení, stejně jako možný způsob jejich propagace a rozšiřování v pedagogické veřejnosti. Nabídková cena tak byla vždy posuzována v souvislosti s obsahem a úrovní zpracování projektu.

Není zřejmý důvod, z jakého si navrhovatel stěžuje na hodnotící kritéria, když procesem hodnocení neprošel, neboť byl z výše uvedených důvodů vyloučen již při posouzení nabídky, tzn. před aktem hodnocení. V této souvislosti je dále nutné poukázat na skutečnost, že nabídka zájemce by byla nezpůsobilá k přidělení zakázky v několika dalších věcných aspektech, z nichž nejzávažnějším pochybením bylo nedodržení termínu plnění, kdy zájemce ve své nabídce předpokládá 30 měsíců nutných k realizaci veřejné zakázky (viz. Příloha

„Harmonogram všech uvedených dílčích plnění projektu“), toto však není v souladu se zadáním zadavatele, který požadoval dokončení realizace do cca 26 měsíců, od nejdříve 1.5.2006 (dle termínu uzavření smlouvy) do max. 18.7.2008. Zadavatel konstatuje, že v případě, kdy by zájemce se svou nabídkou byl připuštěn k aktu hodnocení, byla by hodnotící komise nucena takovou nabídku vyřadit pro nesplnění zadávacích podmínek a doporučit zadavateli vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, tak jak je stanoveno zněním § 61 odst. 1 ve vazbě na znění § 61 odst. 5 zákona.

Důvod pro tvrzení navrhovatele o domnělém nerovném postavení zájemců v řízení je popsán nepřesně. Zadavatel v počátku roku 2004 skutečně uvažoval o vytvoření systémového projektu „Vytvoření systému evaluace, včetně zřízení Centra pro zjišťování výsledků vzdělávání (včetně informační a poradenské činnosti)“, k tomuto systémovému projektu byli k prvotním diskusím jako možní partneři projektu přizváni zástupci Ústavu pro informace ve vzdělávání, Národního ústavu odborného vzdělávání, které jsou přímo řízenými organizacemi ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy a dále zástupci Univerzity Pardubice a Univerzity Karlovy v Praze. Vzhledem k absenci definice partnerství byl zadavatel nucen tento model opustit. Projekt byl rozdělen a část projektu týkající se autoevaluace, tj. současný systémový projekt Kvalita II byl řešen dodavatelsky a na zhotovitele projektu bylo vypsáno zadávací řízení v souladu se zákonem č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. Návrh není v tomto bodu postaven na odůvodněných údajích. Stanovisko zadavatele na něž se stěžovatel odvolává, je s výše uvedeným konstatováním situace v souladu.

Tvrzení navrhovatele o tom, že nabídka uchazeče Univerzita Pardubice byla podána po lhůtě stanovené pro tento úkon v oznámení otevřeného zadávacího řízení, se nezakládá na pravdě. Průkazem toho, že i uchazeč Univerzita Pardubice podal svoji nabídku včas, je údaj vyznačený, jak na obálce s nabídkou, tak ve formuláři o evidenci podaných nabídek a je rovněž vyznačen i na potvrzení o převzetí nabídky, které převzal zástupce tohoto uchazeče od organizátora zadávacího řízení.

Zadavatel navrhuje, aby orgán dohledu potvrdil původní rozhodnutí zadavatele o vyloučení zájemce ze zadávacího řízení a správní řízení svým rozhodnutím ve smyslu § 101 odst. 5 zákona zastavil.

Správní řízení bylo zahájeno podle ustanovení § 96 zákona dnem 24.4.2006, tj. dnem, kdy obdržel návrh navrhovatele.

