

Rozhodnutí nabylo právní moci dne 9.4.2008; bylo potvrzeno rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R196/2007/02-05872/2008/310-Hr ze dne 28.3.2008

Č. j. S223/2007/VZ-19237/2007/520-Št

V Brně dne 19. října 2007

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájeném dne 24. 8. 2007 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Spalovna a komunální odpady Brno, akciová společnost; Zkratka: SAKO Brno, a. s., IČ 60713470, Jedovnická 2, 628 00 Brno, za niž jedná Ing. Jana Drápalová, předsedkyně představenstva, a MVDr. Vlastimil Žďárský, 1. místopředseda představenstva, ve správním řízení zastoupená Mgr. Milošem Procházkou, advokátem, Divadelní 4, 602 00 Brno,
- navrhovatel – společnosti:
  - Austrian Energy & Environment CZ s. r. o., IČ 26973880, Křížíkova 72a, 612 00 Brno, za niž jedná Ing. Joachim Wunsch, jednatel, a
  - Von Roll Umwelttechnik AG, Hardturmstrasse 127, CH - 8037 Zurich, Switzerland, za niž jedná Franz-Josef Menged, generální ředitel, a Martin Brunner, hlavní technický ředitel,kteř se společně účastnily jednacího řízení, ve správním řízení zastoupené společností Austrian Energy & Environment CZ s. r. o.,
- vybraný uchazeč – společnosti:
  - CNIM, Constructions Industrielles de la Méditerranée, Societé Anonyme, 35, Rue Bassano, 75008 Paris, Francie, za niž jedná Phillippe Soulie, předseda vedení,
  - Siemens s. r. o., IČ 00268577, Evropská 33a, 160 00 Praha 6, za niž jednají Ing. Pavel Kafka a Ing. Radomír Šimek, jednatelé,kteř se společně účastnily jednacího řízení, ve správním řízení zastoupené JUDr. Martinem Šebkem, advokátem, Moravská 52, 120 00 Praha,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce »"Odpadové hospodářství Brno" (Komplex látkového a energetického využití odpadu ve spalovně společnosti SAKO Brno, a. s.)« zadávané v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 4. 8. 2006 pod ev. č. 60000440 a opravné

oznámení bylo zveřejněno tamtéž dne 13. 4. 2007, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 4. 2007 pod číslem 2007/S73-088450,

**rozhodl** takto:

#### I.

Podle § 114 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., se správní řízení v části, ve které navrhovatel napadá

- a) vymezení hodnotících kritérií a způsob hodnocení nabídek,
- b) výhrady zadavatele v obchodních podmínkách,
- c) náležitosti zprávy o posouzení a předběžném hodnocení nabídek ze dne 12. 1. 2007,

**zastavuje**, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

#### II.

Zadavatel – Spalovna a komunální odpady Brno, akciová společnost; Zkratka: SAKO Brno, a. s. – nedodržel postup stanovený v ustanovení § 81 odst. 3 písm. d) cit. zákona o veřejných zakázkách, neboť oznámení o konečném výsledku hodnocení nabídek ze dne 4. 6. 2007 ani nedatované oznámení o výběru nejvhodnější nabídky neobsahují údaje z nabídky, které byly hodnoceny zadavatelem na základě jednání jinak a jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých kritérií,

přičemž citované porušení zákona podstatně neovlivnilo výběr nejvhodnější nabídky, a proto se podle § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., správní řízení **zastavuje**.

### Odůvodnění

Zadavatel Spalovna a komunální odpady Brno, akciová společnost; Zkratka: SAKO Brno, a. s., IČ 60713470, Jedovnická 2, 628 00 Brno, za niž jedná Ing. Jana Drápalová, předsedkyně představenstva, a MVDr. Vlastimil Žďárský, 1. místopředseda představenstva, ve správním řízení zastoupená Mgr. Milošem Procházkou, advokátem, Divadelní 4, 602 00 Brno, na základě plné moci ze dne 18. 9. 2007 (dále jen „zadavatel“ či „SAKO Brno“), uveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách dne 4. 8. 2006 pod ev. č. 60000440 oznámení jednacího řízení s uveřejněním podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon“), za účelem zadání veřejné zakázky »"Odpadové hospodářství Brno" (Komplex látkového a energetického využití odpadu ve spalovně společnosti SAKO Brno, a. s.)«. Opravné oznámení, kterým došlo k prodloužení lhůty, po kterou je uchazeč svou nabídkou vázán, bylo zveřejněno tamtéž dne 13. 4. 2007 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 4. 2007 pod číslem 2007/S73-088450.

Pro úplnost Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) dodává, že při popisu postupu zadavatele bude pro přehlednost zmiňovat pouze stěžejní události z průběhu šetřeného jednacího řízení.

V oznámení jednacího řízení s uveřejněním bodu IV.2.1) Kritéria pro zadání veřejné zakázky zadavatel uvedl

1 – Nabídková cena bez DPH	s váhou 40
2 – Ostatní ekonomické parametry	s váhou 15
3 – Technické parametry nabídky	s váhou 45

Jak vyplývá ze seznamu podaných žádostí ze dne 21. 9. 2007, žádost o účast v jednacím řízení podali 4 zájemci. Pro posouzení kvalifikace zadavatel ustavil zvláštní komisi.

Po vyjasnění a posouzení splnění kvalifikace byla výzva ze dne 11. 10. 2006 k podání nabídky v předmětném jednacím řízení zaslána všem zájemcům o veřejnou zakázku, kteří podali žádost o účast. V podmínkách výzvy zadavatel uvedl, že jednání s uchazeči proběhne ve více fázích, jejichž účelem je postupné omezování počtu zájemců.

Z protokolu o otevírání obálek ze dne 11. 12. 2006 vyplývá, že ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel nabídky tří uchazečů, přičemž všechny předložené nabídky vyhověly kontrole úplnosti.

Po provedeném posouzení nabídek a případném vyjasnění nabídek ze strany uchazečů o veřejnou zakázku provedla hodnotící komise předběžné vyhodnocení nabídek a dne 12. 1. 2007 zpracovala Zprávu o posouzení a předběžném výsledku hodnocení nabídek uchazečů.

Oznámení o předběžném výsledku hodnocení nabídek a současně pozvání na jednání o nabídkách v první fázi jednání bylo uchazečům zasláno dopisem ze dne 19. 1. 2007.

Následovala dvě jednání s uchazeči v první fázi jednání. Poté (dne 29. 3. 2007) byl vypracován Protokol o konečném výsledku hodnocení po první fázi jednání a dopisem ze dne 30. 3. 2007 bylo uchazečům zasláno Oznámení o konečném výsledku hodnocení nabídek po první fázi a současně zaslána pozvánka na 2. fázi jednání o nabídkách.

Následovalo pět jednání s uchazeči, přičemž na páté jednání stanoveném na den 24. 5. 2007 byli uchazeči pozváni dopisem ze dne 17. 5. 2007. V úvodu předmětné pozvánky je uvedeno, že uvedené jednání je posledním jednáním o nabídkách ve smyslu § 31 odst. 7 zákona a jde o poslední 3. kolo poslední 2. fáze jednání.

Jednací komise poté zasedala ještě třikrát, přičemž na základě podkladů od poradců byl vyhotoven a schválen konečný výsledek hodnocení technické části nabídek, poté byly za přítomnosti notáře otevřeny obálky s nabídkovými cenami a byl sestaven konečný výsledek hodnocení nabídek po 2. fázi a tedy i návrh konečného pořadí uchazečů.

Zadavatel na zasedání představenstva schválil konečné pořadí nabídek, a to dne 1. 6. 2007. Dne 4. 6. 2007 zadavatel zaslal oznámení o konečném výsledku hodnocení nabídek po druhé fázi jednání; v příloze přiložil protokol o konečném výsledku hodnocení nabídek včetně přílohy (tabulky s bodovým hodnocením nabídek) a kopie veškerých protokolů z jednání s konkrétním uchazečem, kterému bylo předmětné oznámení o konečném výsledku hodnocení zasláno.

Z protokolu a souvisejících listin vyplývá pořadí uchazečů o veřejnou zakázku takto:

1. společnosti:

- CNIM, Constructions Industrielles de la Méditerranée, Societé Anonyme, 35, Rue Bassano, 75008 Paris, Francie, za niž jedná Phillippe Soulie, předseda vedení,
  - Siemens s. r. o., IČ 00268577, Evropská 33a, 160 00 Praha 6, za niž jednají Ing. Pavel Kafka a Ing. Radomír Šimek, jednatelé,
- které se společně účastnily jednacího řízení, ve správním řízení zastoupené JUDr. Martinem Šebkem, advokátem, Moravská 52, 120 00 Praha (dále jen „CNIM a Siemens“).

2. společnost TM.E.S.p.A. TERMOMECCANICA ECOLOGIE, Via Cossimo Del Fante 4, 20122 Milano, Italia, za niž jedná Ing. Guido Bernacca, jednatel,

3. společnosti:

- Austrian Energy & Environment CZ s. r. o., IČ 26973880, Olomoucká 7/9, 659 00 Brno, za niž jedná Ing. Joachim Wunsch, jednatel, nyní se sídlem Křižíkova 72a, 612 00 Brno (dále jen „Austrian Energy & Environment CZ s. r. o.“), a
  - Von Roll Umwelttechnik AG, Hardturmstrasse 127, CH - 8037 Zurich, Switzerland, za niž jedná Franz-Josef Menged, generální ředitel, a Martin Brunner, hlavní technický ředitel (dále jen „Von Roll Umwelttechnik AG“),
- které se společně účastnily jednacího řízení, ve správním řízení zastoupené společností Austrian Energy & Environment CZ s. r. o. (dále jen „Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik“).

Společnost Austrian Energy & Environment CZ s. r. o., která se společností Von Roll Umwelttechnik AG podala nabídku na předmětnou veřejnou zakázku, po obdržení oznámení o konečném výsledku hodnocení nabídek dopisem ze dne 13. 6. 2007 podala námítky (dále rovněž „první námítky“), ve kterých uvedla, že zákon v § 29 předvídá, že má dojít k úpravě znění návrhu smlouvy. Jednací komise však kromě dílčích „definičních“ připomínek principiálně zamítla veškeré podstatné připomínky uchazeče. Dále dodavatel namítá, že po první fázi jednání byl v technické části vyhodnocen jako nevhodnější. Aniž již po tomto kole následovalo další technické jednání, bylo uchazeči sníženo bodové hodnocení, přičemž není jasné, na základě jakých skutečností se zhoršilo postavení uchazeče v rámci hodnocení jeho nabídky. Dodavatel napadá rovněž podmínku zadavatele na předložení závazného harmonogramu s požadovaným termínem provizorní přejímky s termínem 30. 9. 2010, přičemž nebyly brány v potaz připomínky uchazeče v průběhu ústních jednání, a další postup zadavatele při jednání. Jako poslední bod námitek napadá dodavatel, že z oznámení o konečném výsledku hodnocení nabídek po 2. fázi a z protokolu o konečném výsledku hodnocení po druhé fázi jednání vyplývá rozpor se zákonem, neboť hodnocení bylo provedeno jednací komisí, nikoliv hodnotící komisí.

