



UOHSX00BF3RS

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0093/2018/VZ-24506/2018/320/HBa,HSc,JSu

Brno 23. srpna 2018

Ve správním řízení o rozkladu doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 23. 5. 2018 zadavatelem –

- **Česká republika – Ministerstvo dopravy**, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 15 Praha 1, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 29. 1. 2018 JUDr. Janem Nemanským, advokátem, ev. č. ČAK 10599, společníkem obchodní společnosti Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r.o., IČO 28505913, se sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 5. 2018 č. j. ÚOHS-S0406,0429,0504/2017,0016/2018/VZ-13640/2018/521/OPi, vydanému ve správním řízení ve věci přezkumu úkonů výše specifikovaného zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**System elektronického mytneho**“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dle 15. 6. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 6. 2017 pod ev. č. zakázky Z2017-015974, ve znění opravy uveřejněné dne 4. 8. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 6. 2017 pod ev. č. 2017/S 116-233591, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 4. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 148-307119, jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- **Kapsch Telematic Services spol. s r.o.**, IČO 27371531, se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 2. 10. 2017 společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 5. 2018 č. j. ÚOHS-S0406,0429,0504/2017,0016/2018/VZ-13640/2018/521/OPi

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 15 Praha 1, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 29. 1. 2018 JUDr. Janem Nemanským, advokátem, ev. č. ČAK 10599, společníkem obchodní společnosti Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r.o., IČO 28505913, se sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1 (dále jako „**zadavatel**“) – odeslal dne 15. 6. 2017 k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení zadávacího řízení, čímž bylo podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon**“¹) zahájeno zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Systém elektronického mýtného“ v jednacím řízení s uveřejněním, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 19. 6. 2017 pod ev. č. zakázky Z2017-015974, ve znění opravy uveřejněné dne 4. 8. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 6. 2017 pod ev. č. 2017/S 116-233591, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 4. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 148-307119 (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je dle oznámení o zahájení zadávacího řízení:
„a) vybudování systému elektronického mýtného (SEM), tj. buď (i) převzetí stávajícího elektronického systému výkonového zpoplatnění pozemních komunikací (ESZV) nebo jeho částí a vybudování SEM za použití těchto částí ESZV, nebo (ii) vybudování zcela nového SEM,
b) poskytování komplexních služeb spojených s provozem SEM,

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení v daném případě ve smyslu ustanovení § 61 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

c) poskytování dalších souvisejících dodávek a služeb a

d) poskytování služeb souvisejících s ukončením provozu SEM.

Detailní specifikace předmětu plnění veřejné zakázky a technických podmínek je uvedena v přílohách zadávací dokumentace, zejména v příloze č. 1 – Technické podmínky.“

3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 28 840 000 000 Kč bez DPH.
4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona zahájil dne 11. 10. 2017 správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0406/2017/VZ ve věci přezkumu postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky. K zahájení správního řízení došlo doručením přípisu z téhož dne, č. j. ÚOHS-S0406/2017/VZ-29597/2017/521/OPi, jehož obsahem bylo oznámení o zahájení správního řízení, zadavateli.
5. Dne 27. 10. 2017 obdržel Úřad návrh navrhovatele - Kapsch Telematic Services spol. s r.o., IČO 27371531, se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 2. 10. 2017 společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1 – Nové Město (dále jako „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení ve věci přezkumu postupu výše uvedeného zadavatele při zadávání výše specifikované veřejné zakázky (dále jako „**návrh 1**“). Ve smyslu § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**správní řád**“) bylo dnem doručení návrhu 1 zahájeno správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0429/2017/VZ.
6. Dne 22. 12. 2017 obdržel Úřad návrh navrhovatele na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (dále jako „**návrh 2**“), čímž došlo k zahájení správního řízení, které je vedeno pod sp. zn. ÚOHS-S0504/2017/VZ.
7. Dne 15. 1. 2018 obdržel Úřad návrh navrhovatele na zahájení správního řízení ve věci přezkumu postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky (dále jako „**návrh 3**“). Okamžikem, kdy Úřad obdržel návrh 3, došlo k zahájení správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0016/2018/VZ.
8. Úřad usnesením ze dne 24. 1. 2018 č. j. ÚOHS-S0406,0504/2017/VZ-02012/2018/521/OPi ve smyslu § 140 odst. 1 správního řádu spojil správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0406/2017/VZ a správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0504/2017/VZ do společného správního řízení, které je vedeno pod sp. zn. ÚOHS-S0406,0504/2017/VZ.
9. Usnesením ze dne 23. 2. 2018 č. j. ÚOHS-S0406,0429,0504/2017,0016/2018/VZ-05776/2018/521/OPi Úřad spojil podle § 140 odst. 1 správního řádu správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0406,0504/2017/VZ, ÚOHS-S0429/2017/VZ a ÚOHS-S0016/2018/VZ do společného řízení, které je vedeno pod sp. zn. ÚOHS S0406,0429,0504/2017,0016/2018/VZ, přičemž o této skutečnosti informoval zadavatele a navrhovatele přípisem ze dne 23. 2. 2018 č. j. ÚOHS-S0409,0429,0504/2017,0016/2018/VZ-05779/2018/521/OPi.
10. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0406/2017/VZ-34610/2017/521/OPi ze dne 23. 11. 2017 nařídil Úřad z moci úřední zadavateli předběžné opatření spočívající v uložení zakazu uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení, a to až do pravomocného skončení předmětného

správního řízení. Proti tomuto rozhodnutí Úřadu podal zadavatel dne 8. 12. 2017 rozklad vedený pod sp. zn. ÚOHS-R0223/2017/VZ, o němž předseda Úřadu rozhodl rozhodnutím č. j. ÚOHS-R0223/2017/VZ-03353/2018/322/HSc ze dne 12. 2. 2018, kterým potvrdil napadené rozhodnutí Úřadu a podaný rozklad zamítl.

II. Napadené rozhodnutí

11. Dne 9. 5. 2018 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0406,0429,0504/2017,0016/2018/VZ-13640/2018/521/OPi (dále jako „**napadené rozhodnutí**“), ve kterém ve výroku I. uvedl, že zadavatel porušil při zadávání veřejné zakázky zásadu transparentnosti ve smyslu § 6 odst. 1 zákona, když při poskytování části zadávací dokumentace veřejné zakázky, konkrétně dokumentace stávajícího elektronického systému výkonového zpoplatnění pozemních komunikací (dále jako „**dokumentace ESVZ**“), dodavatelům nezajistil takové technické řešení, na jehož základě by bylo možno zcela jednoznačně určit a zpětně ověřit, jaký konkrétní obsah datového nosiče byl předán jednotlivým dodavatelům, přičemž v důsledku právě popsaného postupu zadavatele, kdy nedošlo ani k zamezení následné nekontrolovatelné manipulace s obsahem předmětného datového nosiče, není umožněno, a to ani Úřadu v rámci jeho dozorové činnosti, zpětně přezkoumat, zda se všem dodavatelům dostalo na datových nosičích totožných informací, resp. totožného znění zadávacích podmínek, přičemž uvedený postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a doposud nedošlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku. Ve výroku II. uložil Úřad v reakci na pochybení popsané ve výroku I. napadeného rozhodnutí nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení ve smyslu § 263 odst. 2 zákona.
12. Ve výroku III. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu s § 36 odst. 3 ve spojení se zásadou transparentnosti ve smyslu § 6 odst. 1 zákona, jelikož nevymezil uvedené zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatelů v zadávacím řízení. Úřad zadavateli vytýká, že rozsah zpoplatněných pozemních komunikací, které by měly podléhat výběru mýtného, stanovil pouze odhadem, přestože se jedná o informace, jimiž musí i s ohledem na příslušné právní předpisy [(tj. zejména s ohledem na zákon č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon o pozemních komunikacích**“), a vyhlášku č. 470/2012 Sb., o užívání pozemních komunikací zpoplatněných mýtným, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**vyhláška o užívání pozemních komunikací zpoplatněných mýtným**“)] disponovat a které jsou nezbytné pro sestavení porovnatelných nabídek dodavateli, a to zejména ve vztahu k nacenění etapy 1 plnění veřejné zakázky. Ve výroku IV. Úřad přistoupil ke zrušení zadávacího řízení v reakci na pochybení na straně zadavatele dle výroku III. napadeného rozhodnutí ve smyslu § 263 odst. 3 zákona.
13. Ve výroku V. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu dle § 263 odst. 8 zákona. Výrokem VI. rozhodl Úřad o zastavení správního řízení v rozsahu věci dle návrhu 3 ve smyslu § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, neboť se žádost navrhovatele v důsledku zrušení zadávacího řízení stala zjevně bezpředmětnou. Ve výroku VII. napadeného rozhodnutí pak Úřad zadavateli uložil uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

III. Rozklad zadavatele

14. Dne 23. 5. 2018 obdržel Úřad rozklad zadavatele ze dne 24. 5. 2018 (s ohledem na datum doručení Úřadu mělo na rozkladu patrně být uvedeno datum 23. 5. 2018) proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 9. 5. 2018. Zadavatel tak podal rozklad v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

15. Zadavatel je přesvědčen, že napadené rozhodnutí je ve výrocích I., II., III., IV., V. a VII. v rozporu s právními předpisy, tedy nezákonné a rovněž nesprávné.

Námítky k výroku I. napadeného rozhodnutí

Námítky vedení spisu nezákonným způsobem

16. Zadavatel nejprve poukazuje na to, že Úřad nevedl správní spis zákonným způsobem. Zadavatel v tomto smyslu Úřadu vytýká to, že ve správním spise nebylo zaznamenáno, kde se nacházejí USB disky s částí zadávací dokumentace, z čehož zadavatel dovozuje, že k nim měl přístup prakticky kdokoliv, byť se jedná o dokumentaci, která obsahovala obchodní tajemství účastníků zadávacího řízení. Dle zadavatele tedy nelze vyloučit, že by postup Úřadu mohl mít vliv na aktuální obsah uvedených USB flash disků (dále jako „FD“).
17. Dle zadavatele Úřad přistoupil k zaznamenávání umístění FD a způsobu nakládání s nimi, až dne 18. 1. 2018, kdy pořídil úřední záznam o uložení technického nosiče dat (předmětných FD), i když tyto disky obdržel již 24. 10. 2017. Dle zadavatele měl o uvedených discích být veden záznam již od okamžiku, kdy je Úřad obdržel. Dle zadavatele tak nelze tvrdit, že by s FD nebylo manipulováno mezi okamžikem, kdy byly disky Úřadu předány a okamžikem, kdy Úřad vyhotovil záznam o uložení technického datového nosiče. Zadavatel tuto námitku vznesl již během správního řízení a Úřad na ni reagoval tvrzením, že veškerá zadávací dokumentace, která je Úřadu předána, je uložena v zabezpečených prostorách Úřadu a že zákon jednoznačně stanoví, že zaměstnanci Úřadu jsou povinni zachovávat mlčenlivost o skutečnostech, které se dozví v rámci výkonu služby nebo zaměstnání. Zadavatel dále konstatuje, že pokud uvedené vysvětlení Úřadu vyvrací pochybnosti o tom, že s FD bylo manipulováno, stejný účinek musí mít odkaz zadavatele na metodiku, s jakou došlo k vytvoření a poskytnutí jednotlivých FD dodavatelům.
18. Zadavatel je toto názoru, že na základě výše uvedeného, nelze již FD přijmout jako důkazy ve správním řízení, neboť ve správním spise není zachycena časově relevantní stopa, reflektující kdo měl k dokumentaci přístup, jaké části a kým byly kopírovány, popřípadě zda jejich obsah nebyl pozměněn (ať již cíleně nebo nikoliv). Zadavatel uzavírá, že Úřad zákonnost svého postupu – i přes předchozí námítky zadavatele – neprokázal, čímž způsobil nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, a konstatuje, že napadené rozhodnutí nemůže mít oporu ve FD, neboť tyto jsou v důsledku procesních pochybení Úřadu nepřípustné jako důkazní prostředek.

Námitka neprovedení zadavatelem navrhovaných důkazů

19. Zadavatel ve správním řízení navrhl, aby si Úřad vyžádal i zbylé 4 FD, které se stále nacházejí u jednotlivých účastníků zadávacího řízení, a porovnal obsah všech FD, které byly v zadávacím řízení poskytnuty. Dle zadavatele by tak totiž bylo možné zjistit, zda jsou obsahy jednotlivých předaných FD totožné, nebo se liší, v jaké intenzitě se liší a případně z jakého důvodu.
20. Zde zadavatel nesouhlasí s tím, že by shodnost obsahů FD byla prokazatelná pouze zpětně k okamžiku, kdy byly předány jednotlivým dodavatelům. Zadavatel se neztotožnil s argumentací Úřadu, ze které plyne, že předmětem správního řízení nebylo posouzení shodnosti obsahu jednotlivých disků, ale technické řešení zvolené pro poskytování předmětné části zadávací dokumentace. Zadavatel také nesouhlasí s konstatováním Úřadu, že zkoumání obsahu datových nosičů, které jsou přepisovatelné a u nichž nelze zjistit případnou manipulaci s daty, nemůže poskytnout relevantní závěry o identičnosti obsahů jednotlivých disků. Dle Úřadu by takové zkoumání bylo také v rozporu se zásadou procesní ekonomie. Zadavatel v tomto uvedeném postupu Úřadu spatřuje rozpor se zásadou materiální pravdy ve smyslu § 3 správního řádu a také v rozporu s § 263 odst. 2 zákona, dle kterého má Úřad posoudit vliv pochybení zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky.
21. Zadavatel dále nesouhlasí se závěrem Úřadu o neprovedení důkazu znaleckým posudkem společnosti Cetag, kdy Úřad svůj postup odůvodnil tím, že uvedený znalecký posudek nikterak nezpochybňuje věrohodnost podkladů pro vydání rozhodnutí a na jeho základě nelze dojít k odlišným závěrům. Dle zadavatele je totiž znalecký posudek společnosti Cetag relevantní pro posouzení, zda anonymizace osobních údajů v dokumentaci ESZV mohla ovlivnit účastníky při přípravě jejich technického řešení a předběžných nabídek, tedy zda došlo k naplnění podmínek dle § 263 odst. 2 zákona. Dále zadavatel uvádí, že znalecký posudek společnosti Cetag obsahuje skutečnosti relevantní pro posouzení celkové zákonnosti postupu zadavatele. Zadavatel v tomto kontextu Úřadu vytýká i účelovost a selektivnost jeho postupu, kdy Úřad nejprve poukáže na irelevanci znaleckého posudku společnosti Cetag a dále tímto posudkem argumentuje např. v bodě 468. odůvodnění napadeného rozhodnutí.
22. Zadavatel dále nesouhlasí s tím, že Úřad odmítl vzít v potaz vyjádření společnosti CzechToll s.r.o. a JUDr. Jurčíka s odůvodněním, že uvedené listiny nezpochybují podklady pro vydání rozhodnutí. Zadavatel poukazuje na zásadní relevanci vyjádření společnosti CzechToll s.r.o., která byla účastníkem zadávacího řízení, pro posouzení transparentnosti postupu zadavatele. Zadavatel také poukazuje na to, že se Úřad nikterak nevypořádal se zadavatelovým návrhem na provedení důkazu stanoviskem německé pobočky advokátní kanceláře White & Case. V tomto zadavatel spatřuje důvod, pro který je možno napadené rozhodnutí označit za nepřezkoumatelné, neboť se Úřad v souladu s § 68 odst. 3 správního řádu a judikaturou Nejvyššího správního soudu (dále jako „NSS“) (zde zadavatel poukazuje na rozsudky NSS ze dne 16. 6. 2006 č. j. 4 As 58/2005-65 a ze dne 23. 7. 2009 č. j. 9 As 71/2008-109) dostatečně nevypořádal s návrhy, námitkami a vyjádřeními zadavatele k podkladům pro vydání rozhodnutí.

Námitka formálního nevypořádání se s návrhy zadavatele

23. Zadavatel poté, co se dozvěděl o skutečnosti, že má Úřad v úmyslu ustanovit znalce za účelem posouzení technického řešení, které zvolil zadavatel pro distribuci předmětné části zadávací dokumentace, písemně požádal Úřad, aby mohl být účasten výběru znalce a formulování otázek vymezujících předmět znaleckého posudku. Dle zadavatele se ovšem Úřad s touto žádostí nevypořádal v souladu se zákonem, jelikož až v napadeném rozhodnutí vysvětluje, proč uvedené žádosti nevyhověl, ač tak dle zadavatele měl učinit v samostatném rozhodnutí, které mělo být součástí správního spisu.
24. Zadavatel ovšem ve výše uvedeném postupu spatřuje i věcné pochybení na straně Úřadu. Dle zadavatele totiž má formulace otázek a vymezení předmětu znaleckého zkoumání zásadní dopad na závěry znaleckého posudku. Podpůrně zde zadavatel odkazuje na nález Ústavního soudu ze dne 30. 4. 2007, sp. zn. III. ÚS 299/06. Zadavatel také dodává, že otázky adresované Ing. Svetlíkovi, které formuloval Úřad, byly návodné a je z nich dopředu patrné, jak měl znalecký posudek vyznívat.

Námitka, dle které Úřad předložil znalci ke zkoumání předměty, které nebyly podklady pro vydání rozhodnutí a součástí správního spisu

25. Zadavatel opětovně poukazuje na – dle jeho názoru – závažné procesní pochybení, kdy Úřad poskytl znalci FD, které řádně a včas neučinil podkladem pro vydání rozhodnutí, a to ani během měsíců po jejich přezkoumání znalcem, čímž znemožnil důvěryhodně dodatečně relevantně přezkoumat obsah uvedených disků. Zadavatel také poukazuje na fakt, že byl zbaven procesního práva průběžně se seznamovat s podklady pro vydání rozhodnutí a k těmto dílčím podkladům se vyjadřovat, stejně jako vyjadřovat se k pořizování důkazů. Zadavatel také nesouhlasí se způsobem, jak se Úřad s uvedenou námitkou vypořádal, kdy v bodě 414. odůvodnění napadeného rozhodnutí toliko stručně uvedl, že s danou námitkou nesouhlasí.

Námitka, dle které Úřad nezařadil výsledky zkoumání FD mezi podklady pro vydání rozhodnutí a znemožnil tak účastníkům správního řízení, aby se k nim vyjádřili

26. Zadavatel konstatuje, že součástí správního spisu nejsou výsledky posouzení zkoumání FD (jednoho s anonymizovanou verzí dokumentace ESZV a jednoho s neanonymizovanou verzí), protože se k nim účastníci řízení nemohli během správního řízení vyjádřit. V tomto spatřuje zadavatel pochybení na straně Úřadu. Zadavatel se proto v rozkladu vyjadřuje k jednotlivým v napadeném rozhodnutí tvrzeným odlišnostem v jednotlivých verzích dokumentace ESZV a uzavírá, že žádné z tvrzených odlišností nemají intenzitu nutnou proto, aby mohlo být ve věci uloženo nápravné opatření ve smyslu § 263 odst. 2 zákona, neboť jde o odlišnosti zcela marginální a bezvýznamné, které nemohly mít vliv na výběr nejhodnější nabídky.

Námitka nedostatečně zjištěného skutkového stavu ve smyslu § 3 správního řádu

27. Zadavatel konstatuje, že Úřad nerozhodoval v souladu se zásadou materiální pravdy. Úřad měl totiž dle zadavatele posoudit navzájem všechny disky s anonymizovanou verzí předmětné dokumentace navzájem a posléze všechny disky s neanonymizovanou verzí. Poté, co by zjistil, že jsou obě verze na všech příslušných discích obsahově stejné, měl přistoupit ke vzájemnému porovnání obsahů obou verzí a měl posoudit, do jaké míry mohou

zjištěné rozdíly mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Dle zadavatele nepostačuje, aby Úřad posoudil velikosti souborů obou verzí dokumentace ESVZ. Zadavatel dále vyjadřuje nespokojenost s tvrzením Úřadu, že posouzení obsahu všech FD je nepřiměřeně náročné, a nemělo by to vliv na závěr Úřadu o pochybení zadavatele. Dle zadavatele ovšem Úřad takovým způsobem nemůže rezignovat na svou povinnost zjistit skutkový stav věci v požadované kvalitě.