Účastníky správního řízení jsou podle § 99 zákona:

- a) Česká republika - Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, IČ 00022985, se sídlem Karmelitská 7, 118 12 Praha 1, jejímž jménem jedná náměstkyně ministryně školství mládeže a tělovýchovy PaedDr. Jaroslav Müllner,
- b) www.scio.cz, s.r.o., IČ 271 56 125, se sídlem Pobřežní 34, 186 00 Praha 8, za níž jedná jednatel Ondřej Štefl, právně zast. Mgr. Petrem Hájkem, advokátem, se sídlem Michalská 4, 412 01 Litoměřice.

Orgán dohledu přezkoumal na základě ustanovení § 96 a následujících zákona v platném znění případ ve vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace předložené zadavatelem a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při rozhodnutí o vyloučení zájemce z jednacího řízení bez uveřejnění neporušil

zákon. Nesplnil však povinnost tím, že v návaznosti na předchozí otevřené zadávací řízení nezadal jednací řízení bez uveřejnění v souladu s § 27 odst. 1 písm. a) zákona, když v předchozím otevřeném řízení byly podány nabídky, které nesplnily kvalifikaci, nikoliv zadávací podmínky jak stanovuje shora cit. ustanovení zákona.

Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

K jednacímu řízení bez uveřejnění

K použití jednacího řízení bez uveřejnění orgán dohledu uvádí, že podle § 27 odst. 1 písm. a) jednací řízení bez uveřejnění může zadavatel použít jestliže v předchozím otevřeném řízení nebo užším řízení nebyly podány žádné nabídky nebo nabídky splňující zadávací podmínky a zadavatel podstatně nezmění zadávací podmínky původního otevřeného nebo užšího řízení.

Ustanovení § 17 rozlišuje mezi zadávacími podmínkami a kvalifikací. Podle § 17 písm. a) zákona se zadávacími podmínkami rozumí veškeré požadavky, obsažené v oznámení zadávacího řízení, případně dále v upřesněné zadávací dokumentaci, které musí být uchazečem v nabídce splněny. Podle § 17 písm. d) zákona se kvalifikací rozumí způsobilost dodavatele pro provedení veřejné zakázky. Oba uchazeči v předchozím zadávacím řízení byli vyloučeni z důvodů nesplnění kvalifikace nikoliv z důvodu nesplnění zadávacích podmínek.

S odvoláním na ustanovení § 1 zákona orgán dohledu při tomto výkladu vycházel ze znění Směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby, která ve svém článku 11 odst. 3. písm. a) stanoví, že zadavatelé mohou zadat veřejné zakázky na služby ve vyjednávacím řízení bez předchozího zveřejnění: „pokud nejsou v otevřeném nebo omezeném řízení podány nabídky nebo vhodné nabídky, pokud se původní podmínky zakázky podstatně nezmění a za předpokladu, že je na požádání podána zpráva Komisi“. Tato shodná dikce je obsažena i ve směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby v čl. 31 v odst. 1. písm. a).

Komentář Evropské komise ke směrnici 92/50/EHS uvádí, že „nabídky jsou považovány za nevhodné, jestliže jsou nepřijatelné nebo nejsou řádné a navíc, jejich obsah nemá žádnou souvislost se zadávacím řízením, a jsou proto naprosto nevhodné pro účely sledované zadavatelem, které jsou definovány v zadávacích podmínkách. Z tohoto důvodu se podání takových nabídek připodobňuje k situaci, kdy nabídky nejsou podány“.

Dále z rozsudků Soudního dvora ES v případech C-328/92 Evropská komise vs. Španělské království a C-57/94 Evropská komise vs. Italská republika vyplývá, že výklad podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění musí být restriktivní, přičemž důkazní břemeno prokázání existence těchto podmínek leží na zadavateli.

