

Č. j. S 33/2000-150/1345/2000-Jak

V Brně dne 3. května 2000

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 7.3.2000 podle § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb., na návrh obchodní společnosti STARKON TELČ spol. s r. o., Hradecká 9, 588 56 Telč, za níž jedná Ing. Zdeněk Kohoutek, jednatel, ze dne 6.3.2000, na přezkoumání rozhodnutí zadavatele Gymnázium Otokara Březiny, rozpočtová organizace, Hradecká 235, 588 56 Telč, za něž jedná Jan Sedláček, ředitel, ze dne 29.2.2000 o námitkách proti jeho rozhodnutí ze dne 18.2.2000 o výběru nejvhodnější nabídky ve veřejné zakázce na výkon inženýrsko-investorské činnosti na stavbě „Přístavba gymnázia a zvláštní školy v Telči“, zadávané výzvou více zájemcům o veřejnou zakázku k podání nabídky ze dne 27.1.2000, rozhodl podle § 59 písm. a) zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, takto:

Návrh společnosti STARKON TELČ spol. s r. o., Hradecká 9, 588 56 Telč, ze dne 6.3.2000 je **důvodný**.

Rozhodnutí zadavatele Gymnázium Otokara Březiny, Telč, o výběru nejvhodnější ve veřejné zakázce na výkon inženýrsko-investorské činnosti na stavbě „Přístavba gymnázia a zvláštní školy v Telči“, oznámené uchazečům dopisem ze dne 18.2.2000, se **ruší** a zadavateli se ukládá provést **nový výběr, a to do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí**.

O d ů v o d n ě n í

Zadavatel Gymnázium Otokara Březiny, rozpočtová organizace, Telč, Hradecká 235, 588 56 Telč, za něž jedná Jan Sedláček, ředitel (dále jen „zadavatel“), zaslal dne 27.1.2000 písemnou výzvu 5 zájemcům o veřejnou zakázku na výkon inženýrsko-investorské činnosti na stavbě „Přístavba gymnázia a zvláštní školy v Telči“ k podání nabídky podle § 49 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb. (dále jen „výzva“ a „zákon“).

Jako kritéria hodnocení nabídek zadavatel v podmínkách výzvy stanovil:

1. Reference o firmě – zejména příklady realizace obdobné činnosti vykonávané firmou uchazeče.
2. Výše cenové nabídky.

3. Návrh konkrétního způsobu výkonu prací TDI ve fázi realizace stavby: organizační zabezpečení, jména pracovníků vyčleněných pro požadované činnosti, způsob kontroly fakturovaných částek, apod.
4. Rozšíření rozsahu podmínek v návrhu smlouvy (dle následující článku e), redukce podmínek v návrhu smlouvy nepřichází v úvahu).

Zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 5 nabídek uchazečů. Z důvodů neprokázání kvalifikačních předpokladů podle § 2b odst. 1 písmeno a) a § 2c odst. 1 zákona byla nabídka Ing. Jana Heráleckého, Telč, vyřazena z další účasti na veřejné zakázce a hodnoceny byly zbývající 4 nabídky.

Zadavatel na základě stanoveného pořadí nabídek podle výsledku hodnocení komise stanovil pořadí nabídek takto:

1. ADT Jihlava, s. r. o., Matky Boží 36, 586 01 Jihlava, za níž jedná pan Jan Prokš a Ing. arch. Lubomír Štefl, jednatelé společnosti,
2. STAVONA JIHLAVA, spol. s r. o., Pražská 8, 586 01 Jihlava, za níž jedná Ing. Jan Toscher a paní Věra Holubová, jednatelé společnosti,
3. STARKON TELČ spol. s r. o., Hradecká 9, 588 56 Telč, za níž jedná Ing. Zdeněk Kohoutek, jednatel společnosti.

Své rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zadavatel oznámil všem hodnoceným uchazečům o veřejnou zakázku dopisem ze dne 18.2.2000 a téhož dne oznámil uchazeči ing. Janu Heráleckému vyřazení jeho nabídky z hodnocení v předmětné veřejné zakázce.

Uchazeč obchodní společnost STARKON TELČ spol. s r. o., se sídlem Hradecká 9, 588 56 Telč (dále jen „STARKON“), který dle doručky obdržel rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky dne 22.2.2000, podal u zadavatele dopisem ze dne 28.2.2000 námitku proti úkonům zadavatele veřejné zakázky, ve kterém požadoval zrušení rozhodnutí zadavatele a který zadavatel obdržel téhož dne.