Námítka extenzivního výkladu zásady transparentnosti

28. Předně zadavatel označuje za absurdní, že mu Úřad nevytýká porušení konkrétní povinnosti, ale pouze to, že jeho postup není dostatečně transparentní.
29. Zadavatel dále uvádí, že Úřad tvoří právo nad rámec svých zákonných oprávnění, když určuje, jaká technická řešení naplňující podmínku § 96 odst. 2 zákona jsou transparentní a jaká již nikoliv. Zadavatel dle vlastního tvrzení postupoval v zadávacím řízení v dobré víře a při zvažování vícero technických řešení zvolil to nejjednodušší, nejehospodárnější a pro dodavatele nejprívětivější. Dle zadavatele je poskytnutí zadávací dokumentace na USB flash discích zcela běžnou praxí (jak dokládá vyjádření německé pobočky advokátní kanceláře White & Case, a Úřad k této praxi měl přihlídnout, jelikož výklad základních zásad zadávání veřejných zakázek bude v německém právním řádu totožný jako v českém, neboť oba vychází ze stejného směrnicevého základu). Zadavatel tak vytvořil identickou sadu FD se shodným obsahem, toto měl protokolárně potvrzeno odborným poradcem, a tyto FD pak poskytl jednotlivým dodavatelům. Poté, co ze strany navrhovatele vzešla výtky týkající se osobních údajů v předmětné části zadávací dokumentace, přistoupil zadavatel v dobré víře k její anonymizaci v domněnání, že takový akt nemůže mít povahu změny zadávací dokumentace, neboť nedošlo ke změně věcného nebo technického obsahu.
30. Zadavatel dále konstatuje, že i kdyby součástí protokolu o předání dokumentace byl počet souborů obsažených na jednotlivých FD, nevedlo by to k větší transparentnosti postupu zadavatele, neboť údaj o počtu souborů nevyovídá o obsahu takových souborů. Zadavatel také uvádí, že připojení záznamu o počtu dokumentů nebo seznamu dokumentů k protokolu o předání by vedlo k tomu, že zadavatel by nemohl postupovat v souladu s § 96 odst. 2 zákona, neboť při takto modifikovaném protokolu by k předání dokumentace muselo dojít osobně, aby mohl dodavatel pravdivost údajů uvedených v protokolu ověřit.
31. Zadavatel dále srovnává zvolené technické řešení s dalšími alternativami a dochází k závěru, že žádné z uvedených technických řešení neumožňovalo naplnění požadavku Úřadu na absolutní přezkoumatelnost obsahu předávané dokumentace zpětně k okamžiku předání. Stejně tak dle zadavatele nelze u jiných technických řešení zaručit to, že s poskytovanou dokumentací nebylo možno v období od okamžiku vyhotovení kopie dokumentace do okamžiku poskytnutí dokumentace konkrétnímu dodavateli a následně od okamžiku vrácení dokumentace zadavateli po vydání dokumentace Úřadu jakkoliv manipulovat, což dle zadavatele Úřad také vyžaduje. Tímto tvrzením zadavatel dokládá nepředvídatelný a extenzivní výklad zásady transparentnosti ze strany Úřadu, což vede k tomu, že si zadavatelé ani při vynaložení veškerého úsilí nemohou být jisti tím, zda Úřad jejich postup neoznačí za diskriminační nebo netransparentní. Dle zadavatele by tak uvedené

zásady měly být aplikovány přiměřeně a pouze tam, kde se to jeví jako evidentní, ne tedy v případech, kdy je zadavatel v dobré víře, že splnil veškeré zákonné povinnosti.

Námítka nesprávného právního posouzení věci

32. Zadavatel konstatuje, že s ohledem na rozsah a povahu předmětné dokumentace je její poskytnutí na USB flash discích zcela vhodným způsobem ve smyslu § 96 odst. 2 a § 36 odst. 8 zákona. Nadto uvádí, že jde o technické řešení, které splňuje podmínku komunikace prostřednictvím běžně dostupných elektronických nástrojů a požadavek, aby informace o veřejných zakázkách byly dodavatelům přístupné za použití běžného kancelářského vybavení, běžných zařízení a dostupných aplikací (dle zadavatele tak nelze dokumentaci v souladu s těmito povinnostmi poskytovat na Blue-ray discích, jelikož nelze – jak dovedil Úřad – posuzovat „běžnost“ nutného vybavení a zařízení ve vztahu k hodnotě veřejné zakázky). Zadavatel také uvádí, že výše uvedené námítky přestřel již během správního řízení a Úřad se s nimi nikterak nevypořádal, pročež označuje napadené rozhodnutí také za nepřezkoumatelné.
33. Zadavatel uvádí, že ve správním řízení prokázal, jak předmětné FD vznikly a že po jejich vyhotovení měly stejný obsah. Toto je dle zadavatele ze strany Úřadu bagatelizováno tvrzením, že po dokončení jejich výroby mohlo být s jednotlivými disky manipulováno, aniž by ovšem prokázal, že tomu tak skutečně bylo. Tento postup Úřadu označuje zadavatel za zcela nepřipustný.
34. Zadavatel uzavírá, že zákon nevymezuje konkrétní technické řešení pro poskytnutí části zadávací dokumentace, nezakazuje použití konkrétního technického řešení a nestanoví žádné dílčí podmínky či požadavky. Zákon dle zadavatele pak v žádném případě nestanoví, že by použitý technický prostředek musel být nepřepisovatelný, nesměl by umožnit následnou manipulaci s obsahem, či který by Úřadu umožnil zjistit, jaký byl obsah datového nosiče v okamžiku předání předmětné části zadávací dokumentace konkrétnímu dodavateli.
35. Dle zadavatele by zaznamenání tzv. hashe do předávacího protokolu bylo bezpředmětné, neboť to opět nevypovídá nic o obsahu daných dokumentů, což je dle Úřadu předpokladem pro prokázání transparentnosti postupu. Dle zadavatele je dále nejasné, jak by si dodavatelé při předání dokumentace ověřili, že hash klíč, zachycený v protokolu, je totožný s hashem „originální“ sady souborů. Vytvoření hash klíče by dle zadavatele také nezajistilo, aby na poskytovaném FD nebyly i přidané soubory. Přidání souborů by nešlo zabránit ani vytvořením hash funkce pro celý FD, tato metoda by rovněž byla bez jakékoliv důkazní hodnoty, neboť systémové soubory, které se na FD nahrají při jeho připojení k PC, by vedly k ovlivnění výsledného součtu hash funkce. Dle zadavatele je také k provedení kontroly hash klíče nutný zvláštní software, kdy vyžádání takového softwaru by mohlo být v rozporu s požadavkem, aby se dodavatelé mohli zadávacího řízení účastnit za použití běžně dostupných prostředků a zařízení. Dle zadavatele je celé zkoumání Úřadu o možnosti použít hashovací funkci pro ověření totožnosti dat zcela irelevantní, pročež je irelevantní i znalecký posudek Ing. Kodla.

Námítky k otázce změny zadávacích podmínek v důsledku anonymizace dokumentace ESVZ

36. Zadavatel je přesvědčen o tom, že za změnu zadávací dokumentace ve smyslu § 99 zákona je nutno považovat takovou změnu, která mění věcnou povahu dokumentace a má tak vliv na přípravu nabídky, nebo účast dodavatelů v zadávacím řízení. Dle zadavatele tak nelze formální změny (např. i začernění osobních údajů) označit za změnu zadávací dokumentace ve smyslu zákona. Lpění na shodnosti jednotlivých kopií poskytované zadávací dokumentace jak po obsahové, tak po formální stránce, je dle zadavatele zcela přehnaným formalismem. Zadavatel tak dle vlastního mínění nemohl porušit oznamovací povinnost, jelikož v daném případě nešlo o změnu zadávací dokumentace, přičemž pouhé konstatování Úřadu, že některé ze začerněných údajů mohly být pro dodavatele relevantní při přípravě nabídky, neobstojí a na jejich základě nelze konstatovat porušení pravidel dle zákona a uložit nápravné opatření. Zadavatel poukazuje na to, že absenci vlivu anonymizace údajů na přípravu nabídek doložil znaleckým posudkem společnosti Cetag a Úřad se dopustil pochybení, když k tomuto znaleckému posudku během svého rozhodování nepřihlédl.

Námítka rozporu napadeného rozhodnutí s § 263 odst. 2 zákona

37. Zadavatel konstatuje, že dle § 263 odst. 2 zákona, je Úřad oprávněn zrušit zadávací řízení, pokud zadavatel nedodrží pravidla stanovená zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté zákona. Dle zadavatele přitom Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí neuvedl porušení jakéhokoliv pravidla, ale pouze porušení zásady transparentnosti. Dle zadavatele je pak ze zákona zcela patrný rozdíl mezi zásadami a pravidly. Zadavatel uzavírá, že zrušení zadávacího řízení, aniž by Úřad uvedl, jaké pravidlo zadavatel porušil, je v přímém rozporu se zákonem.
38. Zadavatel uvádí, že další podmínkou, kterou stanovuje výše uvedené ustanovení zákona, je ovlivnění (i v potenciální rovině) výběru nejvhodnější nabídky. Dle zadavatele mohl Úřad posoudit intenzitu obsahových rozdílů mezi jednotlivými FD a na základě výsledného zjištění posoudit i vliv obsahových rozdílů na výběr nejvhodnější nabídky. Úřad toto posouzení dle tvrzení zadavatele ovšem neprovedl, i když takovou možnost měl. V tomto ohledu má zadavatel napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné. Zadavatel souhlasí s Úřadem v tom smyslu, že postačuje potencialita ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, ovšem i toto je Úřad povinen prokázat a řádně v rozhodnutí odůvodnit. To však dle zadavatele Úřad v dané věci neudělal, neboť ani náznakem netvrdil ani neprokázal a ani neuvedl, jak by začernění osobních údajů mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
39. Zadavatel dále poukazuje na to, že všichni čtyři účastníci zadávacího řízení nabízejí technické řešení založené na satelitní technologii. Z toho plyne, že dokumentace ESVZ nebyla pro účastníky zadávacího řízení jakkoliv relevantní a jakékoliv nesrovnalosti v ní tedy nemohly mít ani teoretický vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
40. V neposlední řadě zadavatel poukazuje na nesprávný a tendenční výklad rozsudku NSS ze dne 15. 9. 2010 č. j. 1 Afs 45/2010-159. Dle zadavatele je tento rozsudek nutno vykládat v kontextu skutkových okolností případu, který posuzoval NSS. Dle zadavatele je zcela zřejmé, že se závěry NSS vztahují ke zcela odlišným okolnostem a že smyslem úvah soudu bylo, aby byla postihována ta jednání zadavatelů, která mohou vzbuzovat pochybnost o pravých důvodech jejich postupu. Zde zadavatel také poukazuje na to, že jediným

kdo postup zadavatele ve vztahu k dokumentaci ESVZ napadá, je navrhovatel, který je autorem uvedené dokumentace. Dle zadavatele tak Úřad použil pro posouzení postupu zadavatele zcela nepřiléhavou judikaturu.

Námítky k výroku III. napadeného rozhodnutí

Námítka hrubého pochybení Úřadu, když tento nepřihlédl k odpovědi na dotaz č. 293 v rámci vysvětlení zadávací dokumentace č. 62

41. Zadavatel spatřuje zásadní pochybení na straně Úřadu, pokud tento nepřihlédl při rozhodování k vysvětlení zadávací dokumentace č. 62, ve které je k dotazu č. 293 uvedeno: „*Bez ohledu na shora uvedené skutečnosti však platí, že zadavatel za účelem vzájemné porovnatelnosti předběžných nabídek požaduje, aby účastníci zadávacího řízení své předběžné nabídky připravili tak, že budou vycházet z předpokládané délky zpoplatněných komunikací tak, jak je uvedena v zadávacích podmínkách.*“ Dle zadavatele tak z uvedeného vysvětlení zadávací dokumentace plyne, na základě čeho mají účastníci zadávacího řízení nacenit etapu 1 plnění veřejné zakázky. Dle zadavatele tak nabídky jednotlivých uchazečů nepochybně byly porovnatelné a uvedené vysvětlení zadávací dokumentace jednoznačně prokazuje zákonnost a transparentnost zadávacích podmínek. Zadavatel také poukazuje na odpověď na dotaz č. 292 (který je rovněž obsahem vysvětlení zadávací dokumentace č. 62), ke které Úřad rovněž nepřihlédl a která potvrzuje výše uvedená tvrzení zadavatele.

Námítka nesprávného posouzení zadávací dokumentace a skutkového stavu ze strany Úřadu a vyvození nesprávných právních závěrů

42. Ve vztahu ke konstatování Úřadu, že zadavatel vymezil předmětnou zadávací podmínku netransparentně, zadavatel uvádí, že v okamžiku zahájení zadávacího řízení nebylo objektivně možné definovat rozsah zpoplatnění dálnic ani silnic I. třídy k 1. 1. 2020. Toto tvrzení plyne zejména z nejistoty ohledně nově dostavěných pozemních komunikací ke konci roku 2019, které by rovněž měly být předmětem zpoplatnění, dále např. i z faktické změny délky silnic v důsledku posunu hranic obcí. Dle zadavatele také nelze vyloučit, že Česká republika z objektivních důvodů rozhodne o vyloučení některého doposud zpoplatněného úseku. I přes tyto skutečnosti Úřad v bodě 558. odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatuje, že zadavatel přesnou informaci o rozsahu zpoplatněných komunikací musel disponovat. Dle zadavatele by vedl závěr Úřadu, dle kterého je nutno stanovit zpoplatnění pozemních komunikací závazně a bez možnosti pozdějších změn v několikaletém předstihu, k tomu, že předmětnou veřejnou zakázku není možno zadat.
43. Zadavatel dále poukazuje na to, že v zadávací dokumentaci není ve vztahu k novým 900 km silnic I. třídy uvedeno slovo „*předpokládaný*“, jak mylně uvádí Úřad. Rozšíření o 900,3 km je dle zadavatele pevně dané. Zadavatel tak nesouhlasí s Úřadem, že by podané nabídky byly neporovnatelné, jelikož dodavatelé nevěděli, jaký bude skutečný rozsah plnění. Zadavatel konstatuje, že dodavatelé měli povinnost vycházet z předpokladů zadavatele při stanovení nabídkových cen. Zadavatel dále uvádí, že systém elektronického mýtného není rigidním a neměnným informačním systémem, který by neustále fungoval v totožném rozsahu, přičemž jeho vývoj, zužování a rozšiřování se odvíjí od stavu sítě pozemních komunikací.

44. Dle zadavatele Úřad v bodech 562. a 564. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí, jakým způsobem měl zadavatel vymezit předmět veřejné zakázky a jakým způsobem měl stanovit nabídkovou cenu. Dle zadavatele ovšem tímto způsobem Úřad překračuje svou pravomoc. Dle svého tvrzení zadavatel nemohl pro etapu 1 plnění veřejné zakázky použít jednotkou cenu, neboť součástí etapy 1 je i vybudování centrální části mýtného systému, která musí být dimenzována tak, aby umožnila výběr mýtného minimálně na zadavatelem stanoveném předpokládaném rozsahu kilometrů pozemních komunikací. Požadavek na paušální nacenění etapy 1 byl tak dle zadavatele zcela legitimní a jediný možný. Pro porovnání cen jednotlivých systémů je dle zadavatele totiž nezbytné, aby účastníci zadávacího řízení stanovili ceny ke stejnému rozsahu plnění, což v daném případě byli povinni učinit.
45. Dle zadavatele není z bodů 566. a 567. odůvodnění napadeného rozhodnutí patrné, v čem spatřuje Úřad rozpor v argumentaci zadavatele. V tomto ohledu je tedy napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné a nesrozumitelné. Zadavatel je ovšem toho názoru, že správně vymezil předmět plnění veřejné zakázky a že jasně vymezil, jak mají účastníci vytvořit nabídkovou cenu. Zadavatel dále uvádí, že Úřad pouze přebírá nesmyslnou argumentaci navrhovatele, dle které není vyloučeno, že etapa 1 bude ve skutečnosti zanedbatelná a že zadavatel dodatečně zruší rozšíření zpoplatnění v rozsahu 900 km, případně že by rozsah zpoplatnění měl být ještě menší. Dle zadavatele by taková změna smlouvy bezpochyby nebyla přípustná ve smyslu § 222 zákona.
46. Zadavatel se také vyjadřuje k tvrzení Úřadu, dle kterého rozsah zpoplatnění nezpochybňuje pouze navrhovatel ale také odborná veřejnost. Dle zadavatele jde o zavádějící tvrzení Úřadu, neboť odborná veřejnost v médiích nezpochybovala to, že si dodavatelé nejsou jisti, jaký rozsah zpoplatnění mají nacenit, ale zpochybovala rozhodnutí zadavatele (opřené o usnesení vlády ČR) o rozšíření zpoplatnění na další existující silnice I. třídy jako takové.
47. Dle zadavatele Úřad také nezval v potaz skutečnost, že tři dodavatelé podali zcela srovnatelné cenové nabídky, což dokazuje, že rozsah předmětu plnění pochopili správně, resp. totožně. Závěr Úřadu, dle kterého zadavatel nepostupoval v souladu s § 36 odst. 3 zákona, jelikož nestanovil zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatelů v zadávacím řízení, je pak dle zadavatele nesprávný a neudržitelný.

Námítka nepřípustného a extenzivního způsobu aplikace zásady transparentnosti na postup zadavatele

48. Zadavatel uvádí, že Úřad kromě nedodržení postupu podle § 36 odst. 3 zákona, zadavateli vytýká i porušení zásady transparentnosti, avšak neuvádí, v čem toto porušení spatřuje. Dle zadavatele by se o porušení zásady transparentnosti dalo hovořit, pokud by zamlčel nějaké rozhodné okolnosti, nebo o nich dodavatele informoval úmyslně nepravdivě. Zadavatel dle vlastního názoru ovšem dodavatelům otevřeně sdělil, že rozsah zpoplatnění, který byl závazně stanoven pro koncipování nabídkových cen, se při realizaci může změnit, což se následně promítne do změny smlouvy postupem v souladu se zákonem. Uvedený závěr Úřadu je tak dle zadavatele zcela nesprávný.

Námitky k výrokům II., IV., V. a VII.

49. Zadavatel konstatuje, že se nedopustil pochybení, které Úřad specifikuje ve výrocích I. a III. napadeného rozhodnutí, protože zde nejsou dány důvody pro uložení nápravného opatření, s čímž souvisí, že zde pak není dán ani důvod pro uložení zákazu uzavřít smlouvu nebo uložit zadavateli povinnost uhradit náklady řízení.

Námitka podjatosti předsedy Úřadu

50. Zadavatel dále vznáší námitku podjatosti předsedy Úřadu ve vztahu k projednávané věci. Zadavatel konstatuje, že si je vědom § 14 odst. 6 správního řádu, které vedoucí ústředních správních orgánů vylučuje z působnosti § 14 správního řádu, nicméně také odkazuje na fakt, že uvedené ustanovení správního řádu bylo dříve napadeno u Ústavního soudu pro svou neústavnost. Zadavatel námitku podjatosti dovozuje zejména z vystoupení předsedy Úřadu v televizním pořadu „Otázky Václava Moravce“, který byl vysílán na televizním programu ČT24 dne 13. 5. 2018 v 13:00 hod.
51. Zadavatel z výše uvedeného vystoupení předsedy Úřadu dovedl, že tento souhlasí s napadeným rozhodnutím a ztotožňuje se s jeho právními závěry; že předseda Úřadu prezentuje výsledky činnosti, kterou Úřad s ohledem na svou působnost nebyl oprávněn zpracovat ani zadat a že veřejně prezentuje tvrzení o možnostech dalšího postupu zadavatele, o kterých s ohledem na své postavení musí vědět, že jsou zcela nereálné. Dále zadavatel dovedl, že nezákonně zpracovaná analýza předsedy Úřadu o možnostech dalšího postupu zadavatele byla zpracována ještě před vydáním napadeného rozhodnutí, čímž nepochybně negativně ovlivnila Úřad v jeho rozhodování o merituu věci.
52. Zadavatel dále předsedovi Úřadu vytýká, že prezentuje veřejně nepravdivé nebo hrubě zkreslené informace, které vyvolávají u veřejnosti zkreslené představy o možnostech zadavatele. Předseda Úřadu tak dle zadavatele nezákonně uvedl veřejnost v omyl, aniž by za své jednání nesl jakoukoliv odpovědnost. Výše uvedené dle zadavatele jednoznačně prokazuje podjatost předsedy Úřadu ve vztahu k projednávané věci.