V předchozím otevřeném řízení č. 61/05 zveřejněném na centrální adrese dne 11.10.2005 pod ev. č. 50013588 na stejný předmět plnění veřejné zakázky zadavatel vyloučil uchazeče z důvodu neprokázání splnění kvalifikace, nikoliv pro nesplnění zadávacích podmínek (zrušení veřejné zakázky zadavatel zveřejnil na centrální adrese dne 20.1.2006, kdy pod bodem 3.8.2. je uveden důvod zrušení podle § 68 odst. 3 písm. b) zákona - vyloučení všech uchazečů). Protože se nejednalo o nevhodné nabídky, neboť z obsahového hlediska nabídky uchazečů splnily zadávací podmínky a zadavatel vyloučil uchazeče pro neprokázání

splnění kvalifikace – nedoložení živnostenského listu, nemohl z uvedeného důvodu volit pro zadání veřejné zakázky jednací řízení bez uveřejnění.

Orgán dohledu má proto za prokázané, že v šetřeném případě pro použití zadávacího řízení formou jednacího řízení bez uveřejnění, nebyly splněny podmínky stanovené v § 27 odst. 1 písm. a) zákona a zadavatel tím, že vyzval dne 20.2.2006 podle ustanovení § 45 zákona dva zájemce k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, nesplnil povinnost, přičemž tento úkon zadavatele z důvodu omezení okruhu možných uchazečů o zakázku mohl mít zásadní vliv na stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

Zadavatel při zadání veřejné zakázky na „Vytvoření systému autoevaluace – dodavatel č. 1“ nesplnil povinnost uvedenou v § 10 a § 25 odst. 2 písm. d) zákona tím, že použil k zadání veřejné zakázky jednací řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky uvedené v ustanovení § 27 odst. 1 písm. a) zákona. Ve smyslu § 25 odst. 2 zákona písm. d) zákona zadavatel může pro zadání veřejné zakázky volit jednací řízení bez uveřejnění, jsou-li splněny podmínky uvedené v § 27 nebo § 28 zákona. Zadání veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění tak mohl pouze v případě nesplnění zadávacích podmínek nikoliv kvalifikačních předpokladů.

Námítka zájemce je v tomto bodu důvodná.

Pro nesplnění povinnosti v § 10 a § 25 odst. 2 písm. d) zákona se zadavateli ukládá podle § 101 odst. 1 cit. zákona zrušit zadávací řízení.

K rozhodnutí zadavatele o vyloučení zájemce - kvalifikace zájemce

Podle ustanovení § 91 odst. 2 zákona nabídka v otevřeném řízení, žádost o účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním a v jednacím řízení bez uveřejnění může být učiněna pouze listinou s originálem podpisu osoby oprávněné jednat za uchazeče nebo zájemce nebo elektronicky se zaručeným elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu.

Podle § 91 odst. 3 zákona nabídky a další doklady požadované tímto zákonem se předkládají v českém jazyce. V oznámení zadávacího řízení může zadavatel požadovat předložení nabídky rovněž v dalším jazyce.

Ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel stanovil v bodu 5. „Požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů“, že doklady uvedené v bodu 5. mohou být doloženy v originálu či ve stejnopisu nebo úředně ověřené kopii. Použitím výrazu „mohou“ byla dána zájemci možnost výběru zda zadavateli doloží požadované doklady v originálu či ve stejnopisu listiny anebo uvedené doklady předloží v úředně ověřené kopii. Tutéž podmínku stanovil zadavatel v zadávací dokumentaci v části B. pod bodem 1.2. „Prokázání způsobilosti dodavatele splněním dalších kvalifikačních kritérií“, kde je uveden požadavek na prokázání technické způsobilosti osvědčením o vzdělání a profesní kvalifikaci osob, které jsou odpovědné za poskytnutí služeb a seznamem alespoň dvou významných zakázek v posledních 3 letech – zpracovaných vzdělávacích projektů, z nichž alespoň jeden byl pro veřejného zadavatele a osvědčením o vzdělání a profesní kvalifikaci všech osob – zaměstnanců. Tzn., že zadavatel požadoval prokázání kvalifikace dodavatelů v originále, stejnopisu nebo v úředně ověřené kopii. Pokud by takto ověřené doklady zadavatel nepožadoval je zřejmé, že by postupoval, jak je uvedeno např. v bodu 1.3. „Prokázání“, kde je

obsaženo ujednání v odst. 2, že zájemce prokáže splnění kvalifikace v originálním vyhotovení obálky s návrhem smluvních ujednání, v kopii postačí pouze fotokopie těchto dokladů.

