

Č.j.: 3R50/03-Ku, 3R51/03-Ku

V Brně dne 1.12.2003

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 10.9.2003 podaném společností České dráhy, a.s., se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222, 110 15 Praha 1, zast. předsedou představenstva a generálním ředitelem Ing. Petrem Kousalem a rozkladu ze dne 12.9.2003 podaném společností Siemens s.r.o., se sídlem Evropská 33a, 160 00 Praha 6, zast. Ing. Petrem Klaudem a Ing. Janem Svobodou, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 551-R/03-522/140/OŠ ze dne 26.8.2003, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele - České dráhy, a.s., se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222, 110 15 Praha 1, zast. předsedou představenstva a generálním ředitelem Ing. Petrem Kousalem, v obchodní veřejné soutěži na vypracování projektu a zhotovení stavby „ČD DDC, Pilotní projekt GSM-R v úseku Děčín, státní hranice – Ústí nad Labem – Praha – Kolín“ vyhlášené dne 15.1.2003 pod značkou 164262-02/03 v Obchodním věstníku č. 2/2003, podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb., jsem podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 Sb., na základě návrhu zvláštní komise ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona, rozhodl takto:

Napadené rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 551-R/03-522/140/OŠ ze dne 26.8.2003

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m .

O d ů v o d n ě n í

České dráhy, a.s., se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 15 Praha 1 (v době vyhlášení České dráhy, státní organizace, Divize dopravní cesty, o.z. zast. vrchním ředitelem Divize dopravní cesty Ing. Janem Komárkem), nyní zast. Ing. Petrem Kousalem, předsedou představenstva a generálním ředitelem ČD a.s. (dále jen „zadavatel“), vyhlásil dne 15.1.2003 pod značkou 164262-02/03 v Obchodním věstníku č. 2/2003 obchodní veřejnou soutěž na vypracování projektu a zhotovení stavby „ČD, DDC, Pilotní projekt GSM–R v úseku Děčín, státní hranice – Ústí nad Labem – Praha – Kolín“ (dále jen „soutěž“) podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon“).

Jako způsob hodnocení nabídek si zadavatel stanovil, že „bude provedeno podle ekonomické vhodnosti nabídek (podle § 6 zákona) v souladu s následujícími kritérii stanovenými v sestupném pořadí:

1. technické, kvalitativní a funkční vlastnosti,
2. výše nabídkové ceny,
3. stupeň splnění dalších kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky
4. poskytnutí vyšších, ale současně reálných záruk za jakost
5. řešení zaměstnanosti, využití českých firem.“

Do konce soutěžní lhůty obdržel zadavatel dvě nabídky, z nichž žádná nebyla ze soutěže vyřazena pro nesplnění podmínek soutěže. Komise pro posouzení a hodnocení nabídek (dále jen „komise“) posuzovala a hodnotila dvě nabídky, a to nabídku společnosti KAPSCH TELECOM spol. s r.o., se sídlem Opletalova č.p. 1015, 110 00 Praha 1, Nové Město s nabídkovou cenou (bez DPH) 254 957 905,- Kč (dále jen „KAPSCH“) a nabídku společnosti Siemens, s.r.o., se sídlem Evropská 33a, 160 00 Praha 6 s nabídkovou cenou (bez DPH) 259 530 731,- Kč (dále jen „Siemens“). Jako nejvhodnější nabídku pak komise doporučila zadavateli nabídku společnosti Siemens. Zadavatel po prostudování zprávy komise vrátil zprávu komisi k doplnění s tím, že hodnocení uvedené ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek bylo naprosto nedostatečné. Komise pak dne 14.5.2003 vypracovala přílohu ke zprávě, ve které upřesnila hodnocení jednotlivých kritérií.

Zadavatel se neztotožnil s doporučením komise a dne 22.5.2003 vydal pod č.j. 854/2003-07 rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, ve kterém uvedl, že „nabídkou nejlépe splňující kritéria obsažená v podmínkách obchodní veřejné soutěže je nabídka uchazeče: KAPSCH TELECOM spol. s r.o.“. Dále uvedl, že „toto rozhodnutí neodpovídá pořadí nabídek podle hodnocení komise pro posouzení a hodnocení nabídek.“ Své rozhodnutí zadavatel písemně zdůvodnil a toto zdůvodnění nazval „Příloha k rozhodnutí – zdůvodnění“. Své rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky pak zadavatel oznámil oběma hodnoceným uchazečům pod č.j. 857/2003-07 dne 23.5.2003 s tím, že nejvhodnější nabídkou je nabídka společnosti KAPSCH s nabídkovou cenou (bez DPH) 254 957 905,- Kč a nabídka společnosti Siemens s nabídkovou cenou (bez DPH) 259 530 731,- Kč se umístila na místě druhém.

Proti tomuto rozhodnutí podal uchazeč Siemens dne 2.6.2003 námitky, kterým statutární zástupce zadavatele po jejich přezkoumání dne 16.6.2003 pod č.j. 58411/2003-07,

nevyhověl. Zároveň uchazeče Siemens poučil o možnosti podat návrh na zahájení řízení o přezkoumání rozhodnutí zadavatele (dále jen „návrh“) u orgánu dohledu, kterým je Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“). Uchazeč Siemens tohoto práva využil. ÚOHS i zadavatel obdrželi výše uvedený návrh dne 27.6.2003 a tímto dnem bylo podle § 57 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení, jehož účastníky podle § 58 zákona jsou zadavatel, společnost Siemens a společnost KAPSCH.

Ve svém návrhu uchazeč Siemens zejména uvádí, že:

- A. neobdržel rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, ale pouze oznámení o výběru nejvhodnější nabídky a podle jeho názoru tím došlo k zásadnímu a nenapravitelnému zkrácení jeho práv. Uchazeč Siemens dále spatřuje porušení zákona ze strany zadavatele v procesu výběru nejvhodnější nabídky v tom, že zadavatel po ukončení činnosti komise dodatečně vznesl doplňující požadavky za účelem upřesnění hodnocení kritérií předložených ve Zprávě. Toto jednání zadavatele považuje uchazeč Siemens za nedodržení procesních předpisů, tedy vadou v řízení na straně jedné a ztížením hájení práv a zájmu na straně druhé;
- B. oznámení zadavatele č.j. 857/2003-07 ze dne 23.5.2003 o výběru nejvhodnější nabídky nemá podle názoru uchazeče Siemens právní sílu, protože bylo podepsáno ředitelem odboru investičního DDC, přičemž rozhodnutí měl učinit vrchní ředitel DDC;
- C. protestuje proti postupu zadavatele, který mu při nahlédnutí do zprávy neposkytnul rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky;
- D. stanoviskem statutárního orgánu zadavatele č.j. 58411/2003-07 ze dne 16.6.2003 – rozhodnutí o námitkách – dle názoru uchazeče Siemens nebyla sjednána náprava,
- E. nahlédl do Zprávy a přitom zjistil, že ke Zprávě není přiloženo Rozhodnutí ani prohlášení členů o nepodjatosti – uchazeč Siemens spatřuje porušení zákona v neprůkaznosti procesu, čímž bylo zmařeno vytvoření předpokladů pro rovná práva účastníků v řízení o soutěži,
- F. neprůkaznost hodnocení nabídek – uchazeč Siemens shledal, že ke Zprávě byl volně přiložen neautorizovaný text bez právního účinku nazvaný „Příloha k rozhodnutí – zdůvodnění rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky“ – ve kterém zadavatel konstatoval, že hodnocení soutěže při výsledku uvedeném ve Zprávě bylo neobjektivní. Uchazeč Siemens navrhoval, že zadavatel měl zadat podnět k přezkoumání činnosti komise a to jak co do obsahu i rozsahu. Podle názoru uchazeče Siemens k průkaznosti procesu hodnocení nabídek soutěže je nezbytné doplnit Zprávu o Protokol o závěrech pracovní komise přizvaných odborníků, včetně příslušných komentářů.