Závěr rozkladu

53. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že návrhy navrhovatele zamítá a správní řízení zastavuje, případně aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele

54. Dne 6. 6. 2018 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele z téhož dne k rozkladu zadavatele. Navrhovatel předně uvádí, že se ztotožňuje se závěry Úřadu, jak jsou prezentovány v napadeném rozhodnutí. Dále konstatuje, že dle jeho názoru se rozklad zadavatele sestává z účelových tvrzení, kterými zadavatel zcela vědomě popírá skutkový stav a své předchozí výroky a snaží se bagatelizovat závažnost pochybení, kterých se během zadávacího řízení dopustil. Navrhovatel dále plně odkazuje na námitky a návrhy, které během zadávacího řízení resp. správního řízení před Úřadem, podal. V závěru vyjádření se k rozkladu navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítnul.

IV. Řízení o rozkladu

55. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.
56. Dne 25. 4. 2018 bylo vydáno rozhodnutí o rozkladu, č. j. ÚOHS-R0021/2018/VZ-12245/2018/322/LKa, kterým bylo pro nepřezkoumatelnost spočívající v nedostatku důvodů zrušeno rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0016/2018/VZ-03334/2018/521/OPi ze dne 1. 2. 2018. Úřad v rušeném rozhodnutí zamítl návrh navrhovatele na nařízení předběžného opatření spočívajícího v pozastavení zadávacího řízení na veřejnou zakázku.
57. Dne 25. 5. 2018 bylo vydáno rozhodnutí o rozkladu, č. j. ÚOHS-R0061/2018/VZ-15308/2018/322/HSc, kterým bylo potvrzeno usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-V0058/2018/PV-10756/2018/521/OPi ze dne 12. 4. 2018 a zamítnut rozklad společnosti CzechToll a. s., kterým Úřad rozhodl tak, že společnost CzechToll a. s. není účastníkem tohoto správního řízení.
58. Dne 11. 6. 2018 bylo vydáno rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0093,0096/2018/VZ-17285/2018/322/JSu, kterým byl zamítnut návrh navrhovatele ze dne 1. 6. 2018, kterým se domáhal, aby bylo zadavateli uloženo předběžné opatření spočívající v zákazu zahájit před ukončením zadávacího řízení nové zadávací řízení na veřejnou zakázku s obdobným předmětem plnění, jako které je zadáváno v rámci stávajícího zadávacího řízení, nebo uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku s obdobným předmětem plnění, jako které je zadáváno v rámci stávajícího zadávacího řízení.
59. Dne 17. 7. 2018 vznesl navrhovatel námitku podjatosti člena rozkladové komise, Mgr. L. T. (dále jako „**Mgr. L. T.**“).
60. Dne 23. 7. 2018 vznesl navrhovatel námitku podjatosti člena rozkladové komise, Mgr. J. H. (dále jako „**Mgr. J. H.**“)
61. Podáním ze dne 7. 8. 2018 nazvaným Přípis k vedenému správnímu řízení se navrhovatel dále vyjádřil kvěci v tom smyslu, že změna zadávací dokumentace byt jako formální pochybení je pochybením, pro které má byt zadávací řízení zrušeno, k čemuž odkazuje na rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0102/2018. V posuzovaném případě došlo k úpravě téměř 1/3 zadávací dokumentace bez jakéhokoliv oznámení účastníků zadávacího řízení. Zadavatel způsobil nečitelnost a netransparentnost zadávacího řízení a nelze rozhodnout jinak, než v případě odkazovaného rozhodnutí, potažmo navazujícího rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-R0095/2018. Opačný postup by znamenal flagrantní porušení základních zásad správního procesu.
62. Dne 9. 8. 2018 doplnil navrhovatel námitku podjatosti Mgr. J. H.

Stanovisko předsedy Úřadu

63. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad

napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

64. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je shora uvedeno, nerozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí v jednotlivých jeho výrocích a vrácení věci Úřadu k novému projednání. Současně je v tomto rozhodnutí vysloven i právní názor, kterým je Úřad v dalším projednání věci vázán.

V. K námitce podjatosti předsedy Úřadu

65. Jak je uvedeno výše, zadavatel v rozkladu vznesl námitku podjatosti předsedy Úřadu ve vztahu k projednávané věci, kterou dovozuje zejména z vystoupení předsedy Úřadu v televizním pořadu „Otázky Václava Moravce“, který byl vysílán na televizním programu ČT24 dne 13. 5. 2018 v 13:00 hod. Zadavatel z výše uvedeného vystoupení předsedy Úřadu dovodil, že tento souhlasí s napadeným rozhodnutím a ztotožňuje se s jeho právními závěry, a to aniž by se seznámil s námitkami rozkladu.
66. I když dochází ze zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání, s uvedenou námitkou je nutno se – na základě její povahy – vypořádat.
67. Podle § 14 odst. 1 správního řádu platí, že každá osoba bezprostředně se podílející na výkonu pravomoci správního orgánu (dále jako "**úřední osoba**"), o níž lze důvodně předpokládat, že má s ohledem na svůj poměr k věci, k účastníkům řízení nebo jejich zástupcům takový zájem na výsledku řízení, pro nějž lze pochybovat o její nepodjatosti, je vyloučena ze všech úkonů v řízení, při jejichž provádění by mohla výsledek řízení ovlivnit. Podle odst. 6 téhož ustanovení správního řádu pak platí, že ustanovení předchozích odstavců se nepoužijí pro vedoucí ústředních správních úřadů.
68. Dlužno také poukázat, že námitka podjatosti předsedy Úřadu byla předmětem soudního přezkumu vedeného u Krajského soudu v Brně (dále jako "**krajský soud**") v řízení vedeném pod sp. zn. 62 Ca 42/2007. Krajský soud se ve svém rozhodnutí námitkou podjatosti meritorně zabýval, avšak současně konstatoval, že dle § 14 odst. 6 správního řádu nemůže podjatost vyslovit, protože nemůže ve správním soudnictví námitku podjatosti hodnotit.
69. Nejvyšší správní soud (dále jako "**NSS**") v navazujícím řízení vedeném pod sp. zn. 1 Afs 7/2009, kterým bylo uvedené rozhodnutí krajského soudu přezkoumáváno, sdělil, že ve věci měl být aplikován pouze § 14 odst. 6 správního řádu tak, že se krajský soud neměl meritorně námitkou podjatosti zabývat, ale zároveň vyjádřil názor, že § 14 odst. 6 správního řádu je v rozporu s ústavním pořádkem a předložil Ústavnímu soudu návrh na jeho zrušení pro rozpor s čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod.
70. Ústavní soud ve svém rozhodnutí ze dne 2. 4. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 30/09 dospěl k závěru, že ustanovení § 14 odst. 6 není v rozporu s ústavním pořádkem, ale je třeba jej vykládat ústavně konformním způsobem, a to tak, že soud ustanovení § 14 odst. 6 správního řádu aplikuje v tom smyslu, že na posouzení rozhodované věci nedopadá, jelikož představuje bariéru pro postup uplatnění námitek podjatosti úřední osoby ve správním řízení dle § 152 správního řádu, nikoli ale pro její posouzení v soudním řízení správním. Jelikož je dle zákona

č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**soudní řád správní**“) správní soudnictví ovládáno zásadou kasační, v případě, shledá-li soud v přezkumu správního řízení dle § 152 správního řádu důvody pro vyloučení úřední osoby pro její podjatost, je povinen se dále zabývat otázkou, zdali se tato okolnost promítla v nezákonnosti správního rozhodnutí, příp. v dalších vadách řízení, jež předcházelo jeho vydání, jež pak opodstatňují závěr o důvodnosti žaloby proti rozhodnutí správního orgánu a následně dle § 78 odst. 1 soudního řádu správního vedou k jeho zrušení soudem. Z uvedeného tak vyplývá, že ve správním řízení se s námitkou podjatosti předsedy nelze vůbec meritorně zabývat s ohledem na § 14 odst. 6 správního řádu, touto námitkou se však může meritorně zabývat až soud ve správním soudnictví při přezkumu správního rozhodnutí.

71. Obiter dictum lze však odkázat i na meritorní závěr rozhodnutí krajského soudu ze dne 17. 9. 2008, č. j. 62 Ca 42/2007-337, se kterým se lze plně ztotožnit a který v podstatné části zní takto: *„Pokud jde o kategorická prohlášení předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v průběhu správního řízení, a to již v jeho prvním stupni, ta podle obsahu žaloby a dalších procesních stanovisek žalobce a jejich příloh sice mohou překračovat obecně akceptovatelné profesní limity, jež by měly být osobami v obdobném postavení respektovány, pochybnosti o jeho podjatosti však tato prohlášení sama o sobě nezakládají. Soud tu nutně musí zohlednit fakt, že žalovaný je ústředním orgánem státní správy, jehož činnost je mediálně sledovaná, přitom vedoucí tohoto ústředního orgánu státní správy je vystaven mediálnímu tlaku ohledně vývoje jednotlivých případů, a tedy média jeho vyjádření k jednotlivým těmto případům očekávají.“*
72. Pro výše uvedené tedy nemůže předseda Úřadu sám meritorně posoudit námitku podjatosti jeho osoby. Nicméně nad rámec lze poukázat na to, že uvedená námitka se předsedovi Úřadu jeví jako nedůvodná a v plném rozsahu se proti ní ohrazuje. Výstup předsedy Úřadu, ze kterého zadavatel dovozuje jeho podjatost, lze označit za pouhé informování veřejnosti o činnosti ústředního správního orgánu.

VI. K námitkám podjatosti členů rozkladové komise vzneseným navrhovatelem

73. Dne 23. 7. 2018 byl Úřadu doručen přípis navrhovatele, jehož obsahem byla námitka podjatosti Mgr. J. H. Navrhovatel námitku podjatosti vnesl, neboť je přesvědčen o tom, že uvedený člen rozkladové komise reprezentuje zájmy zadavatele. Toto navrhovatel vyvozuje zejména z okolností, na základě nichž byl Mgr. J. H. jmenován, když byl dle navrhovatele jmenován na popud předsedy vlády České republiky, který nese politickou odpovědnost za činnost zadavatele, kvůli politické afinitě vedoucího zadavatele (ministra dopravy) a předsedy vlády ČR. Právě uvedené dle navrhovatele plyne z korespondence mezi Úřadem vlády, resp. předsedou vlády ČR a Úřadem. Navrhovatel dále poukazuje na to, že Mgr. J. H. byl do rozkladové komise jmenován pouze pro jednání o nyní řešené věci. Dle navrhovatele se také nedá hovořit o tom, že by Mgr. J. H. byl odborníkem na problematiku veřejných zakázek, což dle navrhovatele podtrhává závěr, že člen rozkladové komise byl jmenován pouze pro to, aby hájil zájmy zadavatele.
74. Předně je nutno nesouhlasit s některými tvrzeními navrhovatele, která se očividně nezakládají na objektivní realitě. Mgr. J. H. byl sice do uvedené rozkladové komise jmenován před relativně krátkou dobou, nicméně není pravdou, že by byl do rozkladové komise

jmenován pouze pro jednání o nyní řešené věci. Mgr. J. H. je řádně jmenovaným členem rozkladové komise na dobu neurčitou a lze poukázat na to, že se již účastnil i jednání rozkladové komise, kde se nejednalo o rozkladu proti napadenému rozhodnutí, a nejsou zde důvody, pro které by bylo nutno pochybovat o tom, že se nebude účastnit i jednání následujících. Uvedený argument navrhovatele je tak zcela lichý.

75. S navrhovatelem nelze souhlasit ani v tom smyslu, že by všichni členové rozkladové komise měli být odborníky na problematiku veřejných zakázek. Posuzování zákonnosti postupu zadavatelů Úřadem se odehrává v mantinelech správního řízení, které má své nuance, jež musí být při jednání rozkladových komisí taktéž zohledněny. Je tedy žádoucí, aby v jednotlivých rozkladových komisích byli zastoupeni jak odborníci na materiálně-právní stránku věci, tak na procesně-právní stránku věci. Z webových stránek advokátní kanceláře, ve které Mgr. J. H. působí, je pak patrné, že se uvedená advokátní kancelář věnuje i správnímu řízení a správnímu soudnictví a že dané problematice se v uvedené advokátní kanceláři věnuje právě i Mgr. J. H. Jak ostatně uvedl i navrhovatel, předmětná advokátní kancelář zastupovala účastníky řízení před Úřadem (sice na úseku hospodářské soutěže), pročez lze usoudit, že uvedená advokátní kancelář a i Mgr. J. H. mají zkušenosti s řízením před Úřadem. Nelze také opomenout, že s členstvím v rozkladové komisi se pojí předpoklad profesionálního přístupu jednotlivých členů rozkladové komise, který se promítne i do fáze přípravy, tedy nastudování problematiky, které se daný člen bude v rozkladové komisi věnovat. Na základě výše uvedeného tak nelze uznat pochybnosti navrhovatele o relevanci odborných znalostí Mgr. J. H. za odůvodněné a uvedenou námitku navrhovatele je tak nutno shledat jako nedůvodnou.
76. Dále je nutno poznamenat, že před jednáním rozkladové komise byl implementován mechanismus, kterým se mělo předejít tomu, aby ve věci rozhodovali podjatí členové. S ohledem na charakter veřejné zakázky a s ohledem na to, že značná část členů rozkladových komisí je činná v advokátní a jiné právní praxi, bylo patrné, že část členů rozkladové komise by mohla mít vztah k věci či k účastníkům řízení nebo jejich zástupcům. Jak ostatně plyne i ze správního spisu, všichni členové obou rozkladových komisí pro oblast dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, a sice rozkladové komise Brno a Praha, byli proto vyzváni, aby se vyjádřili stran své podjatosti ve vztahu k nyní projednávané věci (jednotlivé odpovědi jsou taktéž součástí správního spisu). Stejným způsobem byl vyzván i Mgr. J. H. a z jeho odpovědi vyplynulo, že nemá takový vztah k projednávané věci, který by zakládal pochybnosti o jeho nepodjatosti, pročez mu bylo umožněno účastnit se jednání rozkladové komise. V daném případě tak nebyly dány důvody, pro které by bylo nutno pochybovat o nepodjatosti Mgr. J. H.
77. Zde je nutno zvážit, zda hraje roli to, jakým způsobem, resp. na čí popud, byl člen rozkladové komise jmenován. Z doprovodných okolností totiž není patrné, že by Mgr. J. H. měl reprezentovat zájmy jednoho z účastníků správního řízení. Mgr. J. H. nebyl jmenován pouze *ad hoc* pro nyní řešenou věc, jeho odborné znalosti jsou relevantní a žádoucí pro účastenství na jednáních rozkladové komise pro oblast dohledu nad zadáváním veřejných zakázek a on sám, coby dlouholetý advokát a právní profesionál, uvedl výslovně, že nemá vztah k věci, účastníkům řízení či jejich zástupcům. Ani předem ani v průběhu jednání rozkladové komise nevznikly pochybnosti o tom, že by uvedený člen rozkladové komise byl ve věci podjatý.

Na uvedeném ničeho nemění ani tvrzení navrhovatele, neboť neposkytují konkrétní informace vzbuzující pochybnosti o nepodjatosti Mgr. J. H. Pro výše uvedené je tak nutno námitku podjatosti člena rozkladové komise Mgr. J. H. označit za nedůvodnou.

78. Dne 17. 7. 2018 byla ze strany navrhovatele rovněž vznesena námitka podjatosti dalšího člena rozkladové komise, a to Mgr. L. T. O Mgr. L. T. platí, co bylo již dříve řečeno o Mgr. J. H. Jedná se o řádného a erudovaného člena rozkladové komise, navíc člena, který v rozkladové komisi působí dlouhodobě. I on k dotazu stran svého vztahu k věci či jejím účastníkům a zástupcům účastníků řízení prohlásil, že nemá takový vztah k projednávané věci, účastníkům řízení či jejich zástupcům, který by zakládal pochybnosti o jeho nepodjatosti.
79. Mgr. L. T. se dostavil na jednání rozkladové komise dne 27. 6. 2018, které však bylo pro neúčast nadpoloviční většiny členů neusnášeníšopné. Z dalšího jednání konaného dne 12. 7. 2018 se Mgr. L. T. se z časových důvodů omluvil. Mgr. L. T. se tedy neúčastnil projednání a hlasování o návrhu rozkladové komise. Námitka podjatosti je tak bezpředmětná.
80. Obecně považuji za vhodné uvést k pochybnostem navrhovatele o ne/strannosti rozkladové komise, že k projednání rozkladu v posuzované věci bylo ze snahy svolat široké a usnášeníšopné plénum svoláno společné jednání obou rozkladových komisí pro oblast dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, které při Úřadu působí. Vzhledem k tomu, že řada řádných členů těchto komisí prohlásila předem, že má vztah k věci či k jejím účastníkům, a vzhledem k tomu, že první schůze rozkladové komise byla neusnášeníšopná, byly řady členů doplněny o členy rozkladové komise pro oblast ochrany hospodářské soutěže a rozkladové komise pro oblast přístupu k informacím, veřejné podpory a významné tržní síly. O věci jednalo sedmáct členů rozkladových komisí, přičemž pouze tři z nich byli zaměstnanci Úřadu.
81. Věc tak byla projednána a návrh byl formulován a odhlasován v širokém plénu, v němž byl splněn i zákonný limit počtu zaměstnanců dle § 152 odst. 3 správního řádu. Ze všech uvedených důvodů pak nemám pochybnosti o tom, že návrh rozkladové komise není zatížen vadou podjatosti.

VII. K procesním námitkám zadavatele

Námitka nezákonného vedení správního spisu

82. Zadavatel v rozkladu namítá, že správní spis neobsahoval část dokumentace, kterou zadavatel Úřadu již dříve zaslal. Ve správním spisu nebylo ani uvedeno, kde se dokumenty a FD nacházejí, tj. teoreticky k nim měl přístup kdokoliv. Teprve na základě stížnosti zadavatele Úřad do spisu zaznamenával umístění a způsob nakládání s uvedenými dokumenty. Až dne 18. 1. 2018 Úřad vydal záznam o uložení FD, přestože FD obdržel již 24. 10. 2017, přičemž nebylo nikdy vysvětleno, jak bylo s FD zacházeno v mezidobí. Úřad se nevypořádal ani s nakládáním s dalšími dokumenty, které zadavatel zasílal. FD tak již v současné době nemohou být důkazem ve správním řízení, neboť s nimi mohlo být libovolně manipulováno, a to z důvodu nesprávného úředního postupu. Netransparentní nakládání s FD zakládá zmatečnost správního řízení. Úřad svým vedením správního spisu porušil konkrétní ustanovení správního řádu.