K prokázání technické způsobilosti doložil zájemce v nabídce u jednoho člena týmu životopis v anglickém jazyce, který byl předložen v kopii bez úředně ověřeného překladu do češtiny, tak jak zadavatele požadoval v zadávací dokumentaci v části B. bodu 5 na str. 8. Tím zájemce nedodržel požadavek zadavatele vymezený v zadávací dokumentaci. Zároveň zájemce nesplnil podmínku stanovenou v § 91 odst. 3 zákona, který m.j. výslovně požaduje, aby nabídky a doklady požadované tímto zákonem se předkládaly v českém jazyce. Námitka vztahující se ke stanovení rozsahu práce, kdy zájemce uvádí, že člen týmu, u kterého je životopis přiložen v anglickém jazyce, má realizovat pouze 2,5 % nabídky není důvodná, když shora cit. ustanovení zákona stanovuje jakým způsobem se předkládají doklady v nabídce. Nejednalo o podmínky pouze čistě formálního charakteru, které vedly zadavatele k vyloučení zájemce z jednacího řízení bez uveřejnění.

K zadávacím podmínkám – formální požadavky zadavatele na zpracování nabídky

V zadávací dokumentaci v části B. na str. 8 v bodě 4. zadavatel požadoval, aby návrh smluvních ujednání byl vč. dokladů a příloh, svázan či jiným odpovídajícím způsobem zabezpečen proti manipulaci s jednotlivými listy včetně příloh a dále požadavek, že každý list návrhu smluvních ujednání a dokumentace zájemce bude samostatně očíslován, s výjimkou předkládaných originálů či úředně ověřených dokladů k prokazování kvalifikace zájemce. Poslední list dokumentace zájemce bude obsahovat součet všech, tedy i neočíslovaných, listů předkládaných zájemcem v rámci návrhu smluvních ujednání a dokumentace zájemce s podpisem osoby oprávněné jednat jménem zájemce v rámci předmětné veřejné zakázky. Uchazeč předložil nabídku ve dvou svazcích - částech: jedna část je nazvána „Obsah nabídky“, která zahrnuje krycí list nabídky, prokázání splnění základních kvalifikačních kritérií, prokázání splnění dalších kvalifikačních kritérií, nabídkovou cenu podrobný popis nabídky, návrh smluvních ujednání, harmonogram, ostatní seznam osob s kterými bude realizováno plnění, seznam škol, s kterými Scio spolupracuje, prezentaci; druhý svazek tvoří „Nabídka k veřejné zakázce č. 01/06 – Vytvoření systému autoevaluace – dodavatel č. 1, Obsah nabídky“. Svazek obsahující návrh smluvních ujednání je v rychlovazači, do kterého jsou volně vložené listy, které jsou neočíslovány a celá nabídka uchazeče neobsahuje součet všech stránek.

Orgán dohledu k tomu uvádí, že zadávací podmínky i jiné požadavky pro realizaci veřejné zakázky ve smyslu výše citovaných ustanovení zákona je třeba stanovit jako podmínky obsahového charakteru vztahující se k realizaci veřejné zakázky podle § 48 odst. 3 zákona, při jejichž nesplnění je nutné příslušného uchazeče vyloučit. Pod obsahové podmínky nelze však zahrnovat podmínky čistě formálního charakteru, jako jsou např. neočíslované stránky, součet všech stránek apod., jejichž nesplnění nemůže být spojováno s vyloučením zájemce nebo uchazeče ze zadávacího řízení.