Zadavatel námitkám po jejich přezkoumání nevyhověl, což konstatoval ve svém rozhodnutí ze dne 29.2.2000. Dopisem z téhož dne informoval zadavatel o podání námitek i ostatní hodnocené uchazeče.

Uchazeč STARKON, který obdržel rozhodnutí zadavatele o námitkách (dle potvrzení o převzetí na kopii rozhodnutí) dne 29.2.2000, podal u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) návrh na „přezkoumání rozhodnutí zadavatele veřejné zakázky“, a to dopisem ze dne 6.3.2000, jež orgán dohledu obdržel dne 7.3.2000. Uchazeč ve svém návrhu požaduje přezkoumání bodového ohodnocení jednotlivých členů komise z hlediska porovnání jednotlivých kritérií v nabídkách uchazečů a v případě, že bodové hodnocení jednotlivých kritérií neodpovídá údajům v nabídkách, žádá o zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Uvedený návrh obdržel i zadavatel, a to dne 7.3.2000. Tímto dnem bylo podle ustanovení § 57 odst. 1 zákona a § 18 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání rozhodnutí zadavatele o námitkách orgánem dohledu.

Uchazeč STARKON podal dne 9.3.2000 u zadavatele doplnění návrhu na přezkoumání rozhodnutí zadavatele a téhož dne bylo uvedené doplnění podáno i u orgánu dohledu, ve kterém namítal podjatost člena komise Ing. Bohumila Tripala.

Zadavatel zaslal orgánu dohledu dokumentaci týkající se předmětné veřejné zakázky dopisem ze dne 8.3.2000 spolu se svým stanoviskem, ve kterém odmítl argumenty uchazeče STARKON o špatném hodnocení nabídek a podjatosti člena Ing. Bohumila Tripala.

Orgán dohledu posoudil návrh uchazeče STARKON, a vzhledem k tomu, že návrh byl podán v souladu s ustanovením § 57 odst. 2 zákona, byl dne 3.4.2000 zaslán jmenovanému uchazeči platební výměr k úhradě správního poplatku, který uchazeč uhradil v plné výši dne 18.4.2000.

Podle § 58 zákona účastníky tohoto řízení jsou:

1. Gymnázium Otokara Březiny, Hradecká 235, 588 56 Telč, zastoupené panem Janem Sedláčkem, ředitelem,
2. ADT Jihlava, s. r. o., Matky Boží 36, 586 01 Jihlava, za níž jedná pan Jan Prokš a Ing. arch. Lubomír Štefl, jednatelé společnosti, jejíž nabídka byla vybrána jako nejvhodnější,
3. STAVONA JIHLAVA, spol. s r. o., Pražská 8, 586 01 Jihlava, za níž jedná Ing. Jan Toscher a paní Věra Holubová, jednatelé společnosti, jejíž nabídka se umístila na 2. pořadí,
4. STARKON TELČ spol. s r. o., Hradecká 9, 588 56 Telč, za níž jedná Ing. Zdeněk Kohoutek, jednatel společnosti, jejíž nabídka se umístila na 3. pořadí.

Orgán dohledu dopisem ze dne 21.3.2000 oznámil účastníkům řízení zahájení správního řízení. Vzhledem k pozdějšímu doručení doplněného návrhu uchazeče STARKON a požadavku uchazeče STAVONA JIHLAVA, spol. s r. o., Pražská 8, 586 01 Jihlava (dále jen „STAVONA JIHLAVA“), o umožnění nahlédnout do spisu před zasláním vyjádření k zahájení správního řízení, zaslal dopisem ze dne 28.3.2000 orgán dohledu účastníkům správního řízení doplnění oznámení o zahájení správního řízení a žádost o sdělení, zda uchazeči považují své nabídky popř. jejich části za obchodní tajemství ve smyslu zákona č.513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, a žádost o stanovisko zadavatele o vyjádření k obsahu nabídek jednotlivých uchazečů ve vztahu k obchodnímu tajemství ve smyslu výše citovaného obchodního zákoníku a k zákonu č.148/1998 Sb., o ochraně utajovaných skutečností, ve znění pozdějších předpisů. Současně byli samostatným dopisem z téhož dne vyzváni k podání svého stanoviska týkajícího se ochrany obchodního tajemství i uchazeči, kteří nebyli účastníky správního řízení.

Uchazeč ADT Jihlava, s. r. o., Matky Boží 36, 586 01 Jihlava (dále jen „ADT Jihlava“), svým dopisem ze dne 4.4.2000 oznámil orgánu dohledu, že považuje svoji nabídku v celém rozsahu za obchodní tajemství.