83. Podobně formulovanou námitku vznesl zadavatel již v průběhu prvostupňového řízení a Úřad se jí zabýval zejména v bodech 419. – 426. odůvodnění napadeného rozhodnutí, s nimiž se poté, kdy jsem se seznámil podrobně s obsahem a způsobem vedení správního spisu, ztotožňuji.
84. Vedení správního spisu upravuje § 17 správního řádu, dle něhož platí, že v každé věci se zakládá spis. Každý spis musí být označen spisovou značkou. Spis tvoří zejména podání, protokoly, záznamy, písemná vyhotovení rozhodnutí a další písemnosti, které se vztahují k dané věci. Přílohou, která je součástí spisu, jsou zejména důkazní prostředky, obrazové a zvukové záznamy a záznamy na elektronických médiích. Spis musí obsahovat soupis všech svých součástí, včetně příloh, s určením data, kdy byly do spisu vloženy.
85. Jak je z ustanovení § 17 správního řádu patrné, obsah spisu je vymezen pouze příkladmo. V zásadě je však nutno uvést, že součástí správního spisu jsou veškeré písemnosti a listiny, které se k dané věci vztahují, jsou produktem činnosti správního úřadu v dané věci nebo jsou mu přímo adresovány, ať už jinými subjekty či účastníky řízení. Oproti tomu přílohami spisu jsou písemnosti nebo listiny, které se nevztahují přímo k věci, je jich však v řízení užito a zpravidla jsou po skončení správního řízení vráceny jejich původci. Spisový přehled, který se pořizuje, musí obsahovat veškeré písemnosti, ať již správnímu orgánu adresované nebo jím vytvořené, které jsou součástí správního spisu.
86. Povinnost doručit Úřadu coby dozorovému orgánu dokumentaci o zadávacím řízení, je zadavateli uložena zákonem. Tato dokumentace se nestává a nemůže stát vlastní součástí správního spisu, neboť jde o dokumentaci, která se po skončení správního řízení vrací zadavateli a mimoto i v méně obsáhlých případech je její rozsah takový, že by správní spis zcela znepřehlednila, když drtivá většina dokumentace o zadávacím řízení je z hlediska správního řízení bezpředmětná. Součástí správního spisu jsou proto toliko doklady o doručení dokumentace o zadávacím řízení, k čemuž odkazují na obsah správního spisu v této věci.
87. Po dobu správního řízení je dokumentace o zadávacím řízení toliko přílohou správního spisu a po skončení správního řízení se v závislosti na své povaze (originály listin/elektronické dokumenty) vrací zadavateli. Vzhledem k rozsahu dokumentace jsou z ní do vlastního správního spisu pořizovány kopie dokumentů, které se coby podklady rozhodnutí stávají součástí správního spisu a jako takové jsou řádně žurnalizovány, k čemuž je možné opět odkázat na obsah spisu v této věci.
88. To, že z dokumentace o zadávacím řízení je do správního spisu „překlápěna“ jenom část dokumentace, která je podkladem rozhodnutí, bylo potvrzeno NSS, a to rozhodnutím ze dne 30. 5. 2013, č. j. 2 Afs 32/2012-33, podle něhož *„Lze naopak plně souhlasit s krajským soudem, že sice nebylo nezbytné, aby stěžovatel do správního spisu zahrnoval (formou kopie) celou zadávací dokumentaci, pokud ji po skončení řízení měl vrátit žalobci zpět, nicméně pokud jde o listiny, na nichž závěry o porušení § 76 odst. 3 ZVZ stojí, jejich absence ve spisu vede minimálně k důvodným pochybnostem, zda byl skutkový stav stěžovatelem zjištěn řádně a v duchu výše uvedených zásad správního řízení. Stěžovatel by pochybnosti krajského soudu o dodržení výše vyjmenovaných zásad vyvrátil právě tím, že by předložil spis takového obsahu, který by zahrnoval pro posouzení věci všechny podstatné podklady.“*

89. Z tohoto obecného úvodu pak vyplývá, že Úřad je povinen vést ve věci správní spis, jehož součástí se obratem stávají dokumenty vztahující se k vedení správního řízení. Dokumentace o zadávacím řízení je Úřadem analyzována a do správního spisu jsou z ní pořizovány kopie dokumentů, které mají být podkladem rozhodnutí. Ze zákona ani z povahy věci není možné dovodit požadavek na to, aby se součástí vlastního spisu (tedy mimo přílohy spisu) stala veškerá dokumentace, kterou Úřad od zadavatele obdrží, a to navíc bezprostředně poté, kdy je Úřadu doručena. S tímto závěrem koresponduje i právo účastníka řízení dané mu v § 36 odst. 3 správního řádu vyjádřit se před vydáním rozhodnutí ve věci k podkladům rozhodnutí. Ustanovení § 36 odst. 3 správního řádu je tím, které závazně určuje okamžik, kdy musí správní spis obsahovat veškeré podklady, z nichž správní orgán ve svém rozhodování vyjde.
90. V daném případě neshledávám při vedení správního spisu žádnou nezákonnost. Úřad učinil součástí správního spisu vše, co předpokládá ustanovení § 17 správního řádu. Předtím, než byli účastníci řízení seznámeni s podklady rozhodnutí, se staly součástí spisu i kopie příslušných částí dokumentace o zadávacím řízení a příslušné FD. Do doby, než se tyto staly součástí správního spisu, lze vyloučit nezákonnou manipulaci, neboť všechny části dokumentace o zadávacím řízení sdílejí režim správních spisů, jsou drženy v uzamčených kancelářích či spisovnách a technické nosiče dat obsahující obchodní tajemství jsou uloženy v trezorech.
91. Posledně uvedené pravidlo o ukládání technických nosičů dat do trezorů a pořizování záznamů o takovém postupu představuje zpřísnění dosavadního přístupu k uchování dokumentace o zadávacím řízení. Toto pravidlo mělo svůj praktický dopad i v posuzovaném správním řízení, kdy Úřad nové možnosti uložit FD do trezoru využil a v průběhu správního řízení FD do trezoru uložil a pořídil o tom záznam. Do té doby byly tyto FD uchovávány coby příloha spisu standardním způsobem, tedy v uzamčené kanceláři. To je rovněž vysvětlení toho, kde se FD nacházely v období od jejich doručení Úřadu do jejich uložení do trezoru, což představuje část námitek zadavatele proti způsobu vedení spisu. Nejde tedy o dokumentaci procesního pochybení Úřadu, nýbrž o dokumentaci dodržení přísnějšího režimu.
92. Neshledávám žádné pochybení v tom, že předmětné FD byly protokolárně poskytnuty znalci a rovněž byly podrobeny analýze ze strany pracovníků Úřadu, kteří jsou všichni vázáni povinností mlčenlivosti. Obojí je běžnou součástí správních řízení. Jak znalec, tak i pracovníci Úřadu jsou povinni se s důkazními prostředky povinni se seznámit a jejich obsah posoudit. Obdobná situace ostatně nastává i v případě, kdy je spis předán správnímu soudu.
93. Obecně lze říci, že bez reálného a racionálního důvodu nemůže být námitka nezákonné manipulace se spisem důvodná. K tomu doplňuji, že ani zadavatel coby účastník řízení netvrdí, že by byl způsobem, jakým Úřad vedl správní spis, zkrácen konkrétně na některém svém právu. V této souvislosti nelze opomenout, že rozkladovou námitku stran vedení spisu vnesl zadavatel, kterému je obsah vlastní dokumentace o zadávacím řízení důvěrně znám, tedy stěžít může namítat – a ani tak nečiní, že mu byla ze strany Úřadu nějaká její část utajena z důvodu tvrzené nezákonné manipulace se spisem.

Námitka neprovedení důkazů navržených zadavatelem

94. Zadavatel dále v rozkladu namítá, že nebyl proveden důkaz porovnáním obsahu všech FD. Zadavatel navrhol, aby byl posouzen obsah všech FD, tj. aby si Úřad vyžádal rovněž zbylé čtyři FD, které se po celou dobu správního řízení nacházely u jednotlivých účastníků zadávacího řízení. Úřad tomuto důkaznímu návrhu nevyhověl a procesně pochybil tím, že zadavatele o zamítnutí důkazu neinformoval.
95. Úřad dále neprovedl důkaz znaleckým posudkem společnosti Cetag, který navrhl zadavatel ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí, ačkoliv závěry tohoto posudku mohou být právně významné z hlediska posouzení naplnění podmínek § 263 odst. 2 zákona. Úřad tento posudek použil účelově a selektivně, neboť na jednu stranu uvádí, že tento posudek je irelevantní a neprovedl jej jako důkaz, na druhou stranu Úřad tímto posudkem argumentuje tam, kde je to výhodné.
96. Nesprávné je rovněž rozhodnutí neprovést důkaz vyjádřeními společnosti CzechToll a stanoviskem JUDr. Jurčíka. Mimoto Úřad procesně pochybil, pokud se v napadeném rozhodnutí nevypořádal s návrhem zadavatele na provedení důkazu právním stanoviskem německé pobočky advokátní kanceláře White & Case. Ze všech uvedených důvodů je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné.
97. K tomuto okruhu námitek zadavatele v první řadě uvádím, že i jimi se Úřad v napadeném rozhodnutí zabýval a proti jeho vypořádání nemám výrazných výhrad.
98. Co se týká zkoumání a porovnání obsahu všech FD, Úřad se v napadeném rozhodnutí soustředil na otázku podstaty datového nosiče, na němž byla část zadávací dokumentace poskytnuta. Skutková zjištění, která v průběhu správního řízení Úřad opatřoval, odpovídala tomuto přístupu. Z hlediska koncepce výroku I. napadeného rozhodnutí nebylo nutné porovnat obsah všech FD, neboť výsledná skutková zjištění by byla nadbytečná. Napadené rozhodnutí ve výroku I. však ruším právě proto, že ve věci není zcela rozhodující zvolený nosič informace, ač by bylo možné představit si vhodnější či obezřetnější přístup ze strany zadavatele, jako spíše následný postup zadavatele (změna obsahu FD) a zkoumání jejího vlivu na další průběh zadávacího řízení. Z tohoto důvodu tedy uzavírám, že v dalším správním řízení bude Úřad tímto rozhodnutím zavázán k zaměření se na tyto otázky a shromáždění adekvátních skutkových zjištění.
99. Úřad o tom, že nevyhovuje důkaznímu návrhu, zadavatele neinformoval, což zadavatel vnímá jako porušení svých procesních práv. K této námitce podotýkám, že správní řízení není typem řízení, v němž by správní orgán, který jej vede, informoval účastníka řízení o provedení, či neprovedení důkazu, viz např. rozsudek NSS ze dne 13. 3. 2013, č. j. 1 As 157/2012 – 40. S výsledkem posouzení důkazních prostředků jakož i s důvody, proč nebylo vyhověno některým návrhům na provedení důkazů, se správní orgán zásadně vypořádává až v rozhodnutí ve věci samé, jak Úřad učinil i v této věci. Úřad tedy nepochybil tím, že zadavatele neinformoval o tom, že určitý důkaz nebude proveden.
100. Znaleckým posudkem společnosti Cetag, s. r. o. ze dne 19. 4. 2018 č. 164/2018 Úřad důkaz neprovedl, což vysvětlil v bodu 482. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde uvedl, že znalecký posudek nezpochybňuje věrohodnost podkladů pro vydání rozhodnutí,

přičemž na jeho základě rovněž nelze dospět k odlišným závěrům, než jsou uvedeny výše; společnost Cetag dospěla k příslušnému závěru na základě posouzení toliko 22 dokumentů z celkového počtu 95 044 dokumentů obsažených v dokumentaci ESVZ.

101. Vzhledem k tomu, že Úřad bude ve věci vést dále řízení a provádět dokazování, nechávám provedení důkazu tímto znaleckým posudkem na jeho uvážení, nicméně shodně s napadeným rozhodnutím konstatuji, že vypovídací hodnota tohoto znaleckého posudku je nízká. Znaleckému ústavu bylo ze strany zadavatele ke zkoumání předloženo 11 dokumentů vždy ve verzi anonymizované a neanonymizované, tedy celkem 22 dokumentů. Tyto dokumenty jsou obsaženy v příloze znaleckého posudku a jedná se o dokumenty, u nichž opravdu došlo pouze k anonymizaci jmen apod. Nelze však přehlédnout, že při zkoumání obsahu FD zjistil Úřad, že rozdíly v jejich obsahu nepředstavuje jen provedená anonymizace, nýbrž se liší i počet a identita předávaných dokumentů, viz body 433. – 442. odůvodnění napadeného rozhodnutí, což však vzorek dokumentů předaných zadavatelem znaleckému ústavu nereflektuje.
102. Z těchto zjištění je zřejmé, že znalecký posudek vycházel z úzkého zadání a jeho závěry nejsou aplikovatelné na celou širší změnu, kterou FD vykazují. Použitelnost znaleckého posudku společnosti Cetag, s. r. o. pro účely správního řízení je značně limitovaná.
103. Zadavatel upozorňuje na *„zcela účelové a selektivní využívání posudku společnosti Cetag ze strany Úřadu, kdy na jednu stranu Úřad uvádí, že je tento posudek irelevantní a neprovedl jej jako důkaz, na druhou stranu tímto posudkem Úřad v odůvodnění Rozhodnutí argumentuje tam, kde je to pro Úřad výhodné (viz např. bod 468. rozhodnutí). Takový selektivní přístup k důkaznímu prostředku považuje zadavatel za zcela nepřijatelný.“* K tomuto upozornění zadavatele pouze dodávám, že Úřad v napadeném rozhodnutí důsledně odlišuje odborné vyjádření společnosti Cetag, s. r. o. ze dne 5. 3. 2018, kterým se zabývá a kterým důkaz provedl, viz pasáže 462. – 474. odůvodnění napadeného rozhodnutí nazvané „K Odbornému vyjádření“, a znalecký posudek společnosti Cetag, s. r. o. ze dne 19. 4. 2018, kterým naopak důkaz neprovedl. V bodu 468. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad nehovoří o znaleckém posudku, nýbrž o odborném vyjádření a neužívá tedy znalecký posudek účelově a selektivně, jak je mu zadavatelem mylně vytýkáno.
104. Důkazní návrhy zadavatele stran vyjádření společnosti CzechToll ze dne 25. 10. 2017 a 10. 4. 2018 a právní stanovisko doc. JUDr. Ing. Jurčíka, PhD. Úřad neopomněl, nicméně tyto důkazní návrhy vyhodnotil jako nadbytečné. Po přezkoumání obsahu uvedených dokumentů konstatuji, že společnost CzechToll ve svých vyjádřeních komentuje podnět a návrhy navrhovatele jakož i skutkový stav a stanoviska zadavatele, přičemž se vyjadřuje k evropské, potažmo německé praxi v oblasti zadávání veřejných zakázek. V tomto ohledu nepřináší tvrzení, která by měnila zjištěný skutkový stav, a jak správně konstatuje Úřad, nezpochybňuje podklady pro vydání rozhodnutí. Stanovisko doc. JUDr. Ing. Jurčíka, Ph.D., je pak stanoviskem právním, přičemž k právnímu posouzení je ve správním řízení zásadně příslušný správní orgán. Právní stanovisko není důkazem v pravém slova smyslu, neboť není způsobilé přispět k objasnění skutkového stavu, k němuž důkazy slouží.
105. Zadavatel namítá, že Úřad opomněl provést důkaz stanoviskem německé pobočky advokátní kanceláře White & Case, což činí jeho rozhodnutí nepřezkoumatelným. K této námitce mám

za to, že Úřad považoval právní stanovisko této kanceláře za součást podání společnosti CzechToll, viz bod 315. odůvodnění napadeného rozhodnutí, a tento důkaz neopomněl, neboť otázku poskytování části zadávací dokumentace ve Spolkové republice Německo, kterou se uvedené právní stanovisko zabývá, zmiňuje v bodu 483. odůvodnění napadeného rozhodnutí v souvislosti s vyjádřeními společnosti CzechToll. O tomto důkazním návrhu každopádně platí totéž, co již bylo řečeno ke stanovisku doc. JUDr. Ing. Jurčíka, PhD., jedná se o stanovisko právní, které nepřináší konkrétní skutková zjištění k řešené věci.

Námítky k Úřadem ustanovenému znalci a znaleckému posudku

106. Zadavatel namítá, že žádal Úřad, aby mohl být účasten výběru znalce i formulování otázek vymezujících předmět znaleckého zkoumání, přičemž Úřad pochybil, pokud se s žádostí zadavatele procesně nevypořádal a učinil tak až v napadeném rozhodnutí. Otázky, které Úřad znalci Ing. Svetlíkovi položil, byly návodné a je z nich dopředu patrné, jaké rozhodnutí by mělo být v dané věci vydáno, tj. rozhodnutí v neprospěch zadavatele. Znalci byly ke zkoumání předloženy předměty, které nebyly součástí správního spisu a nebyly podkladem rozhodnutí – Úřad neučinil řádně a včas součástí správního spisu a podkladem rozhodnutí 3 FD, které poskytl znalci, jehož ustanovil. Znalec nedostatečně rozebral problematiku hashování a dospěl k závěrům na základě nedostatečného a povrchního posouzení, což vyplývá z odborného vyjádření společnosti Cetag, s. r. o.
107. K okruhu námitek týkajících se znaleckého posudku, k jehož vypracování ustanovil Úřad znalce Ing. Svetlíka, předesílám, že na samotné proceduře ustanovení znalce nespátřuji žádnou odchylku od běžného postupu.
108. Dle § 56 správního řádu platí, že závisí-li rozhodnutí na posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí, které úřední osoby nemají, a jestliže odborné posouzení skutečností nelze opatřit od jiného správního orgánu, správní orgán usnesením ustanoví znalce. Usnesení se oznamuje pouze znalci. O zamýšleném ustanovení znalce, popřípadě o ustanovení znalce správní orgán vhodným způsobem účastníky vyrozumí. Správní orgán znalci uloží, aby posudek vypracoval písemně a předložil mu jej ve lhůtě, kterou současně určí. Může znalce také vyslechnout.
109. Ve věci byl znalec ustanoven usnesením ze dne 4. 12. 2017, č. j. ÚOHS-S0406/2017/VZ-34814/2017/521/OPi, což bylo zadavateli oznámeno vyrozuměním ze dne 15. 12. 2017. Zadavatel proti usnesení o ustanovení znalce podal rozklad, v němž protestoval proti tomu, že nebyl informován o ustanovení znalce, nemohl vznést námitku vyloučení znalce dle § 14 správního řádu, nepodílel se na formulaci otázek pokládaných znalci a otázky položené znalci věcně neodpovídají předmětu řízení. Rozklad byl jako nepřípustný zamítnut.
110. Z obsahu spisu jsem zjistil, že znalec byl ve věci ustanoven zákonem předpokládaným způsobem, Úřad v usnesení o ustanovení znalce odůvodnil jednak potřebu jeho ustanovení a nad rámec své povinnosti se zabýval i tím, proč se neobrátil na jiné instituce. Otázky, které znalci položil, odpovídají tomu, jaká skutková zjištění považoval Úřad pro rozhodnutí ve věci za relevantní (zpětná ověřitelnost obsahu technického nosiče dat a její zajištění). Současně odpovídají tomu, že se jedná o technické otázky mimo odbornost oprávněných úředních osob, které bylo nutno zodpovědět znalecky. Oznámení o tom, že byl ve věci

ustanoven znalec, bylo zadavateli doručeno o deset dní později, než byl znalec ustanoven, a tuto prodlevu nepovažuji za zásadní.

111. Správní orgán není povinen formulovat otázky ustanovovanému znalci za součinnosti s účastníkem správního řízení a v posuzovaném případě, kdy se diametrálně lišil pohled Úřadu a pohled zadavatele na to, co má být právně relevantní, se taková součinnost nejeví ani smysluplná.
112. Zadavateli nebylo ve správním řízení nikterak bráněno v tom, aby uplatnil námitku dle § 14 správního řádu, tu však nevznesl. Ve správním řízení pak v reakci na znalecký posudek znalce Ing. Svetlíka zadavatel předložil odborné vyjádření společnosti Cetag, s. r. o. zabývající se znaleckým posudkem Ing. Svetlíka. Tímto vyjádřením se Úřad podrobně zabýval v bodech 462. – 474. odůvodnění napadeného rozhodnutí a konfrontoval je se svými skutkovými zjištěními. Zadavatel se tedy ve správním řízení ke znaleckému posudku Ing. Svetlíka i za spolupráce se znaleckým ústavem, jež si zvolil, podrobně vyjádřil a mám za to, že ve vztahu ke znaleckému posudku Ing. Svetlíka nebyla procesní práva zadavatele zkrácena.
113. Znalci Ing. Svetlíkovi byly ke zkoumání předány tři FD. Tyto nebyly součástí samotného správního spisu, nýbrž byly přílohou spisu (která je formálně *ex lege* také součástí spisu viz § 17 správního řádu) stejně jako veškerá další dokumentace o zadávacím řízení, kterou zadavatel Úřadu předal, viz výše. Do správního spisu byly zařazeny později, nicméně předtím, než proběhlo seznámení s poklady rozhodnutí dle § 36 odst. 3 správního řádu. Jakkoliv by tedy bylo vhodné, aby byly FD součástí spisu již před tím, než byly předány ke znaleckému zkoumání, nejedná se o vadu, která by měla vliv na zákonnost řízení, neboť režim držení správního spisu a jeho příloh je shodný, ve vztahu ke všem mají oprávněné úřední osoby povinnost mlčenlivosti, všechny jsou uchovávány shodně ve spisovných a uzamčených prostorách kanceláří.
114. Co se týká závěrů znaleckého posudku Ing. Svetlíka, mám za to, že znalec se otázkou hashování zabýval dostatečně a jeho závěry nejsou s odborným vyjádřením společnosti Cetag, s. r. o. v rozporu. Jak bude však rozebráno níže, nejsou otázky použitého nosiče dat a jeho zabezpečení ve věci zcela rozhodující.