Na základě uvedeného se uchazeč Siemens domáhá všech svých zákonných práv a požaduje, aby ÚOHS řádně přezkoumal vzniklou situaci a nařídil nápravu tak, jak ukládá zákon.

Zadavatel ve svém stanovisku ze dne 4.7.2003 č.j. 1256/2003-07 uvádí, že soutěž proběhla v naprostém souladu se zákonem a k věcným námitkám uchazeče Siemens odkazuje na rozhodnutí o námitkách č.j. 58411/2003-07 ze dne 16. června 2003.

Uchazeč KAPSCH zaslal stanovisko k návrhu i podání uchazeče Siemens dne 18.7.2003, ve kterém mimo jiného uvádí, že podle jeho názoru bylo hodnocení komise nevyvážené a navíc neobsahovalo dostatečné zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky, proto měl zadavatel právo požádat o její doplnění. Uchazeč KAPSCH se dále domnívá, že předložil zadavateli vhodnější nabídku. Dále uchazeč KAPSCH uvádí, že zadavatel má své rozhodnutí

písemně odůvodnit, pokud vybere jinou nabídku než mu doporučí komise, což zadavatel učinil.

Dne 24.7.2003 podal uchazeč Siemens „Doplnění podání uchazeče Siemens k Úřadu po nahlédnutí do spisu a dvě přílohy“, ve kterém mimo jiného uvádí, že když zadavatel nedal podnět k řádnému přezkoumání a prokázání údajné neobjektivní činnosti komise, prokázal tak sám svým konáním, že jeho výrok o neobjektivní činnosti komise je nepravdivý, neprokazatelný a účelově měl ve významu pouze zastoupit důvod pro vydané rozhodnutí č.j. 854/2003-07, ve kterém zadavatel změnil pořadí. Uchazeč Siemens dále tvrdí, že výrok o neobjektivním hodnocení soutěže je pouze individuálním a upřímným přáním zadavatele. Pokud jde o věcný obsah nepodepsaného textu „Příloha k rozhodnutí“ uchazeč Siemens poukazuje na skutečnost, že obsahuje řadu zásadních nepřesností a údajů odporujících skutečnosti, a proto jej jako celek zásadně odmítá. Tvrzeními, která zadavatel uvedl jako „věcné důvody“ pro „změnu výsledku“ vyhodnocení nabídek provedeného mezirezortní komisí, se zadavatel snaží zastít vlastní neobjektivnost, jakož i pochybení při nedodržení procesních úkonů v souvislosti s rozhodnutím. V příloze č. 1 uchazeč Siemens popisuje svůj názor na hodnocení kritérií - energetickou náročnost, - výši nabídkové ceny, - vyspělost technického řešení, - stupně plnění dalších předpokladů pro plnění zakázky a tvrdí, že jeho nabídka je vhodnější.

K „Doplnění podání uchazeče Siemens k Úřadu po nahlédnutí do spisu a dvě přílohy“ se vyjádřil zadavatel i uchazeč KAPSCH. V těchto vyjádřeních zadavatel i společnost KAPSCH vyvrací námitky uchazeče Siemens tak, jak bylo popsáno v napadeném rozhodnutí.

Dne 18.8.2003 uchazeč Siemens znovu požádal o nahlížení do spisu a trval na písemném vyjádření k oběma podkladům zadavatele ze dne 4.8.2003 a uchazeče KAPSCH ze dne 30.7.2003. Dne 19.8.2003 uchazeč Siemens zaslal stanovisko, ve kterém odmítá spekulace a účelová tvrzení jak zadavatele, tak i uchazeče KAPSCH. Dne 18.8.2003 nahlížel do spisu i uchazeč KAPSCH, který v závěru jednání uvedl, že podle jeho názoru uchazeč Siemens přesouvá diskusi do čistě technických parametrů veřejné zakázky, které již byly zadavatelem posouzeny a vyhodnoceny, a které nepřísluší do kompetence rozhodování Úřadu.

ÚOHS po přezkoumání návrhu a veškerého spisového materiálu vydal dne 26.8.2003 pod č.j. S 551-R/03-522/140/OŠ rozhodnutí, kterým zrušil podle § 59 písm. a) zákona rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky s tím, že zadavatel porušil ustanovení § 38 odst. 1 ve spojení s § 6 zákona tím, že neprokázal, že vybral nabídku nejlépe splňující kritéria vymezená zadavatelem v podmínkách soutěže.

Své rozhodnutí odůvodnil ÚOHS zejména tím, že komise hodnotila všechna kritéria bodovou stupnicí od 1 do 10 bodů s výjimkou výše nabídkové ceny. Hodnota kritéria byla stanovena z poměru nabídkové ceny k nejnižší nabídkové ceně. Komise tedy hodnotila výši nabídkové ceny poměrovou stupnicí. Tím je u prvního kritéria rozdíl v ceně cca 5 mil. Kč ohodnocen pouze 0,18 bodů tj. 0,07 vážených bodů. Hodnocení ceny je neobjektivní, neboť komise měla buď všechna kritéria hodnotit bodovou stupnicí, nebo poměrovou (procentní) stupnicí. Jednotně zvoleným způsobem hodnocení by se míra splnění konkrétního kritéria objektivizovala.

Dále ÚOHS ve svém odůvodnění uvádí, že ve zprávě není uvedeno, z čeho komise při hodnocení vycházela, ani jak členové komise hodnotili realizovatelné zakázky v podkritériu kritéria č. 3. Komise i zadavatel měli hodnotit pouze realizované zakázky.

Zadavatel zcela zásadním způsobem změnil hodnocení nabídek, to co komise v nabídce uchazeče Siemens hodnotila lépe, tj. vyspělost technického řešení, nízkou prostorovou a energetickou náročnost, komplexnost řešení s ohledem na pokrytí signálu

v tunelech a garance současného přenosu 10 datových kanálů ERTMS/ETCS 2. úrovně hodnotil zadavatel na hranici splnění zadání – a dále tvrdí, že ani jednu z uvedených výhod nelze hodnotit jako výhodu pro uchazeče Siemens. Zadavatel uvedl, že komise hodnotila nabídky neobjektivně a svým doporučením zvýhodnila nabídku uchazeče Siemens, čímž zpochybnil její činnost, včetně činnosti přizvaných odborníků. Ustanovení § 31 odst. 1 zákona ukládá jmenovat do komise nejméně tři osoby s příslušnou odbornou způsobilostí, resp. v případě vyššího počtu členů musí činit počet odborně způsobilých osob nejméně 60%. Pokud zadavatel považoval komisi, resp. přizvané odborníky za nekompetentní, měl navrhnout jmenování jiné komise.

Jestliže se zadavatel rozhodl využít svého práva a postupoval ve smyslu § 38 odst. 2 zákona, měl zdůvodnit výběr nejvhodnější nabídky ve smyslu ustanovení § 38 odst. 1 zákona ve spojení s § 6 zákona, dle kterého se nejvhodnější nabídkou rozumí nabídka nejlépe splňující kritéria vymezená zadavatelem v podmínkách soutěže. Každé rozhodnutí zadavatele musí být přezkoumatelné především z hlediska objektivnosti hodnocení a proto i zdůvodnění zadavatele musí tomu odpovídat. Zadavatel neprovedl hodnotovou analýzu nabídek a zásadním způsobem změnil hodnocení všech kritérií s výjimkou ceny. Zadavatel pokud nesouhlasil s doporučením komise, jejíž hodnocení označil za neobjektivní, měl hodnotit všechna kritéria vyhlášená v předmětné veřejné zakázce jednotnou bodovou stupnicí pro všechna kritéria, nebo poměrovou stupnicí také pro všechna vyhlášená kritéria, a ve svém zdůvodnění uvést, proč přidělil v tom kterém kritériu určitý počet bodů té které nabídce, aby se hodnocení nabídek stalo objektivní. Při hodnocení jednotlivých kritérií měly být hodnoceny pouze konkrétní skutečnosti uvedené v nabídkách a nikoliv úvahy, které se neopírají o konkrétní údaje v nabídce. Hodnocení musí být přezkoumatelné a proto tvrzení musí být doloženo odkazem na konkrétní údaje uvedené v nabídce nebo podloženo odborným posudkem.