Na základě uvedených závěrů nelze považovat uvedená nedodržení zadávacích podmínek vztahující se k formálním nedostatkům nabídky zájemce za relevantní.

K výzvě, otevírání obálek a doručování

V ustanovení § 45 odst. 1 zákona je stanovena zadavateli povinnost oznámit jeho úmysl zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění písemně. Podle § 45 odst. 2

písm. d) zákona musí zadavatel ve výzvě uvést datum, hodinu a místo, kde se bude jednání konat. Tyto údaje výzva obsahovala. Zákon neuvádí a neřeší případné změny v rámci tohoto řízení. U jednacímho řízení bez uveřejnění není stanoveno otevírání obálek s nabídkami. Ustanovení § 12 zákona pouze vymezuje, kdo se rozumí zájemcem.

Podle § 92 odst. 2 zákona doručuje zadavatel písemnosti zájemcům nebo uchazečům prostřednictvím držitele poštovní licence na adresu uvedenou v žádosti o účast nebo v nabídce jako doporučenou zásilku s doručenkou. Ustanovení § 92 odst. 2 zákona upravuje postup zadavatele při doručování písemností zájemcům nebo uchazečům o veřejnou zakázku. Žádný jiný způsob doručování písemností zájemcům nebo uchazečům o veřejnou zakázku zákon nepřipouští. Zadavatel uvedl, že úpravy termínu jednání byly provedeny elektronicky e-mailem a ve všech případech bylo jejich doručení potvrzeno oběma zájemci a tím splnilo účel. Orgán dohledu konstatuje, že doručení nebylo provedeno v souladu s cit. ustanovením zákona. Nemělo však vliv na vyloučení zájemce.

K hodnotícím kritériím

Zadavatel stanovil dílčím hodnotícím kritériem s nejvyšším významem „Obsah a úroveň projektu (s váhou 70 %), u kterého uvedl, že bude hodnoceno dle subkritérií jednotlivých dílčích úkolů, která mají stejnou důležitost s odkazem na Přílohu č. 1 návrhu smlouvy.

U dílčího úkolu č.1 „Vytvoření teoretické metodologické platformy pro evaluační a monitorovací procesy školy“ je uvedeno v zadávací dokumentaci, že výstupem budou dvě publikace ve formě knižní a elektronické (CD ROM) a to: „Kvalita vzdělávání a její hodnocení v rozsahu 300 NS. Plánovaný náklad 1000 ks. „Evaluační procesy a škola“ v rozsahu 400 NS. Plánovaný náklad: 3000 ks. Obě publikace budou využity pro další vzdělávání pracovníků na středních a vysokých školách a v různých formách profesního i zájmového celoživotního vzdělávání. V harmonogram k dílčímu úkolu č. 1 je obsažen bod 1.8 „Seminář k obsahu finální verze obou publikací a bod 1.10 „Distribuce publikací a jejich propagace a diseminace v praxi“, na které měly být zpracovány návrhy zájemců, kdy předmětem hodnocení mělo být v jaké míře a úrovni předpokládají uchazeči splnit požadavky zadavatele. Požadované výstupy byly stanoveny pro zájemce shodným způsobem. Nabídka zájemce však z důvodů jeho vyloučení nebyla hodnocena.

K dalším námitkám zájemce

Další námitky zájemce se vztahují k předchozímu otevřenému zadávacímu řízení, které však není předmětem tohoto řízení.

Úřad s ohledem na všechny uvedené skutečnosti, které prokázal v průběhu správního řízení rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí je možno podat do 15 dnů od jeho doručení rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím - sekce veřejných zakázek, Joštova 8, 601 56 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů, tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu.

Mgr. Jindřiška Koblíhová
náměstek předsedy ÚOHS
pověřený řízením sekce veřejných zakázek

Rozhodnutí obdrží:

1. Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, Karmelitská 7, 118 12 Praha 1
2. Mgr. Petr Hájek, advokát, Michalská 4, 412 01 Litoměřice, PO BOX 73