Námítka k rozboru obsahu FD a ke zjištěnému skutkovému stavu

115. V části a) rozkladu vytýká zadavatel Úřadu, že vyjmul FD č. 001 a 019 z trezoru za účelem porovnání jejich obsahu, avšak není zřejmé, kdo, kdy a jakým způsobem s FD fakticky nakládal. Tento postup je nezákonný, neboť účastníci správního řízení neměli možnost se k výsledkům provedeného zkoumání FD vyjádřit. Zadavatel trvá na tom, že provedl pouze anonymizaci osobních údajů, avšak v důsledku nezákonného nakládání s FD mimo správní spis již není možné zpětně prokázat, kdo a kdy tyto údajné věcné změny provedl. Nezákonný postup Úřadu mu však nemůže být kladen k tíži a provedení forenzní analýzy je již nyní nemožné. Zadavatel se dále zabývá jednotlivými rozdíly v obsahu FD a uvádí, že každá jednotlivá změna představovala údaj, který je z hlediska podání nabídky bezpředmětný, a nemá intenzitu nezbytnou pro uložení nápravného opatření ve smyslu § 263 odst. 2 zákona, neboť nemohl mít na výběr dodavatele žádný vliv.

116. V části b) rozkladu pak zadavatel namítá, že Úřad rezignoval na svou povinnost zjistit skutečný stav věci, čímž rozhodl v rozporu se zásadou materiální pravdy. Úřad totiž měl posoudit všechny FD a pouze v případě, že by zjistil, že vykazují rozdíly, vyhodnotit, do jaké míry mohou naplňovat podmínky § 263 odst. 2 zákona, tj. do jaké míry mohou mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
117. Namítá-li zadavatel, že není zřejmé, kdo s FD fakticky nakládal po vynětí z trezoru a jaký byl výsledek tohoto nakládání, je odpověď na tuto námitku shodná, jako by byla v případě ostatních podkladů správního rozhodnutí. S FD nakládají výhradně oprávněné úřední osoby. Výsledkem porovnání obsahu FD jsou pak body 433. – 442. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde se Úřad podrobně zabývá tím, co z porovnání obsahu obou FD zjistil. Není důvod, proč by posouzení důkazních prostředků v podobě FD mělo být jiné a jeho výstup měl být jiný, než analýza např. listinných důkazů shromážděných ve správním spisu. Správní orgán nepořizuje průběžné záznamy o tom, která oprávněná úřední osoba měla který dokument „v ruce“, jak důkazy hodnotila a co z nich zjistila. K tomu slouží zásadně správní rozhodnutí.
118. K tomu, že je neúčelné vyrozumívát účastníka řízení o tom, že je některým dokumentem prováděn důkaz, se vyjádřil i NSS v rozsudku ze dne 13. 3. 2013, č. j. 1 As 157/2012-40, který konstatoval, že *„[17] Smyslem § 51 odst. 2 správního řádu je umožnit účastníkům řízení, aby mohli být přítomni při provádění důkazů, nebylo-li k jejich provedení nařízeno ústní jednání. Díky přítomnosti při provádění důkazů se mohou účastníci lépe seznámit s jejich obsahem (komplexně všemi vjemy vnímat výpověď svědka, ohledávaný předmět apod.) a v návaznosti na to se detailněji vyjádřit k důkazu. Je-li však jako důkaz prováděna listina, nadto listina předložená stěžovatelkou, není vadou řízení, pokud nebyla stěžovatelka informována o provedení důkazů mimo ústní jednání. [18] V přítomnosti účastníků řízení či veřejnosti se důkaz listinou provádí tak, že se přečte nebo sdělí její obsah (§ 53 odst. 6 správního řádu). Jinak se o provedení důkazu listinou učiní pouze záznam do spisu. Bylo by naprosto bezúčelné, aby žalovaný musel informovat stěžovatelku o tom, že v uvedený den a hodinu si hodlá přečíst jí předložené listiny, a tak jimi provést důkaz. Tím spíše, že správní orgán není povinen sdělovat účastníkům řízení předběžný úsudek o důkazu plynoucí z provedení důkazního prostředku. Své úvahy o hodnocení důkazu vtělí správní orgán až do odůvodnění správního rozhodnutí (§ 68 odst. 3 správního řádu). S obsahem listinného důkazního prostředku se může účastník řízení seznámit při nahlížení do spisu, např. v souvislosti se seznamováním se s podklady před vydáním rozhodnutí.“*
119. Co se týká analýzy obsahu všech FD a otázky zjištěného skutkového stavu, což jsou závěrečné procesní námitky zadavatele, budou tyto otázky posouzeny po zrušení tohoto řízení znovu v návaznosti na právní názor předsedy Úřadu, který se od právního názoru napadeného rozhodnutí liší. Z tohoto důvodu je tedy nadbytečné se otázkou dostatečnosti zjištění skutkového stavu zabývat.
120. Závěrem k námitkám směřujícím proti způsobu vedení správního řízení konstatuji, že jsem v postupu Úřadu v prvostupňovém řízení neshledal takovou procesní vadu, která by měla vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí.

VIII. K naplnění podmínek řízení sp. zn. ÚOHS-S0504/2017/VZ

121. Dříve než přistoupím k rozboru důvodů pro zrušení napadeného rozhodnutí, považuji za nezbytné vyjádřit se ke způsobu, jakým napadené rozhodnutí posuzuje naplnění podmínek řízení sp. zn. ÚOHS-S0504/2017/VZ ve vztahu k ustanovení § 251 odst. 1 zákona na obsah návrhu na zahájení řízení, konkrétně naplnění podmínky tvrzení újmy, která hrozí na právech navrhovatele.
122. Návrh 2 je obsáhlý a zevrubně popisuje pochybení zadavatele spočívající ve třech hlavních faktorech. Konkrétně zadavatel pochybil tím, že (1) stanovil netransparentní způsob zpřístupnění Dokumentace ESVZ, (2) vědomým poskytováním nepravdivých, zavádějících a rozporných údajů nenapravitelně narušil transparentnost zadávacího řízení a přistupuje k navrhovateli diskriminačně a konečně (3) zadavatel ve vztahu k Dokumentaci ESVZ neplnil své povinnosti dle § 36 zákona a dokumenty zařadil do zadávací dokumentace bez jakékoliv kontroly.
123. Napadené rozhodnutí se v bodech 346. – 351. odůvodnění zabývá obecně náležitostmi návrhu. V bodu 352. odůvodnění pak Úřad konstatuje, že navrhovatel v návrhu 2 sice neuvedl újmu, jež mu vznikla či hrozí v důsledku postupu zadavatele, avšak konstatuje, že z obsahu návrh 2 je újma patrná, načež je citován obsah návrhu, tedy tři hlavní okruhy námitek navrhovatele a je odkázáno na podrobné shrnutí obsahu tohoto návrhu.
124. Až z obsahu námitek předcházejících podání návrhu 2 (viz body 353. a 354. odůvodnění napadeného rozhodnutí) Úřad dovodil, že újma navrhovatele spočívá v tom, že byla omezena možnost účastnit se zadávacího řízení transparentním způsobem, v důsledku čehož je možné, že nabídka navrhovatele nebude vybrána jako nejvhodnější. Navrhovatel totiž v námitkách uvedl, že je omezena jeho „*možnost účastnit se jednacího řízení transparentním způsobem, čehož důsledkem je významně omezená možnost Stěžovatele (stejně jako dalších dodavatelů, resp. účastníků řízení) podat nabídku na plnění Veřejné zakázky, která by mohla být následně vybrána jako ekonomicky nejvhodnější a získat Veřejnou zakázku. (...) Porušením zásady transparentnosti Zadavatel zapříčinil skutečnost, že každý dodavatel, resp. účastník řízení, může disponovat odlišnými zadávacími podmínkami. To pak může vést k obdržení neporovnatelných nabídek, přičemž přímo hrozí, že předběžná) nabídka Stěžovatele nebude vybrána jako nejvhodnější, tj. Stěžovateli hrozí na základě netransparentního postupu Zadavatele ztráta nákladů spojených s již několikaměsíčním zapojením v zadávacím řízení včetně souvisejících kroků.*“
125. Napadené rozhodnutí uzavírá, že navrhovatel splnil svou povinnost tvrdit hrozbu újmy či její existenci.
126. Tvrzení újmy je základní náležitostí návrhu na přezkum úkonů zadavatele dle § 251 odst. 1 zákona. Náležitostí, která ve smyslu ustanovení § 251 odst. 4 zákona ve spojení s ustanovením § 257 písm. b) zákona nemůže být dodatečně měněna ani doplňována.
127. Z napadeného rozhodnutí však není patrné, ze které části návrhu lze újmu navrhovatele seznat, v čem by měla spočívat a zda je takové tvrzení relevantní a dostatečné pro to, aby naplnilo podmínku § 251 odst. 1 zákona. V této souvislosti podotýkám, že není zcela

možné za navrhovatele doplňovat náležitosti návrhu z jiných dokumentů, v tomto případě z námitek.

128. Otázkou újmy v návrzích na zahájení řízení o přezkum postupu zadavatele se opakovaně zabývaly správní soudy, jakož samozřejmě i Úřad. V zásadě panuje shoda na tom, že stran újmy postačuje její obecné vymezení, neboť újma nemusí být navrhovateli zcela zřejmá, nemusí být ani vyčíslená ani vyčíslitelná.
129. Ze soudních rozhodnutí nelze přehlédnout zejm. rozsudek NSS ze dne 30. 5. 2014, č. j. 5 Afs 48/2013-272: „*Na prvním místě je třeba postavit na jisto, zda byl žalobce osobou (věcně) aktivně legitimovanou k podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele dle § 114 ZVZ, potažmo k podání správní žaloby. Zdejší soud, ve shodě se soudem krajským, při posouzení této otázky vyšel ze znění § 110 odst. 1 ZVZ, ve spojení s čl. 1 odst. 3 přezkumné směrnice. Z dikcí obou výše citovaných ustanovení vyplývá, že navrhovatelem podle § 114 ZVZ se může stát každá osoba (kterýkoli dodavatel), která: 1) měla nebo má zájem na získání veřejné zakázky, a 2) v důsledku tvrzeného protiprávního jednání zadavatele jí hrozí nebo vznikla újma na jejích právech.*
130. *Výkladem čl. 1 odst. 3 přezkumné směrnice, respektive výkladem pojmu "zájem na získání určité veřejné zakázky" ("an interest in obtaining a particular contract") se Soudní dvůr skutečně zabýval v žalobcem zmíněném rozsudku ve věci Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH a další proti Autobahnen-und Schnellstrassen-Finanzierungs-AG , C-410/01. Dospěl v něm k závěru, že ačkoli přezkumná směrnice výslovně zmocňuje členské státy stanovit podrobná pravidla, podle nichž má být přístup k přezkumnému řízení umožněn každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky, a které v důsledku protiprávního jednání zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jejích právech, neznamená to, že by pojem "zájem na získání určité veřejné zakázky" mohl být vykládán způsobem, který omezuje účinnost (tj. efektivitu) přezkumné směrnice. Z tohoto rozsudku Soudního dvora je ovšem patrné, že dotčení efektivity přezkumné směrnice mělo mít původ v tehdy účinné rakouské právní úpravě, která uchazeči či zájemci ukládala, aby se před samotným přezkumným řízením předpokládaným přezkumnou směrnicí obrátil na tzv. smírčí komisi (Bundes-Vergabekontrollkommission). Tento rozdíl ve skutkovém pozadí věci proto činí závěry uvedeného rozsudku pro souzenou věc jen stěží použitelnými.*
131. *Nejvyšší správní soud proto reflektoval jiné rozsudky Soudního dvora, v nichž Soudní dvůr připustil takovou interpretaci čl. 1 odst. 3 přezkumné směrnice, podle které je přezkumné řízení zpřístupněno osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky, jedině tehdy, pokud jí v důsledku domnělého protiprávního jednání zadavatele vznikla nebo hrozí újma na jejích právech [viz rozsudek Soudního dvora ze dne 19. 6. 2003, Werner Hackermüller proti Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) a Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum, C-249/01, Recueil, s. I-6319]. Obdobně vyznívá i rozsudek ze dne 12. 2. 2004, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG proti Republice Rakousko, C-230/02, Recueil, s. I-1829, v němž Soudní dvůr konstatoval, že čl. 1 odst. 3 přezkumné směrnice nevylučuje, aby byl uchazeč nebo zájemce o veřejnou zakázku poté, co došlo k výběru nejhodnější nabídky, považován za osobu, která ztratila právo na přístup k přezkumnému řízení z toho důvodu, že se neúčastnil zadávacího řízení proto, že nebyl schopen zajistit veškeré zadavatelem poptávané plnění,*

neboť zadávací podmínky údajně obsahovaly diskriminační požadavky, aniž by se však (před rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky) domáhal přezkumu těchto údajně diskriminačních zadávacích podmínek orgánem dohledu.

132. *V návaznosti na právě citovanou judikaturu Soudního dvora proto pokládá Nejvyšší správní soud za plně legitimní, aby dodavatel, který se domáhá přezkumu úkonů zadavatele v zadávacím řízení, prokázal, že měl reálný zájem na získání předmětné veřejné zakázky a že mu tvrzeným porušením zákona hrozí nebo vznikla újma na jeho právech. Nelze však ustrnout na přístupu, že jediným akceptovatelným projevem zájmu na získání veřejné zakázky je vyzvednutí zadávací dokumentace a/nebo podání nabídky (účast v soutěži), neboť ani za těmito kroky zájem na získání veřejné zakázky ve všech případech spolehlivě nestojí. Stejně tak není důvod trvat na tom, aby byla tvrzená újma, respektive škoda v materiálním (damnum emergens et lucrum cessans) či nemateriálním smyslu uchazečem či zájemcem vyčíslena, a to zejména proto, že v raných stádiích zadávacího řízení, před hodnocením nabídek, lze mnohdy jen obtížně odhadnout, zda by jeho nabídka vůbec mohla být vybrána jako nejvhodnější. Lze tedy v nejobecnější rovině shrnout, že smyslem § 110 odst. 1 ZVZ a čl. 1 odst. 3 přezkumné směrnice je umožnit z věcného i osobního hlediska pokud možno co nejširší přístup k přezkumnému řízení, nicméně při současné snaze eliminovat návrhy, které jsou očividně obstrukční anebo šikanózní, případně z materiálního hlediska opožděné proto, že si dodavatel svých práv v době, kdy bylo ještě možné proti postupu zadavatele účinně zakročit, nehleděl (přestože mu tak velí minimálně obecná právní zásada vigilantiibus iura scripta sunt). Tato výchozí vysoce obecná a teoretická teze nicméně musí nalézt svou praktickou aplikaci vždy při zohlednění specifíků jednotlivých druhů zadávacích řízení.“*
133. Citovaný rozsudek nejenže shrnuje dosavadní přístup k pojetí újmy (pozn.: ten se i s ohledem na shodnou textaci zákona po zrušení zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách nezměnil), ale zabývá se i variantou, že je návrh obstrukční, šikanózní či z materiálního hlediska opožděný proto, že si dodavatel nehleděl svých práv včas, a je vždy nutno při aplikaci obecných tezí přihlížet ke specifíkům konkrétního zadávacího řízení.
134. Návrh 2 se týká dokumentace ESVZ, jejího obsahu, utajené změny a toho, že v návaznosti na provedenou změnu obdrželi někteří dodavatelé jinou verzi této dokumentace, než jiní.
135. Dokumentace ESVZ je atypickou součástí zadávací dokumentace. Zadavatel totiž v dokumentaci ESVZ nepopisuje své požadavky na provedení toho, co má být předmětem veřejné zakázky, pouze informuje případné uchazeče o dosavadním systému. Nejde tak o zadávací podmínky v pravém slova smyslu § 28 odst. 1 zákona, podle něhož a) zadávacími podmínkami se rozumí veškeré zadavatelem stanovené 1. podmínky průběhu zadávacího řízení, 2. podmínky účasti v zadávacím řízení, 3. pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení, 4. pravidla pro hodnocení nabídek, 5. další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104.
136. Informativní charakter této dokumentace potvrzuje i odpověď zadavatele na dotaz č. 239, zda je účastník zadávacího řízení povinen kterýkoliv dokument z dokumentace ESVZ znát či využít. V odpovědi na tento dotaz zadavatel uvádí, že dokumentace ESVZ, jejíž součástí je

rovněž dokumentace k EETS, popisuje stávající ESVZ, který je ve vlastnictví České republiky. Je zcela na uvážení účastníků zadávacího řízení, zda a v jakém rozsahu ESVZ využijí pro vybudování SEM. Zadavatel potvrzuje, že v zadávací dokumentaci nestanovil účastníkům zadávacího řízení povinnost, ale pouze možnost dokumentaci ESVZ znát či využít při přípravě předběžné nabídky.

137. Nelze přehlédnout, že v průběhu zadávacího řízení zodpověděl zadavatel téměř tři sta dotazů dodavatelů týkajících se zadávací dokumentace v zadávacím řízení, viz informace z profilu zadavatele. Minimum těchto dotazů se týkalo dokumentace ESVZ, a odkazoval-li na tuto dokumentaci sám zadavatel, jen v jednom případě se vyskytl navazující dotaz (týkající se počtu bran).
138. Dokumentace ESVZ coby část zadávací dokumentace je specifická i tím, že ji měl pro zadavatele na základě smluvních ujednání připravit navrhovatel, který dosud coby monopolní provozovatel systému disponoval její aktuální a kompletní verzí. Ze správního spisu, konkrétně z přílohy č. 3 dodatku ze dne 28. 8. 2016 č. 1-2016 Smlouvy o poskytování služeb souvisejících s provozem systému výkonového zpoplatnění vybraných pozemních komunikací v České republice – zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016 (dále jako „**dodatek 1**“) uzavřeného mezi zadavatelem a navrhovatelem je totiž patrné, že se navrhovatel zavázal připravit pro zadavatele dokumentaci ESVZ v podobě, která měla být poskytnuta všem kvalifikovaným uchazečům o veřejnou zakázku a na základě které mělo být realizováno nové řešení výběru výkonového poplatku na zpoplatněných komunikacích za účelem zpracování nabídky na plnění veřejné zakázky.
139. Ze smluvních ujednání tak vyplývá, že navrhovatel byl coby dodavatel povinen předat dokumentaci k ESVZ, která měla být poskytnuta uchazečům. Podoba, v jaké měla být dokumentace předána, není smlouvami řešena. Je však zřejmé, že navrhovatel si musel být vědom toho, že dokumentace, kterou předá zadavateli, bude zadavatelem předána „kvalifikovaným uchazečům“, tedy okruhu subjektů, který nebyl znám ani v době uzavírání tohoto smluvního ujednání a ještě ani v době předání dokumentace ESVZ zadavateli. Při vědomí toho, že bude dokumentace poskytována dalším nespécifikovaným subjektům, to byl navrhovatel, kdo měl chránit práva svá a práva svých zaměstnanců a obchodních partnerů a poskytnout dokumentaci ESVZ v takové podobě, která mu ochranu osobních a citlivých údajů vůči neurčenému okruhu třetích osob zajistí.
140. Tuto okolnost namítal zadavatel jak ve svém rozhodnutí o námitkách, tak později ve svých vyjádřeních.
141. Žádný dodavatel v průběhu zadávacího řízení nevzněl vůči dokumentaci ESVZ žádnou námitku, a to ani formou dotazu, ani formou námitek. Ani poté, kdy vyšlo v tomto řízení najevo, že zadavatel provedl změnu dokumentace ESVZ, žádný jiný subjekt, který si vyžádal zaslání dokumentace ESVZ, neuplatnil své právo se proti postupu zadavatele ohradit. Jediným uchazečem, který v této souvislosti namítá netransparentnost zadávacího řízení, je navrhovatel.
142. V dalším řízení považuji za nezbytné, aby se Úřad konkrétněji zabýval tím, zda navrhovatel újmu či její hrozbu řádně tvrdí, zda je tedy splněna podmínka řízení ve smyslu ustanovení § 251 odst. 1 zákona, jak jsem již předestřel výše v této části rozhodnutí.