Zadavatel námítkám společnosti Austrian Energy & Environment CZ s. r. o. nevyhověl, což dodavateli oznámil dopisem ze dne 25. 6. 2007. Dopisem z téhož dne pak zadavatel sdělil uchazečům, že v protokolu o konečném výsledku hodnocení nabídek po 2. fázi došlo k početní chybě, kterou blíže identifikuje a dále opravuje příslušný počet bodů. Zadavatel konstatuje, že uvedená chyba nebyla způsobila ovlivnit výběr nevhodnější nabídky, přičemž se konečné pořadí uchazečů nezměnilo.

Dopisem ze dne 2. 7. 2007 požádal dodavatel Austrian Energy & Environment CZ s. r. o. zadavatele o zaslání rozhodnutí o výběru nevhodnější nabídky a o zaslání zprávy o posouzení a hodnocení nabídek. Zadavatel dopisem ze dne 4. 7. 2007 dodavateli sdělil, že oznámení o výběru nevhodnější nabídky zadavatel uchazečům zaslal, že uchazeč musí přesně definovat dokument (resp. právní normu, o kterou svůj požadavek opírá), jehož zpřístupnění se domáhá. Pokud jde o zprávu hodnotící komise o posouzení a předběžném výsledku hodnocení nabídek uchazečů ze dne 12. 1. 2007, zadavatel stanovil termín pro nahlédnutí do této zprávy.

Společnost Austrian Energy & Environment CZ s. r. o. podala dopisem ze dne 12. 7. 2007 další námitky (dále také „druhé námitky“), ve kterých namítá, že písemnost, nazvaná „Oznámení o konečném výsledku hodnocení nabídek po 2. fázi“ spolu „Protokolem o konečném výsledku hodnocení po druhé fázi jednání“ nesplňují náležitosti stanovení v § 81 zákona, přičemž dále rozebírá obsahy cit. dokumentů ve vztahu k povinným náležitostem těchto dokumentů daných ze zákona. Jmenovaná společnost rovněž namítá, že cit. oznámení bylo podepsáno předsedkyní představenstva zadavatele a předsedou jednací komise, tedy nikoliv statutárním orgánem zadavatele.

Zadavatel na námitky reagoval dopisem ze dne 20. 7. 2007, přičemž ve smyslu § 111 odst. 4 zákona o nich nerozhodl, neboť byl podány opožděně.

Dne 24. 7. 2007 bylo zástupci uchazeče Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik doručeno nové nedatované oznámení o výběru nevhodnější nabídky, ve kterém byly uvedeny identifikace uchazečů o veřejnou zakázku, vysvětlení, z jakého důvodu došlo ke změně bodů v připojené tabulce oproti předběžnému hodnocení nabídek, byla připojena tabulka po konečném hodnocení nabídek po 2. fázi po opravě administrativní chyby a dále uvedeno objasnění, co znamenají jednotlivé sloupce přiložené tabulky.

Uchazeč Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik podal dopisem ze dne 2. 8. 2007 námitky (dále také „třetí námitky“), ve kterých namítá, že oznámení o výběru nevhodnější nabídky doručené dne 24. 7. 2007 neobsahuje údaje stanovené § 81 odst. 3 zákona, přičemž rovněž odkazuje na některá pravomocná rozhodnutí Úřadu. Kromě náležitostí oznámení o výběru nevhodnější nabídky napadá uchazeč rovněž vymezení dílčích hodnotících kritérií, která byla dle jeho názoru stanovena vágně. V poslední části námitek se uchazeč věnuje náležitostem zprávy o posouzení a hodnocení ve smyslu § 30 odst. 1 po předběžném výsledku hodnocení nabídek.

Zadavatel posoudil námitky uchazeče jako opožděné, což uchazeči oznámil dopisem ze dne 10. 8. 2007, a nerozhodl o nich. Podle dodejky převzala společnost Austrian Energy & Environment CZ s. r. o., jako zástupce uchazeče Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik rozhodnutí zadavatele o námitkách dne 14. 8. 2007.

Dne 24. 8. 2007 společnost Austrian Energy & Environment CZ s. r. o. i jménem společnosti Von Roll Umwelttechnik AG (dále jen „Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik“ nebo „navrhovatel“), se kterou podávala společnou nabídku, doručila návrh na zahájení řízení k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), a tímto dnem bylo správní řízení o přezkoumání rozhodnutí a úkonů zadavatele u Úřadu zahájeno. Zadavatel obdržel jedno vyhotovení návrhu tentýž den.

Účastníky správního řízení podle § 116 zákona č. 137/2006 Sb., ve znění zákona č. 110/2007 Sb., jsou:

- zadavatel, ve správním řízení zastoupený Mgr. Milošem Procházkou, advokátem, Divadelní 4, 602 00 Brno, na základě plné moci ze dne 18. 9. 2007,
- společnosti:
  - CNIM, Constructions Industrielles de la Méditerranée, France,
  - Siemens s. r. o., Praha 6,
 které se společně účastnily jednacího řízení, ve správním řízení zastoupené JUDr. Martinem Šebkem, advokátem, Moravská 52, 120 00 Praha, na základě plných mocí ze dne 13. a 18. 9. 2007 (dále jen „CNIM a Siemens“),
- společnosti:
  - Austrian Energy & Environment CZ s. r. o., Brno (dále jen „Austrian Energy & Environment CZ s. r. o.“), a
  - Von Roll Umwelttechnik AG, Zurich, Switzerland (dále jen „Von Roll Umwelttechnik AG“),
 které se společně účastnily jednacího řízení, ve správním řízení zastoupené společností Austrian Energy & Environment CZ, s. r. o., na základě plné moci ze dne 18. 9. 2007 (dále jen „Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik“ a „navrhovatel“).

V návrhu navrhovatel uvádí časový sled událostí od doručení oznámení o konečném výsledku hodnocení nabídek po 2. fázi ze dne 4. 6. 2007 po rozhodnutí ze dne 10. 8. 2007 zadavatele o námitkách.

V první části návrhu navrhovatel mj. zpochybňuje postup zadavatele při vyřizování námitek, zejména to, že se některými námitkami „nezabýval“ z důvodu opožděnosti, a dále, že oznámení o konečném výsledku hodnocení nabídek po 2. fázi ze dne 4. 6. 2007 bylo podepsáno předsedkyní představenstva zadavatele a předsedou jednací komise (nikoliv tedy statutárním zástupcem zadavatele), a proto se nemůže jednat o právní úkon zadavatele.

K průběhu jednacího řízení s uveřejněním k nově zaslanému nedatovanému oznámení o výběru nejvhodnější nabídky navrhovatel uvádí, že o výsledcích jednání a stanovení pořadí uchazečů na základě jednání musí být vyhotoven protokol o konečném výsledku hodnocení a následně je třeba, aby zadavatel vypracoval rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, v jehož rámci musí být uvedeny odlišnosti v hodnocení nabídek dle zprávy o posouzení a hodnocení nabídek před zahájením jednání a v rámci jednání v jednacím řízení s uveřejněním, aby bylo zřejmé, co zadavatel v průběhu jednání vyjednal a proč byly nabídky hodnoceny jinak, než po předběžném hodnocení. U jednacího řízení s uveřejněním přebírá funkci zprávy o posouzení a hodnocení nabídek rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a každý uchazeč se tak musí v závěru zadávacího procesu dozvědět, jak byla jeho nabídka hodnocena a proč tak byla hodnocena. Ve svém návrhu navrhovatel dále odkazuje na některá rozhodnutí Úřadu řešící obdobnou problematiku v rámci jiných typů zadávacích řízení.

Ve svém návrhu uchazeč Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik napadá náležitosti zprávy o posouzení a hodnocení nabídek zpracované po otevření obálek (§ 30 odst. 1 zákona), která stejně jako oznámení o výběru nejvhodnější nabídky neobsahuje údaje z nabídek jednotlivých uchazečů, pro které bylo dané konkrétní bodové hodnocení u dílčích kritérií jednotlivým nabídkám přiděleno, včetně důvodu, pro které byly přiděleny jednotlivým

nabídkám příslušné bodové hodnoty v rámci subjektivních hodnotících kritérií (technické parametry nabídky, hodnocení harmonogramu prací).

Navrhovatel současně zpochybňuje vymezení dílčích kritérií a jejich subkritérií včetně způsobu jejich hodnocení a odkazuje na obdobná rozhodnutí Úřadu.

V návrhu uchazeč Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik dále upozorňuje na možné porušení zákona vyplývající z obchodních podmínek, kdy dodavatelé byli povinni akceptovat ve svých nabídkách možnost zadavatele změnit harmonogram, právo zadavatele na změny a úpravy předmětu díla, právo zadavatele na změnu ceny v případě změny předmětu díla. I když se v současné době dle vyjádření navrhovatele nepředstavují tyto obchodní podmínky porušení zákona, v případě jejich využití v budoucnu však k porušení zákona může dojít.

Uchazeč Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a nařídil provedení nového jednání o nabídkách a současně uložil zadavateli provést po konečném jednání nové hodnocení nabídek společně s řádným odůvodněním výběru nejvhodnější nabídky.

Spolu s návrhem uchazeč Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik složil na účet Úřadu kauci ve výši 2 000 000 Kč.

Dne 31. 8. 2007 obdržel Úřad od zadavatele stanovisko k návrhu, ve kterém se zadavatel vyjadřuje k procesní stránce případu, identifikuje data, která jsou dle jeho názoru u jednotlivých námitek společnosti Austrian Energy & Environment CZ s. r. o. rozhodná pro posouzení, zda jsou námitky podány včas či nikoliv, a k podání návrhu uchazečem Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik zadavatel konstatuje, že je tento podán opožděně, neboť oznámení o výběru nejvhodnější nabídky se všemi zákonnými náležitostmi bylo uchazeči zasláno dopisem ze dne 4. 6. 2007, přičemž o námitkách (ze dne 13. 6. 2007) proti tomuto oznámení zadavatel rozhodl dopisem ze dne 25. 6. 2007, který společnost Austrian Energy & Environment CZ s. r. o. obdržela podle dodejky dne 16. 6. 2006.

Pokud běh lhůty pro podání návrhu počítá navrhovatel od doručení nedatované listiny označené jako „Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky“, nejde o správný postup, neboť nedatovaná listina sice obsahuje náležitosti dle § 81 zákona, ale ty obsahovala již listina doručená navrhovatelům dne 4. 6. 2007.

V závěru stránky 4 návrhu se objevuje dle názoru zadavatele přímo patrná základní chyba právní úvahy navrhovatele, a to záměna rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a oznámení zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Rozhodnutí je individuálním neadresovaným právním aktem zadavatele, zakládající hmotněprávní oprávnění, na rozdíl od oznámení, které je individuálním adresovaným právním aktem zadavatele, který má podobu listiny a slouží k poskytnutí informací uchazečům, zakládá však jen procesní práva. V návrhu je opět nesprávná právní úvaha navrhovatele, že ust. § 81 zákona obsahuje popis náležitostí rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Ustanovení § 81 zákona ani jiná část zákona nepopisuje ani obsah, ani formu rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel nesouhlasí s názorem navrhovatele o volné dostupnosti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky.

