



UOHSX00B66E9

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0102/2018/VZ-13693/2018/512/TDv

Brno: 9. května 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 16. 3. 2018 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, Nusle,

ve věci možného porušení zásady transparentnosti podle § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „D35 Opatovice – Časy“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 19. 9. 2016 a uveřejněno tamtéž dne 20. 9. 2016 pod ev. č. 634894, ve znění opravy ze dne 17. 7. 2017 a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 19. 9. 2016 a uveřejněno tamtéž dne 24. 9. 2016 pod ev. č. 2016/S 185-332396, ve znění opravy ze dne 14. 7. 2017 pod ev. č. 2017/S 136-278415,

**rozhodl** takto:

### I.

Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, Nusle – **nedodržel zásadu transparentnosti podle § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „D35 Opatovice – Časy“** zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 19. 9. 2016 a uveřejněno tamtéž dne 20. 9. 2016 pod ev. č. 634894, ve znění opravy ze dne 17. 7. 2017 a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 19. 9. 2016 a uveřejněno tamtéž dne 24. 9. 2016 pod ev. č. 2016/S 185-332396, ve znění opravy ze dne 14. 7. 2017 pod ev.

č. 2017/S 136-278415, tím, že poskytl dodatečné informace k zadávacím podmínkám na výše uvedenou veřejnou zakázku netransparentním postupem, když dne 25. 9. 2017 provedl změnu Pod-článku 1.1.5.6 Přílohy k nabídce na základě dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 14.16 ze dne 19. 9. 2017, ačkoliv v dodatečné informaci k zadávacím podmínkám č. 14.16 uvedl pouze, že ruší Pod-článek 4.28 h) Přílohy k nabídce a Pod-článek 4.28 j) Přílohy k nabídce, přičemž tyto Pod-články byly již zrušeny na základě dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 5.4 dne 14. 7. 2017, a jako přílohu této dodatečné informace k zadávacím podmínkám zadavatel sice uveřejnil opravený formulář 6 Příloha k nabídce, avšak v dodatečné informaci k zadávacím podmínkám č. 14.16 ze dne 25. 9. 2017 již výslovně neupozornil na provedenou změnu Pod-článku 1.1.5.6 Přílohy k nabídce, **přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.**

## II.

**Jako nápravné opatření k nezákonnému postupu zadavatele** – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, Nusle – **uvedenému ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1** zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší zadávací řízení na veřejnou zakázku „D35 Opatovice – Časy“** zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 19. 9. 2016 a uveřejněno tamtéž dne 20. 9. 2016 pod ev. č. 634894, ve znění opravy ze dne 17. 7. 2017 a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 19. 9. 2016 a uveřejněno tamtéž dne 24. 9. 2016 pod ev. č. 2016/S 185-332396, ve znění opravy ze dne 14. 7. 2017 pod ev. č. 2017/S 136-278415.

## III.

**Podle § 119 odst. 2** zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb.**, kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, **se zadavateli** – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, Nusle – **ukládá povinnost**

**uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (třicet tisíc korun českých).**

Náklady řízení jsou splatné **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, Nusle (dále jen „zadavatel“) – odeslal dne 19. 9. 2016 k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení zadávacího řízení, čím bylo podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „zákon“) zahájeno zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky „D35 Opatovice – Časy“ v užším řízení, přičemž oznámení o zakázce bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 20. 9. 2016 pod ev. č. 634894, ve znění opravy ze dne 17. 7. 2017 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 9. 2016 pod ev. č. 2016/S 185-332396, ve znění opravy ze dne 14. 7. 2017 pod ev. č. 2017/S 136-278415 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. V bodě 1. zadávací dokumentace je vymezeno, že předmětem plnění této veřejné zakázky je zhotovení stavby D35 Opatovice – Časy.
3. V bodě 2.1 formuláře „oznámení o zakázce“ je uvedeno, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 4.645.015.680,- Kč bez DPH.
4. V bodě 24.1 zadávací dokumentace je uvedeno, že základním hodnotícím kritériem pro zadání této veřejné zakázky je v souladu s § 78 odst. 1 zákona ekonomická výhodnost nabídky a že ekonomická výhodnost nabídky se bude hodnotit ve vztahu k následujícím dílčím hodnotícím kritériím na celkovém hodnocení:

Dílčí hodnotící kritérium	Váha kritéria v celkovém hodnocení
Nabídková cena stavby v Kč bez DPH	90 %
Délka záruční doby	10 %