143. Shledá-li Úřad, že je tvrzení navrhovatele stran újmy dostatečné, je třeba, aby se dále zabýval obranou zadavatele proti takovému tvrzení, a to z podání zadavatele, která jsou obsahem správního spisu. V této souvislosti je třeba brát v úvahu konkrétní okolnosti posuzovaného případu, obsah smluvních závazků zadavatele a navrhovatele a specifický charakter dokumentace ESVZ. Není vyloučeno pohlížet na posouzení tvrzení újmy skrze občanskoprávní prizmata, základní zásady, která zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**občanský zákoník**“) výslovně uvádí ve svých úvodních ustanoveních, v tomto smyslu lze poukázat například na zásadu dle § 6 odst. 2 nebo § 8 uvedeného zákona.

IX. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání

K důvodům zrušení výroku I. a II. napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání

144. Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí dospěl k závěru, že zadavatel porušil zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona tím, že nezajistil takové technické řešení poskytování dokumentace ESVZ, na jehož základě by bylo možné zcela jednoznačně určit a zpětně ověřit, jaký konkrétní obsah datového nosiče byl předán jednotlivým dodavatelům. Nebylo ani zamezeno následné nekontrolovatelné manipulaci s obsahem datového nosiče a nebylo umožněno Úřadu přezkoumání skutečnosti, zda všichni dodavatelé obdrželi totožné informace. Tento postup dle názoru Úřadu mohl ovlivnit výběr dodavatele.

145. Ovlivnění výběru dodavatele je v odůvodnění napadeného rozhodnutí shledáno pouze v potenciální rovině (bod 478. odůvodnění napadeného rozhodnutí), a to konstatovaným netransparentním postupem zadavatele učiněným již na samém počátku zadávacího řízení při vydávání zadávací dokumentace.

K extenzivnímu výkladu zásady transparentnosti

146. Z dikce výroku I. plyne, že transparentním je v případě předání zadávací dokumentace pouze takový postup, na základě něhož lze při předání a rovněž i zpětně jednoznačně ověřit, jaký obsah zadávací dokumentace byl jednotlivým dodavatelům předán a zda byl u všech dodavatelů shodný. Odhlédneme-li od konkrétního technického řešení, je uvedeným pravidlem zadavateli kladeno za povinnost, aby v případě předání zadávací dokumentace zajistil takový postup předání celého jejího obsahu, v němž jak zadavatel, tak přebírající strana (dodavatel) nebudou schopni provést v obsahu zadávací dokumentace změny, které by nebyly zpětně zjistitelné. Uvedený postup pak má vyloučit možnost, aby v procesu předání informací došlo na straně výdeje nebo na straně příjmu ke změně zadávací dokumentace.

147. Uvedený závěr v podstatě koresponduje s důvodem, pro který bylo zahájeno správní řízení vedené původně pod sp. zn. ÚOHS-S0406/2017/VZ. V tomto správním řízení Úřad primárně zkoumal technické řešení způsobu předání části zadávací dokumentace, která byla natolik velkého rozsahu, že nebylo možno její zveřejnění na profilu zadavatele. Tato část zadávací dokumentace se týkala výhradně stávajícího systému elektronického mýtného a jejím původním autorem byl poskytovatel tohoto systému, tedy navrhovatel. V rámci zkoumání technického řešení pak Úřad zjistil, jakým způsobem zadavatel metodicky zajistil přípravu

datových nosičů – FD a jakým způsobem došlo k předání a převzetí jednotlivých nosičů dodavatelům, kteří si o předmětnou část zadávací dokumentace požádali. Zabýval se následně za pomoci znaleckého zkoumání skutečností, zda s obsahem FD bylo možno po jeho předání dodavateli manipulovat takovým způsobem, který by nebyl zpětně zjištělný a zda by případné použití funkce hash zajistilo jednoznačnou identifikaci dat na příslušném FD.

148. Až v průběhu správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0406/2017/VZ přistoupila ke zkoumání samotného technického řešení předání zadávací dokumentace i skutečnost, že zadavatel provedl na části FD změnu, kterou označuje jako anonymizaci. Tuto skutečnost uvedl navrhovatel ve svém návrhu ze dne 28. 11. 2017, kterým bylo zahájeno řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0504/2017/VZ. Provedení změny zadávací dokumentace zadavatel žádným způsobem neoznámil dodavatelům a popíral ji i vůči Úřadu, když setrval na stanovisku, že se nejednalo o materiální, ale pouze formální úpravu textu, která na obsahovou stránku této části zadávací dokumentace neměla žádný vliv.
149. Vzhledem ke spojení řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0406/2017/VZ a ÚOHS-S0504/2017/VZ v jedno řízení (spolu s dalšími řízeními zahájenými ve věci přezkumu veřejné zakázky) se Úřad zabýval ve vztahu k předání části zadávací dokumentace na FD oběma hlavními problémy (tj. samotným technickým řešením i skutečností, že byly vydány minimálně dvě verze předmětné části zadávací dokumentace), přičemž jeho skutková zjištění jsou rozsáhlá a podrobná.
150. Zjištěný skutkový stav lze shrnout následovně. Zadavatel z důvodu velkého datového rozsahu části zadávací dokumentace, která se vztahovala výhradně ke stávajícímu systému elektronického mýtného, přistoupil k jejímu předání dodavatelům v souladu s ustanovením § 96 odst. 2 zákona na datových nosičích FD. Z vyjádření zadavatele bylo zjištěno, že jednotlivé FD byly protokolárně vyhotoveny společností CGI IT Czech Republic s. r. o. na základě metodiky přípravy jednotných datadisků, byly očíslovány a předány jednotlivým uchazečům na základě předávacího protokolu, jehož obsahem bylo číslo protokolu, identifikace zakázky a předávající i přebírající strany, prohlášení o převzetí FD s uvedením pořadového čísla a označením, že obsahuje dokumentaci ESVZ ve smyslu 2.6. zadávací dokumentace uvedené veřejné zakázky, datum, místo a podpis přijímajícího. K přístupu k datům na jednotlivých FD bylo dále nutné heslo, které zadavatel jednotlivým dodavatelům poskytl. V průběhu poskytování zadávací dokumentace tímto způsobem došlo ze strany navrhovatele k námitce vůči dodavateli, že obsahem předmětné části zadávací dokumentace jsou citlivé údaje navrhovatele, který byl jakožto provozovatel stávajícího systému elektronického mýtného rovněž autorem této části zadávací dokumentace. Zadavatel tak provedl na části dosud nevydaných FD (dle předpokládaného počtu žadatelů) dle svého tvrzení anonymizaci citlivých údajů týkajících se navrhovatele a nadále vydával FD s odlišným obsahem. Dle tvrzení zadavatele bylo tak vyhotoveno celkem 90 ks FD, přičemž FD č. 1 - 8 obsahovaly původní verzi a FD č. 9 - 20 obsahovaly verzi anonymizovanou. Úřad se při svém zkoumání omezil pouze na porovnání 2 ks FD, a to č. 1 a č. 19, přičemž dospěl k závěru, že změny na jednotlivých FD učiněny byly, jednalo se o vymazání (začernění) některých údajů, avšak byly vymazány i některé údaje, které nelze označit za citlivé, a naopak jiné citlivé údaje vymazány nebyly. Uvedená skutková zjištění lze označit za správná,

pouze přesný rozsah změn všech jednotlivých FD ze strany Úřadu z důvodu procesní ekonomie a z důvodu nadbytečnosti pro vyvozené právní závěry zkoumán nebyl, v této věci tak lze pouze vycházet z tvrzení zadavatele. Vůči výše uvedeným skutkovým zjištěním nemám tak v této věci výhrady.

151. Lze nicméně konstatovat, že právní závěry vyvozené ze zjištěného skutkového stavu nejsou správné, neboť aplikace zásady transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona v daném případě svou obecností excesivně vybočuje ze způsobu, kterým lze danou zásadu jakožto relativně neurčitý pojem vykládat. Zde je tedy nutno v plném rozsahu přisvědčit námitce zadavatele týkající se právě extenzivního výkladu zásady transparentnosti.
152. K samotné zásadě transparentnosti lze uvést následující. Z rozhodnutí NSS ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 se podává: *„Pojem ‚zásada transparentnosti‘ spadá do kategorie tzv. neurčitých právních pojmů; jejich definování obecně v právních předpisech pro jejich povahu samu nemusí být vhodné, dokonce ani možné. To platí tím spíše o právních zásadách, jejichž obecnost a abstraktnost je již samotným klasifikačním znakem právních zásad jako specifického druhu právních pravidel (srov. Holländer, P. Filosofie práva, Aleš Čeněk, Plzeň 2006, s. 139 násl.). Neurčité právní pojmy zahrnují jevy nebo skutečnosti, které nelze úspěšně zcela přesně právně definovat; jejich obsah a rozsah se může měnit, často bývá podmíněn časem a místem aplikace normy. Při interpretaci neurčitého právního pojmu se správní orgán musí zabývat konkrétní skutkovou podstatou, jakož i ostatními okolnostmi případu, přičemž sám musí alespoň rámcově obsah a význam užitého neurčitého pojmu objasnit, a to z toho hlediska, zda posuzovanou věc lze do rámce vytvořeného rozsahem neurčitého pojmu zařadit. Proto se zjištění, zda v daném případě byla porušena zásada transparentnosti, musí odvíjet od hodnocení všech okolností konkrétního případu, z nichž správní orgán učiní závěr, zda je daný pojem naplněn či nikoli. Zákonodárce užitím neurčitých pojmů dává orgánu aplikujícímu právní předpis prostor, aby posoudil, zda konkrétní situace patří do rozsahu neurčitého pojmu či nikoli.“*
153. Pojem transparentnost je tedy velmi flexibilní právě proto, aby bylo možno reagovat na konkrétní okolnosti jednotlivých případů, kdy jedna a tatáž dílčí situace (v posuzovaném případě technické řešení předání rozsáhlé zadávací dokumentace) může působit v odlišných podmínkách zcela transparentně, v jiných naopak může budít pochybnosti o transparentnosti postupu zadavatele. Totéž pak platí i pro nyní posuzovanou situaci, kdy nelze transparentnost postupu zadavatele posuzovat toliko na základě použitého technického řešení, ale je nutno přihlídnout i k dalším okolnostem (například vztah mezi předávající a přijímající osobou a charakter těchto osob, důvod předání informací, zavedená praxe a mnoho dalších aspektů).
154. Současně je nutno upozornit na skutečnost, že judikatura opakovaně stojí na názoru, že vztah mezi zadavatelem a dodavatelem je primárně vztahem soukromoprávním (srov. např. rozhodnutí NSS ze dne 24. dubna 2013, sp. zn. 1 Afs 2/2013 – 46), na který se v obecném pohledu vztahují rovněž zásady soukromého práva, mimo jiné i zásada presumpce poctivosti a dobré víry obsažená v § 7 občanského zákoníku. Ačkoliv zadávací řízení vykazuje mnohá specifika související zejména s vysokou formalizací procesu zadávání veřejných zakázek a současně si tento způsob řízení vedoucí k uzavření smlouvy nese za dobu své existence určité „stigma“, nelze ani v jeho případě rezignovat

na předpoklad, že zadavatelé a dodavatelé jednají při dodržení všech pravidel vůči sobě poctivě a oprávněně se na poctivost druhé strany spoléhají. Je neodmyslitelnou nutností, aby proces zadávání veřejných zakázek byl s ohledem na specifika zadavatele jako kontraktační strany výrazně regulován a současně kontrolován, nelze jej však *a priori* posuzovat optikou, která za každým jednáním vidí spíše snahu o porušení pravidel, než o jejich dodržení.

155. Ze shora uvedeného plyne, že Úřad stanovil výrokem I. takové pravidlo, které klade na zadavatele velmi vysoké až nereálné nároky při postupu v průběhu předávání zadávací dokumentace a které navíc vykazuje vysokou míru obecnosti, aniž by jasně reflektovalo specifika posuzovaného případu. Uvedené pravidlo navíc logicky vychází z předpokladu, že některá ze stran zadávacího řízení usiluje v procesu předávání informací o zadávacím řízení o nepoctivé jednání, kterému je třeba zpřísněním pravidel preventivně zabránit. Pouze dodržení tohoto striktního pravidla je pak považováno za postup, který lze podřadit pod dodržení zásady transparentnosti, přičemž z dikce výroku I. plyne, že takový postup by měl být využit ve všech případech předávání zadávací dokumentace na datových nosičích.
156. Úřad při výkladu zásady transparentnosti odkázal na judikaturu – zejména na rozhodnutí NSS ze dne 30. 3. 2011, č. j. 1 Afs 8/2011-107, rozhodnutí krajského soudu ze dne 15. 2. 2012, č. j. 62 Af 50/2011 a rozhodnutí NSS ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159 (viz. body 381. a 382. odůvodnění napadeného rozhodnutí), z níž vyvodil, že veškeré úkony zadavatele musí být transparentní, přičemž požadavek transparentnosti není splněn, pokud jsou v řízení shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Úřad dále dospěl k závěru, že zadávací dokumentace je zásadní podklad pro zpracování nabídek, a nezbytným předpokladem férovosti je pak nutnost předat všem dodavatelům identické informace o zadávacím řízení. Splnění tohoto předpokladu musí být dle názoru Úřadu i zpětně přezkoumatelné (srov. bod 388. a 389. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Na základě vypracovaných znaleckých posudků, k jejichž závěrům ani způsobu získání nemám námitek, se Úřad snažil zodpovědět otázku, zda bylo možno s obsahem FD poté, co byly byt identicky vytvořeny, následně manipulovat. Úřad dospěl k závěru, že manipulace s obsahem FD byla možná a současně nebylo možno zjistit, kdo případné změny provedl.
157. Úřad se zabýval i provedenou anonymizací, avšak skutečnost, že FD byly vydávány dodavatelům v minimálně dvou různých verzích je použita pouze jako podpůrný argument k tomu, že změna obsahu FD byla možná a navíc její skutečné provedení (ačkoliv zadavatel tzv. anonymizaci za změnu zadávací dokumentace nepovažoval) přispívalo k obrazu netransparentnosti postupu zadavatele (zejména body 405. a 430. a 445. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
158. Obsahem provedených změn se pak Úřad zabývá pouze na základě namátkového porovnání 2 ks flash disků (body 432. až 443. odůvodnění napadeného rozhodnutí), když dospěl k závěru, že již samotná skutečnost, že existovaly min. 2 verze FD (což bylo prokázáno nejen zkoumáním FD ze strany Úřadu, ale rovněž na základě sdělení zadavatele) přispívá k netransparentnosti postupu zadavatele ve spojení se zvoleným technickým řešením.

159. Na základě veškerých zjištění, kterým není v zásadě z obsahového hlediska nic vytknout (pomineme-li nutnost jejich doplnění vyplývající z níže uvedených závěrů) však Úřad provedl abstrakci obecného pravidla, jež stanoví, že netransparentnost je spatřována v tom, že zadavatel nezajistil takové technické řešení, na jehož základě by bylo možno jednoznačně určit a zpětně ověřit, jaký konkrétní obsah datového nosiče byl předán jednotlivým dodavatelům. Důsledkem takového postupu pak měla být možnost následné nekontrolovatelné manipulace s obsahem datového nosiče a nemožnost přezkoumání skutečnosti, zda se všem dodavatelům dostalo na datových nosičích totožných informací.
160. Uvedený výklad zásady transparentnosti ze strany Úřadu tak shledávám nezákonným, neboť zásada transparentnosti, stejně jako ostatní zásady uvedené v § 6 zákona, není konkrétním pravidlem chování, ale její naplnění má být posuzováno zejména s ohledem na jednotlivá specifika každého případu (srov. Dvořák, D., Machurek, T., Novotný, P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 45). Lze zde proto přisvědčit námitce zadavatele, že výklad zásady transparentnosti provedený v napadeném rozhodnutí je nepřipustně extenzivní.
161. Budeme-li se zabývat konkrétním zněním výroku I. napadeného rozhodnutí, plyne z jeho hlavní části závěr, že transparentním je shledáno jen takové technické řešení předání zadávací dokumentace, které umožňuje jednoznačnou zpětnou přezkoumatelnost předaného obsahu datových nosičů. Takový požadavek však svou obecností směřuje do všech případných zadávacích řízení, nikoliv pouze do poměrů posuzované veřejné zakázky. V této souvislosti je třeba poukázat na stávající praxi nejen v oblasti veřejných zakázek, ale v jakémkoliv procesu předávání informací. Uvedený požadavek na zpětnou přezkoumatelnost obsahu předané informace není v běžném styku požadován, a to bez ohledu na formu předání informací, tedy ani v případě listinné podoby, ani v případě datových nosičů. Nelze tedy tvrdit, že pouze takové technické řešení předání zadávací dokumentace, na jehož základě je možné jednoznačně určit a zpětně ověřit konkrétní obsah datového nosiče, je transparentní. V podmínkách dřívější právní úpravy veřejných zakázek se běžně akceptovalo předání zadávací dokumentace v listinné podobě, přičemž ani zde nebylo požadováno předání zadávací dokumentace v takové formě, která by vylučovala jakoukoliv manipulaci s obsahem. Tím méně lze takový požadavek paušálně klást na zadavatele v současných podmínkách technického pokroku, kdy není nikdy možno vyloučit více či méně pravděpodobný zásah do obsahu jakéhokoliv datového nosiče. Připuštění takového postupu by naopak mohlo zcela paralyzovat případná budoucí zadávací řízení, neboť zajištění zpětné přezkoumatelnosti datových nosičů by mohlo být extrémně technicky i personálně náročné.
162. Postup, kdy by při předání zadávací dokumentace na datovém nosiči bylo možno vždy zpětně ověřit jeho obsah a identifikovat případné provedené změny by byl teoreticky možný konkrétní kontrolou předávané informace stranou předávající i přebírající a jejím porovnáním s „etalonem“ zadávací dokumentace uloženým u zadavatele a ověřeným další nezávislou osobou. V případě potvrzení shodnosti předávané informace s etalonem by bylo oběma stranami odsouhlaseno, že informace byla v okamžiku předání zcela shodná s etalonem. Jedná se v podstatě o postup obdobný při ověřování obsahu listin vidimací.

V případě tvrzení změn v obsahu informace by bylo možné předmětnou informaci opětovně porovnat s „etalonem“, jehož správnost je zajištěna nezávislou třetí osobou, např. notářem.