Zadavatel svým dopisem ze dne 8.3.2000 oznámil orgánu dohledu, že souhlasí se zpřístupněním pouze části předané dokumentace, a to protokolu o otevírání obálek

s nabídkami a zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, přičemž ostatní dokumentaci považuje za předmět obchodního tajemství a současně si vyhradil právo zúčastnit se nahlédnutí do správního spisu zástupcem uchazeče STAVONA JIHLAVA. Orgán dohledu nevyhověl požadavku zadavatele, a to jednak z důvodu, že uvedené odkazy na ustanovení části druhé zákona se netýkají zadávání veřejné zakázky podle § 49 zákona a jsou podkladem pro rozhodnutí orgánu dohledu, a jednak z toho důvodu, že nespádají pod režim obchodního zákoníku o obchodním tajemství. Požadavku zadavatele být přítomen nahlédnutí do spisu dalšího účastníka správního řízení orgán dohledu rovněž nevyhověl, a to vzhledem ke skutečnosti, že orgán dohledu nenařídil ústní jednání ve smyslu § 21 správního řádu, ale umožnil účastníkovi správního řízení nahlédnutí do spisu ve smyslu § 23 uvedeného zákona na základě jeho žádosti.

Ostatní účastníci správního řízení ani další uchazeči o předmětnou veřejnou zakázku orgánu dohledu nesdělili, že považují svoji nabídku nebo její část za obchodní tajemství.

Dne 3.4.2000 bylo účastníkovi správního řízení STAVONA JIHLAVA umožněno nahlédnout do spisu. Jmenovaný uchazeč zaslal dopisem ze dne 6.4.2000 své stanovisko k oznámení o zahájení správního řízení, které orgán dohledu obdržel dne 7.4.2000 a ve kterém uchazeč mimo jiné uvedl (zestručněno):

- Postup orgánu dohledu, tedy respektování oznámení uchazeče ADT Jihlava, že považuje celou svou nabídku za obchodní tajemství, považuje za nesprávný a v rozporu s ustanovením zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím.
- Komise při hodnocení nabídek při hodnocení kritéria č. 4 „Rozšíření rozsahu podmínek v návrhu smlouvy“ přidělila všem nabídkám mimo vítězná nabídky bodové hodnocení 0, i když uchazeči tento požadavek výzvy splnili.
- Z hodnotící tabulky komise vyplývá „jasná neúměrnost“ při přidělování bodů v kritériu č. 2 „Výše nabídkové ceny“.
- V hodnotící tabulce je uvedeno namísto 6 členů komise i dalších 6 jmen náhradníků.

Dne 11.4.2000 na základě předchozího telefonického požadavku bylo uchazeči STARKON umožněno nahlédnutí do spisu. Jmenovaný uchazeč zaslal svým dopisem ze dne 13.4.2000 své vyjádření ke správnímu řízení, ve kterém mimo jiné uvedl (zestručněno):

- Postup orgánu dohledu, tedy respektování oznámení uchazeče ADT Jihlava, že považuje celou svou nabídku za obchodní tajemství, považuje za nesprávný. Dle jeho názoru nemohou být veškeré informace předmětem obchodního tajemství, neboť některé informace jsou v obchodních kruzích běžně přístupné (výpis u obchodního rejstříku, informace o provedených zakázkách). Prohlášení ADT Jihlava je účelové, a proto žádá o prověření referenčních akcí uvedeného uchazeče.
- Hodnocení komise v kritériu č. 2 „Výše nabídkové ceny“ nebylo provedeno objektivně podle skutečné výše cenových nabídek a z bodového hodnocení vyplývá „jasná neúměrnost“.
- Vyjádření zadavatele k podjatosti člena komise je nedostačující.

S výše uvedenými vyjádřeními seznámil orgán dohledu všechny účastníky správního řízení dopisem ze dne 18.4.2000.

Své stanovisko v určené lhůtě orgánu dohledu zaslal dopisem ze dne 19.4.2000 zadavatel, ve kterém odmítl všechny argumenty obou uchazečů a mimo jiné uvedl (zkráceně):

- Všichni členové komise dodrželi obecně platnou zásadu, tj. za nižší nabídkovou cenu obdržel uchazeč vyšší počet přidělených bodů.
- V kritériu č. 4 „Rozšíření rozsahu podmínek návrhu smlouvy všechny nabídky mimo firmy ATD Jihlava neuvedly žádné rozšíření podmínek návrhu smlouvy, a proto shodně obdržely za toto kritérium nulové bodové hodnocení.
- Tabulka hodnocení byla jmenovitě připravována pro členy i náhradníky komise. Seznam skutečných členů komise je uveden ve Zprávě o posouzení a hodnocení nabídek a v Protokolu o otevírání nabídek.