Dále se ÚOHS vyjadřuje k jednotlivým námitkám uchazeče Siemens uvedeným v návrzích a doplnění, a to tak, že zadavatel ve smyslu § 39 odst. 1 a odst. 2 zákona je povinen oznámit všem uchazečům své rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, což zadavatel splnil a oznámení č.j. 857/2003-07 ze dne 23.5.2003 obsahuje veškeré náležitosti ve smyslu citovaného ustanovení. Pokud zadavatel požadoval na komisi další doplnění a vyjasnění, nelze tuto skutečnost považovat za porušení zákona, neboť komise pouze zadavateli doporučuje výběr nejvhodnější nabídky, zatímco zadavatel na základě doporučení komise o výběru nejvhodnější nabídky rozhoduje. Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky podle ustanovení § 38 zákona je podepsané současným generálním ředitelem „SŽDC s.o. a vrchním ředitelem DDC“. Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky podle ustanovení § 39 zákona je podepsané ředitelem odboru investičního DDC. Tuto skutečnost si uchazeč Siemens mohl ověřit při nahlížení do spisu u Úřadu.

Zákon v ustanovení § 38 odst. 2 a 3 stanoví, že jestliže rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky neodpovídá pořadí nabídek podle hodnocení komise, je zadavatel povinen své rozhodnutí písemně zdůvodnit a přiložit je ke zprávě, což zadavatel učinil, i když zdůvodnění přiložil k rozhodnutí. Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky je podepsané generálním ředitelem „SŽDC s.o. a vrchním ředitelem DDC“ a nepodepsaná příloha - zdůvodnění je jeho součástí. Statutární orgán zadavatele se plně ztotožnil s názorem generálního ředitele SŽDC s.o. a vrchního ředitele DDC, a proto rozhodnutím o námitkách uchazeči Siemens nevyhověl. Zadavatel poskytl uchazečům zprávu, včetně zdůvodnění tak, jak mu to ukládá ustanovení § 37 odst. 2 zákona. Ve smyslu § 37 odst. 2 zákona musí zadavatel umožnit všem uchazečům nahlédnutí do zprávy o posouzení a hodnocení. Obsah

této zprávy je vymezen v ustanovení § 37 odst. 2 zákona. O výběru nejvhodnější nabídky rozhoduje zadavatel. Jeho rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nemusí být v souladu s doporučením komise. Závěry komise proto nejsou pro zadavatele závazné. Pokud se zadavatel rozhodne využít své pravomoci ve smyslu ustanovení § 38 odst. 2 zákona, je přitom povinen uvést věcné důvody, na základě kterých rozhodl odchylně od závěru komise, příp. odstranit nedostatky výběru komise, opravit chyby v hodnocení a provést výběr průhledně a transparentně.

Závěrem ÚOHS uvádí, že odborné posouzení a hodnocení nabídek ponechává zákon na zadavateli. V rozsudku Vrchního soudu v Olomouci 2 A 1/99–32 ze dne 17.6.1999 je uvedeno, že pravomoci orgánu dohledu sahají do úrovně těch činností zadavatele, která obecně vyjádřeno, vytváří prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů na soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Nelze přezkoumávat úvahy členů komise, neboť tím by orgán dohledu ve svých důsledcích sám se stylizoval do role zadavatele a určoval by, která zakázka má vyhovět stanoveným kritériím a také v soutěži zvítězit. To platí i pro nezaměnitelnou roli zadavatele. Orgán dohledu nemůže přebírat odpovědnost za výběr nejvhodnější nabídky, neboť k tomu nemá odborné předpoklady a nelze to požadovat ani po soudu. Úkolem obou je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru.

Proti tomuto rozhodnutí podali v zákonné lhůtě zadavatel a uchazeč Siemens rozklad.

Zadavatel ve svém rozkladu zejména namítá, že se závěry uvedenými v napadeném rozhodnutí ÚOHS nesouhlasí, a že jím vybraná nabídka je objektivně jednoznačně pro zadavatele výhodnější a to v obou nejdůležitějších kritériích (technické, kvalitativní a funkční vlastnosti, výše nabídkové ceny). Zadavatel přijal technické řešení, které je na rozdíl od druhé nabídky prověřené skutečným provozem v nabízené SW i HW verzi a má výrazně nižší nabídkovou cenu. ÚOHS vytýká zadavateli pochybení komise a dále pak vlastní pochybení zadavatele. ÚOHS také vytýká, že zadavatel „zcela zásadním způsobem změnil hodnocení nabídek, to co komise v nabídce uchazeče Siemens hodnotila lépe, tj. vyspělost technického řešení, nízkou prostorovou a energetickou náročnost, komplexnost řešení s ohledem na pokrytí signálu v tunelech a garance současného přenosu 10 datových kanálů ERTMS/ETCS 2. úrovně, hodnotil zadavatel na hranici splnění zadání a dále tvrdí, že ani jednu z uvedených výhod nelze hodnotit jako výhodu pro uchazeče Siemens.“ Podle názoru zadavatele nelze však takové shrnutí jeho zdůvodnění rozhodně akceptovat. Podle názoru ÚOHS měl zadavatel, pokud považoval ustavenou komisi, resp. přizvané odborníky za nekompetentní, navrhnout jmenování jiné komise.

Se závěry uvedenými v napadeném rozhodnutí se nelze podle názoru zadavatele ztotožnit a zadavatel k nim dále uvádí:

- 1) zadavatel dle § 38 zákona svým rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky rozhodl, že nabídkou nejlépe splňující kritéria obsažená v podmínkách soutěže je nabídka uchazeče KAPSCH. Obsahem tohoto rozhodnutí je i skutečnost, že neodpovídá pořadí nabídek podle hodnocení komise. Nedílnou součástí rozhodnutí je pak jeho „Příloha k Rozhodnutí“, která obsahuje i zdůvodnění zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky dle ustanovení § 38 zákona. Tak, jak je uloženo v § 38 zákona, přiložil zadavatel rozhodnutí včetně zdůvodnění ke zprávě o posouzení a hodnocení nabídek.
- 2) Komise pro posuzování a hodnocení nabídek byla jmenována poradou ministra dopravy ČR č.j. 17/2003-130-INF/4 ze dne 6.3.2003 v souladu s § 31 odst. 2 zákona a oznámena dne 19.3.2003 zadavateli. Vzhledem k tomu, že soutěžní lhůta končila dne 25.2.2003 a

zadávací lhůta byla 90 dnů, jeví se zcela bezvýznamné doporučení ÚOHS o event. jmenování jiné komise, neboť z časového hlediska jej nebylo možné realizovat. Pro úplnost je třeba uvést, že výběr nejvhodnější nabídky spadá do kompetence zadavatele, přičemž komise mu dává pouze doporučení a samotné hodnocení ponechává zákon na zadavateli.

- 3) Ustanovení § 38 odst. 2 zákona předpokládá a upravuje možnost, že zadavatel vybere jinou nabídku, než mu byla jako nejvhodnější doporučena komisí. V takovém případě musí své rozhodnutí písemně zdůvodnit. Tato podmínka byla zadavatelem bezezbytku splněna.
- 4) V rozhodnutí Úřadu se uvádí, že každé rozhodnutí musí být přezkoumatelné především z hlediska objektivnosti hodnocení a proto i zdůvodnění zadavatele tomu musí odpovídat. Současně je zadavateli vytýkáno, že neprovedl hodnotovou analýzu nabídek a zásadním způsobem změnil hodnocení všech kritérií s výjimkou ceny. Dále ÚOHS konstatuje, že pokud zadavatel nesouhlasil s doporučením komise, jejíž hodnocení označil za neobjektivní, měl hodnotit všechna kritéria jednotnou bodovou stupnicí nebo poměrovou stupnicí také pro všechna vyhlášená kritéria s tím, že ve zdůvodnění měl uvést, proč přidělil v tom kterém kritériu určitý počet bodů té které nabídce, aby se hodnocení stalo objektivní. Podle názoru zadavatele však:
 - a) zákon takový požadavek v § 6 ani v § 38 odst. 2 zákona neuvádí. Ve svém písemném zdůvodnění zadavatel uvedl věcné důvody, na základě kterých rozhodl odchylně od závěru komise. Obecně je znám požadavek ÚOHS, aby i při bodovém ohodnocení bylo provedeno slovní zdůvodnění rozhodnutí. Ve svém písemném zdůvodnění zadavatel uvedl věcné důvody, na základě kterých rozhodl odchylně od závěrů komise. Podle názoru zadavatele v konkrétní situaci při srovnání dvou nabídek není bodové ohodnocení nutné.
 - b) Vzhledem k tomu, že zadavatel vybíral pouze mezi dvěma nabídkami, zhodnotil ve zdůvodnění všechna kritéria dle zadání a u každého kritéria uvedl, čí nabídka se jeví vhodnější a to včetně uvedení důvodu, v čem tuto výhodnost spatřuje. Tím splnil zadavatel požadavek zákona, aby jeho rozhodnutí bylo přezkoumatelné právě z hlediska objektivnosti hodnocení. Je třeba přihlídnout ke specifické situaci v konkrétním případě a pokud je vybíráno mezi dvěma nabídkami, jeví se zcela jednoznačné, jakou váhu jednotlivá kritéria mají a dvě kritéria, která mají dohromady 88 % váhu, jsou hodnocena ve prospěch jednoho uchazeče, jsou podle názoru zadavatele patřičně zdůvodněny a tudíž i snadno přezkoumatelné.
 - c) Zadavatel hodnotil nabídky v souladu se zákonem přesně podle vyhlášených kritérií.
 - d) Zadavatel se odvolává na příručku o zadávání veřejných zakázek a na rozhodnutí ÚOHS ze dne 23.8.2002, kdy ÚOHS dospěl k názoru, že v „matematicky srovnatelných kritériích (např. nabídková cena, délka záruky...) musí být hodnocení provedeno tak, že nejlepší návrh uchazeče v kritériu nabídková cena, délka záruky ... musí být hodnocen nejlépe a odpovídajícím způsobem musí být hodnoceny další návrhy až k návrhu nejméně výhodnému pro zadavatele, který musí být hodnocen nejhůře, což lze objektivně ověřit. U hodnocení ostatních kritérií mohou členové komise pro posouzení a hodnocení nabídek projevit svůj subjektivní názor vyplývající např. z jejich rozdílných zkušeností, avšak mají povinnost svůj odchylný názor proti názoru většiny odůvodnit v zápisu jednání (§33 odst. 3 zákona). I u těch kritérií hodnocení musí zadavatel slovně popsat, v čem jsou některé nabídky pro zadavatele výhodnější a jiné ne, nebo naopak, proč

byl všem uchazečům přidělen stejný počet bodů“. Zadavatel v tomto případě postupoval přesně dle uvedeného, tedy projevil svůj subjektivní názor zcela jasně a transparentně slovně popsal výhody vítězné nabídky.

- e) Zadavatel dále cituje z rozhodnutí Úřadu a odkazuje na rozsudek Vrchního soudu, týkající se samotného odborného posouzení jednotlivých nabídek, kdy ÚOHS nemůže do této pravomoci zadavatele ingerovat také proto, že nedisponuje osobami s příslušnou odbornou způsobilostí ve smyslu § 31 odst. 1 zákona. V této souvislosti odkazuje i na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č.j. 2A 1/99, že není v pravomoci ani v možnostech ÚOHS analyzovat speciální technické údaje, které mu účastníci ve svých vyjádřeních poskytli a proto lze konstatovat, že zadavatel v posuzovaném případě nabídky hodnotil předem zveřejněným způsobem tak, jak mu předepisuje § 35 odst. 1 zákona, z čehož vyplývá, že postupoval v souladu se zákonem a tato podmínky byla zadavatelem také splněna.
 - f) Podle názoru zadavatele se hodnocení nestane objektivnějším, pokud namísto slovního hodnocení (které je navíc v § 38 odst. 2 zákona nepřímou naznačeno – zadavatel písemně zdůvodní) bude použito bodové ohodnocení (v konkrétním případě – výběr ze dvou nabídek a váha jednotlivých kritérií).
 - g) Zadavatel odkazuje v této souvislosti i na další rozhodnutí ÚOHS týkající se odborného posouzení nabídek a subjektivního posouzení nabídek.
- 5) Zadavatel dále namítá, že ÚOHS v rozhodnutí uvedl, že „Při hodnocení jednotlivých kritérií měly být hodnoceny pouze konkrétní skutečnosti uvedené v nabídkách a nikoliv úvahy, které se neopírají o konkrétní údaje v nabídce. Hodnocení musí být přezkoumatelné a proto tvrzení musí být doloženo odkazem na konkrétní údaje uvedené v nabídce nebo podloženo odborným posudkem.“ K tomu zadavatel uvádí, že ani jediné z tvrzení obsažených v jeho zdůvodnění není nezdůvodnitelné a všechny údaje se opírají o konkrétní údaje v nabídce. Pokud jde o informace či údaje známé zadavateli z jeho činnosti, má na takové úvahy zadavatel právo (zejména pokud se jedná o mezinárodní aspekty). V tomto opět zadavatel odkazuje na dřívější rozhodovací praxi ÚOHS i předsedy ÚOHS a také na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č.j. 2A 1/99.
- 6) Zadavatel také uvádí, že v neposlední řadě je třeba zdůraznit, že jakékoliv prodlužování soutěže přináší stále rostoucí ztrátu způsobenou tím, že je připraveno a zabezpečeno již od předminulého roku (vzhledem k tomu, že již jednou byla ÚOHS soutěž zrušena) financování pomocí úvěru a čtvrtletně je nutno platit poplatky za závazkovou revizi za jeho nečerpání. Navíc se zadavatel dostává do stále většího skluzu s plněním závazku k evropským institucím. Pokud by byl zadavatel nucen zrealizovat nový výběr, je toho názoru, že vzhledem k výše uvedenému zdůvodnění výběru se nic na průběhu soutěže nezmění, pouze vyhoví formálním výtkám ÚOHS a celý projekt se dále prodraží a zdrží. Podle názoru zadavatele je důležité, že při soutěži a při výběru nejvhodnější nabídky byly respektovány dva základní principy platné pro zadávání veřejných zakázek a to transparentnost postupu a neznevýhodnění (nediskriminace) žádného z uchazečů. Výběr byl proveden ve smyslu ustanovení § 6 zákona podle ekonomické vhodnosti nabídek a v souladu s kritérií uvedenými v zadávacích podmínkách.

Závěrem svého rozkladu zadavatel žádá, aby předseda ÚOHS napadené rozhodnutí změnil a rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky potvrdil, neboť nebyl porušen zákon.

Uchazeč Siemens ve svém rozkladu uvádí, tento rozklad směřuje toliko proti některým částem odůvodnění.

Siemens také apeluje na uplatnění obecně závazné právní zásady tzv. objektivní (materiální) pravdy, jež pro správní orgány představuje povinnost zjistit přesně a úplně skutečný stav věci a odvolává se přitom na § 32 odst. 1 správního řádu. Následně uvádí, že orgán dohledu nevyvodil patřičné závěry, ačkoliv měl podle názoru uchazeče k dispozici dostatek důkazního materiálu, který nevyhodnotil.

Nahlédnutím do spisů uchazeč následně doplnil své podání ze dne 24.7.2003 a podle jeho názoru ÚOHS námitky patřičně nezhodnotil. Další vyjádření uchazeče k podkladům pro rozhodnutí ze dne 19.8.2003, pak ÚOHS nezhodnotil vůbec.

ÚOHS v odůvodnění svého rozhodnutí citoval řadu nedoložených skutečností odporujících a uchazeče poškozujících tvrzení, aniž zaujal patřičné stanovisko k jejich neopodstatněnosti anebo nepravosti. Část odůvodnění předmětného rozhodnutí s názvem „K jednotlivým námitkám uchazeče uvedeným v návrzích a doplnění“, jež se dotýká jen původního návrhu uchazeč tímto rozkladem napadá a zásadně odmítá, a to především z těchto důvodů:

- vysvětlení uchazeče - pokud jde o pojem „oznámení rozhodnutí je uchazeč toho názoru, že své rozhodnutí měl oznámit uchazečům přímo způsobilý zástupce zadavatele a nepřipouštět v úkonu zákonem přesně stanoveném další procesní článek, který dle zákona způsobilý není (tj. třetí osobu, jejíž způsobilost k úkonu nebyla prokázána. ÚOHS zde naprosto irrelevantně argumentuje o „splnění oznámení“ a „náležitostech oznámení“, neboť zákon k takovým úvahám žádný prostor neposkytuje. Pro správní orgán, pokud by vůbec měl jasné ustanovení § 39 zákona ještě nějak „vysvětlovat“, může tu být směrodatný pouze jediný výklad pojmu „oznámení rozhodnutí“, a to ustanovení § 51 odst. 1 správního řádu: „Rozhodnutí se účastníkovi řízení oznamuje doručením písemného vyhotovení tohoto rozhodnutí. Den doručení rozhodnutí je dnem jeho oznámení.“

Pokud jde o pojem „doplnění a vyjasnění“ zprávy komise § 37 zákona stanoví, že zprávu podepisují všichni členové komise a předají ji s veškerou předchozí dokumentací o zadání veřejné zakázky zadavateli. Komise tím končí svou činnost. Podle uchazeče je nepochybné, že komise podpisem zprávy dne 5.5.2003 zprávu uzavřela a tím dle zákona skončila svou činnost. Zákon dodatečně tzv. „doplňující požadavky“ zadavatele vůči komisi ani jakékoliv doplňování již uzavřené zprávy nepřipouští, a tudíž stanovisko ÚOHS v této věci nemá zákonnou oporu. Podle názoru uchazeče je nepřijatelné, aby postup zadavatele, zjevně odporující zákonu, ÚOHS takto pasivně dodatečně „akceptoval“.

- vysvětlení uchazeče: porušení zákona ze strany zadavatele spočívá v tom, že uchazeči bylo namísto správního rozhodnutí způsobilého zástupce zadavatele doručeno jen „oznámení“ třetí osoby, jež zadavatelem není a za zadavatele sama označuje někoho jiného o rozhodnutí. „Oznámení“, jež nemá právní sílu správního rozhodnutí, bylo podepsáno ředitelem odboru investičního DDC Ing. Jiřím Burešem, přičemž správní rozhodnutí měl údajně učinit vrchní ředitel DDC.
- vysvětlení uchazeče: zamítnutí námitek, aniž byly ještě vzneseny: Uchazeč od subjektu České dráhy, a.s., Divize dopravní cesty, Odbor investiční, obdržel zamítavý přípis č.j. 998/2003-07 ze dne 30.5.2003 (dále jen „Přípis“), ve věci údajné námitky podané uchazečem aniž v té době byly ze strany uchazeče vzneseny.

Neprůkaznost data vydání rozhodnutí: V údajný den vydání rozhodnutí 22.5.2003 sám představitel příslušné státní organizace – generální ředitel SŽDC ve svém dopise zadavateli zn. 950/2003-GŘ ze dne 22.5.2003 rozhodnutí zpochybnil (názor uchazeče). Generální ředitel SŽDC se ke „správnému rozhodnutí“ zadavatele pro jeho zřejmou nouzi v jeho zdůvodnění totiž nepokládal za možné vyjádřit (natož pak je schválit, což bylo v daných souvislostech soutěže nezbytné) a uvedeným dopisem si vyžádal podrobné informace s tím, že teprve potom bude možné se k návrhu rozhodnutí vyjádřit.

Neposkytnutí rozhodnutí: Ani přes opakovaný požadavek uchazeče mu zadavatel rozhodnutí neposkytl a tím závažným způsobem zkrátil práva uchazeče.

- ÚOHS k tzv. „Stanovisku zadavatele“(rozhodnutí o námitkách) nezaujal patřičné stanovisko a tím neodstranil újmu, kterou statutární orgán zadavatele svým postupem a rozhodnutím o námitkách uchazeči způsobil. ÚOHS takto pasivně dodatečně „akceptoval“, ačkoliv nařízením nového výběru jeho funkci zpochybnil.
- Podstatou podnětu uchazeče bylo, že při opakovaném nahlížení do Zprávy u zadavatele ve dnech 28.5.2003 a 29.5.2003, zadavatel nepředložil příslušné rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, které mělo být obligatorní přílohou Zprávy.
- Podstata podnětu uchazeče směřovala proti neprůkaznosti postupu zadavatele. Uchazeč v této souvislosti respektuje presumpci správnosti meritorní výroku rozhodnutí ÚOHS, že zadavatel porušil příslušná ustanovení zákona, že se jeho rozhodnutí o výběru ruší, a že se zadavateli ukládá provést nový výběr.

V souvislosti s odůvodněním předmětného rozhodnutí uchazeč dále poukazuje na tyto další závažné aspekty:

1. Rozhodnutí zadavatele čj. 854/2003-07 ze dne 22.5.2003, bylo generálním ředitelem SŽDC podepsáno dodatečně, a to teprve na základě vyžádaných číselných informací, které byly zpracovány zadavatelem až dne 23.5.2003.
 - a) zpochybňující tvrzení zadavatele bylo rozhodující pro souhlas generálního ředitele SŽDC s rozhodnutím zadavatele a jsou v přímém rozporu s pozdějším tvrzením zadavatele.
 - b) zpochybňující tvrzení zadavatele „Zadavatel skutečně požadoval ocenění implementace technologie GPRS pro infrastrukturu s tím, že dodávka není předmětem pilotního projektu“.
2. ÚOHS řádně nevyhodnotil důkazy o jednání ERIG, na něž se zadavatel ve svých podáních k ÚOHS odvolával. Uchazeč již některé důkazy do řízení dodal (viz vyjádření uchazeče k podkladům rozhodnutí ze dne 19.8.2003) a další přikládá v příloze.
 - a) tvrzení zadavatele „Jak vyplývá z vystoupení Holandských železnic na jednání ERIG (pracovní skupina UIC) v polovině června ve Vídni, je právě neexistence SW verse SR 11 a tudíž nekompatibilita s technologií Nortel překážkou propojení sítí GSM-R Holandska a Německa“. Jako důkaz o nepravdivosti tvrzení přikládá uchazeč zápis z jednání (viz příloha rozkladu č. 1).
 - b) Tvrzení zadavatele „Uchazeči Siemens například není známá reference technologie NORTEL pro celoplošné pokrytí železniční sítě francouzských drah“. Důkaz nepravdivosti příloha č. 2.

- c) Tvzení zadavatele „Nezvratným faktem je, že jedinou v současnosti realizovanou celosíťovou stavbou GSM-R s podporou ETCS úrovně 2 je síť DB s technologií NORTEL Důkaz nepravdivosti příloha č. 3 a 4.
3. ÚOHS řádně nevyhodnotil skutečnost, že zadavatel sám přímo výslovně potvrdil, že ocenění technologie GPRS, v nabídce uchazeče KAPSCH chybí.
4. Uchazeč se ohrazuje proti citaci tvrzení zadavatele, že „uchazeč Siemens tvrdí, že umístěním antény na portálech tunelů není možno pokrýt tunely signálem v požadované kvalitě.“ (viz str. 7, odst. 2 rozhodnutí) aniž ÚOHS přesně a úplně zjistil skutečný stav věcí jak to ukládá ustanovení § 32 správního řádu.
5. Uchazeč poukazuje na opomenutí skutečností ÚOHS:
- ustanovení a jmenování mezirezortní komise proběhlo řádně a v souladu se zákonem,
 - komise ukončila svoji činnost dne 5.5.2003,
 - zprávu nikdo z účastníků řízení ani žádný z dohledových či kontrolních orgánů věcně, formálně, odborně ani jinak nepřipomínkoval.

Závěrem svého rozkladu se uchazeč Siemens domáhá, aby předseda ÚOHS zabezpečil řádné prošetření skutečného stavu věcí v soutěži a vymezil podmínky pro nápravu v nařízeném novém výběru.

Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu a s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru:

ÚOHS tím, že svým rozhodnutím č.j. S 551-R/03-522/140/OŠ ze dne 26.8.2003, zrušil podle § 59 písm. a) zákona rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky s tím, že zadavatel porušil ustanovení § 38 odst. 1 ve spojení s § 6 zákona tím, že neprokázal, že vybral nabídku nejlépe splňující kritéria vymezená zadavatelem v podmínkách soutěže, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

K jednotlivým námitkám obou rozkladů pak uvádím následující:

Zadavatel si ve vyhlášení soutěže uveřejněné v Obchodním věstníku stanovil jako způsob hodnocení nabídek, že „bude provedeno podle ekonomické vhodnosti nabídek (podle § 6 zákona) v souladu s následujícími kritérii stanovenými v sestupném pořadí: technické, kvalitativní a funkční vlastnosti, výše nabídkové ceny, stupeň splnění dalších kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky, poskytnutí vyšších, ale současně reálných záruk za jakost a řešení zaměstnanosti, využití českých firem“. Tyto skutečnosti pak nepochybně vyplývají ze znění vyhlášení soutěže uveřejněné v Obchodním věstníku pod značkou 164262-02/03. Z vyhlášení v Obchodním věstníku také vyplývá, že zadavatel v bodě „12. Zadávací dokumentace“ umožnil zájemcům o veřejnou zakázku vyzvednout si zadávací dokumentaci. V zadávací dokumentaci podal zadavatel „Závazný výklad k soutěžním podmínkám na vypracování projektu a zhotovení stavby ...“ a v bodě „ad 7. Způsob hodnocení nabídek“ si zadavatel stanovil následující:

„Kritéria pro hodnocení nabídek na realizaci stavby:

1. technické, kvalitativní a funkční vlastnosti (včetně kvality návrhu postupu výstavby) – dílčí kritéria:
 - kvalita a komplexnost technického řešení,

- postup pro optimalizaci počtu a umístění BTS včetně způsobu prokázání splnění všech podmínek pro pokrytí signálovou úrovní dle SRS EIRENE v.13.0
 - kvalita (optimální návrh) postupu výstavby,
 - zkrácení lhůty výstavby
 - soulad s výhledovými záměry ČD
 - využití kabelových tras a OK ČD,
 - provozní náklady a požadavky na údržbu plynoucí z navrženého řešení,
2. výše nabídkové ceny,
 3. stupeň splnění dalších kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky:
 - porovnatelné stavby-zakázky,
 - technické vybavení uchazeče,
 - objem nabízených prací vlastní kapacitou uchazeče,
 - systém řízení kvality,
 - kvalita řídicího managementu;
 4. poskytnutí vyšších, ale současně reálných záruk na jakost (delší záruka, než byla zadavatelem požadována a na co je nabízena):
 - vyšší záruky za jakost konkrétních prací,
 - certifikát ISO,
 - jiné vyšší záruky;
 5. řešení zaměstnanosti v regionech s vysokou nezaměstnaností, využití českých firem:
 - nabídka vyšší zaměstnanosti
 - využití českých firem při realizaci“.

Ze zprávy komise pro posouzení a hodnocení nabídek ze dne 5.5.2003 taktéž nepochybně vyplývá, že tato „se usnesla na stanovení váhy jednotlivých hodnotících kritérií následovně:

- | | |
|--|------|
| 1. technické, kvalitativní a funkční vlastnosti | 48% |
| 2. výše nabídkové ceny | 40% |
| 3. stupeň splnění dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky | 6% |
| 4. poskytnutí vyšších, ale současně reálných záruk za jakost | 4% |
| 5. řešení zaměstnanosti, využití českých firem | 2%“. |

Komise po provedeném posouzení a hodnocení předložených nabídek doporučila zadavateli pořadí nabídek, které se umístily na prvním a druhém místě, ale zadavatel se s tímto doporučením komise neztotožnil a využil možnosti stanovené v ustanovení § 38 odst. 2 zákona a o výběru nejvhodnější nabídky rozhodl odchylně.

K tomu uvádím, že možnost, aby zadavatel rozhodl o výběru nejhodnější nabídky tak, že rozhodnutí neodpovídá pořadí nabídek podle hodnocení komise, je stanovena v ustanovení § 38 odst. 2 zákona. Podle citovaného ustanovení platí, že jestliže rozhodnutí zadavatele o výběru nejhodnější nabídky neodpovídá pořadí nabídek podle hodnocení komise, je zadavatel povinen své rozhodnutí písemně zdůvodnit a podle odst. 3) tohoto ustanovení dále platí, že rozhodnutí o výběru nejhodnější nabídky, včetně zdůvodnění v případě odchylného stanoviska od hodnocení komise, zadavatel přiloží ke zprávě o posouzení a hodnocení nabídek. Kopii rozhodnutí včetně zdůvodnění přikládá zadavatel k evidenčnímu listu veřejné zakázky.

K odchylnému rozhodnutí zadavatele pak uvádím, že zadavatel své odchylné rozhodnutí písemně zdůvodnil a toto zdůvodnění nazval „Příloha k rozhodnutí – zdůvodnění“. Právo zadavatele na rozhodnutí, které neodpovídá pořadí nabídek, nelze zpochybnit a toto právo nezpochybňuje ani ÚOHS v napadeném rozhodnutí. ÚOHS však správně ve svém odůvodnění uvedl že „Jestliže se zadavatel rozhodl využít svého práva a postupoval ve smyslu § 38 odst. 2 zákona, měl zdůvodnit výběr nejhodnější nabídky ve smyslu ustanovení § 38 odst. 1 zákona ve spojení s § 6 zákona, dle kterého se nejhodnější nabídkou rozumí nabídka nejlépe splňující kritéria vymezená zadavatelem v podmínkách soutěže. Každé rozhodnutí zadavatele musí být přezkoumatelné především z hlediska objektivnosti hodnocení a proto i zdůvodnění zadavatele musí tomu odpovídat. Zadavatel neprovedl hodnotovou analýzu nabídek a zásadním způsobem změnil hodnocení všech kritérií s výjimkou ceny....“. K tomu však uvádím, že ÚOHS pojem „hodnotová analýza“ blíže nevysvětlil, a proto mohly vzniknout pochybnosti ze strany zadavatele o správnosti tohoto tvrzení.

Pro vysvětlení k samotnému hodnocení i stanovení způsobu hodnocení pak uvádím následující. V souladu s § 5 odst. 1 písm. d) musí podmínky soutěže mimo jiné obsahovat i stanovení způsobu hodnocení nabídek podle § 6 zákona. V daném případě zadavatel jednoznačným způsobem stanovil, že nabídky budou hodnoceny podle ekonomické vhodnosti v souladu s kritérii hodnocení uvedenými v podmínkách soutěže. Zadavatel zcela v souladu se zákonem uvedl jednotlivá kritéria hodnocení v sestupném pořadí podle stupně významu, který jim přisuzuje. K problematice tzv. subkritérií hodnocení uvádím, že zákon tuto problematiku neřeší a výslovně neukládá zadavateli povinnost uvést tato subkritéria v podmínkách soutěže v sestupném pořadí podle stupně významu, který jim přisuzuje. Tzv. subkritéria může zadavatel použít pro provedení bližší specifikace obsahu jednotlivých kritérií, a to především z důvodu seznámení uchazečů s tím, jaké konkrétní ukazatele bude zadavatel (resp. komise) brát při posuzování a hodnocení nabídek v úvahu a jaké údaje by tedy samotná nabídka měla obsahovat. Tím, že zadavatel v šetřeném případě stanovil v rámci jednotlivých kritérií hodnocení i tzv. subkritéria hodnocení, nepochybně přispěl k zajištění větší transparentnosti celého procesu zadávání veřejné zakázky, pokud by však podle těchto subkritérií i hodnotil. Rozhodující skutečností je i fakt, že subkritéria hodnocení byla shodně pro všechny uchazeče jednoznačně vymezena v zadávací dokumentaci.

Ke způsobu hodnocení nabídek a stanovení kritérií pro jejich hodnocení také uvádím, že při výběru nejhodnější nabídky je nutné, aby zadavatel respektoval základní cíl zákona, kterým je ekonomické nakládání s veřejnými prostředky, definovanými zákonem a výběr nejhodnější nabídky musí splňovat dva základní principy platné pro zadávání veřejných zakázek, a to transparentnost postupu a nezvýhodnění (nebo nediskriminaci) žádného z uchazečů.

Ze zpracovaného výsledku hodnocení jednotlivých nabídek pak zadavatel vychází i při zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky, které je rovněž obligatorní náležitostí záznamu o posouzení a hodnocení. Jen takovýmto způsobem pořízený záznam, spolu s další nezbytnou dokumentací, umožní zadavateli prokázat, že posouzení a hodnocení nabídek bylo provedeno objektivně a v souladu se zákonem.

Rozhodnutí zadavatele, které neodpovídalo pořadí nabídek podle hodnocení komise (dále jen „odchylné rozhodnutí zadavatele“) však nebylo provedeno v souladu se základními principy platné pro zadávání veřejných zakázek. V úvodu zdůvodnění odchylného rozhodnutí zadavatele je uvedeno, že „Zadavatel využil § 38, odst. 2 zákona a změnil výsledné pořadí nabídek v obchodní veřejné soutěži. Svůj nálezný a následný postup zadavatel odůvodňuje následujícím způsobem: Komise předmětné soutěže hodnotila obě nabídky podle následujících kritérií...“, které pak zadavatel uvedl i s přidělením vah jednotlivým kritériím shodně, jak to provedla komise. Na okraj pouze podotýkám, že kritérium pod bodem 3. bylo nepřesně citováno, když ve vyhlášení v obchodním věstníku je uvedeno „stupeň splnění dalších kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky“, ale zadavatel toto kritérium nazval „stupeň plnění dalších předpokladů pro plnění zakázky“. Dále uvádím, že zadavatel však neuvedl, jakým způsobem bude postupovat při svém odchylném hodnocení, nestanovil si žádnou metodu hodnocení. Jednotlivé nabídky hodnotil podle vyhlášených kritérií, ale nepostupoval již podle předem vyhlášených subkritérií, nebo pouze u některých kritérií použil subkritéria pouze částečně, např. v prvním kritériu a v třetím kritériu. Pro hodnocení zadavatel použil pouze nejednoznačné slovní obraty jako „obě nabídky srovnatelné“, „výrazný nedostatek nabídky uchazeče Siemens, který je na hranici splnění zadání“, „obě nabídky splňují“, „výhodnější reference má...“ nebo „obě nabídky srovnatelné s malým upřednostněním uchazeče...“. Slovní obrat „srovnatelné“ je pak obrat, který nelze nijak blíže ohodnotit, když není jasné, zda se může jednat o nabídky například přibližně stejné, kterým by při přidělování bodů dle stanovených vah byl přidělen počet bodů nepatrně odlišný nebo dokonce i stejný. Takto provedené hodnocení, při použití pojmu, který zadavatel blíže nespécifikoval a nedefinoval, nelze pak přezkoumat a je netransparentní a nepřezkoumatelné. Nelze tedy souhlasit s tvrzením zadavatele v rozkladu, že uvedl věcné důvody, na základě kterých rozhodl odchylně s tím, že při srovnání dvou nabídek není bodové ohodnocení nutné. Taktéž tvrzení zadavatele, že první dvě kritéria, která dosáhla váhu 88% a jsou hodnocena ve prospěch jednoho uchazeče, jsou patřičně zdůvodněny. S takovýmto názorem zadavatele nelze souhlasit, poněvadž bylo vyhlášeno celkem pět kritérií (a mnoho subkritérií) a tímto tvrzením pak dává zadavatel najevo, že další kritéria (3. – 5.) jsou bezvýznamná. K tomu poznamenávám, že zákon nepředepisuje formu pro hodnocení a je zcela na zadavateli, jaký způsob hodnocení zvolí, zda jej provede pomocí jediného kritéria, tj. ceny, nebo prostřednictvím více kritérií. Je výsledkem odpovědné úvahy zadavatele, co je v daném případě nejvýhodnější, a který způsob mu usnadní volbu mezi nabídkami. Ale pokud se zadavatel rozhodne pro vícekritériální hodnocení nabídek s použitím i subkritérií, je povinen podle takto stanoveného způsobu hodnocení i postupovat a není ponecháno na vůli zadavatele, která kritéria, příp. subkritéria bude hodnotit.

Ke způsobům hodnocení uvádím obecně, že pokud by např. zpráva (záznam) o posouzení a hodnocení nabídek obsahovala pouze body přidělené členy komise pro posouzení a hodnocení nabídek, resp. zadavatelem, jednotlivým nabídkám, které byly následně vynásobeny příslušnými vahami jednotlivých kritérií, nevypovídaly by uvedené číselné údaje o tom, na základě jakých údajů z nabídek uchazečů byly učiněny závěry, vyjádřené přidělením bodů jednotlivým nabídkám. Nebylo by tedy patrné, jaké konkrétní údaje z nabídek byly hodnoceny, což je nedostatečné zejména v rámci hodnocení nabídek podle

kritérií, která nelze hodnotit jednoznačně a zcela objektivně (jednoznačně lze hodnotit např. výši nabídkové ceny, lhůtu plnění, záruční dobu – tedy numericky vyjádřitelná kritéria).

Uvedení skutečností, které vedly k přidělení konkrétního počtu bodů, je nezbytné zvláště v kritériích, ve kterých hodnocení nabídek záleží ve značné míře na úvaze a zkušenostech zadavatele (resp. členů komise). Pokud zpráva neobsahuje žádné informace o údajích z nabídek uchazečů, které byly hodnoceny a které vedly k přidělování bodů v jednotlivých kritériích, nemá ÚOHS možnost přezkoumat postup zadavatele při výběru nevhodnější nabídky.

Různé matematické modely, používané při hodnocení nabídek (viz např. příloha týdeníku Ekonom č. 15/1996), mohou sice zdánlivě objektivizovat celkové hodnocení, avšak je nutno si uvědomit, že číselné údaje (body) do tabulek modelu dosazují „hodnotitelé“. Právě proto je nezbytné, aby zpráva obsahovala i výsledek hodnocení jednotlivých nabídek, a to výsledek vyjádřený nikoliv pouze číselně, ale také s patřičným písemným slovním komentářem, z něhož bude vyplývat, proč právě ta konkrétní nabídka získala v daném kritériu určitý počet bodů. Z takto zpracovaného výsledku hodnocení jednotlivých nabídek pak zadavatel vychází i při zdůvodnění výběru nevhodnější nabídky, které je rovněž obligatorní náležitostí zprávy (záznamu). Jen takovýmto způsobem pořízená zpráva (záznam), spolu s další nezbytnou dokumentací, umožní zadavateli prokázat, že posouzení a hodnocení nabídek bylo provedeno objektivně a v souladu se zákonem. Pokud jsou jako výsledek hodnocení jednotlivých nabídek a zdůvodnění výběru nevhodnější nabídky uvedeny pouze číselné údaje, nebo naopak pouze nejednoznačné slovní vyjádření, nezbyvá než konstatovat, že provedené hodnocení je netransparentní a nepřezkoumatelné. Nelze zcela vyloučit i možnost pouhého slovního zdůvodnění výběru, které ovšem nemůže být založeno na nejednoznačných slovních spojeních, ale zadavatel se tak vystavuje riziku, že neprokáže, že vybral nevhodnější nabídku transparentním a přezkoumatelným způsobem.

Netransparentnost hodnocení je jedním z nejzávažnějších pochybení zadavatelů veřejných zakázek, neboť znehodnocuje účel zákona o zadávání veřejných zakázek, a to průhlednost postupu při zadávání veřejných zakázek. Nelze tedy přezkoumat, zda zadavatel vybral nabídku ekonomicky nevhodnější.

Zadavatel ve svém rozkladu (viz strana 8 písm. e) tohoto rozhodnutí) odkazuje i na rozsudek Vrchního soudu, s kterým se ztotožňují. Jedná se o rozsudek Vrchního soudu č.j. 2A 1/99, že samotné odborné posouzení jednotlivých nabídek zákon ponechává na zadavateli a ÚOHS nemůže do této jeho pravomoci ingerovat. K tomu uvádím, že citovaný rozsudek nepochybně vychází i ze zásad zákona, že jedním z účelů zákona je vybrat nabídku uchazeče, která nejlépe odpovídá představám zadavatele a to způsoby v zákoně stanovenými. Také veškerou odpovědnost za správný výběr je ponechán na zadavateli. Výběr nevhodnější nabídky však musí být proveden transparentně, aby mohl být ÚOHS přezkoumán, poněvadž ÚOHS nemůže vstupovat do myšlenkových pochodů zadavatele a nemůže přebírat odpovědnost zadavatele za výběr nevhodnější nabídky.

K rozkladu uchazeče Siemens navíc uvádím, že tento podal rozklad toliko proti části odůvodnění napadeného rozhodnutí, což je dle § 54 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů možné, na rozdíl od občanského soudního řádu, který tuto možnost vylučuje. Cílem námitek uchazeče Siemens bylo dosáhnout toho, aby ÚOHS reagoval na dílčí výhrady Siemens uplatněné s cílem, aby v novém řízení o výběru nevhodnější nabídky dle výroku napadeného rozhodnutí, bylo ÚOHS zaujato stanovisko

k některým otázkám, jež podle uchazeče Siemens by byly významné v novém posouzení a hodnocení obou předložených nabídek.

K námitkám Siemens pak obecně konstatuji, že námitky, které se týkají činnosti komise pro posouzení a hodnocení nabídek jsou bezpředmětné, poněvadž zadavatel se neztotožnil s navrženým pořadím nabídek podle hodnocení komise a využil plně možnosti odchylného stanoviska od hodnocení komise. Je tedy namístě zabývat se odchylným rozhodnutím zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a ne posuzovat činnost komise.

K ostatním námitkám pouze uvádím, že zadavatel dodatečně předložil pověření č. 1963, kterým předseda představenstva a generální ředitel Ing. Petr Kousal dne 10.3.2003 pověřil ředitele odboru k podepsání oznámení o výběru nejvhodnější nabídky. Oznámení č.j. 857/2003-07 ze dne 23.5.2003 obsahuje veškeré náležitosti ve smyslu ustanovení zákona (§ 39 zákona), to je údaje o vybraném uchazeči a údaje i o uchazeči, jehož nabídka se umístila ve druhém pořadí, včetně nabídkových cen a poučení o možnosti podat námitky. Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky bylo podepsáno v souladu s předloženým pověřením ředitelem odboru investičního DDC (divize dopravní cesty) Ing. Jiřím Burešem. Námitka Siemens odkazující v této souvislosti na ustanovení § 51 odst. 1 správního řádu, že "tu musí být směrodatný pouze jediný výklad pojmu oznámení rozhodnutí, a to ustanovení § 51 odst. 1 správního řádu: Rozhodnutí se účastníkovi řízení oznamuje doručením písemného vyhotovení tohoto rozhodnutí. Den doručení rozhodnutí je dnem jeho oznámení." uvádím, že je bezpředmětná vzhledem k tomu, že správní řízení, na které se vztahují ustanovení správního řádu, je zahájeno podle § 57 odst. 1 zákona až dnem, kdy obdrží ÚOHS od uchazeče návrh. Na oznámení o výběru nejvhodnější nabídky se vztahuje ustanovení § 39 zákona a ne ustanovení správního řádu.

Uchazeč Siemens využil svého práva o nahlížení do spisu a na ÚOHS mu byla dána k dispozici celá spisová dokumentace předložená zadavatelem (kromě konkurenční nabídky), takže rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky uchazeč měl k dispozici. Uchazeč Siemens měl dále k dispozici i zdůvodnění zadavatele o odlišném výběru než mu doporučila komise. Toto zdůvodnění nebylo podepsáno zadavatelem, ale je součástí dokumentace o zadání veřejné zakázky a odpovídá rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky.

Zadavatel oznámení o výběru nejvhodnější nabídky zaslal všem hodnoceným dne 23.5.2003, kdy již bylo podepsáno rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 22.5.2003 všemi kompetentními osobami. K námitkám ve věci hodnocení nabídkové ceny uvádím, že jak komise, tak zadavatel posuzovali a hodnotili nabídkovou cenu uvedenou uchazeči ve formuláři nabídky bez ocenění technologie GPRS v NSS, tedy tu nabídkovou cenu, kterou podle zadání hodnotit měli. Tato cena je uvedena v rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a byla čtena i při otevírání obálek.

K námitkám, že zadavatel požádal komisi o doplnění a vyjasnění, uvádím, že zákon takovýto postup zadavatele nezakazuje a jak již bylo výše uvedeno, nelze extenzivně vykládat ustanovení zákona a zpochybňovat takto postupy zadavatele a zasahovat tak do jeho zákonných práv a povinností.

K námitkám uchazeče Siemens, které se týkají odborného posouzení jeho nabídky, technických parametrů či oficiálního vystoupení zástupců jiných železnic, cituji z rozsudku Vrchního soudu v Olomouci, že odborné posouzení a hodnocení nabídek ponechává zákon na zadavateli. Pravomoci orgánu dohledu (ÚOHS) sahají do úrovně těch činností zadavatele, která obecně vyjádřeno, vytváří prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů na soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Nelze přezkoumávat úvahy členů komise, neboť tím by orgán dohledu ve

svých důsledcích sám se stylizoval do role zadavatele a určoval by, která zakázka má vyhovět stanoveným kritériím a také v soutěži zvítězit. To platí i pro nezaměnitelnou roli zadavatele. ÚOHS nemůže přebírat odpovědnost za výběr nejvhodnější nabídky, neboť k tomu nemá odborné předpoklady a nelze to požadovat ani po soudu. Úkolem obou je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru.

Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. České dráhy, a.s., se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222, 110 15 Praha 1, zast. předsedou představenstva a generálním ředitelem Ing. Petrem Kousalem,
2. Siemens s.r.o., Evropská 33a, 160 00 Praha 6, za kterou jednájí prokuristé Ing. Petr Klaua a Ing. Jan Svoboda,
3. KAPSCH TELECOM spol. s r.o., Opletalova č.p. 1015, 110 00 Praha 1, Nové Město, za kterou jedná jednatel Ing. Karel Feix,
4. spis.