163. Takový postup by byl jistě možný a snadný v případě předání informace malého rozsahu, jejíž obsah je schopna posoudit určitá osoba. Byl by však velmi obtížný v případě předávání tak rozsáhlé informace, jakou byla i dokumentace ESVZ v předmětném zadávacím řízení, jejíž obsah lze reálně zkoumat pouze prostřednictvím výpočetní techniky. Je sice možné zajistit kontrolu obsahu předávané rozsáhlé informace tak, aby změna této informace byla technicky hůře proveditelná (technická řešení uváděná v odůvodnění napadeného rozhodnutí – hash funkce, blue ray disk), avšak jak je opakovaně uváděno – nelze s naprostou jistotou vyloučit manipulaci s daty v případě žádného technického řešení, stejně tak jako nikdy nelze vyloučit méně či více pravděpodobný neoprávněný zásah například do losování (když Úřad sám v napadeném rozhodnutí na losování s ohledem na zásadu transparentnosti odkázal).
164. Jednotlivé úvahy Úřadu o prvcích netransparentnosti obsažených v postupu zadavatele tak nejsou ze své podstaty chybné, nepřipustný je ale kategorický závěr Úřadu, že již samotné technické řešení předání dokumentace ESVZ bylo netransparentní, když vylučovalo zpětnou přezkoumatelnost obsahu jednotlivých FD. Zákon totiž, jak správně poukazuje zadavatel, nestanoví žádné konkrétní požadavky na technickou stránku předání zadávací dokumentace v režimu dle § 96 odst. 2 zákona a Úřad tak není povolán, aby obecně stanovil, která konkrétní technická řešení jsou ze své podstaty transparentní a která nikoliv.
165. V další části výroku I. napadeného rozhodnutí pak Úřad vytýká zadavateli, že důsledkem netransparentního technického řešení předání části zadávací dokumentace byla možnost nekontrolovatelné manipulace s obsahem datového nosiče, aniž by však jakkoliv jasně specifikoval, o jakou manipulaci se mělo či mohlo jednat, a kdo měl být jejím autorem. Je třeba si uvědomit, že ve správním řízení bylo zjištěno, a je nutno uvést, že dané zjištění nebylo ze strany účastníků řízení rozporováno, že zadavatel provedl změnu obsahu jednotlivých FD tak, že existovaly nejméně 2 různé verze této části zadávací dokumentace. Ačkoliv se Úřad zabýval, jak plyne z odůvodnění napadeného rozhodnutí, faktickým provedením uvedených změn, které sám zadavatel označuje za pouhou formální změnu (anonymizaci), nevyvodil ze svých zjištění relevantní závěry, které by zřetelně rezonovaly ve výroku I. napadeného rozhodnutí. Naopak zmíněná manipulace s obsahem datových nosičů je uvedena zcela vágně, a to pouze v té rovině, že zadavatel nezajistil takové technické řešení, které by nekontrolovatelnou změnu vylučovalo, i když bylo zjištěno, že došlo k provedení změny v dokumentaci ESVZ. S ohledem na shora uvedenou nutnost posuzovat případnou transparentnost postupu zadavatele komplexně a se zahrnutím veškerých specifik případu, je namístě zabývat se nikoliv možnou manipulací s obsahem dat, ale skutečným stavem věci, tedy tím, že s obsahem FD jednoznačně manipulováno bylo.
166. Úřad tak musí ve své úvaze týkající se transparentnosti postupu zadavatele zohlednit předmětnou změnu zadávací dokumentace s ohledem na dodržení povinnosti dle § 99 zákona. Uvedené ustanovení § 99 zákona sice nijak nedefinuje, jakého charakteru mají tyto změny být, v daném případě je však zjevné, že se jednalo o změny rozsáhlé a ačkoliv jejich účelem mohla být anonymizace citlivých údajů, ve výsledku je vysoce pravděpodobné, že z obou odlišných verzí bylo možno čerpat rozdílné penzum informací. Úřad se tak musí

zabývat tím, zda v daném případě došlo k provedení změn zadávací dokumentace ve smyslu § 99 zákona, a pokud ano tak dále tím, zda zadavatel splnil veškeré povinnosti, které mu toto ustanovení ukládá. Provedení změny zadávací dokumentace v průběhu zadávacího řízení totiž zákon nevylučuje, avšak stanoví podmínky, na základě jejichž splnění lze následně postup provedení změn označit za souladný se zákonem. Ačkoliv určité závěry ohledně provedených změn zadávací dokumentace napadené rozhodnutí obsahuje, neodráží se tyto závěry relevantním způsobem ve výroku o netransparentnosti postupu zadavatele.

167. V závěrečné části výroku I. napadeného rozhodnutí je uveden další důsledek dle Úřadu netransparentního technického řešení, a to skutečnost, že Úřadu není umožněno zpětně přezkoumat, zda se všem dodavatelům dostalo totožných informací. Jakkoliv tento závěr, stejně jako možnost manipulace s obsahem, zjevně vyplývá již ze samotného hlavního závěru o netransparentnosti technického řešení, které vylučuje zpětnou přezkoumatelnost (tedy i přezkoumatelnost ze strany Úřadu), nelze ani zde pominout, že v řízení před Úřadem vyšlo najevo, že dodavatelé skutečně obdrželi nejméně dvě různé verze části zadávací dokumentace. Opět tedy není na místě zabývat se teoreticky přezkoumatelností obsahu FD ze strany Úřadu v rámci jeho dozorové činnosti, ale naopak zabývat se konkrétními skutkovými zjištěními ohledně změn části zadávací dokumentace. Není sporu o tom, že z pohledu transparentnosti zadávacího řízení je nutné, aby se všem uchazečům dostalo stejných informací tak, aby byli schopni podat vzájemně porovnatelné nabídky. Jak bude však uvedeno dále, dokumentace ESVZ je natolik specifická, že je výslednou úvahou o tom, zda zadavatel porušil své povinnosti takovým způsobem, který odůvodňuje uložení nápravného opatření zvážit s ohledem na všechny okolnosti projednávané věci.
168. V konkrétním případě tak lze konstatovat, že technické řešení, které zadavatel pro předání dokumentace ESVZ zvolil, nemuselo být s ohledem na rozsah a význam veřejné zakázky zcela vhodné. Dále lze pochybovat o tom, že provedení změny zadávací dokumentace v průběhu řízení, kterou zadavatel označuje jako anonymizaci, proběhlo zcela v souladu se zákonem. Vycházíme-li z předpokladu, že dodržení zásady transparentnosti je nutno posuzovat v každém konkrétním případě s ohledem na veškerá specifika jednotlivých veřejných zakázek, lze ve spojení okolnostmi provázejícími předávání dokumentace ESVZ spatřovat prvky, které mohou budít pochybnosti o transparentnosti zadávacího řízení. Jedná se však nikoliv pouze o skutečnost, že zadavatel použil k předání zadávací dokumentace prepisovatelné médium, jehož obsah nezajistil funkcí hash, kdy v potvrzení o předání bylo pouze konstatováno, že se jedná o dokumentaci ESVZ k předmětnému řízení bez jakékoliv další specifikace, ale významně (možná i nejvýznamněji) zde působí fakt, že zadavatel provedl v průběhu předávání zadávací dokumentace její úpravy, a to aniž by provedení těchto úprav dostatečně zdokumentoval a dodavatelům oznámil. Ačkoliv se Úřad všemi těmito skutečnostmi v průběhu řízení zabýval, dospěl ve výroku I. napadeného rozhodnutí k závěru, že k porušení zásady transparentnosti došlo již tím, že nebylo zvoleno takové technické řešení, které by zajišťovalo jednoznačnou určitost a zpětnou přezkoumatelnost obsahu datového nosiče. Případný závěr o netransparentnosti postupu zadavatele však musí být opřen o konkrétní skutková zjištění týkající se věci, která v daném případě poukazují na to, že došlo k provedení změny zadávací dokumentace. Stávající znění výroku I. napadeného rozhodnutí taková skutková zjištění ovšem nereflektuje a vyvozuje nepřipustné

obecné pravidlo pro posouzení zásady transparentnosti, jak bylo již v tomto rozhodnutí opakovaně konstatováno.

169. V úvahu je třeba vzít i přílehlavou judikaturu týkající se transparentnosti zadávacího řízení, přičemž závěry rozhodnutí je třeba vykládat s ohledem na okolnosti provázející situaci, která byla citovaným rozhodnutím posuzována. Jak plyne ze shora uvedeného, je nutno se v případě neurčitých právních pojmů vyhnout paušalizaci, přičemž základní vodítko k posouzení transparentnosti dává shora uvedené rozhodnutí NSS ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 takto: *„Zásada transparentnosti je porušena tehdy, pokud jsou v zadatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehlednutelným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“* Ve světle uvedené definice je tak třeba veškeré prvky vedoucí k závěru o případné netransparentnosti postupu zadavatele konkretizovat.

K posouzení vlivu postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky

170. Stěžejní otázkou u posouzení případné netransparentnosti provedení změny nebo doplnění části zadávací dokumentace ve smyslu § 99 zákona pak zůstává, zda postačí již to, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, nebo je nutno zkoumat zda tento postup a jeho důsledek (tedy to, že někteří dodavatelé obdrželi anonymizovanou verzi dokumentace ESVZ a někteří neanonymizovanou) mohly mít vliv na výběr dodavatele. Úřad v napadeném rozhodnutí vyvozuje pouze hypotetický vliv netransparentního postupu zadavatele (bod 478. odůvodnění napadeného rozhodnutí), avšak odůvodnění tohoto závěru je zcela nedostatečné. Zde podotýkám, že není na místě zkoumat vliv změn ve všech jednotlivostech, takový postup by nebyl možný a ani účelný, avšak je nutno zabývat se tím, zda mohlo mít vliv na výběr dodavatele vydání dvou různých verzí dokumentace ESVZ, tj. anonymizované a neanonymizované.
171. Na daném místě je nasnadě blíže definovat charakter dokumentace ESVZ. Tato dokumentace totiž neobsahuje požadavky zadavatele stran předmětu plnění nyní poptávané veřejné zakázky, ale obsahuje informace o systému výběru mýtného, který nyní provozuje navrhovatel a který nemusejí dodavatelé ve svém technickém řešení zohledňovat. Týká se tedy již zavedeného systému, který je založen na mikrovláknové technologii. Daná charakteristika dokumentace ESVZ tak nepochybně zužuje okruh dodavatelů, pro které může být daná dokumentace relevantní. Lze uvažovat například o tom, že dokumentace ESVZ má potenciální relevanci pro dodavatele, kteří by své technické řešení postavili na mikrovláknové technologii a neplánovali by vyvinout vlastní systém výběru mýtného, ale chtěli by navázat na již fungující systém. Je tak neoddiskutovatelné, že dokumentace ESVZ, byť je součástí zadávací dokumentace, má značně specifické postavení, které je nutno zohledňovat.
172. Z rozhodnutí krajského soudu ze dne 2. 3. 2010, č. j. 62 Ca 72/2008-113 se podává následující: *„(...) musí být splněna podmínka, že nedodržení postupu stanoveného pro zadání veřejné zakázky podstatně ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Pokud by v řízení o přezkum úkonů zadavatele žalovaný sice dospěl k závěru, že zadavatel ZVZ porušil, avšak nikoli do takové míry, že by to podstatně ovlivnilo nebo alespoň mohlo*

ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, pak nejsou podmínky pro uložení nápravného opatření splněny. Dospěje-li tedy žalovaný k závěru, že zadavatel ZVZ porušil, pak je dále rozhodující, zda takový úkon podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, tj. zda v příčinné souvislosti s porušením ZVZ ze strany zadavatele došlo nebo alespoň mohlo dojít k výběru jiné nabídky, než jak by bylo učiněno, pokud by zadavatel zákon neporušil. Podstatnost ovlivnění pořadí je tu třeba v zásadě dovozovat z výsledku posouzení skutečnosti, zda existuje alespoň potenciální možnost, že v důsledku porušení ZVZ zadavatelem se může stát vítězem zadávacího řízení jiná osoba, než by se jím stala za situace, pokud by zadavatel ZVZ neporušil.“

173. Dle platné judikatury vztahující se k vlivu porušení zákona na výběr dodavatele platí, že postačí vliv hypotetický. Neplatí však bez dalšího, že tento hypotetický vliv existuje vždy, ačkoliv samozřejmě vždy lze uvést více či méně pravděpodobný příklad, v němž by bylo možno vliv na výběr dodavatele sledat. Taková možnost však musí být do určité míry skutečně reálná a zejména podložená skutkovými zjištěními nebo specifickými okolnostmi případu. Proto, pokud Úřad dospěl k závěru, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, měl posoudit vliv takového postupu na výběr dodavatele. Úřad však v napadeném rozhodnutí nijak nezvažuje, zda pro některé dodavatele mohla znalost původní verze zadávací dokumentace znamenat nějakou výhodu oproti dodavatelům, kteří obdrželi verzi tzv. anonymizovanou, a to zejména s ohledem na skutečnost, že obsahem dokumentace předávané na FD byly velmi specifické informace vztahující se ke stávající technologii mýtného systému. Situaci ohledně dokumentace ESVZ dokresluje i fakt, že k vysvětlení této části zadávací dokumentace směřovalo minimum dotazů ze strany dodavatelů. Nicméně lze konstatovat, že Úřad výše uvedenou specifičnost dokumentace ESVZ do svých úvah o tom, zda zadavatel skutečně postupoval netransparentně a zda mohl jeho postup ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nezahrnul, i když si uvedené specifičnosti dokumentace ESVZ musel být vědom.
174. Ve věci posouzení vlivu případné netransparentnosti postupu zadavatele nebo provedení změn v zadávací dokumentaci na výběr dodavatele dle § 263 odst. 2 zákona tak lze v plném rozsahu přisvědčit námitkám zadavatele, že Úřad se touto problematikou nezabýval dostatečně a jeho rozhodnutí je tak v této části nepřezkoumatelné, když případný vliv na výběr dodavatele je nutnou podmínkou uložení nápravného opatření.

Dílčí závěr

175. Pro řízení o rozkladu platí dle § 152 odst. 5 správního řádu právní úprava odvolání, pokud to nevyklučuje povaha věci. Ve smyslu § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu může odvolací orgán zrušit napadené rozhodnutí a věc v tomto rozsahu vrátit orgánu prvního stupně k novému projednání společně s právním názorem, kterým je orgán prvního stupně vázán.
176. Na základě výše uvedeného je tak nutno zrušit výrok I. napadeného rozhodnutí pro nezákonnost a věc v tomto rozsahu vrátit Úřadu k novému projednání. S ohledem na to, že výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad uložil v reakci na pochybení zadavatele dle výroku I. nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení, je společně s výrokem I. nutno zrušit i výrok II. napadeného rozhodnutí a i v tomto rozsahu vrátit věc Úřadu

k novému projednání, neboť je patrné, že výrok II. je závislý na výroku I. napadeného rozhodnutí, a proto následuje jeho procesní osud.

Shrnutí doporučení pro opětovné projednání věci v prvním stupni

177. Na tomto místě lze shrnout, že argumentace Úřadu je v jednotlivostech v mnoha směrech přiléhavá. S ohledem na význam veřejné zakázky mohl dodavatel při předání zadávací dokumentace přistoupit k mnoha vhodnějším řešením, která by nijak zásadně nezatížila ani jeho, ani jednotlivé dodavatele (hash funkce, blue ray, podrobnější protokolace předání atd.). Bylo možno očekávat, že s ohledem na význam zakázky se bude zadavatel snažit vyhnout se byť jen případným pochybnostem o transparentnosti svého postupu, přičemž tyto pochybnosti šlo výrazněji rozptýlit jiným technickým řešením poskytnutí dokumentace ESVZ. Lze však souhlasit i se zadavatelem, že Úřad není povolán k tomu, aby stanovil způsob technického řešení, který by byl pro poskytnutí zadávací dokumentace vhodný. Ve světle formulace výroku I., který na základě shora uvedených skutečností vybočuje ze zákonného rámce, je však na místě se konkrétními námitkami k technickému řešení zabývat při případném opakovaném komplexním posouzení transparentnosti postupu zadavatele zejména s ohledem na jeho postup při provedení změn (anonymizace) části zadávací dokumentace.
178. Úřad v novém posouzení věci tedy nebude vycházet ze své původní teze, dle které je netransparentnost postupu zadavatele způsobena již použitým technickým řešením, nýbrž se zaměří na okolnosti tohoto konkrétního případu - totiž na to, že zadavatel provedl změny dokumentace ESVZ tím, že vydal neanonymizovanou i anonymizovanou verzi. Úřad se tak bude zabývat tím, zda takový postup zadavatele představuje změnu zadávací dokumentace ve smyslu § 99 zákona a zda zadavatel splnil veškeré povinnosti spojené s tímto postupem. Na základě takového posouzení Úřad rozhodne o tom, zda zadavatel postupoval v rozporu se zákonem nebo nikoliv. Úřad rovněž posoudí a řádně odůvodní, zda a v čem spatřuje vliv postupu zadavatele na výběr dodavatele. Přitom přihlédně k tomu, že v daném případě je známo, kdo obdržel anonymizovanou verzi dokumentace ESVZ a kdo neanonymizovanou, a také ke specifickému charakteru dokumentace ESVZ (viz bod 171. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Všechny své závěrečné i dílčí úvahy Úřad řádně odůvodní.
179. Shora uvedený postup Úřadu je však namísto pouze tehdy, pokud Úřad dospěje k závěru, že v důsledku případného porušení zákona ze stany zadavatele v případě způsobu předávání zadávací dokumentace nebo provedení jejich změn vznikla nebo hrozí navrhovateli újma na jeho právech (viz. bod 121. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

K důvodům zrušení výroku III. a IV. napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání

180. Úřad výrokem III. napadeného rozhodnutí konstatoval pochybení na straně zadavatele, když tento neuvedl rozsah kilometrů zpoplatněných pozemních komunikací přesně, ale uvedl jej pouze v rovině předpokladu. Dle Úřadu tak dodavatelé neměli k dispozici zadávací podmínky stanovené v takových podrobnostech, aby mohli podat porovnatelné nabídky. Výrokem IV. pak Úřad v reakci na pochybení zadavatele dle výroku III. napadeného

rozhodnutí uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení ve smyslu § 263 odst. 3 zákona.

181. Nejprve je nutno souhlasit se zadavatelem a jeho tvrzením obsaženým v rozkladu, že byť je zadavatel ústředním správním orgánem na úseku dopravy, nelze po něm požadovat přesnou znalost rozsahu zpoplatněných pozemních komunikací k budoucímu datu. Zadavatel v rozkladu poukazuje na to, že výsledný rozsah je podmíněn i objektivními okolnostmi, které zadavatel nemůže ovlivnit a ani předvídat, a tedy na jejich základě nemůže ani postavit najisto uvedený rozsah pozemních komunikací. Navíc Úřad závěr o tom, že zadavatel měl danou informaci disponovat, podložil toliko odkazem na zákon o pozemních komunikacích a vyhlášku o užívání pozemních komunikací zpoplatněných mýtným a konstatováním, že zadavatel je „ústřední orgán státní správy ve věcech dopravy odpovídající za tvorbu státní politiky v oblasti dopravy a v rozsahu své působnosti za její uskutečňování“.
182. Úřad tedy ignoroval to, že objektivní stav věci – tedy rozsah zpoplatněných kilometrů pozemních komunikací – není z povahy věci determinován toliko rozhodnutím zadavatele, nebo zněním zákona, ale že i faktickým stavem komunikací (zda je uvedený úsek pozemní komunikace dostavěn nebo zda se v důsledku objížděk nebo jiných skutečností na úseku, který je jinak zpoplatněn, mýto nevybírá, případně zda není výběr mýtného na daném úseku pozastaven v důsledku jeho stavu), což významně ovlivňuje výsledný rozsah kilometrů zpoplatněných pozemních komunikací. Pokud tedy zadavatel nemůže ovlivnit veškeré okolnosti, které určují rozsah kilometrů zpoplatněných pozemních komunikací, nelze po něm požadovat, aby s absolutní přesností vliv takových okolností předvídal, a aby tak stanovil rozsah zpoplatněných kilometrů pozemních komunikací napevno. Uvedený právní závěr Úřadu je tak nesprávný, neboť nelze u zadavatele dovodit povinnost disponovat relevantními informacemi, pouze na základě znění citovaných předpisů a toho, že je zadavatel ústředním správním orgánem na úseku dopravy, a zcela ignorovat vliv objektivních okolností na znalost uvedené informace.

K vymezení zadávacích podmínek

183. Z § 36 odst. 3 zákona plyne, že zadávací podmínky musí být stanoveny v takových podrobnostech, aby umožnily účast dodavatelů na zadávacím řízení. Jinými slovy, dodavatelé musí ze zadávacích podmínek pochopit, jakým způsobem mají koncipovat své nabídky tak, aby byly porovnatelné (zadávací podmínky tak musí být podrobné typicky ve vztahu ke koncipování nabídkové ceny). K tomuto závěru dospěl i Úřad, když ve výroku III. napadeného rozhodnutí uvedl, že informace o přesném rozsahu kilometrů zpoplatněných pozemních komunikací „jsou nezbytné pro sestavení porovnatelných nabídek dodavateli“. Uvedený kvalitativní požadavek na zadávací podmínky Úřad dále dovozuje například v bodech 553., 556. a 566. odůvodnění napadeného rozhodnutí a je nutno poukázat na to, že ani zadavatel nerozporuje výše uvedenou spojitost mezi mírou podrobnosti zadávací dokumentace a možností podat porovnatelné nabídky.
184. Pokud by byli v daném případě uchazeči o veřejnou zakázku schopni podat porovnatelné nabídky, neboť je jim známo, na základě čeho mají své nabídky koncipovat, lze uvedenou povinnost ve smyslu § 36 odst. 3 zákona považovat v daném případě za splněnou. Nyní je tak nutno poukázat na vysvětlení zadávací dokumentace č. 62 (které obsahuje odpovědi

na dotazy č. 292 a 293), které je ve smyslu § 36 ve spojení s § 98 odst. 1 zákona (viz i bod 540. odůvodnění napadeného rozhodnutí) součástí zadávací dokumentace. V uvedeném vysvětlení zadavatel zcela jasně a zřetelně vymezuje, jak mají dodavatelé své nabídky koncipovat, resp. jaké údaje mají považovat za výchozí. V tomto vysvětlení, které Úřad v napadeném rozhodnutí nikterak nezohlednil, je uvedeno: *„Bez ohledu na shora uvedené skutečnosti pak platí, že zadavatel za účelem vzájemné porovnatelnosti předběžných nabídek požaduje, aby účastníci zadávacího řízení své předběžné nabídky připravili tak, že budou vycházet z předpokládané délky zpoplatněných komunikací tak, jak je uvedena v zadávacích podmínkách.“* Je tedy patrné, že v daném případě uchazeči o veřejnou zakázku měli k dispozici dostatečné množství informací, aby mohli podat porovnatelné nabídky, neboť měli k dispozici závaznou hodnotu rozsahu zpoplatněných kilometrů pozemních komunikací, ze které měli vycházet při koncipování nabídkových cen, a mezi dodavateli o této hodnotě nepanovaly pochyby s ohledem na to, že z vysvětlení zadávací dokumentace č. 62 právě uvedené explicitně plyne. Fakt, že uchazeči o veřejnou zakázku si byli vědomi toho, jakým způsobem mají nabídkové ceny koncipovat (a tedy že předmětné hodnoty jsou pro jejich nabídky závazné) ostatně dokládá i to, že ve výsledku došlo k podání porovnatelných nabídek. Na základě výše uvedeného tak lze usuzovat, že zadavatel splnil svou povinnost ve smyslu § 36 odst. 3 zákona.