5. Jak vyplývá z „Protokolu o otevírání obálek s nabídkami“ ze dne 20. 10. 2017, zadavatel obdržel nabídky od společnosti: „Společnost D35 Opatovice – Časy“ – vedoucí účastník Porr a.s.; „SPOLEČNOST D35 OPATOVICE – ČASY – COLAS, HOCHTIEF, M-SILNICE“ – vedoucí účastník COLAS CZ a.s.; „Společnost Metrostav + EUROVIA + SWIETELSKY, D35 Opatovice – Časy“ – vedoucí účastník Metrostav a.s., divize 4; Skanska a.s.; Doprastav a.s.; „GEOSAN-TOTO JOINT VENTURE“ – vedoucí účastník GEOSAN GROUP a.s.; „D35 Opatovice – Časy STRaSMP“ – vedoucí účastník STRABAG a.s.; „Sdružení pro D35 Opatovice – Časy“ – vedoucí účastník ASTALDI S.p.A.
6. Dne 19. 12. 2017 se uskutečnilo jednání hodnotící komise č. 2. Komise na základě provedeného posouzení a hodnocení navrhla zadavateli vyloučit nabídku společnosti „D35 Opatovice – Časy“ společností PORR a.s., IČO 43005560, se sídlem Dubečská 3238/36, Strašnice, 100 00 Praha 10 a PORR Bau GmbH, IČO FN 34160 k, se sídlem Absberggasse 47, 1100 Vídeň, Rakousko, které uzavřely dne 9. 11. 2016 smlouvu o sdružení ve společnosti za účelem podání společné nabídky.
7. Dne 4. 1. 2018 zadavatel odeslal dopis „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení uchazeče zadávacího řízení“, ve kterém oznámil společnosti „D35 Opatovice – Časy“ společností PORR a.s., IČO 43005560, se sídlem Dubečská 3238/36, Strašnice, 100 00 Praha 10 a PORR Bau GmbH, IČO FN 34160 k, se sídlem Absberggasse 47, 1100 Vídeň, Rakousko, které uzavřely dne 9. 11. 2016 smlouvu o sdružení ve společnosti za účelem podání společné nabídky, že rozhodl o vyloučení výše citované společnosti ze zadávacího řízení.
8. Dne 19. 1. 2018 byly zadavateli od společnosti – „D35 Opatovice – Časy“ společností PORR a.s., IČO 43005560, se sídlem Dubečská 3238/36, Strašnice, 100 00 Praha 10 a PORR Bau GmbH, IČO FN 34160 k, se sídlem Absberggasse 47, 1100 Vídeň, Rakousko, které uzavřely dne 9. 11. 2016 smlouvu o sdružení ve společnosti za účelem podání společné nabídky (dále „stěžovatel“ či „vyloučený uchazeč“) – osobně doručeny námítky proti rozhodnutí a oznámení o vyloučení uchazeče o veřejnou zakázku z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „D35 Opatovice – Časy“ ze dne 17. 1. 2018.

9. Dne 31. 1. 2018 bylo stěžovateli od zadavatele doručeno rozhodnutí o námitkách ze dne 29. 1. 2018, ve kterém zadavatel oznámil stěžovateli, že podaným námitkám nevyhovuje.
10. Dne 23. 2. 2018 se uskutečnilo jednání hodnotící komise č. 6. Komise na základě provedeného posouzení a hodnocení navrhla zadavateli vyloučit nabídku společnosti „Sdružení pro D35 Opatovice – Časy“, jehož vedoucím společníkem je společnost ASTALDI S.p.A., se sídlem Via Giulio Vincenzo Bona, 65-00156 Rome, Italská republika, číslo registrace v rejstříku společností: 00398970582, a společníkem je společnost IC İçtaş İnşaat Sanayi ve Ticares A. Ş., se sídlem Maçka Cad. Feza Apartmanı No:1/10 Maçka İstanbul, Turecká republika, číslo registrace v obchodním rejstříku 20244-5.
11. Dne 19. 3. 2018 zadavatel odeslal dopis „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení uchazeče zadávacího řízení“, ve kterém oznámil společnosti „Sdružení pro D35 Opatovice – Časy“, jehož vedoucím společníkem je společnost ASTALDI S.p.A., se sídlem Via Giulio Vincenzo Bona, 65-00156 Rome, Italská republika, číslo registrace v rejstříku společností: 00398970582, a společníkem je společnost IC İçtaş İnşaat Sanayi ve Ticares A. Ş., se sídlem Maçka Cad. Feza Apartmanı No:1/10 Maçka İstanbul, Turecká republika, číslo registrace v obchodním rejstříku 20244-5, že rozhodl o vyloučení výše citované společnosti ze zadávacího řízení.
12. Dne 27. 3. 2018 zadavatel v „Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky“ sdělil účastníkům zadávacího řízení, že jako nejvhodnější nabídka na realizaci předmětné veřejné zakázky byla vybrána nabídka společnosti – „Společnost Metrostav + EUROVIA + SWIETELSKY D35 Opatovice – Časy“, přičemž vedoucím účastníkem společnosti je Metrostav a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4, 180 00 Praha 8.

## **II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

13. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona příslušný k dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh a k projednání přestupků podle tohoto zákona, včetně ukládání sankce za jejich spáchání, získal z vlastní činnosti podezření na možné porušení zásady transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona při provedení změny Pod-článek 1.1.5.6 Přílohy k nabídce ze dne 25. 9. 2017 na základě dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 14.16 ze dne 19. 9. 2017.