Po přezkoumání dokumentace o zadání veřejné zakázky a zhodnocení všech podkladů dospěl orgán dohledu k následujícím rozhodným závěrům.

- Zadavatel ve výzvě pod bodem d) způsob hodnocení nabídek uvedl čtyři kritéria hodnocení nabídek v sestupném pořadí dle stupně významu, který jim přisuzoval. V protokolu o hodnocení nabídek ze dne 18.2.2000 je uvedeno, že hodnocení je prováděno v rozmezí 0 až 10 bodů s tím, že byly stanoveny koeficienty jednotlivých kritérií, a to od 27 % až 23 %.
- Při hodnocení nabídek podle kritéria „Výše nabídkové ceny“ byly jednotlivými členy komise přiděleny nabídkám body v rozmezí 10 až 3, přičemž jednotlivým nabídkám byl přidělen různý počet bodů. Vzhledem k tomu, že uvedené kritérium mělo stanovený koeficient ve výši 26 %, došlo při hodnocení nabídek v tomto kritériu při hodnocení jednotlivými členy komise ke zřejmé neúměrnosti. Tak např. nejnižší nabídkové ceně byly jednotlivými členy komise přiřazeny body 8 až 10, druhé nejnižší nabídkové ceně byly přiděleny body 7 nebo 8 a nabídka s nejvyšší nabídkovou cenou obdržela bodové hodnocení v rozmezí 3 až 5.

V této souvislosti orgán dohledu zadavatele upozorňuje, že jedním z objektivních způsobů hodnocení nabídkové ceny je použití matematického vzorce [(cena nejnižší:cena hodnocená) x 10 bodů] x váha, tj. 26 %, který umožňuje zadavateli zohlednit i minimální rozdíly v nabídkových cenách. Nabídková cena nižší musí být hodnocena vždy podle její výše, přičemž nejnižší nabídková cena musí obdržet nejvyšší hodnocení, pokud není postupováno podle § 36 zákona.

Zadavatel porušil ustanovení § 49 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 odst. 2 písmeno b) a ustanovení § 11 odst. 1 zákona, kdy uvedeným postupem, tj. nesprávným způsobem hodnocení, byli zvýhodněni někteří uchazeči o veřejnou zakázku.

- Zadavatel ve výzvě uvedl jako kritérium č. 4 „Rozšíření rozsahu podmínek v návrhu smlouvy (dle následující článku e), redukce podmínek v návrhu smlouvy nepřichází v úvahu“. V bodě e) výzvy bylo mimo jiné uvedeno: „Nedílnou součástí nabídky ucha-

zeče bude statutárním zástupcem uchazeče podepsaný návrh smlouvy o provedení díla, ve kterém budou v maximální míře respektovány uvedené požadavky zadavatele vyplývající z těchto soutěžních podmínek. Uchazeč může ve své nabídce smluvní podmínky zadavatele rozšířit nebo upřesnit s cílem zkvalitnění nabídky uchazeče“. Ve výzvě nebyl stanoven požadavek na formu, jakou má být upřesnění nebo rozšíření smluvních podmínek provedeno.

Nabídky všech uchazečů obsahovaly návrh smlouvy podepsaný dle požadavku ve výzvě statutárním zástupcem uchazeče. Nabídka uchazeče ADT Jihlava obsahovala jako přílohu č. 4 „Návrh rozšíření podmínek smlouvy“, který ale nebyl podepsán statutárním orgánem uchazeče, i když byla prohlášena za nedílnou součást smlouvy. Orgán dohledu konstatuje nad rámec zákona o zadávání veřejných zakázek, že tento dodatek v převážné míře vychází z obecných ustanovení § 566 a násl. zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, na který je odkazováno v návrhu mandátní smlouvy. Ostatní nabídky neměly návrhy na konkrétní doplnění obsahu smlouvy uvedeny v samostatném dodatku ke smlouvě, ale upřesnění nebo rozšíření smluvních podmínek bylo v jiných částech jejich nabídky. Zadavatel přesto všechny ostatní nabídky tří uchazečů ohodnotil počtem bodů 0.

Zadavatel svým postupem porušil ustanovení § 49 odst. 4 zákona v návaznosti na ustanovení § 6 odst. 2 písm. b) a ustanovení § 11 odst. 1 zákona, jelikož zvýhodnil některé z uchazečů proti ostatním uchazečům o veřejnou zakázku.