185. Při posouzení Úřadem tvrzeného pochybení zadavatele nelze přejít ani body Z1.5 a Z1.6 čl. 9.1 „minimální závazné technické podmínky kladené na dodávku SEM“ Technických podmínek, kde je v bodě Z1.5 uvedeno: *„Dodavatel musí navrhnout a realizovat technické řešení SEM umožňující výběr Mýtného na Zpoplatněných úsecích dálnic v předpokládané úhrnné délce 1 347 km. Objednatel upozorňuje Dodavatele, že uvedená délka se může v průběhu přípravy a realizace SEM změnit.“* a v bodě Z1.6 uvedeno: *„Dodavatel musí navrhnout a realizovat technické řešení SEM umožňující výběr Mýtného na Zpoplatněných úsecích silnic I. třídy v předpokládané úhrnné délce k datu uvedení SEM do Provozu 1 141 Km. Objednatel upozorňuje Dodavatele, že uvedená délka se může v průběhu přípravy a realizace SEM změnit.“* Z uvedených bodů minimálních závazných technických podmínek vztahujících se k etapě 1 plnění veřejné zakázky opět zcela jednoznačně plyne, s jakým rozsahem zpoplatněných kilometrů pozemních komunikací mají dodavatelé operovat. Na tomto ničeho nemění ani Úřadem zohledněné použití slovního spojení *„předpokládané úhrnné délce“*. Uvedené slovní spojení nevyjadřuje nestálost proklamované hodnoty, ale spíše způsob, jakým zadavatel danou hodnotu určil. Proto je zcela irelevantní, jaké slovní spojení zadavatel použije, neboť způsob určení uvedené hodnoty a následně i použití doprovodného slovního spojení (ať už jde o *„předpokládané úhrnné délce“* nebo *„stanovené úhrnné délce“* nebo *„zjištěné úhrnné délce“*) nemá vliv na závaznost uvedené hodnoty pro jednotlivé dodavatele, pokud uvedenou hodnotu zadavatel za závaznou označil, což se v daném případě stalo. Úřad v tomto ohledu přičítá užitému slovnímu spojení přílišnou váhu a odhlíží od toho, že dodavatelům byla zřetelně poskytnuta závazná hodnota rozsahu kilometrů zpoplatněných pozemních komunikací, ze které měli při koncipování nabídek vycházet.
186. Ve smyslu výše uvedeného lze podpůrně odkázat na tvrzení zadavatele, které uvedl v rozkladu, a sice že výsledkem etapy 1 plnění veřejné zakázky má být natolik robustní centrální systém výběru mýtného, který kapacitně pokryje předpokládaný rozsah

zpoplatněných kilometrů, jak jej v zadávací dokumentaci uvedl zadavatel. Tvrzení zadavatele lze v tomto smyslu přisvědčit, neboť jeho požadavek na minimální kapacitu systému proklamovaný v rozkladu lze extrapolovat i z výše citovaných bodů Z1.5 a Z1.6 čl. 9.1 „minimální závazné technické podmínky kladené na dodávku SEM“ Technických podmínek. Předmětné tvrzení zadavatele tak dokresluje závěr, že v daném případě byly hodnoty uvedené zadavatelem pro uchazeče o veřejnou zakázku závazné, jelikož pouze pak obdrží zadavatel plnění, které bude splňovat jeho požadavek na kapacitu systému. I na tomto místě je nutno uzavřít, že zadavatel v tomto smyslu postupoval v souladu se zákonem a takovým způsobem, že uchazečům bylo známo, jak mají koncipovat své nabídky.

187. Uvedená praxe, kterou si zadavatel zvolil, odpovídá použití modelového příkladu, kdy zadavatel v nejasnostech o faktickém budoucím plnění veřejné zakázky, vytvoří modelový příklad, který odráží zadavatelův odhad objektivní reality, a dodavatelé na základě tohoto modelového příkladu koncipují své nabídky. V tomto smyslu lze odkázat i na rozsudek NSS ze dne 31. 1. 2018, č. j. 5 As 247/2016, kde je uvedeno: *„Zadavatel dostatečným způsobem vymezil jednotlivé vstupy pro výpočet nabídkové ceny tak, aby mohli uchazeči podat nabídky s porovnatelnými nabídkovými cenami. Za tímto účelem stanovil zadavatel modelové údaje (zejm. předpokládaný počet vozokilometrů), čímž „zafixoval“ vstupní údaje pro výpočet nabídkové ceny tak, aby byla porovnatelná.“* Dle uvedeného rozsudku je tak použití modelového příkladu přípustným postupem, pročez nelze tvrdit, že by zadavatel stanovením právě takového modelového příkladu postupoval v rozporu se zákonem. Možnost použití modelového příkladu ve vztahu k vytvoření nabídek ostatně aproboval i Úřad odkazem na „stanovisko Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k výpočtu kauce dle ust. § 115 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů“ (viz bod 552. odůvodnění napadeného rozhodnutí), kde je uvedeno, že modelový příklad není ve vztahu k vytvoření nabídkové ceny „odhadem“ nějaké hodnoty, nýbrž pro dodavatele závazným určením takové hodnoty.
188. Na základě shoda uvedené tak lze uzavřít, že zadavatel vymezil zadávací podmínky v dostatečných podrobnostech pro to, aby byli dodavatelé schopni podat porovnatelné nabídky. Zadavatel stanovil, že jím stanovené hodnoty sice představují jeho předpoklad, ale pro dodavatele při podání nabídek jsou dané hodnoty závazné (v tomto smyslu viz body Z1.5 a Z1.6 čl. 9.1 Technických podmínek, případně vysvětlení zadávací dokumentace č. 62, jak je citováno výše), čímž vymezil modelový příklad, a tedy použil praktiku, kterou sám Úřad ve svém stanovisku aprobuje. Postup zadavatele při vymezení zadávacích podmínek, jak je výše uvedeno, nepředstavuje porušení zákona a Úřad se v tomto ohledu dopustil nesprávného právního posouzení věci.

Ke způsobu zohlednění změny rozsahu kilometrů zpoplatněných pozemních komunikací

189. Nasnadě je dále poukázat na to, že zadavatel dodavatele na možnou změnu rozsahu kilometrů zpoplatněných pozemních komunikací několikrát v zadávací dokumentaci upozornil (viz například bod 18 čl. 2.1.2. „Rozsah zpoplatnění“ nebo již zmíněný bod Z1.5 a Z1.6 čl. 9.1 „Minimální závazné technické podmínky kladené na dodávku SEM“ Technických podmínek, nebo vysvětlení zadávací dokumentace č. 62). Dále zadavatel dodavatele upozornil na to, že na uvedenou změnu bude nutno nějakým způsobem reagovat.

190. Zadavatel má obecně možnost na změnu rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky reagovat dvojitým způsobem, buď vyhrazením změny ve smyslu § 100 odst. 1 zákona, nebo změnou závazku ve smyslu § 222 zákona. Předně je nutno uvést, že z gramatického výkladu § 100 odst. 1 zákona, který zní: *„Zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a její obsah jednoznačně vymezeny a změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky. Taková změna se může týkat rozsahu dodávek, služeb nebo stavebních prací, ceny nebo jiných obchodních nebo technických podmínek.“*, plyne, že uvedené představuje pro zadavatele skutečně pouze možnost a nikoliv jeho povinnost na potenciální změny reagovat tímto způsobem. Pokud se zadavatel z jakéhokoliv důvodu rozhodne nereagovat na možnou změnu závazku právě postupem dle § 100 odst. 1 zákona (viz čl. 8.3. „Vyhrazené změny závazku podle § 100 zákona“ Zadávacích podmínek a návrh smlouvy, ze kterých plyne, že si zadavatel změnu rozsahu kilometrů zpoplatněných pozemních komunikací jako vyhrazenou změnu dle § 100 zákona nestanovil a na tomto místě lze přisvědčit tvrzení zadavatele, že tak neučinil, neboť nebyl objektivně schopen jednotně vymezit podmínky pro uvedenou změnu kvůli tomu, že dodavatelé mohli dodat řešení založená na různé technologii, případně kombinaci několika technologií), je nutno změnu závazku provést v zákonném režimu § 222 zákona. Uvedené ustanovení zákona definuje, co lze považovat za podstatné změny závazku a zadavatelům ukládá zákaz takové podstatné změny umožnit.
191. Byť lze tvrdit, že nevymezením si vyhrazené změny ve vztahu ke změně rozsahu kilometrů zpoplatněných pozemních komunikací podstupuje zadavatel riziko, které spočívá v tom, že postupem podle § 222 zákona nemusí dojít k úplnému zohlednění nastalých změn v rozsahu kilometrů zpoplatněných pozemních komunikací, a do jisté míry vystavuje témuž riziku i potenciálního vybraného uchazeče, v tomto ohledu nejde o postup, který by byl v rozporu se zákonem. Jak již bylo uvedeno výše, právní vztah mezi zadavatelem a dodavatelem je ryze soukromoprávní a platí pro něj tedy i nuance typické pro soukromoprávní vztahy, včetně presumpce profesionality a s tím spojené přijetí podnikatelského rizika. V tomto duchu se ostatně vyjádřil i krajský soud v rozsudku ze dne 25. 10. 2017, č. j. 62 Af 121/2016-196, kde uvedl: *„Byť je kontraktace mezi zadavatelem a dodavatelem formalizovaným procesem, který je ovládán povinností dodržet požadavky vyplývající ze ZVZ, vztah mezi zadavatelem a dodavatelem (a to jak ve fázi po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, tak v průběhu její kontraktace) je vztahem soukromoprávním (rozsudky zdejšího soudu ze dne 3.1.2013, č.j. 62 Af 64/2011-41, a ze dne 25.4.2013, č.j. 31 Af 38/2012-52), a to i přes určitá specifika (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21.12.2010, č.j. 9 Afs 69/2010 – 175). Dodavatel (uchazeč o veřejnou zakázku na zajištění dopravní obslužnosti kraje nebo jeho části na 10 let) nutně z povahy věci podstupuje určitou míru podnikatelského rizika.“*
192. Zadavatel zcela jistě nebyl povinen vyhradit si změnu závazku ve vztahu ke změně rozsahu plnění veřejné zakázky a mohl případné změny řešit postupem dle § 222 zákona a tak podstoupit riziko spojené s tím, že by nemohl faktickou změnu rozsahu kilometrů zpoplatněných pozemních komunikací postupem podle § 222 zákona plně zohlednit, neboť by se jednalo o podstatnou změnu závazku, případně vystavit stejnému riziku i dodavatele, neboť presumpce profesionality se vztahuje i na ně.

Ke zvolenému druhu zadávacího řízení

193. Úřad v napadeném rozhodnutí – a to nikoliv pouze ve vztahu k závěrům uvedeným ve výroku III. napadeného rozhodnutí, ale i ve vztahu k výroku I. napadeného rozhodnutí – dále nevzal nikterak v potaz, že zadavatel si pro zadání veřejné zakázky zvolil jednací řízení s uveřejněním. Tedy druh zadávacího řízení, se kterým je spojena i fáze jednání zadavatele s dodavateli, během které je zadavatel oprávněn změnit nebo doplnit zadávací podmínky (viz § 61 odst. 10 zákona). Během jednací fáze tak má zadavatel možnost na základě připomínek od uchazečů zhojit jakékoliv nedostatky, které může zadávací dokumentace obsahovat, s výjimkou změny minimálních technických podmínek. (v tomto smyslu viz i komentář k zákonu: „*Ve třetí fázi, po podání předběžných nabídek účastníky zadávacího řízení, nastává jednání mezi zadavatelem a těmito účastníky o obsahu jejich nabídek a o možnostech jejich modifikace s tím, že přirozeným cílem zadavatele je vyjednat pro sebe co nejvýhodnější podmínky. Zadavatel je na základě proběhlých jednání s účastníky zadávacího řízení taktéž oprávněn měnit či doplňovat zadávací podmínky, s tím, že nesmí docházet k takovým změnám nebo doplnění zadávacích podmínek, které by měly jakýkoliv vliv na minimální technické podmínky stanovené zadavatelem (...)*“ Podešva, V., Sommer, L., Votrubec, J., Flaškár, M., Harnach, J., Měkota, J., Janoušek, M. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 257).
194. S ohledem na to, že pochybení zadavatele, které Úřad uvedl ve výroku III. napadeného rozhodnutí, nelze za pochybení považovat, jelikož zadavatel při vymezení rozsahu zpoplatněných kilometrů pozemních komunikací postupoval v souladu se zákonem, není na místě zvolený druh zadávacího řízení brát v potaz při tomto posouzení. Zvolený druh zadávacího řízení ovšem může mít relevanci při nových úvahách Úřadu, které se budou týkat jiných pochybení stran vymezení zadávacích podmínek, kterých se zadavatel dle návrhů navrhovatele měl dopustit (viz bod 537. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
195. Jak již bylo uvedeno v bodě 175. odůvodnění tohoto rozhodnutí, odvolací správní orgán může zrušit napadené rozhodnutí a věc v tomto rozsahu vrátit orgánu prvního stupně k novému projednání společně s právním názorem, kterým je orgán prvního stupně vázán.
196. S ohledem na výše uvedené lze konstatovat, že výrok III. napadeného rozhodnutí nevychází ze správného posouzení věci a proto jej lze označit za nesprávný a postupem dle předchozího bodu odůvodnění tohoto rozhodnutí je nutno napadené rozhodnutí v rozsahu zmíněného výroku zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání. Společně s výrokem III. je nutno zrušit i výrok IV. napadeného rozhodnutí, kterým Úřad uložil nápravné opatření ve smyslu § 263 odst. 3 zákona spočívající ve zrušení zadávacího řízení v reakci na pochybení zadavatele uvedené ve výroku III. napadeného rozhodnutí. Není pochyb o tom, že výrok IV. je svou podstatou závislý na výroku III. napadeného rozhodnutí a za předpokladu, že dojde ke zrušení výroku III. napadeného rozhodnutí, nemůže výrok IV. sám o sobě obstát (obdobně viz bod 176. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
197. Úřad je v novém projednání věci vázán závazným právním názorem, který plyne ze shora uvedeného, a sice že zadavatel vymezil zadávací podmínky co do rozsahu zpoplatněných kilometrů pozemních komunikací v souladu se zákonem. Lze opětovně konstatovat, že po zadavateli nelze požadovat, aby si byl vědom přesného rozsahu kilometrů

zpoplatněných pozemních komunikací, neboť tento rozsah není determinován toliko rozhodnutím zadavatele nebo zněním obecně závazného právního předpisu, ale také objektivními okolnostmi, které zadavatel nemůže ovlivnit a nemůže tedy ani znát jejich přesný dopad na výsledný rozsah kilometrů. Zadavatel tak může v takových situacích, kdy rozsah plnění veřejné zakázky nelze přesně určit, vymezit pouze svůj předpoklad. Takový postup zadavatele ovšem nelze označit za rozporný se zákonem nebo netransparentní za předpokladu, že uchazeči o veřejnou zakázku si jsou vědomi toho, jak mají vyhotovit nabídku a nabídkovou cenu, což v daném případě plyne z vysvětlení zadávací dokumentace č. 62, ke které Úřad nepřihlédl a ze které je zcela patrné, jakým způsobem mají uchazeči o veřejnou zakázku postupovat při koncipování nabídkové ceny. Úřad tak na základě výše uvedeného závazného právního názoru rozhodne tak, že zadavatel při vymezení rozsahu zpoplatněných kilometrů pozemních komunikací nepostupoval v rozporu se zákonem.

K důvodům zrušení výroků V., VI. a VII. napadeného rozhodnutí

198. Ve výroku V. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli ve smyslu § 263 odst. 8 zákona zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku a to do pravomocného skončení správního řízení ve věci. Výrokem VI. rozhodl Úřad o zastavení správního řízení v rozsahu návrhu 3 ve smyslu § 66 písm. g) správního řádu, neboť se daný návrh v důsledku zrušení zadávacího řízení ze strany Úřadu stal zjevně bezpředmětným. Ve výroku VII. pak Úřad uložil povinnost uhradit náhradu nákladů řízení ve výši 30 000 Kč.
199. Není sporu o tom, že výroky V., VI. a VII. lze označit za výroky, které jsou závislé na zbylých výrocích napadeného rozhodnutí. Tento závěr plyne zejména ze samotného znění zákona, kdy dle § 263 odst. 8 Úřad uloží zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v případě, kdy ukládá nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy a dle § 266 odst. 1 zákona, je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým tento ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, také výrok, dle kterého má zadavatel povinnost uhradit náhradu nákladů řízení. Závislost výroku VI. na zbylé části napadeného rozhodnutí sice nelze dovodit ze znění zákona, jde tak ale učinit na základě objektivní skutečnosti. K zastavení správního řízení v rozsahu návrhu 3 přistoupil Úřad pouze proto, že v dané věci již došlo ke zrušení zadávacího řízení (výroky II. a IV. napadeného rozhodnutí) a daný návrh se stal skutečně bezpředmětným. Jak již ovšem bylo uvedeno, výroky, kterými Úřad zrušil zadávací řízení, byly tímto rozhodnutím o rozkladu zrušeny. Byť proti danému návrhu nebyl podán rozklad, tento výrok, jelikož se jedná o související výrok závislý na výroku II. a IV. napadeného rozhodnutí, nenabyl právní moci, protože jej lze tímto rozhodnutím o rozkladu zrušit, neboť odpadl důvod, pro který bylo o bezpředmětnosti návrhu 3 rozhodnuto.
200. S ohledem na to, že tímto rozhodnutím o rozkladu byly zrušeny oba výroky, kterými Úřad ukládal nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení, je nutno zrušit i veškeré výroky, které jsou na výroci o uložení nápravného opatření závislé, tedy výroky V., VI. a VII. napadeného rozhodnutí.
201. Předseda Úřadu při zrušení prvostupňového rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání z důvodu zachování účelu správního řízení obvykle nařizuje předběžné opatření, kterým zadavateli uloží zákaz uzavřít smlouvu na předmět plnění dané veřejné zakázky. V tomto případě by bylo uložení předběžného opatření v tomto rozhodnutí o rozkladu

nadbytečné, neboť rozhodnutím Úřadu ze dne 23. 11. 2017, č. j. ÚOHS-S0406/2017/VZ-34610/2017/521/OPI bylo předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu na danou veřejnou zakázku zadavateli již uloženo a doposud nebylo zrušeno.

X. Závěr

202. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad ve chvíli, kdy rozhodl napadeným rozhodnutím, nepostupoval v souladu se zákonem, jsem dospěl k závěru, že jsou dány důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání Úřadem.
203. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal, že nastaly zákonné podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání, jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUDr. Jan Nemanský, advokát, ev. č. ČAK 10599, Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r.o., Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1
2. HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy