

Věc C-54/21

**Shrnutí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce na základě čl. 98 odst. 1
jednacího řádu Soudního dvora**

Datum doručení:

29. ledna 2021

Předkládající soud:

Krajowa Izba Odwoławcza (Polsko)

Datum předkládacího rozhodnutí:

22. prosince 2020

Navrhovatelé:

ANTEA POLSKA S.A.

„Pectore-Eco“ sp. z o.o.

Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy

Odpůrce:

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie

Ostatní účastnice řízení:

ARUP Polska sp. z o.o.

CDM Smith sp. z o.o.

Multiconsult Polska sp. z o.o.

ARCADIS sp. z o.o.

HYDROCONSULT sp. z o.o. Biuro Studiów i Badań
Hydrogeologicznych i Geofizycznych

Předmět řízení před vnitrostátním soudem

Návrh na přezkum podaný v rámci zadávacího řízení na „zpracování návrhů II. aktualizace plánů povodí (II aPP) spolu s metodikami“ týkající se úkonů nebo opomenutí veřejného zadavatele, Państwowe Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie (státní vodohospodářský podnik Polské vody) v průběhu předmětného zadávacího řízení.

Předmět a právní základ žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

Předmětná žádost zahrnuje dvě skupiny otázek – první se týká vyhrazení informací ze strany hospodářských subjektů jako obchodního tajemství, druhá se týká určení mimocenových kritérií hodnocení nabídek a způsobu jejich hodnocení ze strany veřejného zadavatele.

Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce byla předložena na základě článku 267 SFEU.

Předběžné otázky

1) Brání zásada rovného zacházení a zákazů diskriminace hospodářských subjektů, jakož i zásada transparentnosti vyjádřené v čl. 18 odst. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „směrnice 2004/18“) tomu, aby byly čl. 21 odst. 1 směrnice 2014/24 a čl. 2 bod 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/943 ze dne 8. června 2016 o ochraně nezveřejněného know-how a obchodních informací (obchodního tajemství) před jejich neoprávněným získáním, využitím a zpřístupněním (dále jen „směrnice 2016/943“), a zvláště v nich obsažená slovní spojení „jako celek nebo v přesném uspořádání a souhrnu jejich částí [nejsou] obecně známy nebo běžně dostupné“ a „tím, že jsou tajné, mají komerční hodnotu“ spolu s uvedením, že „veřejný zadavatel [nezveřejňuje] informace [označené hospodářskými subjekty] za důvěrné“, vykládány v tom smyslu, že hospodářský subjekt může vyhradit jako obchodní tajemství libovolnou informaci, z toho důvodu, že ji nechce zpřístupnit konkurenčním hospodářským subjektům?

2) Brání zásada rovného zacházení a zákazů diskriminace hospodářských subjektů, jakož i zásada transparentnosti vyjádřené v čl. 18 odst. 1 směrnice 2014/24 tomu, aby byly čl. 21 odst. 1 směrnice 2014/24 a čl. 2 bod 1 směrnice 2016/943 vykládány v tom smyslu, že hospodářské subjekty ucházející se o veřejnou zakázku mohou vyhradit doklady uvedené v člancích 59 a 60 směrnice 2014/24 a v její příloze XII zcela nebo zčásti jako obchodní tajemství, a to zejména pokud se jedná o seznam získaných zkušeností, reference, seznam osob navržených pro realizaci zakázky a jejich odborné kvalifikace, názvy a

způsobilost subjektů, na jejichž způsobilost se odvolávají, nebo subdodavatelů, jsou - li tyto doklady vyžadovány pro účely prokázání splnění podmínek účasti v zadávacím řízení nebo pro účely hodnocení podle kritérií hodnocení nabídek nebo posouzení souladu nabídky s jinými požadavky veřejného zadavatele obsaženými v dokumentaci zadávacího řízení (v oznámení o zahájení zadávacího řízení nebo zadávací dokumentaci)?

3) Brání zásada rovného zacházení a zákazu diskriminace hospodářských subjektů, jakož i zásada transparentnosti vyjádřené v čl. 18 odst. 1 ve spojení s čl. 58 odst. 1, čl. 63 odst. 1 a čl. 67 odst. 2 písm. b) směrnice 2014/24 tomu, aby veřejný zadavatel zároveň přijal prohlášení hospodářského subjektu, podle kterého má k dispozici lidské zdroje požadované veřejným zadavatelem nebo avizované samostatně, subjekty na jejichž zdroje spoléhá nebo subdodavatele, což v souladu s předpisy musí prokázat veřejnému zadavateli, a současně i prohlášení, že již samotné zveřejnění údajů týkajících se těchto osob nebo subjektů (příjmení, názvy, zkušenosti, kvalifikace) konkurenčním hospodářským subjektům může způsobit jejich „přetažení“ těmito hospodářskými subjekty, a proto je nezbytné na tyto informace vztáhnout obchodní tajemství? Dále v souvislosti s výše uvedeným, je možné takto nepevnou vazbu mezi hospodářským subjektem a těmito osobami a subjekty považovat za důkaz, že hospodářský subjekt má tyto zdroje k dispozici, a zejména udělit hospodářskému subjektu dodatečné body v rámci kritérií hodnocení nabídek?

4) Brání zásada rovného zacházení a zákazu diskriminace hospodářských subjektů, jakož i zásada transparentnosti vyjádřené v čl. 18 odst. 1 směrnice 2014/24 tomu, aby byly čl. 21 odst. 1 směrnice 2014/24 a čl. 2 bod 1 směrnice 2016/943 vykládány v tom smyslu, že hospodářské subjekty ucházející se o veřejnou zakázku mohou vyhradit jako obchodní tajemství doklady vyžadované za účelem posouzení souladu nabídky s požadavky veřejného zadavatele obsaženými v zadávací dokumentaci (včetně popisu předmětu zakázky) nebo za účelem hodnocení nabídky podle kritérií hodnocení nabídek, zejména pokud tyto doklady sledují splnění požadavků veřejného zadavatele obsažených v zadávací dokumentaci, v právních předpisech nebo v jiných předpisech všeobecně dostupných nebo dostupných dotčeným stranám, a to zejména pokud takové hodnocení neprobíhá podle objektivně srovnatelných schémat, matematicky a fyzicky měřitelných a srovnatelných ukazatelů, nýbrž podle individuálního hodnocení veřejným zadavatelem? Dále v souvislosti s výše uvedeným mohou být čl. 21 odst. 1 směrnice 2014/24 a čl. 2 bod 1 směrnice 2016/943 vykládány v tom smyslu, že za obchodní tajemství daného hospodářského subjektu je možné považovat prohlášení podané tímto subjektem v rámci nabídky o provedení daného předmětu zakázky podle požadavků veřejného zadavatele obsažených v zadávací dokumentaci, kontrolovaných a hodnocených veřejným zadavatelem z hlediska souladu s těmito požadavky, i když právě hospodářskému subjektu náleží volba metod směřujících k dosažení výsledku (předmětu zakázky) požadovaného veřejným zadavatelem?

5) Brání zásada rovného zacházení a zákazu diskriminace hospodářských subjektů, jakož i zásada transparentnosti vyjádřené v čl. 18 odst. 1 směrnice 2014/24 ve spojení s čl. 67 odst. 4 této směrnice, jenž stanoví, že kritéria pro zadání veřejné zakázky nesmějí ponechávat veřejnému zadavateli neomezenou volnost výběru, musí zajistit možnost účinné hospodářské soutěže a být doplněna specifikacemi, které umožňují účinné ověření informací poskytovaných uchazeči, aby bylo možno posoudit, jakou měrou nabídky splňují kritéria pro zadání, tomu, aby veřejný zadavatel určil dané kritérium hodnocení nabídek, zejména kritérium posuzované podle individuálního hodnocení veřejného zadavatele, i když již v okamžiku určení tohoto kritéria je zřejmé, že hospodářské subjekty část nabídky, na níž se vztahuje toto kritérium, zahrnou pod obchodní tajemství, čemuž veřejný zadavatel neodporuje, takže konkurenční hospodářské subjekty, které nemohou ověřit nabídky svých konkurentů a srovnat je s vlastními nabídkami, mohou získat dojem úplné libovůle při posuzování a hodnocení nabídek veřejným zadavatelem?

6) Musí být zásada rovného zacházení a zákazu diskriminace hospodářských subjektů, jakož i zásada transparentnosti vyjádřené v čl. 18 odst. 1 směrnice 2014/24 ve spojení s čl. 67 odst. 4 této směrnice, jenž stanoví, že kritéria pro zadání veřejné zakázky nesmějí ponechávat veřejnému zadavateli neomezenou volnost výběru, musí zajistit možnost účinné hospodářské soutěže a být doplněna specifikacemi, které umožňují účinné ověření informací poskytovaných uchazeči, aby bylo možno posoudit, jakou měrou nabídky splňují kritéria pro zadání, vykládány v tom smyslu, že veřejný zadavatel může určit takové kritérium hodnocení nabídek, jakým je v tomto řízení „koncepte zpracování“ a „popis způsobu realizace veřejné zakázky“?

7) Musí být čl. 1 odst. 1 a 3 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek (dále jen „směrnice 2007/66“), jenž stanoví členským státům povinnost zajistit možnost účinného přezkumu rozhodnutí veřejných zadavatelů a dostupnost přezkumného řízení pro každou osobu, která má nebo měla zájem na získání určité zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla nebo hrozí škoda, vykládán v tom smyslu, že konstatování ze strany rozhodujícího orgánu, podle kterého doklady vyhrazené hospodářskými subjekty v daném řízení nepředstavují obchodní tajemství, což vede k povinnosti veřejného zadavatele tyto doklady zveřejnit a zpřístupnit konkurenčním hospodářským subjektům – pokud takový účinek nevyplývá přímo z právních předpisů – vede k povinnosti rozhodujícího orgánu vydat rozhodnutí umožňující hospodářskému subjektu opětovné podání návrhu na přezkum – v rozsahu vyplývajícím z obsahu těchto dokladů, jenž dříve neznal a z toho důvodu nemohl účinně využít opravný prostředek – ve vztahu k činnosti, jejíž přezkum by nebylo možné navrhnout s ohledem na uplynutí lhůty k tomu určené, například ke zneplatnění posouzení a hodnocení nabídek, jichž se týkají předmětné doklady vyhrazené jako obchodní tajemství?

Uplatňovaná ustanovení unijního práva

Směrnice 2014/24: čl. 18 odst. 1, čl. 21 odst. 1, čl. 55 odst. 2 a 3, čl. 56 odst. 1 a 2, čl. 58 odst. 4, článek 59, čl. 60 odst. 1, čl. 63 odst. 1, článek 67, čl. 71 odst. 2.

Směrnice 2016/943: čl. 2 bod 1.

Směrnice 2007/66: čl. 1 odst. 1 a 3.

Uplatňovaná ustanovení vnitrostátního práva

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z roku 2004, č. 19, pol. 177) (zákon ze dne 29. ledna 2004 o veřejných zakázkách, dále jen „zákon o veřejných zakázkách“)

Článek 7

Zadávací řízení připravuje a provádí veřejný zadavatel takovým způsobem, který zajistí spravedlivou hospodářskou soutěž a rovné zacházení s hospodářskými subjekty, v souladu se zásadami proporcionality a transparentnosti.

Článek 8

1. Zadávací řízení je veřejné.
2. Veřejný zadavatel může omezit přístup k informacím spojeným se zadávacím řízením pouze v případech stanovených zákonem.
 - 2a. Veřejný zadavatel může v zadávací dokumentaci stanovit požadavky týkající se zachování důvěrné povahy informací poskytnutých hospodářskému subjektu v průběhu zadávacího řízení.
3. Nezveřejňují se informace, které představují obchodní tajemství ve smyslu ustanovení o potírání nekalé soutěže, pokud hospodářský subjekt, ve lhůtě k podávání nabídek nebo žádostí o účast v zadávacím řízení, stanovil, že tyto informace nelze zpřístupnit, a prokázal, že vyhrazené informace jsou obchodním tajemstvím. Hospodářský subjekt nemůže vyhradit informace uvedené v čl. 86 odst. 4. Toto ustanovení se použije obdobně u soutěže o návrh.

Článek 36b odst. 1

Veřejný zadavatel požaduje, aby hospodářský subjekt určil části zakázky, jejichž plnění plánuje svěřit subdodavatelům, a aby uvedl firmy subdodavatelů.

Článek 91

1. Veřejný zadavatel vybere nevyhodnější nabídku podle kritérií hodnocení nabídek stanovených v zadávací dokumentaci.

2. Kritérii hodnocení nabídek jsou buď cena nebo náklady, anebo cena nebo náklady a jiná kritéria vztahující se k předmětu zakázky, zejména:

- 1) kvalita, včetně technických specifikací a estetických a funkčních vlastností;
- 2) sociální aspekty, včetně profesní a sociální integrace osob uvedených v čl. 22 odst. 2, přístupnost pro osoby s postižením nebo zohlednění potřeb uživatelů;
- 3) environmentální aspekty, včetně energetické efektivity předmětu zakázky;
- 4) inovativní aspekty;
- 5) organizace, odborná kvalifikace a zkušenost osob pověřených realizací veřejné zakázky, pokud mohou významně ovlivnit kvalitu plnění zakázky;
- 6) poprodejní služby a technická pomoc, podmínky dodání, jako je datum dodání, postup dodání, doba dodání nebo dokončení.

[...]

2d. Veřejný zadavatel stanoví kritéria hodnocení nabídek jednoznačným a srozumitelným způsobem, jenž umožňuje ověření informací poskytovaných hospodářskými subjekty.

[...]

Článek 96

1. V průběhu zadávacího řízení veřejný zadavatel vyhotoví písemnou zprávu obsahující alespoň: [...]

5) jméno a příjmení nebo název hospodářského subjektu, jehož nabídka byla vybrána jako nejvýhodnější a důvody, proč byla vybrána, a také, je-li to známo, podíl veřejné zakázky nebo rámcové dohody, který úspěšný uchazeč zamýšlí zadat třetím osobám; a, pokud existují a jsou v dané době známi, jména a příjmení nebo názvy subdodavatelů; [...]

7) případně výsledky posouzení důvodů vyloučení, hodnocení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení nebo kritérií pro výběr, jež zahrnují:

a) jméno a příjmení nebo název hospodářských subjektů, které nebyly vyloučeny a splnily podmínky účasti v zadávacím řízení nebo kritéria pro výběr, a důvody výběru těchto hospodářských subjektů;

b) jméno a příjmení nebo název hospodářských subjektů, které byly vyloučeny, nesplnily podmínky účasti v zadávacím řízení nebo kritéria pro výběr, a důvody, proč nebyly vyzvány k účasti v zadávacím řízení;

8) důvody odmítnutí nabídek; [...]

2. Nabídky, znalecké posudky, prohlášení, zpráva z jednání uvedeného v čl. 38 odst. 3, oznámení, návrhy, jiné podklady a informace předkládané veřejným zadavatelem a hospodářskými subjekty a smlouvu na veřejnou zakázku představují přílohy k písemné zprávě.

3. Písemná zpráva spolu s přílohami je veřejně dostupná. Přílohy k písemné zprávě se zpřístupňují po provedení výběru nejvýhodnější nabídky nebo po prohlášení zadávacího řízení za neplatné, přičemž nabídky jsou zpřístupňovány od okamžiku jejich otevření, předběžné nabídky ode dne výzvy k podávání nabídek a žádosti o účast v zadávacím řízení ode dne sdělení informací o výsledcích hodnocení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z roku 2020, pol. 1913) (zákon ze dne 16. dubna 1993 o potírání nekalé soutěže, dále jen „zákon o potírání nekalé soutěže“)

Článek 11 odst. 2

Obchodním tajemstvím se rozumí informace technické, technologické, o organizaci závodu nebo jiné informace, které mají komerční hodnotu a jako celek nebo v přesném uspořádání a souhrnu jejich částí nejsou obecně známy osobám, které se dotčeným druhem informací běžně zabývají anebo nejsou pro takové osoby běžně dostupné, pokud ten, kdo je oprávněn využívat takové informace nebo s nimi nakládat, provádí s náležitou péčí činnosti za účelem zajištění jejich utajení.

Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z roku 2020, pol. 1282) (nařízení ministra rozvoje ze dne 26. července 2016 o typech dokumentů, které veřejný zadavatel může od hospodářského subjektu požadovat v zadávacím řízení, dále jen „nařízení ministra rozvoje ze dne 26. července 2016“)

§ 2 odst. 4

Za účelem potvrzení, že hospodářský subjekt splňuje podmínky účasti v zadávacím řízení nebo kritéria pro výběr týkající se technické nebo profesní kvalifikace, veřejný zadavatel může požadovat následující doklady:

1) [...]

2) seznam dodávek nebo služeb uskutečněných, a v případě plnění poskytovaných pravidelně nebo trvale i těch nadále uskutečňovaných, v posledních třech letech před uplynutím lhůty pro podání nabídek nebo žádostí o účast v zadávacím řízení, případně, byla-li činnost vykonávána po kratší dobu – v této době, s uvedením hodnoty, předmětu, data plnění a subjektů, na jejichž účet byly tyto dodávky nebo služby uskutečněny, spolu s připojením dokladů o tom, že tyto dodávky nebo služby byly splněny nebo jsou plněny řádně, přičemž takovými

doklady jsou reference nebo jiné doklady vystavené subjektem, na jehož účet byly dodávky nebo služby uskutečňovány a u plnění poskytovaných pravidelně nebo trvale jsou i nadále uskutečňovány, a pokud z odůvodněné příčiny objektivní povahy hospodářský subjekt nemůže tyto doklady získat – prohlášení hospodářského subjektu; v případě nadále uskutečňovaných plnění poskytovaných po určitou dobu nebo trvajících, by reference nebo jiné doklady potvrzující jejich řádné plnění měly být vydány nejpozději 3 měsíce před uplynutím lhůty pro podání nabídek nebo žádostí o účast v zadávacím řízení,

3) seznam nástrojů, provozního a technického vybavení, jež má hospodářský subjekt pro realizaci veřejné zakázky k dispozici, spolu s informacemi o titulu k nakládání s těmito zdroji;

4) popis technického zařízení a organizačně technických prostředků použitých hospodářským subjektem k zajištění kvality a popis zázemí podniku pro studium a výzkum, jehož majitelem je hospodářský subjekt nebo které mu bude k dispozici.

5) seznam systémů řízení dodavatelského řetězce a systémů sledování dodavatelského řetězce, které hospodářský subjekt bude moci uplatnit při plnění veřejné zakázky; [...]

10) seznam osob pověřených hospodářským subjektem realizací veřejné zakázky, a zvláště těch, které jsou odpovědné za poskytování služeb, kontrolu kvality nebo řízení stavebních prací, spolu s informacemi o jejich odborné kvalifikaci, oprávněních, zkušenostech a vzdělání nezbytných pro plnění veřejné zakázky, a také o rozsahu jimi vykonávaných činností a o právním titulu k disponování s těmito osobami.

Stručný popis skutkového stavu a řízení

- 1 Tento spor se týká zadávacího řízení vyhlášeného státním podnikem Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie na „zpracování návrhů II. aktualizace plánů povodí (II aPP) spolu s metodikami“ vedeného formou otevřeného řízení. Zadávací řízení bylo vyhlášeno v Úředním věstníku Evropské unie pod číslem 2019/S 245-603343.
- 2 Plány povodí patří mezi základní územní plány, jejichž vypracování a aktualizace je vyžadována ustanoveními rámcové směrnice o vodách (směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/60/ES ze dne 23. října 2000, kterou se stanoví rámec pro činnost Společenství v oblasti vodní politiky, Úř. věst. 2000, L 327. s. 1; Zvl. vyd. 15/05, s. 275) a ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne (Dz. U. z roku 2018 pol. 2268) (zákon ze dne 20. července o vodním právu, ve znění pozdějších předpisů). Tyto dokumenty jsou základem pro přijímání rozhodnutí upravujících stav vodních zásob a zásad pro nakládání s nimi do budoucna. Slouží ke koordinaci činností, které se týkají stavu vod, ekosystémů, vodních zásob, využití vodních zásob, uvádění do vod nebo do půdy látek, které mohou vody negativně ovlivňovat, protipovodňové ochrany a opatření proti dopadům sucha. Zakázka se

týkala cyklické aktualizace těchto plánů a měla být realizována ve čtyřech etapách: I. etapa: zpracování návrhů II aPP včetně metodik; II. etapa: veřejné projednání návrhů II aPP a provedení strategického posouzení vlivu na životní prostředí; III. etapa: zpracování návrhů nařízení ve věci II aPP; IV. etapa: příprava zprávy pro Evropskou komisi a příprava databází z II aPP.

- 3 V zadávací dokumentaci veřejný zadavatel uvedl, jaké minimální zkušenosti musí prokázat hospodářský subjekt ucházející se o zadání veřejné zakázky a popsal tým vyžadovaný pro realizaci zakázky, přičemž určil minimální zkušenost, vzdělání a kvalifikace členů tohoto týmu. Veřejný zadavatel rovněž připomenul, že hospodářský subjekt, který spoléhá na zdroje jiných subjektů, musí prokázat, že při realizaci zakázky bude disponovat nezbytnými zdroji těchto subjektů, a to zejména tím, že představí závazky těchto subjektů poskytnout mu osoby nezbytné pro realizaci zakázky. Hospodářské subjekty měly navíc povinnost předložit další, pro zadávací řízení standartní, podklady prokazující kvalifikaci, a to: jednotné evropské osvědčení pro veřejné zakázky, seznamy uskutečněných veřejných zakázek s referencemi, osoby pověřené realizací zakázky, subjekty poskytující hospodářskému subjektu zdroje. V souladu s požadavkem čl. 36b odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, veřejný zadavatel požádal, aby hospodářské subjekty uvedly, zda budou plnit zakázku za účasti subdodavatelů, uvedly firmu (název) subdodavatele a určily část zakázky, jejíž plnění bude subdodavateli svěřeno. Ve formuláři nabídky měly být uvedeny doklady, které je možné získat z bezplatných a všeobecně dostupných databází (název dokladu a internetovou adresu).
- 4 V řízení podaly nabídky: 1. hospodářské subjekty společně se ucházející o zadání veřejné zakázky: akciová společnost ANTEA POLSKA se sídlem v Katovicích, společnost s ručením omezeným „Pectore-Eco” se sídlem v Glivicích a Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy (Institut ochrany životního prostředí - státní výzkumný institut) se sídlem ve Varšavě (dále jen „navrhovatelé“); 2. společnost s ručením omezeným ARUP Polska se sídlem ve Varšavě (dále jen „Arup“); 3. společnost s ručením omezeným CDM Smith se sídlem ve Varšavě (dále jen „CDM“); 4. hospodářské subjekty společně se ucházející o zadání veřejné zakázky: společnost s ručením omezeným Multiconsult Polska se sídlem ve Varšavě, společnost s ručením omezeným ARCADIS se sídlem ve Varšavě, společnost s ručením omezeným HYDROCONSULT Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych se sídlem ve Varšavě (dále jen „Multiconsult“).
- 5 Nabídky byly hodnoceny v souladu s kritérii pro zadání veřejné zakázky (dvě kritéria kvality – „koncepte zpracování”, váha: 42 a „popis způsobu realizace veřejné zakázky“, váha: 18; cenové kritérium - váha: 40).
- 6 Podle kritéria „koncepte zpracování” měla nabídka popisovat způsoby přístupu k realizaci veřejné zakázky:
 1. metodický přístup k vypracování souboru činností (ve vztahu k jednotlivým činnostem, způsoby: provedení hodnocení efektivity a realizace za účelem

dosažení environmentálních cílů jednotlivých celistvých částí vod, provedení analýzy efektivity z hlediska nákladů, určení, jakým způsobem jejich realizace působí na celistvé části vod nacházející se níže/výše, stanovení nákladů na realizaci a zdrojů financování včetně vnitrostátních a evropských prostředků, provedení klimatického testu na programech, určení společensko – hospodářských dopadů realizace, určení priorit činností, určení potenciálních synergií, které vyplývají z existence jiných územních dokumentů, posouzení, zda navržený soubor činností pro celistvé části vod umožní dosažení environmentálních cílů včetně zohlednění realizací činností plánovaných pro sousední celistvé části vod);

2. metodický přístup k identifikaci činností v oblasti udržení morfologické kontinuity v kontextu stanovených environmentálních cílů pro celistvé části vod, včetně způsobu provedení analýzy/posouzení fungování existujících zařízení k migraci ryb (včetně metodického přístupu k identifikaci staveb, které jsou překážkou pro migraci ryb, k určení, zda identifikované stavby jsou vybaveny zařízením umožňujícím migraci ryb, k posouzení fungování existujícího zařízení v kontextu naplňování environmentálních cílů, k identifikaci činností v tomto rozsahu);

3. koncepci pro identifikaci odklonů od naplňování environmentálních cílů včetně odůvodnění;

4. přístup k zobrazení umístění celistvých částí povrchových a podzemních vod na základě map způsobem, který umožní bodovou lokalizaci užívání vod ve vztahu alespoň k obci, která je uvedena v bodu 28 písm. r) IV. etapy specifikace předmětu zakázky.

7 Dále v souladu s kritériem „Popis způsobu realizace veřejné zakázky“ měla nabídka obsahovat:

1. popis potenciálních rizik vlastní realizace jednotlivých úkolů u každé etapy zakázky, způsobů zabránění a opatření proti těmto rizikům v podobě registru rizik s posouzením potenciální pravděpodobnosti jejich výskytu a úrovně ohrožení;

2. organizační strukturu týmu: role, rozsah odpovědnosti s přiřazenými deklarovanými věcnými kompetencemi; přenos informací,

3. návrhy přidaných hodnot, které nejsou uvedeny v podrobné specifikaci předmětu zakázky a které mají vliv na kvalitu a realizaci předmětu zakázky.

8 Podkritéria v rámci kritérií byla hodnocena podle tabulek obsahujících popisná hodnocení, jímž odpovídal stanovený počet bodů. Popisná hodnocení vyjadřovala, zda byly splněny požadavky zadávací dokumentace, zda došlo k věcným chybám, zda byly popsány všechny prvky podkritérií, kolik z nich bylo popsáno jednoznačně a úplně, kolik z nabízených řešení pro dané podkritérium je optimální a zaručuje vysokou úroveň kvality a věrohodnosti výsledků prací, kolik bylo v popisu přidaných hodnot nezahrnutých do podrobného popisu předmětu zakázky, které mají vliv na kvalitu a realizaci předmětu zakázky.

- 9 Nabídky získaly následující bodové ohodnocení:
1. CDM - cena (21.517.620 polských zlotých (PLN)): 33,61 bodů, koncepce zpracování: 29 bodů, popis způsobu realizace veřejné zakázky: 12 bodů, společně: 74,61 bodů (nejvýhodnější nabídka),
 2. Navrhovatelé - cena (18.081.000 PLN): 40 bodů, koncepce zpracování: 7 bodů, popis způsobu realizace veřejné zakázky: 15 bodů, společně: 62 bodů,
 3. Multiconsult - cena (20.662.770 PLN): 35 bodů, koncepce zpracování: 14 bodů, popis způsobu realizace veřejné zakázky: 9 bodů, společně: 58 bodů,
 4. Arup - cena (18.240.900 PLN): 39,65 bodů, koncepce zpracování: 9 bodů, popis způsobu realizace veřejné zakázky: 6 bodů, společně: 54,65 bodů.
- 10 Navrhovatelé podali návrh na přezkum k Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej (Předseda Národního odvolacího senátu) a žádali o zneplatnění výběru nabídky zhotovitele CDM, opětovné přezkoumání a zhodnocení nabídek společně s odtajněním a zpřístupněním dokumentů a informací vyhrazených jako obchodní tajemství ze strany: CDM, Multiconsult a Arup v rozsahu kritérií „koncepce zpracování” a „popis způsobu realizace veřejné zakázky”, jakož i dokumentů a informací vyhrazených CDM (soupis služeb, soupis osob, reference, bod 5 a 13 nabídkového formuláře), změny bodového hodnocení ve prospěch navrhovatelů a v neprospěch CDM, zpřístupnění skutkového odůvodnění počtu přidělených bodů: CDM, Multiconsult a Arup a provedení výběru nabídky podané navrhovateli jako té nejvýhodnější.
- 11 K řízení o přezkumu na straně zadavatele přistoupili Arup, CDM a Multiconsult.
- 12 Navrhovatelé vznesli tyto námitky:
- neodtajnění informací, na základě kterých byly přiděleny body v rámci kritéria kvality, a dalších informací, které byly neplatně zahrnuty do obchodního tajemství ze strany CDM, což představuje porušení čl. 7 odst. 1 a 3 ve spojení s čl. 8 odst. 1, 2 a 3 zákona o veřejných zakázkách ve spojení s čl. 11 odst. 2 zákona o potírání nekalé soutěže;
 - chybějící řádné odůvodnění týkající se hodnocení kritérií kvality, což představuje porušení čl. 92 odst. 1 ve spojení s čl. 7 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách;
 - neprovedení hodnocení nabídek podaných navrhovateli a CDM způsobem, který by byl v souladu s kritérii hodnocení nabídek, a výběr nabídky podané CDM jako nejvýhodnější, přestože v souladu s kritérii hodnocení nabídek měla být jako nejvýhodnější vybrána nabídka podaná navrhovateli, což představuje porušení čl. 92 odst. 1 ve spojení s čl. 7 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách.

Hlavní argumenty účastníku řízení před vnitrostátním soudem

- 13 V odůvodnění navrhovatelé uvedli – ve vztahu k námitce nezveřejnění informací neplatně vyhrazených jako obchodní tajemství společnostmi: CDM, Multiconsult a Arup – že zásada zpřístupnění veřejných informací je jednou ze základních zásad právního řádu Polské republiky vyplývající z článků 54 a 61 Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej (Ústava Polské republiky) a z ustanovení ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. č. 112, pol. 1198) (zákon ze dne 6. září 2001 o přístupu k veřejným informacím). Možnost odklonu od veřejné povahy zadávacího řízení nemůže být zneužívána nebo vykládána extenzivně, zásada veřejnosti zadávacího řízení je totiž nadřazenou zásadou a výjimky z ní nemohou být vykládány tak, aby to vedlo k jejímu omezení. Toto oprávnění nemůže být využíváno pouze pro účely konkurenční hry hospodářských subjektů, nýbrž má být uplatňováno úzce v mezích definice obsažené v čl. 11 odst. 2 zákona o potírání nekalé soutěže. Podle čl. 96 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách je písemná zpráva spolu s přílohami veřejná a má být zpřístupněna k nahlédnutí všem dotčeným osobám bez ohledu na existenci právního či faktického zájmu. Hospodářské subjekty ucházející se o zadání veřejné zakázky musí být srozuměny s tím, že jejich nabídky budou v zásadě veřejné, a být si vědomy důsledků, které jsou spojeny s postupy podle zákona o veřejných zakázkách.
- 14 Odůvodnění uplatnění obchodního tajemství předložená hospodářskými subjekty: CDM, Multiconsult a Arup jsou lakonická a v zásadě se omezují na citování judikatury. Z ustanovení čl. 8 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách jednoznačně vyplývá, že jako obchodní tajemství je možné vyhradit pouze informace představující tajemství, a nikoliv dokument, v němž takové informace mohou být částečně obsaženy. Hospodářské subjekty: CDA, Multiconsult a Arup přitom vyhradily jako obchodní tajemství celé soubory dokumentů, aniž náležitě prokázaly zákonnost takového jednání. Veřejný zadavatel má důkladně ověřit, zda a v jakém rozsahu je vyhrazení obchodního tajemství platné, tím spíše, že tyto dokumenty mají přímý vliv na hodnocení nabídek, jelikož společně představují až 60 % v rámci kritérií hodnocení nabídek. Namísto toho veřejný zadavatel bez námitek přijal vysvětlení hospodářských subjektů, což ztěžuje navrhovatelům možnost vyjádřit se k důvodnosti přidělení daného počtu bodů těmto hospodářským subjektům. Takové jednání je v přímém rozporu se zásadou veřejnosti zadávacího řízení.
- 15 Pokud jde o jednotlivé doklady a informace vyhrazené soutěžiteli, navrhovatelé namítají, že dotčený soutěžitel v minulosti zveřejňoval informace tohoto druhu v zadávacích řízeních, o účast v nichž navrhovatelé nežádali; že byly vyhrazeny doklady, které jsou zveřejněny na internetových stránkách; že veřejné zakázky obsažené ve vyhrazeném seznamu představují služby poskytované veřejným zadavatelům povinným postupovat podle zákona o veřejných zakázkách, jedná se tedy o veřejné informace; že daný hospodářský subjekt neučinil náležité kroky za účelem zajištění utajení informací, přestože v prohlášení předloženém veřejnému zadavateli tvrdil, že takto učinil.

- 16 V rámci námitky chybějícího úplného odůvodnění bodů přidělených hospodářským subjektům: CDM, Multiconsult a Arup, navrhovatelé uvedli, že s ohledem na chybějící skutkové odůvodnění rozhodnutí o počtu bodů přiděleném hospodářským subjektům, se nemohli podrobně vyjádřit k hodnocení provedenému veřejným zadavatelem. Lakonická povaha odůvodnění rozhodnutí veřejného zadavatele, které bylo předáno hospodářským subjektům, ztěžuje provedení přezkumu správnosti kroků veřejného zadavatele a uplatnění opravných prostředků.
- 17 Veřejný zadavatel zdůraznil, že právo hospodářského subjektu vyhradit část nabídky coby obchodní tajemství má mít rovnocenné postavení jako zásada veřejnosti zadávacího řízení. Subjekt vyhrazující informace má vynaložit úsilí, aby věrohodně vysvětlil, proč vyhrazené informace zasluhují ochranu jakožto obchodní tajemství, tvrzení v tomto ohledu mají být podložena, přičemž závěr má být přesvědčující, konzistentní a logický a zohledňovat povahu zadávacího řízení a vyhrazených informací. Výše uvedené bylo splněno všemi hospodářskými subjekty.
- 18 Jeden ze zúčastněných hospodářských subjektů namítal, že směrnice 2016/943 byla přijata za účelem ochrany informací, které jsou devizou znalostní ekonomiky a poskytují konkurenční výhodu. Tyto informace jsou podniky vnímány jako rovnocenné s patenty a jinými druhy práv duševního vlastnictví. Z bodu 18 odůvodnění této směrnice jednoznačně vyplývá, že tato směrnice nezabývá veřejné orgány povinností zachovávat důvěrnost jim předávaných obchodních tajemství rovněž v rámci zadávacích řízení. Povinnost zachovat důvěrnost vybrané informace označené hospodářským subjektem jako obchodní tajemství vyplývá z čl. 21 odst. 1 směrnice 2014/24. Výjimkou z obecné zásady veřejnosti zadávacího řízení (čl. 8 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách) je zásada ochrany informací představujících obchodní tajemství ve smyslu ustanovení o potírání nekalé soutěže (čl. 8 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách). Definice obchodního tajemství je vymezena v čl. 11 odst. 2 zákona o potírání nekalé soutěže. Zásada veřejnosti zadávacího řízení nemá absolutní povahu. Veřejný zadavatel posuzuje, co představuje, a co nepředstavuje právně chráněnou informaci, a v závislosti na tom poté podstupuje další ochranné kroky. Kroky veřejného zadavatele nemají vystavovat hospodářské subjekty riziku utrpění škody v důsledku odtajnění informací.
- 19 Pokud se jedná o požadavek, aby informace měla ekonomickou hodnotu, jakožto konstitutivní prvek obchodního tajemství, podle ustanovení článku 39 TRIPS (Dohoda o obchodních aspektech práv k duševnímu vlastnictví ze dne 15. dubna 1994, která je přílohou k Dohodě o zřízení Světové obchodní organizace) jsou chráněny informace, jež mají komerční hodnotu proto, že jsou tajné. Znamená to, že konkrétní informace musí pro hospodářský subjekt představovat určitou ekonomickou hodnotu právě z toho důvodu, že zůstane tajná.
- 20 Ohledně vyhrazení dokladů hodnocených v rámci kritérií kvality, z argumentace veřejného zadavatele a zúčastněných hospodářských subjektů vyplývá, že se jedná

o autorská zpracování a v určitém smyslu duševní vlastnictví jednotlivých hospodářských subjektů, jejich *know how*. Představují dílo ve smyslu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z roku 1994, č. 24, pol. 83) (zákon ze dne 4. února 1994 o autorském právu a právech s ním souvisejících), ohledně něhož autorovi - hospodářskému subjektu náleží výlučné právo dílo užívat a nakládat s ním ve všech oblastech jeho možného využití, včetně práva kontrolovat způsob jeho užití a práva rozhodnout o prvním zpřístupnění tohoto díla. Zveřejnění předmětných dokladů by mohlo vážně narušit zájmy hospodářských subjektů, poněvadž mají ekonomickou hodnotu a hospodářské subjekty podstoupily nezbytné kroky, aby nebyly veřejně přístupné, jako například: odpovídající interní postupy, doložky mlčenlivosti; pracovní řád; kontrola přístupu do budovy; zabezpečení elektronických dokumentů (uživatelské jméno a heslo) i fyzických (skříň).

- 21 Veřejný zadavatel vysvětlil, že každá z koncepcí předložených hospodářskými subjekty je vypracována pro účely konkrétního řízení a obsahuje unikátní řešení. Nicméně myšlenky v nich obsažené nejsou inovativní, jelikož veřejný zadavatel neočekává inovativnost, nýbrž splnění požadavků zadávací dokumentace, tak, aby řešení vedla k získání co nejlepších výsledků a byla správná. Zveřejnění koncepce může poškodit zájmy jejího autora, poněvadž: jiný hospodářský subjekt může nabídnout kratší dobu realizace nebo nižší cenu provedení; koncepci je možné využít, není totiž činností jednorázovou, jelikož předmětná veřejná zakázka souvisí s jinými zakázkami a specialisté nebo firmy se mohou objevit v různých veřejných zakázkách; na základě koncepce může uchazeč zjistit, kdo se bude účastnit realizace a taková osoba může být uchazečem přetažena.
- 22 Pokud jde o vyhrazení seznamu služeb a referencí, informace uvedené v seznamu služeb představují znalost, která dovoluje konkurenci seznámit se s mnoha aspekty činnosti hospodářského subjektu (sledování profilu činnosti v daném období, druhý realizovaných zakázek, příjemci služeb). Seznam služeb rovněž ukazuje výši příjmů dosažených za realizaci služeb, což také představuje obchodní tajemství.
- 23 Co se týče vyhrazení seznamu osob, nacházejí se v něm údaje umožňující identifikaci osob, což může vystavit hospodářský subjekt ztrátám v případě pokusu o získání těchto osob konkurencí. Podobně je tomu s formulářem nabídky, který obsahuje podrobné údaje třetích stran zpřístupňujících zdroje, jež představují obchodní hodnotu. Činnost hospodářských subjektů spočívá především v poskytování poradenských služeb, přičemž nevlastní jiný majetek než statky duševního vlastnictví vytvořené zaměstnanci. Specifikace předmětných služeb vyžaduje vysoce kvalifikovaný personál a ochranu informací o osobách pověřených plněním zakázky. Data o lidských zdrojích mají pro hospodářské subjekty ekonomický význam a souvisí se zásadami fungování podniku hospodářského subjektu, s jeho vnitřním uspořádáním a organizací činnosti.
- 24 Ze stanoviska veřejného zadavatele představeného v průběhu jednání navíc vyplývá, že pro zadávací řízení je standardní, že podklady tohoto druhu jsou

utajovány. Hospodářské subjekty používají standardizovaná odůvodnění vyhrazení informací jako obchodního tajemství. Doklady požadované veřejným zadavatelem spolu souvisejí a nelze je rozdělit.

- 25 Ohledně námitky chybějícího úplného odůvodnění přidělených bodů, veřejný zadavatel uvádí, že provedl posouzení každé z otázek, podkritérií a kritérií podle postupů a zásad stanovených v zadávací dokumentaci. Každá z nabídek byla náležitě přezkoumána a k hodnocení bylo připojeno podrobné odůvodnění odeslané hospodářským subjektům dne 12. března 2020. Míra podrobnosti odůvodnění bodování předaných všem hospodářským subjektům dovoluje bez problému ověřit, zda byl přidělen správný počet bodů, a přepočítat, v kolika případech byla daná otázka hodnocena jako popsána jasným a úplným způsobem a kolik avizovaných přidaných hodnot bylo za přidanou hodnotu uznáno veřejným zadavatelem. Podmínkou takového ověření bylo podrobné seznámení se s podmínkami hodnocení nabídek a jejich pochopení, což navrhovatelé nečinili - svědčí o tom jejich námitky a chybný výklad jednotlivých částí odůvodnění hodnocení nabídek. Z argumentace navrhovatelů vyplývá, že nerozumí systému hodnocení jednotlivých kritérií a podkritérií, a na základě toho uvádí v návrhu na přezkum chybná tvrzení a závěry odůvodňující údajná pochybení na straně veřejného zadavatele a jeho zaujatost. Bodování podkritéria záviselo na počtu bodů splňujících stanovené požadavky: optimálnost řešení, záruka vysoké úrovně kvality a věrohodnosti výsledků prací, a také na počtu prvků vybočujících mimo předmět veřejné zakázky, které byly uznány za kladně ovlivňující kvalitu plnění zakázky. Dodatečně pod tabulkou, v níž byla stanovena pravidla přidělování bodů, veřejný zadavatel upřesnil, že formulací „řešení optimální a zaručující vysokou úroveň kvality a věrohodnosti výsledků prací“ se rozumí „použití ze strany hospodářského subjektu správné míry podrobnosti analýz a/nebo správných nástrojů a/nebo provedení účinného a meritorního ověření zdrojových dat a/nebo provedení účinných kroků zajišťujících úplnost dat a analýz“. Výše uvedená pravidla byla důsledně uplatňována hodnotící komisí při hodnocení každé z nabídek a ve fázi zadávacího řízení nevzbuzovala pochybnosti navrhovatelů ani jiných hospodářských subjektů. Ve vztahu ke způsobu hodnocení nabídek použitému veřejným zadavatelem nevznikly žádné pochybnosti, neboť nebyla položena ani jedná otázka ohledně zadávací dokumentace, ani podány návrhy na změnu týkající se této věci. Veřejný zadavatel je tedy názoru, že byla formulována správně.

Stručné odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

- 26 První skupina otázek, které obsahuje žádost o rozhodnutí o předběžné otázce, se týká vyhrazení informací hospodářskými subjekty jako obchodního tajemství.
- 27 V souladu s rozsudkem Soudního dvora ze dne 29. března 2013 ve věci C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., platí, že veřejný zadavatel musí zacházet s jednotlivými zájemci stejně a loajálně, tak, aby na konci řízení určeného k výběru nabídek a vzhledem k jeho výsledku nebyl veřejný zadavatel vnímán hospodářskými

subjekty tak, že neoprávněně zvýhodňuje nebo znevýhodňuje jednoho nebo více zájemců. Dosažení tohoto účinku je přímo spojené s transparentností zadávání veřejných zakázek, což se současně pojí s veřejností informací pro účastníky řízení. Veřejnost informací je možné omezit, nicméně ve vnitrostátním právu nebyla zavedena taková omezení ve vztahu k zásadám uvedeným v čl. 7. odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, tedy poctivé soutěže. Podobně právní úprava čl. 21 odst. 1 směrnice 2014/24 a čl. 2 bodu 1 směrnice 2016/943 by neměla vyústit v nedodržování zásad uvedených v čl. 18 odst. 1 směrnice 2014/24.

- 28 V polském právním systému mají hospodářské subjekty principiálně plný přístup k dokumentaci zadávacího řízení (článek 96 zákona o veřejných zakázkách). Odepření či omezení takového přístupu vede k narušení důvěry hospodářských subjektů k rozhodnutím veřejných zadavatelů a takto i k celému systému veřejných zakázek, přičemž toto narušení důvěry vyplývá z chybějící veřejnosti informací a možnosti prověření jednání veřejného zadavatele a soutěžitelů. Ztěžuje to také, ne-li znemožňuje, účinné využití nástrojů právní ochrany.
- 29 Sledování průběhu řízení hospodářskými subjekty, seznámení se s nabídkami soutěžitelů a také ověření těchto nabídek a informací poskytovaných zadavatelem představuje obecnou praxi ve vnitrostátních zakázkách a je viditelné v podobě návrhů na přezkum podávaných ke Krajowej Izbie Odwoławczej (Národní odvolací senát), ve kterých převažují námitky z důvodu neodmítnutí nabídek, které nebyly podány řádným způsobem, a nevyločení hospodářských subjektů, které nedoložily splnění podmínek účasti v řízení nebo poskytly zadavateli nepravdivé informace. Hospodářské subjekty často disponují mnohem větší profesionální znalostí předmětu zakázky a situace v dané branži než veřejný zadavatel a rádi také využívají přístupu k veřejným informacím, aby ověřily informace poskytované soutěžiteli, což často vede ke změně výsledku řízení.
- 30 Stále častěji se projevuje praxe, která si klade za cíl zabránit výše uvedenému prostřednictvím označování dokumentů nebo jejich částí předkládaných v zadávacím řízení jako obchodního tajemství. Týká se to dokumentů požadovaných veřejnými zadavateli, které se týkají důvodů pro vyloučení hospodářských subjektů z řízení, splnění podmínek účasti v řízení, souladu nabídky s požadavky zadávací dokumentace a požadavků týkajících se kritérií posouzení nabídek. Vyhrazení tohoto typu dokumentů je vnímáno jako snaha zatajení těchto dokumentů před soutěžiteli, aby tito nezpozorovali důvod pro vyloučení hospodářského subjektu z řízení nebo důvody k odmítnutí nabídky, kterých si nevšimne sám veřejný zadavatel, případně aby nezpochybňovali také provedené posouzení nabídky podle kritérií posouzení.
- 31 V souladu s usnesením Sądu Najwyższego (Nejvyšší soud) z roku 2005 platí, že vyhrazení informací jako obchodního tajemství, přestože tyto informace nemají takovou povahu, nevede k odmítnutí nabídky z důvodu rozporu se zákonem, ale výhradně k povinnosti prověření výhrad a zveřejnění těchto informací veřejným zadavatelem. Hospodářské subjekty postupně začaly vyhrazovat stále větší rozsah informací, jelikož se to pro ně nepojí s negativními důsledky. Vyhrazování

informací je prováděno funkčním způsobem, to znamená, že hospodářské subjekty často vyhrávají celé dokumenty, přičemž když jsou na jednání požádány o uvedení, jaké konkrétní části obsahují tajemství a proč, nejsou schopny odpovědět nebo odkazují pouze na jednotlivé údaje či krátké pasáže.

- 32 Veřejní zadavatelé se na jedné straně obávají zveřejnit vyhrazené dokumenty, i když se domnívají, že netvoří obchodní tajemství, protože se bojí případných problémů a náhrad škody. Na druhé straně je to pro ně výhodné, protože díky tomu jiné hospodářské subjekty nemají vhléd do těchto dokumentů, což jim znemožňuje účinně zpochybňovat rozhodnutí zadavatelů a omezuje návrhy na přezkum rozhodnutí zadavatelů.
- 33 Snahou o zabránění uvedenému problému byla v roce 2014 změna čl. 8 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, která zavedla povinnost doložení hospodářskými subjekty, že vyhrávané informace představují obchodní tajemství.
- 34 V průběhu posledních let se objevily úpravy, jak ve směrnici 2014/24, tak ve směrnici 2016/943, které mohou vést k větší nejistotě na straně veřejných zadavatelů a rozhodujících orgánů, jaká je skutečná možnost vyhrazení informací hospodářskými subjekty v řízení o zadání veřejné zakázky. Tyto pochybnosti jsou především spojeny s pojmy použitými v těchto směrniciích.
- 35 V článku 21 odst. 1 směrnice 2014/24 je totiž uvedeno, že veřejný zadavatel nezveřejňuje informace, jež mu byly sděleny hospodářskými subjekty a jimi označeny za důvěrné, zahrnující mimo jiné technická nebo obchodní tajemství a důvěrné aspekty nabídek. Zatímco v čl. 2 bodu 1 směrnice 2016/943 je obchodní tajemství definováno jako informace, které „nejsou jako celek nebo v přesném uspořádání a souhrnu jejich částí obecně známy nebo běžně dostupné“ a „tím, že jsou tajné, mají komerční hodnotu“. V těchto ustanoveních je tak zdůrazněna skutečnost samotného vyhrazení podnikatelem určité informace jako tajemství, a nikoliv povaha těchto informací. Ustanovení směrnic také nezdůrazňují povinnost doložení hospodářským subjektem, že určitá informace nebo dokument tvoří obchodní tajemství, podobně jako povinnost zkoumání zadavatelem, zda provedené vyhrazení je opodstatněné.
- 36 Hospodářské subjekty se snaží využít velmi obecného znění ustanovení směrnic a vykládat je – zejména čl. 2 bod 1 směrnice 2016/943 - jako možnost vyhrazení jakékoliv a každé informace nebo dokumentu, které nechtějí v řízení zpřístupnit jiným hospodářským subjektům. Může se jednat o každý dokument vyhotovený jednotlivě pro zadávací řízení a každou podstatnou část nabídky. Pro hospodářské subjekty obchodní hodnota těchto informací vyplývá právě z toho, že jsou kryty obchodním tajemstvím, pokud by ovšem kryty nebyly, soutěžitelé by mohli dohledat v nabídkách vady. To však patrně není účelem možnosti zajistit hospodářským subjektům ochranu informací, kterou zavádí čl. 21 odst. 1 směrnice 2014/24, jakož i směrnice 2016/943. Neodpovídá to také obecnému vnímání působení za podmínek poctivé soutěže.

- 37 V původním řízení je zpochybňováno vyhrazení dvou typů dokumentů: dokumentů popisujících kvalifikaci vybraného hospodářského subjektu související s jeho zkušenostmi, subjekty a personálem nabízeným pro provedení zakázky a dokumentů popisujících způsob provedení zakázky.
- 38 Ve vztahu k dokladům popisujícím kvalifikaci vybraného hospodářského subjektu související s jeho zkušenostmi, subjekty a personálem nabízeným pro provedení zakázky veřejný zadavatel požaduje oficiální a standardní dokumenty a informace upravené ustanoveními článků 59 a 60 a části II přílohy XII směrnice 2014/24, zákonem o veřejných zakázkách a nařízením ohledně druhů dokumentů, které mohou být požadovány po hospodářském subjektu v zadávacím řízení.
- 39 Při zohlednění skutečnosti, že unijní normotvůrce uvedl konkrétní informace, které mají být poskytovány veřejným zadavatelům, lze dovodit, že z podstaty věci předpokládal, že se nejedná o informace, které mají povahu obchodního tajemství. Rozsah těchto informací je určen požadavky veřejného zadavatele, přičemž nepředpokládá uvádění podrobností zakázky, zejména finančních a jiných citlivých údajů.
- 40 Pokud jde o informace o úspěšných projektech s referencemi odběratelů, a taktéž o podrobných kvalifikacích personálu a vědeckých pracovníků, jsou tyto často jako předmět reklamy zveřejňovány na internetových stránkách za účelem získání budoucích klientů a prestiže. Ze své povahy tak nejsou obchodním tajemstvím.
- 41 Vysvětlení hospodářských subjektů, že důvodem vyhrazení uvedených informací je možnost získání nebo „přetažení“ osob navrhovaných do týmu, který má zakázku provést, nebo subjektů poskytujících své zdroje či subdodavatelů, vede k pochybnostem ohledně skutečné vazby mezi hospodářským subjektem a jím uváděnou osobou nebo subjektem a jeho zdroji. Hospodářský subjekt by se měl rozhodnout, zda se skutečně může odvolávat na to, že bude reálně disponovat uváděnými zdroji, které se v případě tohoto řízení vztahují nejen ke splnění minimálních požadavků veřejného zadavatele, ale také ke kritériu hodnocení nabídek. Jedná se o osoby, kterou jsou uváděny v rámci hodnoceného kritéria a za jejichž účast v řízení jsou nabídky přidělovány dodatečné body.
- 42 V praxi Krajowa Izba Odwoławcza (Národní odvolací senát) nezjistil, že by na trhu veřejných zakázek existovalo „přetahování“ personálu nebo dalších subjektů/subdodavatelů jako reálný problém tohoto trhu ani jiná praxe, která by se nedala hodnotit jako přirozená fluktuace personálu nebo smluvní svoboda mezi podnikateli. Cenění odborníci ve své branži, zejména s úzkou specializací, jsou často známí a subjekt, který má zájem je zaměstnat, je schopen je kontaktovat, přičemž fungují také specializované firmy HR. Autoři studií neskrývají svoje profesní úspěchy, často veřejně prezentují svoje výsledky, zejména pokud vykonávají vědeckou práci. Navíc, pokud je určitý úkol zajímavý a z profesního hlediska prestižní nebo výnosný, tyto osoby jej chtějí realizovat nezávisle na tom, pro jaký subjekt by měly pracovat. Podobné je to ve vztahu k subdodavatelům. Neexistuje také zákaz, aby stejná osoba, stejný subdodavatel nebo stejný subjekt

poskytující svoji zkušenost byli uváděni ze strany více než jednoho hospodářského subjektu, v konečném důsledku získá zakázku stejně jen jeden hospodářský subjekt. A tak rozhodující je spíše to, který z hospodářských subjektů určitou zakázku získá, a podmínky spolupráce, které nabídne. Jak vyplývá ze směrnice 2016/943, tato nemá být vykládána způsobem omezujícím svobodu usazování a volný pohyb pracovníků nebo jejich mobilitu (čl. 1 odst. 3 a bod 13 odůvodnění).

- 43 Navíc údaje tohoto typu uvedené v nabídce mohou představovat obchodní tajemství, ale před podáním nabídky, když hospodářské subjekty vyhledávají personál, subdodavatele, subjekty poskytující zdroje a podobně. Nicméně po podání nabídek a s ohledem na zákaz změny jejich obsahu (čl. 87 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách) znalost personálu nebo subjektů, se kterými má v úmyslu spolupracovat konkurent, není užitečná. Na druhé straně užitečnost těchto osob do budoucna je závislá na tom, zda splní konkrétní požadavky jiných zakázek.
- 44 Druhým druhem dokumentů vyhrazeným hospodářskými subjekty jsou podklady vyžadované veřejným zadavatelem, které mají sloužit pro hodnocení nabídek podle kritérií kvality, tj.: „Koncepce zpracování“ a „Popis způsobu realizace veřejné zakázky“. Zúčastněné hospodářské subjekty a veřejný zadavatel mezi důvody vyhrazení předmětných dokumentů uvádějí zejména skutečnost, že představují jejich autorskou tvorbu, tedy díla, která jsou jejich duševním vlastnictvím.
- 45 Krajowa Izba Odwoławcza (Národní odvolací senát) má pochybnosti, zda samotná skutečnost, že určitá část nabídky může být považována za duševní vlastnictví, znamená automaticky, že na ni může být vztaheno obchodní tajemství. Ovšem, mohlo by tomu tak být, kdyby byla vypracována pro vlastní potřebu hospodářského subjektu. Nabídka je však vypracována na základě požadavků zadávací dokumentace tak, aby byla základem pro posouzení souladu nabídky s požadavky obsaženými v zadávací dokumentaci (popisem předmětu veřejné zakázky) a základem pro hodnocení nabídky podle kritérií hodnocení nabídek. Bez tohoto účelu je obtížné najít jakoukoliv hodnotu těchto podkladů. Rovněž samotná skutečnost, že nabídku lze považovat za dílo, na které se vztahuje duševní vlastnictví dotyčného hospodářského subjektu, ještě neznamená, že představuje obchodní tajemství - mezi vlastnosti děl totiž patří jejich zveřejňování spolu s uvedením autora. Nebyl rovněž zpochybněn závěr veřejného zadavatele, že podklady neobsahují inovativní řešení v dané oblasti - obsahují tudíž skutečnosti profesionálům známé. Vznikají tedy pochybnosti, zda samotná schopnost šikovně popsat stanovenou otázku, může být považována za obchodní tajemství.
- 46 Argumentace hospodářských subjektů týkající se konkurenční výhody může být uplatněna v každém zadávacím řízení. Přijetí předpokladu, že samotné vypracování nabídek, které současně splňují požadavky veřejného zadavatele a získávají vysoké hodnocení podle kritérií hodnocení nabídek, je *know - how*

hospodářských subjektů představující obchodní tajemství, by vedlo k vyhrazování každého detailu nabídky hospodářskými subjekty jako obchodního tajemství.

- 47 Podle bodu 14 odůvodnění směrnice 2016/943 informace mohou být považovány za obchodní tajemství v případě, že existuje oprávněný zájem na zachování jejich důvěrnosti i legitimní očekávání, že bude zajištěno jejich utajení. Takové know-how nebo informace by navíc měly mít komerční hodnotu, ať již skutečnou, nebo potenciální. V stanoviscích veřejného zadavatele a hospodářských subjektů stojících na jeho straně je však příliš mnoho hypotetických předpokladů a předpokladů odporujících uváděným argumentům na to, aby nevznikaly pochybnosti, zda uváděné důvody pro vyhazování informací je možné považovat za skutečné a zda vyhazované dokumenty mají skutečnou komerční hodnotu uvedenou v bodě 14 odůvodnění. Na druhou stranu hospodářské subjekty projevují souhlasný a silný odpor proti zveřejnění informací. Znění ustanovení směrnice 2016/943 vyvolává pochybnosti, co je v této oblasti dovoleno, chybí také jednotný a stálý názorový proud v judikatuře ohledně možnosti vyhazování tohoto druhu informací jako obchodního tajemství. Podle názoru Krajowej Izby Odwoławczej (Národní odvolací senát) je tudíž důležité, aby Soudní dvůr odpověděl na otázku, zda očekávání hospodářských subjektů, že výše uvedené dokumenty nebudou zveřejněny veřejným zadavatelem, je odůvodněné.
- 48 Důsledkem vyhazování určitých informací jako obchodního tajemství je rovněž omezení - a často také znemožnění - uplatnění opravných prostředků jinými hospodářskými subjekty, což je viditelné také v námitkách a argumentaci předmětného návrhu na přezkum, v nichž navrhovatelé uvádí, že nejsou schopni plně odůvodnit svá tvrzení, jelikož jim chybí přístup k informacím.
- 49 Další otázkou týkající se uplatnění opravných prostředků je skutečnost, že podle směrnice 2007/66, jakož i zákona o veřejných zakázkách, je tato možnost omezena časově i z hlediska předmětu.
- 50 Pokud se jedná o časový prvek, článek 182 zákona o veřejných zakázkách obsahuje lhůty, v nichž je možné podat návrh na přezkum kroků veřejného zadavatele. V tomto případě návrh na přezkum může být podán pouze do 10 dní od dne, kdy veřejný zadavatel sdělí informace o výběru nejvýhodnější nabídky a o výsledku posouzení a hodnocení nabídek, k němuž dospěl, přičemž poté hospodářský subjekt ztrácí právo podat návrh na přezkum a tato lhůta nemůže být obnovena (žádné ustanovení takové obnovy nepředpokládá).
- 51 Navrhovatelé podali návrh na přezkum ve vztahu k vyhazování informací i u všech ostatních nabídek, i když dosáhly nižšího umístění v žebříčku nabídek - později by totiž toto vyhazování nemohli napadnout, i kdyby se žebříček nabídek změnil, a taktéž podali námitky proti hodnocení nabídky CDM, přestože neznali odůvodnění jejího hodnocení.
- 52 Omezení návrhu na přezkum z hlediska předmětu spočívá v tom, že podle čl. 189 odst. 2 bodů 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách Krajowa Izba Odwoławcza

(Národní odvolací senát) odmítne návrh na přezkum, pokud zjistí, že navrhovatel namítá výlučně stejné skutečnosti, které byly předmětem rozhodnutí Krajowej Izby Odwoławczej (Národní odvolací senát) ve věci jiného návrhu na přezkum týkajícího se stejného zadávacího řízení podaného totožným navrhovatelem nebo se návrh na přezkum týká kroků, které byly veřejným zadavatelem učiněny podle rozhodnutí Krajowej Izby Odwoławczej (Národní odvolací senát) nebo soudu nebo v případě zohlednění námitek obsažených v návrhu na přezkum, které jím byly učiněny v souladu s požadavkem obsaženým v návrhu na přezkum. Uvede – li tedy hospodářský subjekt v návrhu na přezkum několik námitek, tak jak tomu bylo v tomto řízení, a Krajowa Izba Odwoławcza (Národní odvolací senát) konstatuje, že důvodné jsou pouze některé z nich, např. nezveřejnění dokumentů, a námitky týkající se hodnocení nabídek důvodné nejsou, bude mít veřejný zadavatel pouze povinnost zveřejnit dokumenty, ale výběr nabídky zůstane platný, hospodářský subjekt tedy již nebude moci napadnout nabídku hospodářského subjektu po seznámení se s jejím celým obsahem.

- 53 Krajowa Izba Odwoławcza (Národní odvolací senát) zvažuje, zda v případě, kdy konstatuje, že vyhrazené dokumenty nepředstavují obchodní tajemství, což povede k povinnosti veřejného zadavatele je odtajnit, toto konstatování otevře hospodářskému subjektu možnost znova podat návrh na přezkum v rozsahu vyplývajícím z obsahu dokumentů, jenž dříve neznal a nemohl tedy účinně využít opravný prostředek. Když tato možnost nevyplývá pro hospodářský subjekt přímo z právních ustanovení (jejich textu nebo výkladu), Krajowa Izba Odwoławcza (Národní odvolací senát) zvažuje, zda má svým rozhodnutím takovou možnost pro hospodářský subjekt otevřít, například tím, že přikáže nejen zveřejnit tyto dokumenty, ale také zneplatnit výběr nejvýhodnější nabídky, což umožní podání návrhu na přezkum ve vztahu k opětovně provedenému výběru nabídky. Případně je rovněž otázkou, zda taková možnost vyplývá přímo z ustanovení směrnice 2007/66 nebo jejich správného výkladu.
- 54 Druhá skupina otázek, kterou zahrnuje žádost o rozhodnutí o předběžné otázce, se týká stanovení mimocenových kritérií hodnocení nabídek a způsobu jejich hodnocení veřejným zadavatelem. Mohlo se stát, že způsob hodnocení nabídek podle těchto kritérií nevyvolával pochybnosti ve fázi, kdy se hospodářské subjekty seznamovaly s jejich popisem v zadávací dokumentaci a vady vyšly najevo teprve v okamžiku, kdy se podle nich veřejný zadavatel fakticky pokusil provést hodnocení nabídek.
- 55 Z článku 67 odst. 4 směrnice 2014/24 vyplývá, že kritéria hodnocení nabídek stanovená veřejným zadavatelem mu nesmějí ponechávat neomezenou volnost výběru. Musí zajistit možnost účinné hospodářské soutěže a být doplněna specifikacemi, které umožňují účinné ověření informací poskytovaných uchazeči, aby bylo možno posoudit, jakou měrou nabídky splňují kritéria pro zadání veřejné zakázky. Výše uvedené znamená, že tato kritéria mají zajistit také možnost ověření hodnocení provedeného veřejným zadavatelem. Mimocenová kritéria hodnocení podkladů „Koncepce zpracování“ a „Popis způsobu realizace veřejné

zakázky“, vytvořená veřejným zadavatelem, vyvolávají z tohoto hlediska pochybnosti hned z několika důvodů.

- 56 Zaprvé – výše uvedená kritéria se neopírají o takováto lehce srovnatelná a objektivní data, měřitelná matematickým nebo fyzikálním způsobem, jakými jsou následující parametry: výkon, trvanlivost, funkčnost atd., nýbrž o individuální hodnocení popsané veřejným zadavatelem za použití neurčitých pojmů, např.: „popsal nejasným způsobem“, „popsal jasným a úplným způsobem“, „část prvků nebyla popsána“, „navržená řešení jsou optimální a zaručují vysokou úroveň kvality a věrohodnosti výsledků“ nebo „nezaručují vysokou úroveň kvality a věrohodnosti výsledků“, „obsahuje přidané hodnoty, které mají vliv na kvalitu a realizaci předmětu zakázky“.
- 57 Zadruhé – výše uvedená kritéria závisí na individuálním přesvědčení veřejného zadavatele o shora uvedených vlastnostech. Není možné přizvat znalce, aby posoudil obsah podkladů připravených hospodářskými subjekty, neboť neobsahují parametry, které by bylo možné ověřit.
- 58 Zatřetí – situaci, která nastala, je třeba posoudit také z hlediska toho, zda hospodářské subjekty měly skutečně možnost řádně připravit nabídky podle předem známého způsobu hodnocení.
- 59 Začtvrté – hospodářským subjektům chyběla možnost seznámit se s podklady posuzovanými veřejným zadavatelem a s jejich úplným hodnocením, včetně možnosti porovnání, zda za srovnatelné vady a přednosti podkladů byly hospodářské subjekty hodnoceny srovnatelně.
- 60 Zapáté – proti mnoha prvkům hodnocení chyběla možnost přímo vznést námitky v návrhu na přezkum, a to nikoliv vinou navrhovatelů, čímž došlo k porušení zásad uvedených ve směrnici 2007/66. Jak vyplývá z textu čl. 192 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách, Krajowa Izba Odwoławcza (Národní odvolací senát) jedná v mezích uvedených námitek a v tomto nemůže nahrazovat navrhovatele. Navrhovatelé nevěděli, jakými konkrétně námitkami mají napadnout hodnocení vlastní nabídky, a tím spíše hodnocení nabídky společnosti CDM. Veřejný zadavatel sice vynaložil úsilí a připravil více než desetistránkové odůvodnění provedení hodnocení, ale je zřejmé, že veřejný zadavatel nemůže zpřístupnit úplné odůvodnění hodnocení, pokud na podklady bylo vztaženo obchodní tajemství. Klíčové informace byly nahrazeny slovy [OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ].
- 61 Zašesté – předmětem zakázky je její výsledek, nikoliv pečlivá činnost hospodářského subjektu, v rámci které má hospodářský subjekt dílo provést. Veřejný zadavatel však nevyžadoval podklady v podobě např. vzorků projektů, nýbrž v podobě popisů způsobu, jakým hospodářské subjekty budou konat. Ve skutečnosti je tudíž obtížné zjistit, nakolik budou finální projekty odpovídat hodnoceným podkladům, a existuje obava, že je ve skutečnosti hodnocena schopnost vypracovat podklady vyhovující veřejnému zadavateli („Koncepce

zpracování” a „Popis způsobu realizace veřejné zakázky”), nikoliv kvalita objednávaných služeb.

- 62 V tomto zadávacím řízení veřejný zadavatel tedy stanovil kritéria hodnocení nabídek v podobě ceny 40 % a mimocenových kritérií v podobě přípravy podkladů „koncepce zpracování” a „popis způsobu realizace veřejné zakázky” o společné váze 60 %. Tato kritéria jsou založena na otevřeném hodnocení prováděném veřejným zadavatelem, které se nezakládá na prvcích, jež je možné ověřit matematickým nebo fyzikálním způsobem, jakými jsou číselná data, parametry, funkčnost atd., což samo o sobě významně ztěžuje ověření hodnocení nabídek provedeného veřejným zadavatelem. Všechny hospodářské subjekty navíc vztáhly na předmětné podklady obchodní tajemství, což veřejný zadavatel předpokládal nebo mohl předpokládat s ohledem na dřívější vyhrazování analogických dokladů, to vede nejen k chybějící možnosti ověřit hodnocení nabídek provedeného veřejným zadavatelem, ale také k nemožnosti ověřit samotné nabídky. Ve výsledku veřejný zadavatel vybral z podaných nabídek nabídku s nejvyšší cenou a tato cena byla jediným dostupným a ověřitelným kritériem, zatímco ostatní kritéria, která byla rozhodná pro pořadí nabídek, je obtížné ověřit.

PRACOVNÍ DOKUMENT