Vycházel-li zadavatel při hodnocení nabídek v uvedeném kritériu z argumentu, že uvedení uchazeči vůbec nesplnili stanovené kritérium, tj. nesplnili požadavek stanovený ve výzvě, neměl nabídky těchto uvedených uchazečů dále hodnotit. Podle stanoviska Vrchního soudu v Olomouci, např. č.j. 2 A 12/99 a 2 A 13/99, pokud zadavatel ve výzvě podle § 49 zákona požaduje splnění dalších obsahových podmínek výzvy, ale současně neuvede výslovně důsledek tohoto nesplnění, nelze v případě nesplnění uvedené podmínky nabídku sice vyřadit z veřejné zakázky, ale nabídka není hodnotitelná.

Dále orgán dohledu k jednotlivým argumentům a stanoviskům účastníků správního řízení konstatuje:

- Pojem obchodního tajemství a jeho ochranu ve smyslu obchodního zákoníku vysvětlil orgán dohledu účastníkům správního řízení a ostatním uchazečům o veřejnou zakázku ve svém dopisu ze dne 28.3.2000. Orgán dohledu neumožnil nahlédnutí do nabídek uchazečů z toho důvodu, že by mohly obsahovat skutečnosti, které jsou obchodním tajemstvím uchazečů, a zastává názor, že pokud nemá od uchazeče výslovné vyjádření, že jeho nabídka není jeho obchodním tajemstvím, je povinen s jejich nabídkami nakládat tak, aby nedošlo k porušení nebo ohrožení práva na obchodní tajemství jednotlivých uchazečů.

Z těchto důvodů požádal orgán dohledu každého uchazeče o písemné sdělení, zda celou nabídku (nebo její konkrétní části) považuje za své obchodní tajemství z důvodu, že nabídka obsahuje skutečnosti obchodní, výrobní či technické povahy související s podnikem, které mají skutečnou nebo alespoň potenciální materiální či nemateriální hodnotu, které nejsou v příslušných obchodních kruzích běžně dostupné, a že uchazeč má zájem na utajení těchto skutečností, které odpovídajícím způsobem zajišťuje (viz § 17 – 20 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů).

- Uchazeč STARKON vznesl ve svém dodatečném návrhu námitku podjatosti člena komise. V ustanovení § 49 zákona, podle kterého byla předmětná zakázka zadávaná, není výslovný odkaz na § 32 zákona, podle kterého musí zadavatel postupovat při zadání veřejné zakázky formou obchodní veřejné soutěže, a nebylo tedy povinností zadavatele požadovat po členech komise čestné prohlášení před zahájením činnosti komise. Zadavatel nad rámec svých zákonem stanovených povinností však čestné prohlášení po členech komise přesto požadoval. Námitka uchazeče STARKON je bezpředmětná.
- Uchazeč STARKON požadoval po orgánu dohledu prošetření referencí uchazečů. Podle stanoviska Vrchního soudu v Olomouci č.j. 2 A 1/99, orgán dohledu nemůže nahrazovat zadavatele při posuzování nabídek podle jednotlivých kritérií hodnocení. Orgán dohledu může kontrolovat pouze rámec, v němž se výběr provádí, nikoliv samotnou kvalitu jednotlivých nabídek.
- Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že oznámení o výběru nejvhodnější nabídky je při zvolené formě zadání veřejné zakázky zadavatel povinen zaslat všem uchazečům, a to i těm, kteří byli z další účasti na veřejné zakázce vyloučeni (viz např. stanovisko Vrchního soudu Olomouc č.j. 2 A 7/99).

Po provedeném správním řízení a zhodnocení všech důkazů, jak v jejich souvislosti, tak jednotlivě, orgán dohledu konstatuje, že zadavatel nepostupoval při výběru nejvhodnější nabídky v souladu se zákonem, a proto rozhodl, jak je uvedeno ve výroku.

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Petr Hanák
ředitel odboru dohledu
nad zadáváním veřejných zakázek v Brně

Obdrží účastníci řízení:

Gymnázium Otokara Březiny, Hradecká 235, 588 56 Telč,
zastoupené panem Janem Sedláčkem

ADT Jihlava, s. r. o., Matky Boží 36, 586 01 Jihlava,
zastoupené panem Janem Prokšem a Ing. arch. Lubomírem Šteflem

STAVONA JIHLAVA, spol. s r. o., Pražská 8, 586 01 Jihlava,
zastoupené Ing. Janem Toscherem a paní Věrou Holubovou

STARKON TELČ spol. s r. o., Hradecká 9, 588 56 Telč,
zastoupené Ing. Zdeňkem Kohoutkem