K argumentům navrhovatele, že listina doručená navrhovateli dne 4. 6. 2007 není podepsána oprávněnými osobami a nemá zákonné náležitosti, zadavatel namítá, že osoby jednající za zadavatele v této listině tak činily oprávněně a dokument obsahoval všechny potřebné zákonné náležitosti pro oznámení dle § 81 zákona. Skutečnost, že bylo v listině použito odkazu na přílohu nelze označit za vadu listiny, neboť takový postup zákon nezakazuje a naopak tento zákon ani neobsahuje popis vzhledu textu listiny.

K názoru navrhovatele, že listina Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky bez data je nedostatečná, zadavatel uvádí, že listina opakovaně obsahuje všechny údaje dle § 81 zákona a navíc obsahuje i porovnání výsledků hodnocení, které však již bylo dlouhodobě navrhovatelům známo, neboť podrobné tabulky s hodnocením a systematika hodnocení byly navrhovatelům pravidelně zasílány po každém hodnocení (předběžné, po 1. kole, po 2. kole – konečné). Navrhovatelé nikdy nepožadovali jakékoliv vysvětlení a výklad k obsahu těchto údajů.

Zadavatel dále uvádí, že uchazeč je oprávněn nahlížet do protokolu z jednání dle § 31 odst. 4 zákona dále do protokolu o otevírání obálek dle § 73 odst. 3 zákona a do zprávy hodnotící komise dle § 80 odst. 3 zákona. Do dalších dokumentů zadavatele, jeho orgánů a zmocněnců není uchazeč oprávněn nahlížet. Hodnotící komise se však v jednacím řízení s uveřejněním ve své činnosti omezuje na předběžné hodnocení nabídek, a to ve smyslu ust. § 74 odst. 1 zákona. Jednání o nabídkách a další hodnocení provádí zadavatel přímo, resp. jeho zmocněnec či zmocněnci. V případě této zakázky šlo o jednací komisi, jako sbor zástupců zadavatele, přičemž vlastní úkon hodnocení byl vždy završen přímo rozhodnutím zadavatele. Zadavatel postupoval přesně dle ust. § 30 a násl. zákona, o čemž v souladu s § 6 zákona informoval všechny uchazeče, a to pravidelně v celém průběhu jednacích řízení s uveřejněním.

Porušení zásady transparentnosti zadavatel odmítá; celý průběh jednacích řízení s uveřejněním i přístup zadavatele k hodnocení je transparentní a nediskriminační. Zásadu transparentnosti nelze zaměňovat s domnělou povinností zadavatele publikovat podrobnosti z nabídek uchazečů.

Navrhovatel navíc po celou dobu průběhu jednacích řízení nevyužil možnosti nahlížet do jakéhokoliv právně významného dokumentu upraveného zákonem. Teprve dne 10. 7. 2007 nahlédl zástupce navrhovatele č.1, [REDAKCE] F [REDAKCE] Z [REDAKCE] do zprávy hodnotící komise ze dne 12. 1. 2007. V návrhu se navrhovatel zabývá rozborem zprávy o posouzení a hodnocení nabídek provedeném hodnotící komisí v lednu 2007. Tuto zprávu však navrhovatel nikdy nenapadl a nezpochybnil, teprve nyní účelově vytýká zprávě formální nedostatky.

Zadavatel dále argumentuje, že navrhovatel zcela opomíjí ust. § 30 odst. 6 zákona, které je lex specialis ke všem ustanovením zákona o dokumentaci týkající se zadávacího řízení. Postup požadovaný navrhovatelem (tj. podrobné odůvodnění průběžného rozhodování zadavatele, přístupné uchazečům) by vedl k porušení ust. § 30 odst. 6 zákona.

Pokud jde o konkrétnost hodnotících kritérií, zadavatel uvádí, že v případě veřejné zakázky „Odpadové hospodářství Brno“ (komplex látkového a energetického využití odpadu ve spalovně společnosti SAKO Brno, a. s.), evidenční číslo veřejné zakázky 60000440, byla všem uchazečům k dispozici kompletní zadávací dokumentace, která popisovala rozsáhlým způsobem technickou část požadovaného zařízení. K té byla, v souladu s popisem systému hodnocení v zadávací dokumentaci, vztážena i jednotlivá hodnotící kritéria. Každý uchazeč



měl velmi podrobný technický popis požadavků na dané zařízení. Ve zbývajících hodnotících kritériích (cena, platební podmínky) byly velmi přesně popsány způsoby hodnocení a přidělování bodových hodnot jednotlivým nabídkám. Současně byli všichni uchazeči v průběhu řízení informováni o detailech systematiky hodnocení.

Z vyjádření zadavatele vyplývá, že na závěr zadávacího řízení byl přijat postup, který zcela vyvracel jakoukoliv možnost manipulace s hodnotami technického hodnocení. Uchazeči nejprve předložili návrhy změn v technické části nabídky. O těch jednacích komise rozhodla a na základě tohoto rozhodnutí předložili uchazeči všechny podklady týkající se zbytku (nikoliv technické části nabídky) v zapečetěných obálkách. Následně bylo provedeno hodnocení technické části nabídek. Výsledky tohoto hodnocení technické části nabídek byly za přítomnosti notáře protokolovány. Po provedené protokolaci, byly před notářem a s jeho ověřením, otevřeny obálky s cenovými nabídkami a dokumenty k části nabídky, která nebyla technického rázu. Následně byly hodnoceny tyto údaje dle postupu v zadávací dokumentaci a výsledky hodnocení této části nabídky byly přidány k výsledkům hodnocení technické části nabídky. Tím bylo zabráněno možné manipulaci s technickým hodnocením.

Argumenty navrhovatele v závěru návrhu jsou dle názoru zadavatele hypotetické, což sám navrhovatel uvádí. K žádnému porušení zákona nedošlo. Jakékoliv změny předmětu zakázky jsou možné, neboť je předjímá i zákon v rámci ust. § 23 odst. 7 zákona. Proto uvedená ujednání obchodních podmínek nejsou v rozporu se zákonem, ale zadavatel musí při jejich využití, které zadavatel neočekává a nepředpokládá, postupovat dle zákona s řádnou publikací takového postupu. Účelem těchto ustanovení bylo to, aby byl vybraný zhotovitel odpovědný v rámci celkové smlouvy i za případné možné změny plnění, nebude-li pro tyto změny vybrán jiný dodavatel v rámci veřejnoprávní úpravy zadávání veřejných zakázek.

Zadavatel k návrhu nápravného opatření obsaženého na straně 13 návrhu uvádí, že není důvodný, neboť navrhovatel neprokázal, že by napadené úkony zadavatele vyloučily či by mohly vyloučit zásady stanovené v § 6 zákona a současně, že by v důsledku těchto úkonů hrozila či vznikla újma na právech navrhovatele.

Jak dále vyplývá ze stanoviska zadavatele, navrhovatel byl zcela transparentním a nediskriminačním způsobem informován o předmětu zakázky, očekávanému obsahu plnění vybraného uchazeče, s hodnotícími kritérii i jejich vzájemnými vahami, postupu zadavatele při hodnocení nabídek. Po každém jednání obdrželi navrhovatelé protokol z tohoto jednání (týkající se jednání o jejich nabídce). Nikdy nebylo navrhovatelé bráněno v seznámení se s jakoukoliv přístupnou listinou či dokumentem. Celá zakázka byla předmětem dozoru Státního fondu životního prostředí ČR (coby zprostředkovatele významné části financování zakázky z prostředků EU), jehož zástupce se účastnil i jednání hodnotící komise, jednacích komise a zadavatele jako pozorovatel. O průběhu zadávacího řízení byly informovány orgány zadavatele, a to představenstvo, dozorčí rada a jediný akcionář v působnosti valné hromady (Rada města Brna). Navrhovatel nikdy v průběhu jednání nenamítl jakoukoliv pochybnost, nejasnost či nesrovnalost v postupu zadavatele či dokumentech a rozhodnutích zadavatele.

Nabídka navrhovatelů obsahovala jednoznačně nejvyšší cenu za požadované dílo a navrhovatel skončil v rámci pořadí hodnocení na posledním místě. Rozdíl mezi předposledním a posledním uchazečem byl značný (šlo o 8,68 procentních bodů), rozdíl mezi uchazečem prvním v pořadí a navrhovatelé činil 14,95 procentních bodů, přičemž maximální zisk byl 100 procentních bodů.

Závěrem zadavatel na základě všech uvedených důvodů navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil.

Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. S223/2007/VZ-16469/2007/520-Št ze dne 4. 9. 2007, ve kterém je seznámil s podaným návrhem. Současně Úřad účastníkům řízení usnesením č. j. S223/2007/VZ-16471/2007/520-Št ze dne 4. 9. 2007 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Uvedeným usnesením Úřad stanovil dodavatelům podávajícím společnou nabídku lhůtu ke stanovení společného zmocněnce.

Zadavatel zaslal dopisem ze dne 19. 9. 2007 doplnění svého vyjádření k návrhu, ve kterém popisuje specifika jednacního řízení s uveřejněním a porovnává průběh s ostatními druhy zadávacích řízení. Dále zadavatel uvádí, že v průběhu předmětného zadávacního řízení řešil dilema vyplývající z požadavku informovanosti uchazečů o veřejnou zakázku a současně požadavku ochrany utajovaných dat, resp. povinnosti mlčenlivosti chránící zájmy uchazečů poskytujících zadavateli důvěrná data obsahem svých nabídek a nezbytné korespondence.

K ochraně důvěrných dat poskytovaných dodavateli je přitom zadavatel zavázán hned několika ustanoveními zákona (jakož i orgán dohledu), a to zejména zde

- v průběhu jednání tuto mlčenlivost definuje ust. § 30 odst. 6 zákona (které navíc stanoví pozitivní výjimku z obecné povinnosti mlčenlivosti)
- důvěrnost poskytovaných dat je dále speciálně upravena pro proces komunikace uchazeče a dodavatele ust. § 148 odst. 1 zákona a především ust. § 152 zákona stanoví obecné pravidlo ochrany důvěrných informací
- za způsob ochrany důvěrných informací pak lze považovat i zmíněné ust. § 81 odst. 3 písm. d) zákona taxativně vymezující údaje, které je zadavatel oprávněn poskytnout uchazečům v oznámení o výběru nejvhodnější nabídky.

Z uvedeného vyplývá, že dožaduje-li se v projednané věci navrhovatel podání informací nad rámec stanovený citovaným zákonem, tj. ust. § 81 odst. 3 písm. d) zákona, požaduje bez zákonného důvodu prolomení rámce povinnosti mlčenlivosti zadavatele ve vztahu k obsahu nabídek ostatních uchazečů.

Zadavatel dále porovnává ustanovení § 80 odst. 1 zákona (popisující mimo jiné obsah zprávy o posouzení a hodnocení nabídek hodnotící komise) a dikce ust. § 81 odst. 3 písm. d) zákona a činí závěr, že pro jednacní řízení s uveřejněním z hlediska požadavků informovanosti uchazeče a zásady transparentnosti řízení je možno požadovat zadavatelem řádně zpracovaný a odeslaný dokument podle ust. § 81 odst. 3 písm. d) zákona za do určité míry ekvivalent zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ve smyslu ust. § 80 odst. 1 zákona pro ostatní řízení.

Měl-li by zadavatel (podle představ navrhovatele v navrhované věci) vyhotovovat další listiny nad rámec požadavků zákona, resp. sdělovat další informace o průběhu a způsobu hodnocení, dostával by se tím do rozporu se zásadou povinné mlčenlivosti a vystavoval by tak ostatní uchazeče do nerovného postavení vůči navrhovateli a žádná výslovná ustanovení zákona mu takovou činnost neumožňují a neukládají.

Zadavatel vyjadřuje své stanovisko k obsahu rozhodnutí S180/03-153/229/04-Bar, na které navrhovatel v návrhu odkazuje, a uvádí, že navrhovatel cit. rozhodnutí nesprávně interpretuje, neboť požadavek přezkoumatelnosti postupu je vysloven ve vztahu k procesům probíhajícím před Úřadem. Tj. pokud zadavatel nemohl inkorporovat z důvodů zákonných

omezení veškeré informace nezbytné k přezkoumání jeho postupu z hlediska transparentnosti výběru nejvhodnější nabídky do oznámení podle ust. § 81 odst. 3 písm. d) zákona, musí disponovat jinými důkazy (především odpovídající dokumentací) o skutečnosti, že výběr nejvhodnější nabídky proběhl v souladu se způsobem upraveným obsahem obecně závazné právní úpravy a zadávací dokumentace a takovouto dokumentaci na vyzvání předložit k přezkoumání orgánu dohledu. Popsaným způsobem tak lze dosáhnout jak naplnění požadavků transparentnosti řízení tak i povinného zachování mlčenlivosti o důvěrně sdělovaných informacích (neboť nelze opomenout skutečnost, že i Úřad je vázán povinností mlčenlivosti a obecně závazná právní úprava předvídá mechanismus, jakým lze utajované skutečnosti ochránit i v případě, jsou-li obsahem správního spisu). Zadavatel uvádí, že disponuje odpovídající dokumentací prokazující transparentní výběr nejvhodnější nabídky v souladu s obsahem obecně závazné právní úpravy a zadávací dokumentace a na vyzvání orgánu dohledu je připraven ji předložit, resp. tuto současně předkládat. Zadavatel konstatuje, že tato listina obsahuje údaje o nabídkách všech tří uchazečů důvěrného charakteru ve smyslu shora citovaných zákonných ustanovení o povinné mlčenlivosti a důvěrnosti informací, kdy tyto údaje nebylo možno sdělovat jiným uchazečům než těm, jichž se týkají.

V dané souvislosti je pak podle zadavatele nepochybné, že znak „jaké údaje z nabídky byly hodnoceny zadavatelem na základě jednání jinak“ ve smyslu ust. § 81 odst. 1 písm. d) zákona vyjadřuje relaci oproti předchozím informačním výstupům, kterých se uchazeči dostalo v rámci informačního řetězce nahrazujícího v jednacím řízení s uveřejněním (jakožto řízení „vyvíjejícího se“) obsah zprávy dle § 80 odst. 1 zákona (zejména v části „odůvodnění“) pro ostatní řízení (řízení „statická“ či „nevyvíjející se“), tj. oproti obsahu zprávy hodnotící komise o předběžném hodnocení nabídky a oproti obsahu jednacích protokolů o konečném výsledku hodnocení ve smyslu ust. § 31 odst. 5 zákona. Použitá dikce (zejména již zmíněné jednotné číslo slova „nabídka“ ve formulaci znaku, jakož i ihned následující znak „jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých hodnotících kritériích“) vylučuje výklad, že by tímto znakem mělo být vyjádřeno (navíc rozsáhlým verbálním popisem srovnávacího charakteru oproti jiným nabídkám) porovnání jednotlivých nabídek.

Závěrem je nutno připomenout další závažný argument, pro který není možno akceptovat tezi o aplikovatelnosti požadavků kladených obsahem ust. § 80 odst. 1 zákona na obsah zprávy hodnotící komise jakožto mechanismu rozšiřujícího taxativní výčet atributů obsahu oznámení podle ust. § 81 odst. 3 písm. d) zákona (kdy znak „odůvodnění“ je vykládán zpravidla v rozhodovací praxi Úřadu – ovšem v případech rozhodovaných za účinnosti zákona č. 40/2004 Sb., který ještě neznal institut jednacích řízení a tedy ani institutů typu lex specialis řešících rozpory vznikající z nepoužitelnosti některých obecných principů, např. otevřeného řízení pro jednací řízení s uveřejněním – jako požadavek „verbálního popisu konkrétní výsledků hodnotícího procesu“ hodnotící komise); není totiž vyloučeno, že např. v důsledku nápravného opatření Úřadu se celý proces zadávacího řízení vedeného formou jednacího řízení s uveřejněním může vrátit do fáze jednání ve smyslu ust. § 30 a násl. zákona, přičemž uchazeči již budou disponovat údaji obsaženými v oznámení dle ust. § 81 odst. 3 písm. d) zákona. Měly-li by tyto údaje být v tomto oznámení uvedeny v rozsahu „odůvodnění“ ve smyslu ust. § 80 odst. 1 zákona (tj. shora definovaného „verbálního popisu“), byl by tímto postupem zcela popřen účel ust. § 30 odst. 6 zákona. I z uvedeného lze soudit, že je nepochybné, že konkrétní údaje z nabídek uchazečů využívané v rámci hodnotícího procesu na straně zadavatele a chráněné ustanoveními § 144 odst. 1 a § 152 zákona jsou přístupné (při zkoumání transparentnosti zadávacího řízení) pouze Úřadu, nikoliv ostatním uchazečům.

S ohledem na shora uvedené skutečnosti má zadavatel za to, že v projednávané věci beze zbytku splnil řádně veškeré povinnosti související s požadavkem transparentnosti komentovaného procesu a zejména požadavkem informovanosti uchazečů včetně navrhovatele.

Zadavatel uvádí, že zákon má chránit jednak subjektivní práva osob subjektů, jednak objektivní zájmy společnosti. V daném řízení je tvrzeným subjektivním právem stěžovatele jednak právo na nahlédnutí do zprávy dle § 80 zákona, dále právo na doručení oznámení dle § 81 zákona. Objektivní zájem společnosti je dán zásadami postupu zadavatele, vyjádřenými v ust. § 6 zákona.

Zadavatel namítá, že subjektivní právo stěžovatele na nahlédnutí do zprávy dle § 80 zákona nebylo nijak narušeno. Stěžovatel do zprávy dle § 80 zákona nahlédl. Nicméně stěžovatel nemá právo nahlížet do konečné zprávy, jejíž odlišnost v jednacím řízení s uveřejněním je rozvedena podrobně výše.

Pokud jde o subjektivní právo na doručení oznámení dle § 81 zákona, toto právo stěžovatele bylo naplněno v daném řízení hned dvěma listinami. Základní právní význam připisuje zadavatel skutečnosti, zda byl naplněn § 81 odst. 3 písm. d) zákona. Zadavatel uvádí, že tuto náležitost oznámení mělo, dokonce výslovně uvedenu. Odkaz na připojenou tabulku a její návaznost na v minulosti zasílané tabulky a protokoly, které objektivně stěžovatel obdržel, dávají úplný a vyčerpávající výklad o tom, v čem byl stěžovatel zadavatelem hodnocen jinak (než dříve). Je třeba dbát obsahu projevu vůle a stavu vědomí adresáta úkonu. Stav vědomí adresáta úkonu (stěžovatele) o změnách v hodnocení byl v části vědomí o předchozích výsledcích dán předchozími zprávami a protokoly, v části vědomí o konečném výsledku pak oznámením dle § 81 zákona.

Dle názoru zadavatele subjektivní práva stěžovatele tak nebyla nijak dotčena a opakování již sdělených informací nemohlo nijak rozšířit informovanost stěžovatele. Je třeba totiž mít na vědomí, že zadavatel sděloval všem uchazečům vždy, když sestavoval jejich pořadí i tabulku s uvedením jejich výsledků v daných hodnotících kritériích. Tím zakládal zadavatel podrobnou informovanost všech uchazečů o vývoji jejich hodnocení a toho, v čem byli hodnoceni jinak, a to po celou dobu řízení.

Objektivní zásada transparentnosti a zákazu diskriminace nemá vztah k subjektivním právům stěžovatele, ale k činnosti zadavatele a Úřadu. Uchazeč má dána subjektivní práva výslovnou úpravou zákona a žádná jiná. Zde je pozitivněprávní mez ve vztahu k objektivnímu právu. Naopak objektivní právo musí vyplňovat zbytek prostoru, který není podřízen subjektivním právům uchazeče, která má uchazeč i hlídat a upozorňovat na jejich porušení. Toto objektivní právo nebylo narušeno, neboť zadavatel má k dispozici a Úřadu předložil kompletní dokumentaci prokazující jeho zákonný a řádný postup při hodnocení nabídek uchazečů.

Zadavatel konstatuje, že i pokud by kterákoliv z výtek navrhovatele byla oprávněná (s ohledem na nekonkrétnost některých uváděných údajů, resp. jejich nepřezkoumatelnost se lze relevantně zabývat patrně pouze výtkou týkající se údajných nedostatků oznámení o výběru nejhodnější nabídky rozeslaného postupem podle ust. § 81 odst. 3 písm. d) zákona) nedošlo a ani by nemohlo dojít k ovlivnění výběru nejhodnější nabídky a za nejhodnější nabídku by bylo i nadále nutno považovat nabídku aktuálně vybraného uchazeče.

Ve vztahu k nabídce navrhovatele zadavatel konstatuje, že konečné umístění stěžovatele je dáno nikoliv technickým odstupem od zbývajících účastníků, ale cenovým rozdílem, který je ve vztahu ke zbývajícím nabídkám značný. Stěžovatel nabídl nejvyšší cenu, přesahující o 37.110.000,- Euro nejbližší nižší nabídku. Jde o rozdíl (nárůst) o 42 % ve vztahu k nejbližší nižší nabídce. Zadavatel současně připojil ke svému vyjádření (ve formě tabulek) výpočty vycházející ze dvou simulovaných situací; při první z nich (označené slovy 1. hypotéza) je kalkulováno s tím, že by nabídka navrhovatele v technickém hodnocení byla vždy kvalifikována nejvýše (100 body), přičemž u zbývajících dvou nabídek by zůstaly stávající hodnoty. Ve druhém případě (tabulka označena slovy 2. hypotéza) došlo k umělému snížení hodnot přidělených ostatním uchazečům oproti stávajícímu stavu na nejvýše přípustné minimum tak, aby se stěžovatel stal vítězem (prvním v pořadí). Uvedeným způsobem tak jsou modelována všechna hodnocená kritéria nezbytně dotčená existencí subjektivního prvku hodnocení (tj. mimo kritéria nabídkové ceny). I přes maximální možné potencionální zvýhodnění dvou bývajících uchazečů zůstává v celkovém hodnocení nabídky navrhovatele jako poslední – a to pro nabídnutou „astronomickou“ cenu, tedy hodnocené kritérium, které nemohlo být subjektivním prvkem hodnocení. Zbývajícím uchazečům by totiž museli podat mnohem technicky horší nabídky než stěžovatel, což nebylo technickým zkoumáním nabídek prokázáno.

V průběhu správního řízení zbývajícím účastníkům doložili plné moci pro zmocněnce. Dne 21. 9. 2007 obdržel Úřad stanovisko vybraného uchazeče CNIM a Siemens, který uvádí, že dle jeho názoru má oznámení o konečném výsledku hodnocení, resp. oznámení o výběru nejvhodnější nabídky náležitosti požadované zákonem a nedošlo postupem zadavatele při oznamování výběru nejvhodnější nabídky k porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení. K náležitostem zprávy o posouzení a hodnocení jmenovaný uchazeč uvádí, že ze znění ustanovení § 30 odst. 6 zákona jednoznačně vyplývá, že zadavatel není oprávněn v průběhu jednání o nabídkách sdělovat uchazečům údaje týkající se nabídky jiného uchazeče bez předchozího souhlasu takového uchazeče, vyjma aktuální výše nabídkové ceny. Vybraný uchazeč takový souhlas nedal.

Uchazeč CNIM a Siemens dále uvádí, že návrh uchazeče Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik byl podán po lhůtě.

Dne 25. 9. 2007 Úřad obdržel od zadavatele doplnění svého vyjádření k návrhu uchazeče Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik, ve které zadavatel rozvíjí úvahu, že zásada rovnosti je atribut, který je dominantní zásadě transparentnosti, přičemž při zjištěném pochybení zadavatele při aplikaci konkrétních postupů dle zákona Úřad neuplatní vůči zadavateli sankční opatření za situace, neohrozil-li tento vadný postup zadavatele rovnost účastníků – tj. řádný výběr nejvhodnější nabídky, přičemž v tomto směru i např. nedostatečná informovanost neúspěšného uchazeče nemůže být důvodem k sankčnímu postupu Úřadu za situace, že byla dodržena zásada rovného přístupu.

Zmíněná rovnost účastníků garantovaná úpravou soutěžního práva a zejména pak procesu zadávání veřejných zakázek však dle názoru zadavatele neznamená nucené „srovnání“ výchozích pozic či dokonce individuálních předpokladů jednotlivých soutěžitelů; naopak, takovýto postup by znamenal porušení základních principů svobodné hospodářské soutěže, a proto zákonodárce vtělil do dotčené právní úpravy mechanismy zajišťující důslednou ochranu takovýchto „individuálních předpokladů“ jednotlivých soutěžitelů. Prioritu v tomto směru hraje bezesporu ochrana důvěrných dat (obchodního tajemství) poskytovaných (předávaných do dispozice) jednotlivými dodavateli (uchazeči) zadavateli.

Ačkoliv ze stavby komentované normy není tato okolnost zřejmá ihned „na první pohled“ (tato zásada není např. explicitně pojmenována obsahem ust. § 6 zákona), lze považovat za nepochybné, že zákonná konstrukce mechanismu ochrany důvěrných dat tvoří – vedle zásady transparentnosti řízení – druhou, neméně významnou, oporu dominantní zásady rovnosti účastníků (nelze pochybovat o tom, že získá-li některý ze soutěžitelů do své dispozice důvěrná data např. z nabídky konkurenta, získá tím na jeho úkor neoprávněnou výhodu – nastane tak situace, o jejíž eliminaci v celém soutěžním právu – a tedy i v úpravě procesu zadávání veřejných zakázek – právě jde).

Povinnost mlčenlivosti zadavatele k obsahu nabídek jednotlivých soutěžitelů (dodavatelů) je však garantována absolutně pro případy komunikace mezi zadavatelem a dodavatelem, výjimkou v tomto případě je souhlas uchazeče s publikací ve smyslu ust. § 30 odst. 6 zákona. Proces zajištění vyváženosti mezi zásadou transparentnosti řízení a institutem ochrany důvěrných dat se pak promítá i do procesní úpravy jednotlivých druhů řízení podle zákona. Za situace, kdy bylo zákonodárcem jednací řízení s uveřejněním koncipováno jako jediný druh řízení, v jehož rámci se jedná dále o již podaných nabídkách, musela se tato odlišnost nutně promítnout nejen do speciální procesní úpravy, ale mj. i do úpravy vymezující hranice mezi povinnostmi zadavatele informovat uchazeče o průběhu a výsledcích řízení (jakožto součástí souboru opatření zajišťujících dodržení zásady transparentnosti řízení) na straně jedné a zásadou ochrany důvěrných dat poskytovaných ze strany dodavatelů.

Zadavatel dále rozebírá odlišnosti listin a to oznámení o výběru nejvhodnější nabídky a zprávy o posouzení a hodnocení nabídek (§ 81 odst. 3 písm. c) zákona, a § 80 odst. 1 zákona) v případě všech druhů zadávacích řízení a oznámení o výběru nevhodnější nabídky v případě jednacího řízení s uveřejněním (§ 81 odst. 3 písm. d) zákona) a konstatuje, že atributem oznámení o výběru nejvhodnější nabídky pro jednací řízení s uveřejněním není znak odůvodnění. V případě jednacího řízení s uveřejněním zpráva o posouzení a hodnocení nabídek ve smyslu § 30 odst. 1 zákona včetně jednotlivých protokolů o konečném výsledku hodnocení ve smyslu § 31 odst. 5 zákona až po zpracování oznámení o výsledku hodnocení nabídek podle § 81 odst. 3 písm. d) zákona představují souvislý informační řetězec – tj. průběžnou zprávu o hodnocení nabídky.

Podle názoru zadavatele zákonodárce vypustil z dikce ustanovení § 81 odst. 3 písm. d) znak odůvodnění, neboť považoval za zcela nezbytné zamezit situaci, ke které by mohlo v rámci jednacího řízení s uveřejněním dojít, tj. situaci, při které by rozhodnutím Úřadu podle ustanovení § 118 zákona – nápravným opatřením o zrušení konkrétního úkonu zadavatele – bylo řízení „navráceno“ do fáze jednání o nabídkách, přičemž by již bylo porušeno právo jednotlivých uchazečů na zachování důvěrnosti údajů obsažených v nabídkách (obsah jednotlivých nabídek je „nedotknutelný“, nepodléhá po celé řízení žádnému průlomům v případě komunikace zadavatele a uchazečů, ledaže by dotčený uchazeč s tímto průlomem souhlasil – viz komentované ustanovení § 148 odst. 1 zákona ve spojení s § 30 odst. 6 zákona – prolomení důvěrnosti ve vztahu k Úřadu předvídané obsahem ustanovení § 152 odst. 1 zákona ovšem není dotčeno a tímto způsobem je také zachována pro jednací řízení s uveřejněním zásada transparentnosti řízení. Závěrem zadavatel za účelem řádného vyhodnocení projednávané věci předkládá k zodpovězení cca 5 otázek, z nichž první je „zda administrativní pochybení zadavatele spočívající v nedostatečném rozsahu informací obsažených v oznámení o výběru nejvhodnější nabídky podle ustanovení § 81 odst. 3 písm. d) zákona mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“ je pro posouzení případu rozhodná.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujícího zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména zadávací dokumentace, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel v oznámení o konečném výsledku hodnocení nabídek ze dne 4. 6. 2007 ani v nedatované oznámení o výběru nejvhodnější nabídky neuvedl údaje z nabídky, které byly hodnoceny zadavatelem na základě jednání jinak a jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých kritérií. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

### **Posouzení dodržení lhůty pro podání návrhu**

Zadavatel dopisem ze dne 4. 6. 2007 zaslal uchazečům o veřejnou zakázku oznámení o konečném výsledku hodnocení nabídek po druhé fázi, které považoval, jak vyplývá z jeho vyjádření, za oznámení o výběru nejvhodnější nabídky podle § 81 odst. 3 písm. d) zákona. Toto oznámení zástupce uchazeče Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik v zadávacím řízení převzal dne 6. 6. 2007.

Proti oznámení podala dopisem ze dne 13. 6. 2007 Společnost Austrian Energy & Environment CZ s. r. o. první námitky.

Dne 23. 7. 2007 zadavatel předal k poštovní přepravě za účelem zaslání uchazečům o veřejnou zakázku nedatovanou listinu označenou jako Oznámení o výběru nevhodnější nabídky, kterou podle dodejky zástupce uchazeče Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik převzal následující den, tj. 24. 7. 2007. Obsah listiny je blíže popsán na str. 5 tohoto rozhodnutí. Obsah výše cit. listin se z části shoduje, avšak zcela totožný není.

Proti nedatovanému oznámení podal uchazeč Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik třetí námitky, a to dopisem ze dne 2. 8. 2007, o kterých zadavatel nerozhodl z důvodu, že námitky byly podány opožděně. Tuto skutečnost uchazeči oznámil dopisem ze dne 10. 8. 2007, který zástupce jmenovaného uchazeče obdržel dne 14. 8. 2007. Návrh k Úřadu na zahájení správního řízení navrhovatel doručil dne 24. 8. 2007 a zadavateli stejnopis tentýž den.

Při posuzování dodržení lhůt pro podání námitek a návrhu vzal Úřad v úvahu jak postoj zadavatele, který byl v domnění, že oznámení ze dne 4. 6. 2007 i nedatované oznámení o výběru nejvhodnější nabídky má náležitosti dané ustanovením § 81 zákona, tak postoj dodavatele, který o obou dokumentech postrádal informace stanovené v § 81 odst. 3 písm. d) zákona. Ani jeden z těchto úkonů zadavatele uchazeč Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik nepovažoval za řádně učiněný a z uvedeného důvodu mohl proti oběma úkonům zadavatele podat námitky.

Úřad při posuzování dodržení lhůty pro podání návrhu dospěl k závěru, že jak oznámení o konečném výsledku hodnocení nabídek po druhé fázi ze dne 4. 6. 2007 tak nedatované oznámení o výběru nejvhodnější nabídky jsou úkony zadavatele učiněné vůči uchazečům o veřejnou zakázku a jsou tedy způsobilé na straně uchazečů vyvolat reakci v podobě podání námitek. Při dodržení lhůty pro podání návrhu vzal Úřad za rozhodující podání 3. námitek, o kterých zadavatel nerozhodl. V takovém případě je v ustanovení § 113 odst. 3 zákon pro podání návrhu k Úřadu stanovena lhůta 25 kalendářních dnů ode dne odeslání námitek stěžovatelem, která byla v šetřeném případě dodržena.

Ke skutečnosti, že oznámení o konečném výsledku hodnocení nabídek po druhé fázi jednání bylo signováno Dipl. Ing. Janou Drápalovou, předsedkyní představenstva společnosti SAKO Brno, a současně Ing. Karlem Peroutkou, ředitelem jmenované společnosti, Úřad uvádí, že nespátřuje v této věci pochybení. Zadavatel v průběhu správního řízení doložil kopii plné moci ze dne 4. 6. 2007, kterou uděluje oprávnění výše jmenovaným osobám k zaslání oznámení o výběru nejvhodnější nabídky v předmětné veřejné zakázce. Bylo tedy učiněno osobou oprávněnou jednat za zadavatele (viz § 31a zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů).

#### **Legitimace k podání návrhu směřujícího proti:**

- a) vymezení hodnotících kritérií a stanovení způsobu hodnocení nabídek**
- b) obsahu zprávy o posouzení a předběžném hodnocení nabídek**

#### **ad a) vymezení hodnotících kritérií a stanovení způsobu hodnocení nabídek**

Dle § 110 odst. 3 zákona musí stěžovatel námitky doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy. Do doby doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách nesmí zadavatel uzavřít smlouvu či zrušit zadávací řízení.

Námitky se podávají písemně. Podání řádných námitek je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci (viz § 110 odst. 5 zákona ).

Podle § 114 odst. 3 zákona jestliže návrh nemá předepsané náležitosti podle § 114 odst. 2 zákona a navrhovatel jej ve lhůtě stanovené Úřadem nedoplní nebo nebyl doručen Úřadu a zadavateli ve lhůtách podle § 113 odst. 2 nebo 3 zákona nebo nebyl podán oprávněnou osobou nebo není-li Úřad věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu, Úřad zahájené řízení zastaví; pokud má důvodné podezření, že došlo k porušení tohoto zákona, zahájí správní řízení z moci úřední.

V šetřeném případě uchazeč Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik po obdržení (24. 7. 2007) nedatovaného oznámení o výběru nejvhodnější nabídky dopisem ze dne 2. 8. 2007 podal zadavateli třetí námitky směřující mj. proti nedostatečnému vymezení hodnotících kritérií a způsobu jejich hodnocení. Poté, co zadavatel o podaných námitkách nerozhodl z důvodu opožděnosti podle § 111 odst. 4 zákona, podal uchazeč Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik návrh ze dne 24. 8. 2007 na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu.

Řádné podání námitek, tedy námitek obsahujících zákonné náležitosti, je přitom podle § 110 odst. 5 zákona podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu. Zákon dále v § 114 odst. 3, kde stanoví v jakých situacích Úřad na návrh zahájené správní řízení zastaví, uvádí mimo jiné jako důvod „...nebyl (návrh, pozn. Úřadu) podán oprávněnou osobou.“ V návaznosti na případ vedeného správního řízení Úřad konstatuje, že nepodá-li stěžovatel řádné námitky, mající zákonné náležitosti, není osobou oprávněnou podat návrh, neboť § 110 odst. 5 zákona výslovně zužuje okruh dodavatelů oprávněných podat návrh pouze na ty, kteří nejprve podali „řádné“ námitky. Účelem těchto zákonných ustanovení, které dřívější právní úprava zadávání veřejných zakázek neobsahovala, je zamezit situacím, kdy dodavatelé čekali s podáním námitek proti dřívějším úkonům zadavatele, např. zadávacím podmínkám, v závislosti na svém úspěchu nebo neúspěchu v zadávacím řízení, až



na dobu po rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky, čímž docházelo k neúměrným prodlevám v zadávacích řízeních.

V šetřeném případě z třetích námitek uchazeče Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik vyplývá, že mj. směřují proti úkonům zadavatele učiněným při formulaci vymezení kritérií hodnocení nabídek a stanovení způsobu hodnocení nabídek v zadávací dokumentaci, tedy proti úkonům učiněným zadavatelem v úvodu samotného zadávacího řízení. Uchazeči veřejnou zakázku byli obesláni výzvou k podání nabídky již v říjnu roku 2006 a zadávací dokumentaci zadavatel poskytl uchazečům v příloze, termín pro podání nabídek byl stanoven na 27. listopad 2006. O odděleném hodnocení technických údajů a nabídkové ceny se uchazeči dozvěděli z pozvánky na jednání ze dne 17. 5. 2007 a kterou zástupce uchazeče Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik obdržel dne 21. 5. 2007. Pro posouzení dodržení lhůty pro podání námitek není termín, kdy uchazeč zadávací dokumentaci obdržel, ale kdy se s ní seznámil (resp. skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl). To však uchazeč ve třetích námitkách v rozporu s ustanovením § 110 odst. 6 zákona neučinil. Pokud jde o skutečnosti uvedené v zadávací dokumentaci, je zřejmé, že se s touto dokumentací musel seznámit nejpozději do termínu pro podání nabídek (27. listopad 2006).

Třetí námítka, které směřovaly proti vymezení hodnotících kritérií a způsobu hodnocení nabídek byly zadavateli doručeny dne 3. 8. 2007 tedy po 15ti denní lhůtě stanovení v § 110 odst. 3 zákona a zadavatel o nich oprávněně v souladu s ustanovením § 111 odst. 4 zákona nerozhodl.

Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že část návrhu směřující proti vymezení hodnotících kritérií a způsobu hodnocení nabídek nebyla podána k tomu oprávněnou osobou, a proto Úřad rozhodl o zastavení řízení, jak je uvedeno ve výroku I. rozhodnutí.

Úřad přesto považuje za vhodné vyjádřit se i k věcné stránce předmětné problematiky.

Podle § 29 odst. 4 písm. a) a e) zákona musí písemná výzva k podání nabídek obsahovat zadávací dokumentaci nebo podmínky přístupu či poskytnutí zadávací dokumentace a údaje o hodnotících kritériích podle § 78, pokud nejsou uvedeny v oznámení jednacím řízení s uveřejněním či zadávací dokumentaci jednání v jednacím řízení.

Z ustanovení § 44 odst. 2 písm. f) musí zadávací dokumentace obsahovat způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií.

V oznámení jednacím řízení s uveřejněním bodu IV.2.1) Kritéria pro zadání veřejné zakázky zadavatel uvedl

1 – Nabídková cena bez DPH	s váhou 40
2 – Ostatní ekonomické parametry	s váhou 15
3 – Technické parametry nabídky	s váhou 45

V části 3 zadávací dokumentace „Popis hodnocení nabídky“ zadavatel mj. krom způsobu hodnocení nabídek uvedl detailnější popis kritérií, podle kterých bude hodnotit, takto:

- Kritérium „Nabídková cena bez DPH“ je číselně vyjádřitelným kritériem, pro které má nejvýhodnější nabídka minimální hodnotu.

Bude posuzována hodnota (zpracovaná dle bodu 18 tohoto svazku) uvedená uchazečem v návrhu smlouvy a případně následně upravená během jednání.

- Kritérium „Ostatní ekonomické parametry“ je číselně vyjádřitelným kritériem, pro které má nejvýhodnější nabídka minimální hodnotu.

V rámci tohoto kritéria budou hodnocena 2 podkritéria s níže uvedenými vahami:

- provozní náklady – 10 %

Budou hodnoceny údaje obsažené v nabídce – tabulce provozních nákladů

- platební podmínky – 5 %

Budou hodnoceny údaje obsažené v nabídce – čistá současná hodnota (NPV) plateb z platebního kalendáře.

- Kritérium „Technické parametry nabídky“ je kombinací číselně vyjádřitelných kritérií. Technické parametry nabídek budou hodnoceny následujícími podkritérii s níže uvedenými vahami:

- kotel a příslušenství – 15 %
- čištění spalin – 14 %
- turbosoustrojí – 8 %
- ostatní technologická zařízení – 3 %
- hodnocení harmonogramu prací – 5 %

V úvodu části 3 zadávací dokumentace pak zadavatel mj. uvádí způsob hodnocení nabídek – mj. bodovací stupnici způsob hodnocení nabídek pro číselně vyjádřitelná kritéria a kritéria, která nelze číselně vyjádřit.

K námitce uchazeč Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik, ve které zpochybňuje vymezení dílčích kritérií a subkritérií včetně způsobu hodnocení nabídek, Úřad uvádí, že se s názorem navrhovatele neztotožňuje.

Úřad ověřil tvrzení zadavatele, že uchazeči o veřejnou zakázku obdrželi podrobnou zadávací dokumentaci, ve které kromě výše uvedených kritérií a způsobu hodnocení nabídek jsou uvedeny podrobné technické požadavky zadavatele (svazek 3 zadávací dokumentace) na předmět plnění a další požadavky s plněním veřejné zakázky bezprostředně související – viz např. bod 3.1.3.3 celková koncepce část „Kotle s příslušenstvím“ (str. 11 před. svazku zad. dokumentace); dále např. požadavky na zahájení prací, zpoždění a přerušení prací včetně harmonogramu prací, zadavatel uvedl v části zadávací dokumentace týkající se obchodních podmínek na str. 46 a násl. příslušné části zadávací dokumentace.

Uchazeči si tedy mohli udělat dostatečnou představu o tom, co zadavatel požaduje a co tedy bude v rámci jednotlivých subkritérií hodnotících kritérií posuzovat, a mohli tedy příslušným způsobem zpracovat svou nabídku. Představa uchazeče, že zadavatel v části zadávací dokumentace týkající se vlastního hodnocení nabídek uvede dopodrobna všechny

parametry rozhodné pro hodnocení nabídek je mylná; posuzovat vymezení hodnotících kritérií, je třeba vždy s ohledem na kontext poskytnuté zadávací dokumentace jako celku. Šetřená veřejná zakázka má složitý technický charakter a předpokládá se u ní vysoká míra individuálního řešení. Jednotlivými uchazeči a mohou být nabízena různá technická řešení s různými parametry. Přílišná detailní specifikace hodnotících parametrů by mohla uchazeče neúčelně omezovat při hledání technického řešení.

Způsob hodnocení nabídek je v zadávací dokumentaci popsán dostatečně (viz výše); ve prospěch zvýšení objektivnosti hodnocení svědčí i postup zadavatele, týkající se odděleného hodnocení technických údajů a nabídkové ceny, který byl přijat v závěru zadávacího řízení a o kterém byli uchazeči vyrozuměni (pozvánka na jednání ze dne 17. 5. 2007).

#### **ad b) obsah zprávy o posouzení a předběžném výsledku hodnocení nabídek**

Zástupce uchazeče uchazeč Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik dopisem ze dne 2. 7. 2007 požádal zadavatele o zaslání zprávy o posouzení a hodnocení nabídek. Zadavatel umožnil dne 10. 7. 2007 jmenovanému uchazeči nahlédnout do Zprávy hodnotící komise o posouzení a předběžném výsledku hodnocení nabídek uchazečů ze dne 12. 1. 2007.

Třetí námítky ze dne 2. 8. 2007 směřující proti obsahu zprávy ze dne 12. 1. 2007 doručil uchazeč Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik zadavateli dne 3. 8. 2007, tj. po uplynutí zákonné 15ti denní lhůty podle § 110 odst. 3 zákona. Poté, co zadavatel o námitkách nerozhodl, a tuto skutečnost uchazeči oznámil dopisem ze dne 10. 8. 2007, podal uchazeč Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik v desetinní lhůtě od doručení tohoto úkonu zadavatele návrh k Úřadu, a to dne 24. 10. 2004.

Ve třetích námitkách uchazeč opět neuvádí skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Z výše uvedené datace je zřejmé, že námítky směřující proti obsahu zprávy o posouzení a hodnocení nabídek nebyly podány zadavateli řádně, neboť byly podány po lhůtě.

I v této části návrhu je Úřad nucen konstatovat, že návrh nebyl podán k tomu oprávněnou osobou, a proto Úřad rozhodl o zastavení řízení, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

#### **Náležitosti oznámení o výběru nejvhodnější nabídky v rámci jednacého řízení s uveřejněním**

Náležitosti oznámení o výběru nejvhodnější nabídky upravuje ustanovení § 81 odst. 3 zákona a v případě jednacého řízení s uveřejněním speciálně písm. d) cit. ustanovení zákona, takto: „Zadavatel v oznámení o výběru nejvhodnější nabídky uvede počet a pořadí nabídek, které byly hodnoceny v jednacím řízení s uveřejněním na základě jednání o nabídkách, a rovněž jaké údaje z nabídky byly hodnoceny zadavatelem na základě jednání jinak a jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých hodnotících kritérií.“

Podle § 80 odst. 1 zákona o posouzení a hodnocení nabídek pořídí „hodnotící komise písemnou zprávu, která obsahuje seznam posouzených nabídek, seznam nabídek, které byly hodnotící komisí ze zadávacího řízení vyřazeny spolu s uvedením důvodu, popis způsobu hodnocení zbývajících nabídek s odůvodněním, výsledek hodnocení nabídek, údaj o tom, jak

byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých hodnotících kritérií, a údaj o složení hodnotící komise.“

K uvedené problematice Úřad uvádí, že se lze ztotožnit s výkladem zadavatele, že hodnotící komise je v případě jednacího řízení s uveřejněním zadavatelem jmenována pouze pro předběžné hodnocení nabídek (§ 74 odst. 1 zákona), a tudíž zpráva o posouzení a hodnocení nabídek, která je záznamem evaluačního procesu, a jejíž pořízení je svěřeno právě hodnotící komisi, se u jednacího řízení s uveřejněním nevypracovává po konečném vyhodnocení nabídek, ale vypracovává se pouze po provedení předběžného hodnocení nabídek.

U jednacího řízení s uveřejněním zadavatel (jednací komise) pořizuje protokoly o jednání a dále protokol o konečném výsledku hodnocení po ukončení každé fáze jednacího řízení.

Po porovnání obsahu ustanovení (§ 31) zákona týkajícího se obsahu protokolu o jednání či o protokolu o konečném jednání s ustanovením zákona upravujícím obsah zprávy o posouzení a hodnocení nabídek u jiných zadávacích řízení (§ 80 zákona), je zřejmé, že cit. protokoly ve vztahu k hodnocení neobsahují oproti zprávě o posouzení a hodnocení nabídek „popis způsobu hodnocení nabídek s odůvodněním, výsledek hodnocení nabídek, údaj o tom, jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých kritérií“. Protokoly o konečném výsledku hodnocení nabídek tedy zprávu o posouzení a hodnocení nabídek nenahrazují.

S ohledem na odlišnou proceduru jednacího řízení s uveřejněním oproti běžnějším zadávacím řízením jako jsou např. otevřené řízení či užší řízení však lze konstatovat, že určité funkci zprávy o posouzení a hodnocení nabídek přebírá oznámení o výběru nejvhodnější nabídky upravené v ustanovení § 81 odst. 3 písm. d) zákona. S názorem navrhovatele, že v případě jednacího řízení s uveřejněním přebírá funkci zprávy o posouzení a hodnocení nabídek samotné rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, Úřad nesouhlasí. Zákon oproti oznámení o výběru nejvhodnější nabídky požadavky na obsahovou stránku rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky nestanoví.

Podle ustanovení § 81 odst. 3 písm. d) zákona „zadavatel v oznámení o výběru nejvhodnější nabídky uvede počet a pořadí nabídek, které byly hodnoceny v jednacím řízení s uveřejněním na základě jednání o nabídkách, a rovněž jaké údaje z nabídky byly hodnoceny zadavatelem na základě jednání jinak a jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých hodnotících kritérií.“

Účelem ustanovení § 81 odst. 3 písm. d) zákona je, stejně jako v případě zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, zajistit dostatečnou informovanost jednotlivých dodavatelů o hodnocení nabídek. Dodavatel musí mít od zadavatele k dispozici údaje z jeho nabídky, které byly skutečně hodnoceny, a dále jaké byly logické úvahy zadavatele (či osoby, které za zadavatele takovou činnost vykonávají) při vlastním hodnocení nabídek v jednotlivých kritériích.

Formulace obsahové náležitosti zprávy o posouzení a hodnocení nabídek „údaj o tom, jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých hodnotících kritérií“ z ustanovení § 80 odst. 1 zákona je obsahově totožná s formulací „jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých hodnotících kritérií“ uvedenou v zákoně v ustanovení § 81 odst. 3 písm. d) upravujícím obsah oznámení o výběru nejvhodnější nabídky v případě jednacího řízení s uveřejněním. Zadavatel

spatřuje odlišnost v tom, že ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek je navíc uveden výraz „popis způsobu hodnocení zbývajících nabídek s odůvodněním“.

Formulace obsahových náležitostí zprávy o posouzení a hodnocení nabídek i oznámení o výběru nejvhodnější nabídky obsahují nejasné pojmy, které je nutné vykládat v souladu se zásadou transparentnosti tak, že se jedná o zachycení úvah postupů hodnotitele (hodnotitelů). Každý myšlenkový postup, který je sám o sobě subjektivní, musí mít vstup a výstup. Musí být tedy identifikovány podstatné údaje z nabídek uchazečů (vstupy myšlenkového procesu), k čemu tento proces v rámci jednotlivých hodnotících kritérií či subkritérií u jednotlivých uchazečů vedl (vlastní hodnocení – číselné případně i slovně vyjádřitelné), jaké je vzájemné srovnání nabídek v daném kritériu/subkritériu. Konkrétní obsah zpráv o posouzení a hodnocení nabídek (popř. oznámení o výběru nejvhodnější nabídky) se bude lišit podle jednotlivých zadávacích řízení tj. zejména podle množství a složitosti kritérií a subkritérií a podle toho, zda jsou kritéria/subkritéria numericky vyjádřitelná či nikoliv.

Zásadu transparentnosti považuje Úřad při výkladu ustanovení týkajících se obsahu zprávy o posouzení a hodnocení nabídek a oznámení o výběru nejvhodnější nabídky za rozhodující, neboť tato ustanovení jsou vyjádřením transparentnosti zadávacího řízení ve vztahu k uchazečům. Není přitom žádného důvodu k závěru, že by v jednacím řízení s uveřejněním měl uchazeč mít k dispozici méně informací, než v otevřeném či užším řízení.

Specifikem jednacích řízení s uveřejněním je, že v průběhu jednání u jednacích řízení s uveřejněním dochází ke změně vstupů (údajů z nabídek), které pro hodnocení nabídek zadavatel využívá, a proto § 81 odst. 3 písm. d) zákona stanovil povinnost uvést, jaké údaje z nabídky byly hodnoceny zadavatelem na jednání jinak. Tím se rozumí jinak oproti původnímu (předběžnému) hodnocení, tedy nikoliv proti protokolům o dílčím hodnocení nabídek, jak uvádí zadavatel, protože, jak už bylo řečeno výše, protokoly nejsou obsahově ekvivalentní ke zprávě o posouzení a hodnocení nabídek. Plnohodnotnou informaci uchazeči (ekvivalentní ke zprávě o posouzení a hodnocení nabídek) v případě jednacích řízení s uveřejněním podává zpráva o posouzení a předběžném hodnocení nabídek a oznámení o výběru nejvhodnější nabídky.

Podle § 30 odst. 6 zákona není zadavatel oprávněn v průběhu jednání o nabídkách sdělovat uchazečům údaje týkající se nabídky jiného uchazeče bez předchozího souhlasu takového uchazeče, vyjma aktuální nabídkové ceny.

Zákaz stanovený v § 30 odst. 6 zákona se však uplatní pouze na dobu jednání o nabídkách; před a po jednání zadavatel postupuje standardně, tj. ukládá-li zadavateli (hodnotící komisi) zpracovat zprávu o posouzení a „předběžném“ hodnocení nabídek, které podle § 30 odst. 1 probíhá před zahájením jednání, je povinen takovou zprávu zpracovat a na vyžádání poskytnout uchazeči o veřejnou zakázku k nahlédnutí (§ 80 odst. 3 zákona). Uchazeči tedy mají právo obecně seznámit se „vstupními“ údaji z nabídek ostatních uchazečů a s výslednými údaji z nabídek uchazečů (§ 81 odst. 3 písm. d) zákona. Vedle toho zákon zvlášť upravuje otázku důvěrnosti obsahu nabídek, kterou Úřad komentuje dále a která může možnost uchazečů seznámit se s údaji z ostatních nabídek v některých případech redukovat. Nelze však učinit závěr, že s ohledem na důvěrnost nabídek (či zákaz sdělování údajů v průběhu jednání) zadavatel nemusí do zprávy či oznámení uvádět hodnocené parametry nabídek.

Ke stanovisku zadavatele, že zveřejnění údajů z nabídek uchazečů v oznámení o výběru nejvhodnější nabídky a následné případné rozhodnutí Úřadu, který by uložil zadavateli vrátit jednací řízení s uveřejněním do fáze jednání o nabídkách, by kolidovalo právě s ustanovením § 30 odst. 6 zákona, Úřad uvádí, že případnou formu uložení nápravného opatření by zvažoval vždy v konkrétním případě. Eventuální nápravné opatření uložené Úřadem spočívající v nařízení nového jednání rozhodně nemůže být důvodem pro porušení ustanovení § 81 odst. 3 písm. d) zákona ze strany zadavatele, jednalo by s o nové jednání, kdy se všichni uchazeči dostanou do stejné fáze jednání a jsou zachovány rovné podmínky.

Úřad konstatuje, že oznámení o konečném výsledku hodnocení nabídek ze dne 4. 6. 2007 ani výše citované nedatované oznámení o výběru nejvhodnější nabídky nemá náležitosti dané ustanovením § 81 odst. 3 písm. d) zákona. Zadavatel tedy nedodržel postup stanovený v § 81 odst. 3 písm. d) zákona tím, že v oznámení o výběru nejvhodnější nabídky, které údaje z nabídky byly hodnoceny zadavatelem na základě jednání jinak a jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých kritérií.

### **Důvěrnost nabídek**

Ustanovení § 148 odst. 1 zákona upravuje komunikaci mezi zadavatelem a dodavatelem, a mj. k důvěrnosti nabídek stanoví odst. 1 citovaného ustanovení zákona, že při komunikaci mezi zadavatelem a dodavatelem nesmí být narušena důvěrnost nabídek a žádostí o účast a úplnost údajů v nich obsažených.

Citované ustanovení zákona upravuje postup komunikace mezi citovanými subjekty tak, aby byla ochráněna důvěrnost nabídek a žádostí o účast a úplnost údajů v nich obsažených v rámci zadávacího řízení při přepravě zpráv před třetími osobami. Obsahová stránka zde však řešena na rozdíl od § 152 odst. 1 zákona, kde je upravena obecná ochrana důvěrných informací, není.

Z ustanovení § 152 odst. 1 zákona vyplývá zadavateli povinnost zachovávat mlčenlivost o všech informacích či dokladech poskytnutých dodavatelem, pokud byly při jejich poskytnutí označeny za důvěrné; tím není dotčena ochrana údajů podle jiných právních předpisů. Zadavatel je oprávněn jakékoliv informace či doklady poskytnuté dodavatelem použít, je-li to nezbytné pro postup podle tohoto zákona či pokud to vyplývá z účelu zákona nebo pod si možnost použití určitých informací či dokladů vyhradil v zadávacích podmínkách. Při jakémkoliv nakládání s informacemi či doklady dodavatele je zadavatel vždy povinen respektovat práva dodavatele.

Na základě citovaného ustanovení zákona je zadavatel povinen zachovávat mlčenlivost nejen o informacích, dokladech, které jsou uchazečem označeny za důvěrné, ale jak je uvedeno závěrem musí respektovat práva dodavatele, tj. chránit např. obchodní tajemství.

Speciálně k jednacímu řízení s uveřejněním je ohledně předmětné problematiky stanoven postup pro zadavatele ustanovením § 30 odst. 6 zákona takto: „Zadavatel není oprávněn v průběhu jednání o nabídkách sdělovat uchazečům údaje týkající se nabídky jiného uchazeče bez předchozího souhlasu takového uchazeče, vyjma aktuální výše nabídkové ceny.

Úřad se neztotožňuje s názorem zadavatele, že jednací řízení je natolik specifickou formou zadání veřejné zakázky, a proto s ohledem na výše uvedená ustanovení zákona,

nemůže zadavatel sdělovat údaje z nabídek ostatních uchazečů. Ustanovení §§ 148 odst. 1 a 152 odst. 1 zákona platí pro všechny druhy zadávacích řízení. Specifikum jednacímho řízení v tomto směru spočívá pouze v tom, že v průběhu jednacímho řízení dochází k vývoji nabídek, resp. dodavatelé upravují své nabídky v rámci zadavatelem stanovených mantinelů a zadavatel není oprávněn bez souhlasu uchazeče sdělovat údaje o jeho nabídce ostatním uchazečům. Zákon přitom stanovil časový práh týkající se zákazu sdělování údajů, a to po dobu jednání o nabídkách. Údaje z nabídek tedy nejsou „nedotknutelné“, za respektování zásad zadavatelem stanovených v § 152 odst. 1 zákona, což platí u všech zadávacích řízení a jednacím řízení s uveřejněním není výjimkou.

Z textu „Zadavatel je oprávněn jakékoliv informace či doklady poskytnuté dodavatelem použít, je-li to nezbytné pro postup podle tohoto zákona či pokud to vyplývá z účelu zákona nebo pod si možnost použití určitých informací či dokladů vyhradil v zadávacích podmínkách.“ uvedeném v § 152 odst. 1 zákona jasně vyplývá, že i informace z nabídek, které jsou označeny za důvěrné, zadavatel použije, pokud je to nezbytné pro postup podle zákona – např. zpracování zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, oznámení o výběru nejvhodnější nabídky apod.

Výše uvedené neznámá, že může zadavatel po uplynutí této doby sdělovat uchazečům údaje z nabídek jejich konkurentů, které jsou např. obchodním tajemstvím – viz příslušná ustanovení zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Ukládá-li však zákon zadavateli nějaký postup a pro jeho splnění je nutné část informací z nabídek zveřejnit (tj. seznámit s určitými skutečnostmi ostatní uchazeče – jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých hodnotících kritérií – § 81 odst. 3 zákona), což je přesně případ předvídaný v ustanovení § 152 odst. 1 zákona (zadavatel je oprávněn jakékoliv informace či doklady poskytnuté dodavatelem použít, je-li to nezbytné pro postup podle tohoto zákona či pokud to vyplývá z účelu zákona), a nabídka obsahuje mj. obchodní tajemství, je možné popsat zákonem požadované údaje tak, aby k vyrazení obchodního tajemství nedošlo, ale současně aby měli uchazeči dostatek informací a byla tak dodržena zásada transparentnosti.

Zadavatel má povinnost podle § 81 odst. 2 zákona zaslat uchazečům oznámení o výběru nejvhodnější nabídky. Pro splnění zákonných povinností daných ustanovením § 81 odst. 3 písm. d) zákona se zadavatel jistě nevyhne tomu, a to že v rámci cit. oznámení zveřejní příslušné údaje z nabídek uchazečů o veřejnou zakázku, způsobem respektujícím příp. obchodní tajemství (viz výše). Vzhledem k tomu, že náležitosti oznámení o výběru nejvhodnější nabídky jsou dané zákonem, jsou i uchazeči o veřejnou zakázku s touto skutečností srozuměni.

### **Stanovení obchodních podmínek**

Navrhovatel v návrhu uchazeč upozorňuje na možné porušení zákona vyplývající z obchodních podmínek, kdy dodavatelé byli povinni akceptovat ve svých nabídkách možnost zadavatele změnit harmonogram, právo zadavatele na změny a úpravy předmětu díla, právo zadavatele na změnu ceny v případě změny předmětu díla. I když se v současné době dle vyjádření navrhovatele nepředstavují tyto obchodní podmínky porušení zákona, v případě jejich využití v budoucnu však k porušení zákona může dojít.

Obchodní podmínky jsou součástí zadávací dokumentace, a uchazeči ji obdrželi spolu s výzvou k podání nabídky, tedy už říjnu roku 2006 – námitkami uchazeč Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik vymezení obchodních podmínek nezpochybnil.

K věcné problematice Úřad uvádí, že výše uvedené výslovné výhrady zadavatele na změnu podmínek v obchodních podmínkách pro „Projekt odpadové hospodářství Brno“, které jsou součástí zadávací dokumentace, nenalezl. I kdyby však obchodní podmínky takové výhrady obsahovaly, případná zákonnost postupu zadavatele by se posuzovala až při jejich využití.

### **Jednání o podmínkách zadání veřejné zakázky**

S ohledem na obsah námitek navrhovatele, které zasílal zadavateli, považuje Úřad za vhodné vyjádřit se k argumentům uchazeče Austrian Energy a Von Roll Umwelttechnik, že zadavatel resp. jednací komise v průběhu jednání kromě dílčích „definičních“ připomínek principiálně zamítla veškeré podstatné připomínky uchazeče.

Úřad k uvedenému uvádí, že takový postup zadavatele je správný a vychází z ustanovení § 30 odst. 4 zákona. Je třeba si uvědomit, že podmínky jsou stanoveny pro všechny dodavatele shodně. Pokud by zadavatel akceptoval připomínky jednoho uchazeče, který by na základě takto upravených podmínek zpracoval svou nabídku, nabídky jednotlivých uchazečů by zadavatel nemohl vzájemně porovnávat, byť na základě stejných kritérií hodnocení nabídek, neboť by vycházely z různých vstupních podmínek. V průběhu jednání tedy není možné, aby došlo k zásadní změně podmínek (obchodních podmínek, technických podmínek atd.).

Zjednodušeně řečeno zadavatel v průběhu jednacího řízení s uveřejněním s uchazeči jedná o tom, co uchazeči zadavateli nabízí v rámci jednotlivých kritérií hodnocení, resp. vyjednává pro sebe výhodnější podmínky.

Volnější režim má zadavatel v případě jednacího řízení bez uveřejnění (viz § 34 odst. 4 zákona), to však není případ šetřeného zadávacího řízení.

Pokud jde o formu jednání, tu zákon blíže neupravuje, a je na zadavateli, zda zvolí jednání ústní, písemné či kombinace. Žádnou z těchto forem zákon nevyklučuje.

### **Intenzita porušení zákona**

Není-li uzavřena smlouva, Úřad rozhoduje podle § 118 zákona, přičemž pokud shledá porušení zákona, zabývá se dále tím, zda takové porušení zákona podstatně ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Při přezkoumávání šetřené veřejné zakázky bylo shledáno, že zadavatel porušil zákon tím, že oznámení o konečném výsledku hodnocení nabídek ze dne 4. 6. 2007 ani nedatované oznámení o výběru nejvhodnější nabídky neobsahují údaje z nabídky, které byly hodnoceny zadavatelem na základě jednání jinak a jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých kritériích.

V šetřeném případě po přezkoumání dokumentace o veřejné zakázce však Úřad dospěl k závěru, že porušení zákona spočívající v neúplnosti oznámení o výběru nejvhodnější



nabídky neovlivnilo ani nemohlo výběr nejvhodnější nabídky. Součástí zadavatelem předložené dokumentace je velice podrobný popis hodnocení nabídek a to včetně popisu hodnocení subkritérií dílčích kritérií hodnocení. Popis hodnocení obsahuje zdůvodnění pro snížení bodového hodnocení oproti 1. fázi jednání. Provedené hodnocení, které je zadavatelem dokladováno v dokumentaci o zakázce je přezkoumatelné a nenavádí na porušení zákona. Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky ostatní náležitosti obsahovalo, přičemž navrhovatelé museli být zřejmé, že o pořadí jeho nabídky rozhodovala především výše nabídkové ceny, kterou v průběhu jednání zvýšil.

Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

### **Poučení:**

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Jindřiška Koblihová  
II. místopředsedkyně ÚOHS  
pověřená řízením sekce veřejných zakázek

**Obdrží:**

Mgr. Milošem Procházkou, advokátem, advokátní kancelář, Divadelní 4, 602 00 Brno  
e-mail: [prochazka@ak-brno.cz](mailto:prochazka@ak-brno.cz)

Austrian Energy & Environment CZ, s. r. o., Křižíkova 72a, 612 00 Brno  
e-mail: [info@aee-group.cz](mailto:info@aee-group.cz)

JUDr. Martin Šebek, advokát, advokátní kancelář, člen LegaLink, skupiny nezávislých  
advokátních kanceláří, Moravská 52, 120 00 Praha  
e-mail: [ak@sebek.cz](mailto:ak@sebek.cz)

**Na vědomí:**

Spalovna a komunální odpady Brno, akciová společnost; Zkratka: SAKO Brno, a. s.,  
Jedovnická 2, 628 00 Brno

Von Roll Umwelttechnik AG, Hardturmstrasse 127, CH - 8037 Zurich, Switzerland

Siemens s. r. o., Evropská 33a, 160 00 Praha 6

CNIM, Constructions Industrielles de la Méditerranée, Societé Anonyme, 35, Rue Bassano,  
75008 Paris, France

**Vypraveno dne:** viz otisk razítka na poštovní obálce