## **III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

14. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
15. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-S0102/2018/VZ-08089/2018/512/TDv ze dne 15. 3. 2018, ve kterém Úřad seznámil zadavatele se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí. Dále Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0102/2018/VZ-08173/2018/512/TDv ze dne 16. 3. 2018, stanovil zadavateli jakožto účastníkovi řízení lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
16. Správní řízení bylo zahájeno podle § 113 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), tj. dnem, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli.

17. Dne 22. 3. 2018 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele ke zjištěním Úřadu uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 15. 3. 2018.

*Vyjádření zadavatele ze dne 22. 3. 2018*

18. Zadavatel k pochybnosti Úřadu vznesené v rámci oznámení o zahájení správního řízení ze dne 15. 3. 2018 předně uvedl, že *„[j]e přesvědčen, že při poskytování dodatečných informací a změně zadávacích podmínek v zadávacím řízení na veřejnou zakázku postupoval zcela dle ZVZ a v souladu se základními zásadami zadávacího řízení ve smyslu § 6 odst. 1 ZVZ, mj. tedy i se zásadou transparentnosti.“* Dále zadavatel uvedl: *„Změna zadávacích podmínek je zákonem explicitně připuštěna, přičemž dle ust. § 40 odst. 3 ZVZ je jedinou podmínkou úpravy zadávacích podmínek přiměřené prodloužení lhůty pro podání nabídek, a to s ohledem na povahu provedené úpravy.“* Zadavatel v této souvislosti taktéž uvedl, že *„[z]ákon žádným způsobem nerozlišuje, zda zadavatel ke změně zadávacích podmínek přistoupí na základě vlastního uvážení v rámci odpovědi na dotaz uchazeče (v rámci dodatečné informace), anebo na základě vlastního uvážení, s tím, že tuto změnu zadávacích podmínek dodavatelům oznámí ve zvláštním dokumentu spolu s upravenou přílohou zadávací dokumentace.“*
19. Zadavatel dále dodal, že povinnost zadavatele upozornit dodavatele na prováděnou změnu zadávacích podmínek přímo v textu odpovědi na dotaz uchazeče nevyplývá ze zákona, z dostupné rozhodovací praxe ani z komentářové literatury a dle jeho názoru je třeba dodatečnou informaci posuzovat jako celek, tedy včetně její přílohy a při provádění změn zadávacích podmínek tak není a nemůže být rozhodná pouze forma provedení, ale její obsah.
20. Zadavatel taktéž podotýká, že přímo v textu dodatečné informace č. 5.4, tak i v textu dodatečné informace č. 14.16 výslovně uvedl, že *„[j]ako přílohu této dodatečné informace uveřejňuje opravený formulář Přílohy k nabídce“* (v případě dodatečné informace č. 14.16 uvedl, že *„[j]ako přílohu této dodatečné informace uveřejňuje opravený formulář 6 Přílohy k nabídce“*) a také u obou výše jmenovaných dodatečných informací přímo v textu těchto dodatečných informací uvedl: *„Tato dodatečná informace představuje změnu zadávací dokumentace ve smyslu čl. 10 dílu 2, části 1 zadávací dokumentace.“*
21. Dle názoru zadavatele *„[p]ři provádění změny zadávacích podmínek tak není rozhodné, že se dodatečné informace týkaly jiného Pod-článku Přílohy k nabídce. Podstatné je pouze to, že zadavatel v souvislosti s dotazy k tomuto dokumentu přistoupil k revizi celého jeho obsahu, což mu ZVZ nezakazuje, ba právě naopak; aby mohl zadavatel dostát ust. § 44 odst. 1 ZVZ (úplnost a správnost zadávací dokumentace), je mu dle § 49 odst. 4 ZVZ umožněno poskytovat dodatečné informace k zadávacím podmínkám i bez předchozí žádosti, popř. dokonce provádět změny zadávacích podmínek ve smyslu ust. § 40 odst. 3 ZVZ.“*
22. Zadavatel má tudíž za to, že provedl změnu zadávacích podmínek v daném případě jasně a srozumitelně a plně v souladu se ZVZ i zásadou transparentnosti, kdy zdůrazňuje, že provedenou změnu Pod-článku 1.1.5.6 Přílohy k nabídce: *„Sekcí se rozumí přeložky jiných správců“* ve formuláři 6 Příloha k nabídce zvýraznil červenou barvou. Dále zadavatel uvedl, že *„[p]řílohou obou dodatečných informací č. 5.4 ze dne 14. 7. 2017 a č. 14.16 ze dne 25. 9. 2017 byl vždy aktualizovaný formulář Přílohy k nabídce, a tato příloha byla vždy řádně uveřejněna na profilu zadavatele. Zároveň zadavatel v obou případech uchazeče jasně upozornil, že se jedná o změnu zadávací dokumentace a současně vždy i přiměřeně prodloužil*

*lhůtu pro podání nabídek podle ustanovení § 40 odst. 3 ZVZ. Všichni uchazeči tak měli dostatečný časový prostor se s touto změnou seznámit a reflektovat ji v nabídce.“*

23. V neposlední řadě zadavatel konstatoval, že „[m]ohl při svém postupu v zadávacím řízení porušit zásady dle § 6 ZVZ pouze tehdy, pokud by jeho postup při změně zadávacích podmínek odporoval ZVZ, což se v daném případě nestalo. V této souvislosti zadavatel odkázal na rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-R87/2013/VZ-7179/2013/310/PMa ze dne 4. 4. 2014: „Z dikce ustanovení § 6 zákona vyplývá pro zadavatele veřejných zakázek, při postupu podle zákona, obecná povinnost dodržovat základní zásady zadávání veřejných zakázek, tedy zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákaz diskriminace. Povinností k dodržování základních zásad zde uvedených jsou ovšem zavázáni pouze zadavatelé veřejných zakázek tehdy, pokud postupují podle zákona (až na výjimky vyplývající z § 18 zákona), a contrario se tedy mohou dopustit porušení některé z těchto obecných zásad pouze tehdy, pokud poruší postup, který jsou povinni podle zákona dodržovat. Na základě uvedených úvah je tedy možno učinit závěr, že nelze samo o sobě porušit ustanovení § 6 zákona, aniž by bylo porušeno i jiné ustanovení zákona, které by způsob takového porušení § 6 zákona konkretizovalo. Ustanovení § 6 zákona totiž samo o sobě žádný zákonný či protizákonný postup zadavatele neobsahuje, a proto musí jít vždy ruku v ruce s jiným ustanovením zákona, které by kladlo konkrétní požadavky na konkrétní postup či úkon zadavatele, který byl porušen.“
24. V závěru vyjádření zadavatel uvedl, že svým postupem nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a proto nejsou ani dány důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 odst. 1 zákona, a zároveň tedy navrhuje, aby Úřad řízení zahájené z moci úřední dle § 117a písm. f) zákona zastavil.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

25. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření předložených účastníky řízení a na základě vlastních zjištění dospěl k následujícím závěrům.
26. Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel zásadu transparentnosti podle § 6 odst. 1 zákona, tím, že poskytl dodatečné informace k zadávacím podmínkám na předmětnou veřejnou zakázku netransparentním postupem, když dne 25. 9. 2017 provedl změnu Pod-článku 1.1.5.6 Přílohy k nabídce na základě dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 14.16 ze dne 19. 9. 2017, ačkoliv v dodatečné informaci k zadávacím podmínkám č. 14.16 uvedl pouze, že ruší Pod-článek 4.28 h) Přílohy k nabídce a Pod-článek 4.28 j) Přílohy k nabídce, přičemž tyto Pod-články byly již zrušeny na základě dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 5.4 dne 14. 7. 2017, a jako přílohu této dodatečné informace k zadávacím podmínkám zadavatel sice uveřejnil opravený formulář 6 Příloha k nabídce, avšak v dodatečné informaci k zadávacím podmínkám č. 14.16 ze dne 25. 9. 2017 již výslovně neupozornil na provedenou změnu Pod-článku 1.1.5.6 Přílohy k nabídce, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
27. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

### **K postavení zadavatele**

28. Pro řádné prošetření případu považuje Úřad za nutné nejprve ověřit postavení zadavatele podle § 4 zákona, proto uvádí následující skutečnosti.
29. Úřad v šetřeném případě nejprve ověřil postavení zadavatele podle § 4 zákona.
30. Podle § 4 odst. 1 zákona veřejným zadavatelem je
  - a) Česká republika; v případě České republiky se organizační složky státu považují za samostatné zadavatele,
  - b) Česká národní banka
  - c) státní příspěvková organizace
  - d) územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace,
  - e) jiná právnická osoba, pokud
    - 1) byla založena nebo zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
    - 2) jiný veřejný zadavatel ji převážně financuje, může v ní uplatňovat rozhodující vliv nebo jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním nebo kontrolním orgánu.
31. Z úplného znění zřizovací listiny zadavatele ze dne 11. 3. 2016, ve znění dodatku č. 11 téhož dne, vyplývá, že zadavatel byl zřízen jako státní příspěvková organizace, a to Ministerstvem dopravy České republiky.
32. S ohledem na shora uvedené skutečnosti Úřad tuto část odůvodnění uzavírá s konstatováním, že zadavatel, tj. Ředitelství silnic a dálnic ČR, coby státní příspěvková organizace zřízená Ministerstvem dopravy ČR, je veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. c) zákona.

### **K výroku I. tohoto rozhodnutí**

#### *Relevantní ustanovení zákona*

33. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
34. Podle § 40 odst. 3 zákona provede-li veřejný zadavatel úpravy zadávacích podmínek, je povinen současně přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení nebo lhůtu pro podání nabídek, a to podle povahy provedené úpravy. V případě takové změny zadávacích podmínek, která může rozšířit okruh možných dodavatelů, prodlouží zadavatel lhůtu tak, aby od okamžiku změny činila celou původní délku lhůty pro podání žádosti o účast nebo pro podání nabídek.
35. Podle § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.

36. Podle § 49 odst. 4 zákona může zadavatel poskytnout dodavatelům dodatečné informace k zadávacím podmínkám i bez předchozí žádosti.

*Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce*

37. V bodě 10.2 díle 2, části 1 zadávací dokumentace je uvedeno: „Každá změna bude tvořit součást zadávací dokumentace a bude uveřejněna na profilu zadavatele a odeslána všem známým dodavatelům, kteří požádali o poskytnutí zadávací dokumentace nebo kterým byla zadávací dokumentace poskytnuta. Každý dodavatel si ověří, zda obdržel všechny změny zadávací dokumentace vydané před podáním své nabídky, a to též kontrolou změn zadávací dokumentace uveřejněných na profilu zadavatele.“

38. V díle 2, části 2 zadávací dokumentace – Formuláře dopisu nabídky a přílohy k nabídce v Pod-článku 1.1.5.6 bylo uvedeno následující:

*„Popis definované Sekce (je-li taková):*

***Nepoužije se“***

39. V dodatečných informacích k zadávacím podmínkám č. 1 ze dne 8. 6. 2017 v „Číslo vysvětlení, změny nebo doplnění 1.2“ uvedl zadavatel následující:

*„Vysvětlení, změna nebo doplnění zadávací dokumentace z vlastního podnětu. Zadavatel v příloze zveřejňuje opravenou tabulku „Příloha k nabídce“, která je součástí dílu 2, části 2 ZD.“*

V opravené tabulce „Příloha k nabídce“, která je součástí dílu 2, části 2 zadávací dokumentace, byl zadavatelem změněn Pod-článek 1.1.5.6, jehož znění bylo po provedené změně následující:

*„Popis definované Sekce (je-li taková):*

*Přeložky sítí technické infrastruktury cizích správců v rozsahu podle Dílu 6 zadávací dokumentace – Výkresy*

*SO 132 a SO 225“*

40. V žádosti o dodatečné informace k zadávacím podmínkám ze dne 11. 7. 2017 označené jako „Dotazy k zadávacím podmínkám veřejné zakázky: D35 Opatovice – Časy“ od uchazeče o veřejnou zakázku STRABAG a.s., odštěpný závod Praha, oblast Hradec Králové, Kladská 1082 je uveden následující dotaz:

*„Součástí zadávací dokumentace jsou Zvláštní smluvní podmínky, které byly schválené Ministerstvem dopravy v roce 2016. Zadavatel však v dalších dokumentech tvořících Smlouvu tyto Ministerstvem dopravy schválené Smluvní podmínky mění a to způsobem zvláště nevýhodným pro zhotovitele, konkrétně:*

*v Příloze k nabídce je uvedena smluvní pokuta 100 tis. Kč za každý případ porušení povinnosti vést stavební deník; Příloha k nabídce odkazuje na Pod-článek 4.28 h) Smluvních podmínek; Pod-článek 4. 28 h) však není ve Smluvních podmínkách uveden;*

*Chápe uchazeč správně, že byla tato smluvní pokuta včleněna omylem a neuplatní se?*

*v Příloze k nabídce je uvedena smluvní pokuta 100 tis. Kč za každý případ porušení zajištění bezpečnosti a ochrany zdraví při práci; Příloha k nabídce odkazuje na Pod-článek 4.28 j)*



*Smluvních podmínek; Pod-článek 4.28 j) však není ve Smluvních podmínkách uveden; navíc porušení této povinnosti je již řešeno možností objednatele zadržet stanovenou část platby dle Pod-článku 14.6 d) Smluvních podmínek;*

*Chápe uchazeč správně, že byla tato smluvní pokuta včleněna omylem a neuplatní se?*

*ve formuláři Smlouvy o dílo (díl 3, část 1 Zadávací dokumentace) je vypuštěno písmeno c) Pod-článku 13.2 Smluvních podmínek; zadavatel tak zrušil ujednání o odměně pro případ, kdy zhotovitel předloží návrh na zlepšení.*

*S ohledem na rozpor Smluvních podmínek se Smluvními podmínkami schválenými Ministerstvem dopravy žádáme o vypuštění shora uvedených smluvních pokut z Přílohy k nabídce a o vypuštění ujednání o zrušení Pod-článku 13.2 písm. c) z formuláře Smlouvy o dílo. Zpracuje zadavatel tyto změny?“*

41. Na výše citovanou žádost ze dne 11. 7. 2017 odpověděl zadavatel v dodatečné informaci č. 5.4 ze dne 14. 7. 2017 následovně:

*„9) Ano tato smluvní pokuta se neuplatní*

*10) Ano tato smluvní pokuta se neuplatní*

*Ve věci smluvní pokuty za porušení povinnosti vést Stavební deník a porušení povinnosti zajištění bezpečnosti a ochrany zdraví při práci uvažuje uchazeč správně. Předmětné smluvní pokuty jsou uvedeny v Příloze k nabídce administrativním pochybením zadavatele. Zadavatel tímto ruší bez náhrady Pod-článek 4.28 h) a 4.28 j) Přílohy k nabídce.*

*Jako přílohu této dodatečné informace zadavatel uveřejňuje opravený formulář Přílohy k nabídce.*

*11) Zadavatel tímto potvrzuje platnost formuláře Smlouva o dílo tak, jak byl uveřejněn v zadávací dokumentaci a nebude jeho text upravovat dle návrhu uchazeče.*

*Tato dodatečná informace představuje změnu zadávací dokumentace ve smyslu čl. 10 dílu 2, části 1 zadávací dokumentace.“*

*V opraveném formuláři „Přílohy k nabídce“, který je součástí dílu 2, části 2 zadávací dokumentace, a který byl uveřejněn jako příloha dodatečné informace č. 5.4, zadavatel odstranil Pod-články 4.28 h) a 4.28 j) Přílohy k nabídce.*

42. V žádosti o dodatečné informace k zadávacím podmínkám ze dne 19. 9. 2017 od uchazeče o veřejnou zakázku „Sdružení pro D35 Opatovice – Časy“, jehož vedoucím společníkem je společnost ASTALDI S.p.A., se sídlem Via Giulio Vincenzo Bona, 65-00156 Rome, Italská republika, číslo registrace v rejstříku společností: 00398970582, a společníkem je společnost IC İctaş İnşaat Sanayi ve Ticares A. Ş., se sídlem Maçka Cad. Feza Apartmanı No:1/10 Maçka Istanbul, Turecká republika, číslo registrace v obchodním rejstříku 20244-5 je uveden následující dotaz:

*„Součástí zadávací dokumentace jsou Smluvní podmínky pro výstavbu – zvláštní podmínky, které byly schválené Ministerstvem dopravy v roce 2016. Dokumenty, které tvoří smlouvu o dílo, jsou však se zvláštními podmínkami v rozporu. Zájemce shledává konkrétně následující rozpory:*

*a) v Příloze k nabídce je uvedena smluvní pokuta 100 tis. Kč za každý případ porušení povinnosti vést stavební deník; Příloha k nabídce odkazuje na článek 4.28.h) smluvních podmínek; článek 4.28.h) však není ve smluvních podmínkách uveden;*

*Chápe zájemce správně, že byla tato smluvní pokuta včleněna omylem a neuplatní se?*

*b) V Příloze k nabídce je uvedena smluvní pokuta 100 tis. Kč za každý případ porušení zajištění bezpečnosti a ochrany zdraví při práci; Příloha k nabídce odkazuje na článek 4.28.j) smluvních podmínek; článek 4.28.j) však není ve smluvních podmínkách uveden; navíc porušení této povinnosti je již řešeno možností objednatele zadržet stanovenou část platby dle článku 14.6.d) smluvních podmínek;*

*Chápe zájemce správně, že byla tato smluvní pokuta včleněna omylem a neuplatní se?“*

43. Na výše citovanou žádost ze dne 19. 9. 2017 zadavatel odpověděl v dodatečné informaci č. 14.16 ze dne 25. 9. 2017 následovně:

*„a) Ve věci smluvní pokuty za porušení povinnosti vést Stavební deník uvažuje uchazeč správně. Předmětné smluvní pokuty jsou uvedeny v Příloze k nabídce administrativním pochybením zadavatele. Zadavatel tímto ruší bez náhrady Pod-článek 4.28 h) Přílohy k nabídce.*

*b) Ve věci smluvní pokuty za porušení povinnosti zajištění bezpečnosti a ochrany zdraví při práci uvažuje uchazeč správně. Předmětné smluvní pokuty jsou uvedeny v Příloze k nabídce administrativním pochybením zadavatele. Zadavatel tímto ruší bez náhrady Pod-článek 4.28 j) Přílohy k nabídce.*

*Jako přílohu této dodatečné informace zadavatel uveřejňuje opravený formulář 6 Příloha k nabídce. Tato dodatečná informace představuje změnu zadávací dokumentace ve smyslu čl. 10 dílu 2, části 1 zadávací dokumentace.“*

V opraveném formuláři 6 Příloha k nabídce, který je součástí dílu 2, části 2 zadávací dokumentace, a který byl uveřejněn jako příloha dodatečné informace č. 14.16 u Pod-článků 4. 28 h) a 4.28 j) nedošlo ke změně, avšak došlo ke změně Pod-článku 1.1.5.6, který nyní zněl následovně:

*„Sekcí se rozumí přeložky jiných správců.“*

*Právní posouzení*

44. S ohledem na skutkové okolnosti projednávaného případu je stěžejní otázkou, kterou se Úřad v přezkoumávané věci zabýval, to, zda způsob, kterým zadavatel provedl změnu Pod-článku 1.1.5.6 Přílohy k nabídce dne 25. 9. 2017 na základě dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 14.16 ze dne 19. 9. 2017 je v souladu se zásadou transparentnosti.
45. Úřad tedy nejprve v obecné rovině uvádí, že zásada transparentnosti vyjádřená v § 6 odst. 1 zákona je vedle zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem bezvýhradně dodržována v celém průběhu zadávacího řízení.
46. Otázkou zásady transparentnosti se ve své rozhodovací činnosti již opakovaně zabývaly soudy a taktéž Úřad. Nejobecněji je pak tato zásada definována v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 -159 ze dne 15. 9. 2010 (dostupný online:

www.nssoud.cz), v němž bylo uvedeno, že „[p]ojem 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. (...) 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.“

47. V uvedeném rozsudku se Nejvyšší správní soud dále vyjadřuje k zásadě transparentnosti takto: „Požadavek transparentnosti je přitom považován za splněný v případě, že v postupu zadavatele nejsou shledány takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, nebo by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“
48. Závěr uvedený v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010 je v plném souladu s výkladem zásady transparentnosti ze strany Soudního dvora Evropské unie, neboť stanovisko generální advokátky Stix-Hackl ze dne 12. 4. 2005 ve věci C-231/03, Coname, konkrétně v bodě 90 tohoto stanoviska je uvedeno: „Kromě toho princip transparentnosti představuje naopak vůdčí zásadu pro celé zadávací řízení. K tomu patří rovněž například přezkoumatelnost rozhodnutí zadavatele a obecně objektivní postup během zadávacího řízení.“ Za netransparentní lze dle rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 77/2008-45 ze dne 4. 11. 2010 tedy považovat jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.
49. Úřad výše definoval základní obsahové atributy zásady transparentnosti, přičemž přistoupil k aplikaci těchto parametrů na skutkový stav zjištěný v projednávané věci za účelem posouzení toho, zda postup zadavatele lze považovat z materiálního hlediska za transparentní.
50. Úřad však považuje za účelné se nejprve vypořádat s argumentací zadavatele, kdy ten tvrdí, že „[m]ohl při svém postupu v zadávacím řízení porušit zásady dle § 6 ZVZ pouze tehdy, pokud by jeho postup při změně zadávacích podmínek odporoval ZVZ, což se v daném případě nestalo.“ Úřad zde uvádí, že primární vypořádání tohoto argumentu je nutné z toho důvodu, že jím zadavatel zpochybňuje samotnou právní kvalifikaci skutku provedenou Úřadem
51. V této souvislosti zadavatel odkázal na rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-R87/2013/VZ-7179/2013/310/PMa ze dne 4. 4. 2014: „Z dikce ustanovení § 6 zákona vyplývá pro zadavatele veřejných zakázek, při postupu podle zákona, obecná povinnost dodržovat základní zásady zadávání veřejných zakázek, tedy zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Povinností k dodržování základních zásad zde uvedených jsou ovšem zavázáni pouze zadavatelé veřejných zakázek tehdy, pokud postupují podle zákona (až na výjimky vyplývající z § 18 zákona), a contrario se tedy mohou dopustit porušení některé z těchto obecných zásad pouze tehdy, pokud poruší postup, který jsou povinni podle zákona dodržovat. Na základě uvedených úvah je tedy možno učinit závěr, že nelze samo

*o sobě porušit ustanovení § 6 zákona, aniž by bylo porušeno i jiné ustanovení zákona, které by způsob takového porušení § 6 zákona konkretizovalo. Ustanovení § 6 zákona totiž samo o sobě žádný zákonný či protizákonný postup zadavatele neobsahuje, a proto musí jít vždy ruku v ruce s jiným ustanovením zákona, které by kladlo konkrétní požadavky na konkrétní postup či úkon zadavatele, který byl porušen.“*

52. Úřad v dané věci konstatuje, že výše uvedené rozhodnutí je svým právním názorem, který zadavatel používá jako argument, v rozhodovací praxi Úřadu ojedinělým. Úřad v této věci konstatuje, že pouze jedno rozhodnutí v čase nezakládá ustálenou rozhodovací praxi Úřadu, ale jedná se pouze o ojedinělý právní názor, byť vyslovený samotným Úřadem. Ačkoliv Úřad v tomto případě rozhodl, že nelze samo o sobě porušit ustanovení § 6 zákona, aniž by bylo porušeno i jiné ustanovení zákona, které by způsob takového porušení § 6 zákona konkretizovalo, Úřad na tento právní názor navázal a tento právní názor dále neaproboval do své konstantní rozhodovací praxe. Z ustálené rozhodovací praxe Úřadu naopak plyne, že porušení samotného ustanovení § 6 zákona je možné. Tento odklon v rozhodovací praxi Úřadu byl způsoben následnou rozhodovací činností soudů ve správním soudnictví. Úřad zde odkazuje na rozhodnutí Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 119/2013-59 ze dne 20. července 2015 (tedy jedná se o rozhodnutí novější, než je rozhodnutí předsedy Úřadu, na které poukazuje zadavatel), kde je uvedeno: *„Soud považuje za potřebné poukázat též na to, že byť ve výroku prvostupňového rozhodnutí uvedeno, že žalobce měl spáchat jeden správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ, a to jednak porušením § 6 ZVZ a jednak porušením § 45 odst. 1 v návaznosti na § 6 ZVZ, je zřejmé, že se však jednalo o jinou skutkovou podstatu – jednou byl porušen přímo § 6 ZVZ tím, že žalobce požadoval po dodavatelích zajištění dodávky různých samotných skupin výrobků, jejichž dodávku mohou zajistit různí dodavatelé, druhým jednáním byl porušen § 45 odst. 1 ZVZ, neboť zadavatel v zadávací dokumentaci neuvedl, jaké odchylky od požadovaných parametrů technických podmínek akceptuje, ačkoliv odchylky připustil.“* Podstatné je, že v citovaném rozsudku je uvedeno, že se dle právního názoru soudu jednalo o dva správní delikty, kdy v jednom případě byl přímo porušen jen § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. Na základě toho, že Krajský soud v Brně ztvdil právní posouzení založené na tom, že porušení zásady § 6 zákona není třeba vykládat vždy ve vztahu k porušení jiného ustanovení zákona, uzavírá Úřad, že má tuto námitku zadavatele za nedůvodnou.
53. Ostatně tato otázka již byla řešena v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. Afs 45/2010-159 ze dne 15. 9. 2010 (dostupný online: <http://www.nssoud.cz>), kde je uvedeno: (...) *„Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti.“* Dle názoru Nejvyššího správního soudu tak ke konstatování netransparentnosti plně postačuje, že v průběhu zadávacího řízení prokazatelně vyvstanou pochybnosti odporující požadavkům zákona na průhlednost a transparentnost zadávacího řízení. Z výše citovaného rozhodnutí tedy jasně vyplývá, že k samotnému porušení zásady transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona může dojít, aniž by muselo být porušeno i jiné ustanovení zákona a správní soudy pak ve své rozhodovací praxi (viz výše) tento přístup potvrdily.
54. Úřad po vypořádání výše uvedeného tvrzení zadavatele přistoupil k posouzení stěžejní otázky v projednávané věci, tedy zda postup zadavatele lze považovat z materiálního

hlediska za transparentní a zda je tento postup v souladu s kritérii, které vymezují transparentnost postupu v zadávacím řízení.

55. Úřad v přezkoumávané věci předně zjistil, že zadavatel provedl změnu Pod-článku 1.1.5.6 Přílohy k nabídce dne 25. 9. 2017 prostřednictvím poskytnuté dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 14.16 ze dne 19. 9. 2017, přičemž v dané dodatečné informaci k zadávacím podmínkám č. 14.16 (která se týkala zrušení Pod-článků 4.28 h) a 4.28 j) Přílohy k nabídce; viz bod 42. odůvodnění tohoto rozhodnutí) zadavatel v textu dodatečné informace pouze uvedl, že ruší Pod-články 4.28 h) a 4.28 j) Přílohy k nabídce, a současně, že jako přílohu předmětné dodatečné informace uveřejňuje opravený formulář „6 Přílohy k nabídce“ (viz body 42 a 43. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
56. Výše zjištěná skutečnost představuje pro Úřad hlavní podstatu šetřeného případu, jelikož tím, že zadavatel v odpovědi na dodatečnou informaci č. 14. 16 uvedl pouze, že bude provádět určitou změnu (která mj. z racionálního hlediska již nešla provést, jelikož, jak Úřad zjistil, Pod-články 4.28 h) a 4.28 j) Přílohy k nabídce byly bez náhrady již zadavatelem zrušeny dne 14. 7. 2017 na základě dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 5. 4 ze dne 11. 7. 2017; viz body 40. a 41. odůvodnění tohoto rozhodnutí), avšak ve skutečnosti provedl úplně jinou změnu (změnu Pod-článku 1.1.5.6 Přílohy k nabídce, konkrétně změnu textu tohoto Pod-článku), vnáší do zadávacího řízení prvek, který je zmatečný, nejasný a nepředvídatelný. Současně je postup zadavatele možno hodnotit tak, že vzbuzuje pochybnosti o pravých důvodech jeho jednání. Z těchto důvodů tedy Úřad považuje postup zadavatele za netransparentní.
57. Úřad na úvod své argumentace v obecné rovině nezpochybňuje, že zadavatel může provádět změny zadávací dokumentace například pouze odkazem na nový dokument, či že tyto změny může činit z vlastní iniciativy, nebo jako odpověď na žádost o dodatečné informace. Co však musí zadavatel vždy dodržet, je konzistentnost jeho postupu právě z důvodu transparentnosti celého zadávacího řízení. Zadavatel nemůže v textu odpovědi na dodatečnou informaci podrobně popisovat změnu, kterou neprovedl a naopak mlčet o změně, kterou provedl.
58. Dané atributy zásady transparentnosti byly tedy zadavatelem porušeny v případě, kdy v textu odpovědi na dodatečnou informaci napsal něco jiného, než ve skutečnosti provedl, tímto postupem účastníky zadávacího řízení dezinformoval a uvedl v omyl, neboť účastníci zadávacího řízení, nemohli z odpovědi na dodatečnou informaci č. 14. 16 předpokládat ani nikterak pochopit, že zadavatel provede změnu Pod-článku 1.1.5.6 Přílohy k nabídce, jelikož zadavatel v textu odpovědi výslovně uvedl něco jiného. Postup, kdy zadavatel napíše, že bude provádět určitý úkon, ale ve skutečnosti provede úplně něco jiného, je nepřípustný v celém průběhu zadávacího řízení.
59. Úřad uvádí, že rozporný se zásadou transparentnosti, je takový postup, kdy zadavatel fakticky vyžaduje, aby dodavatelé předvíдали a legitimně očekávali, že zadavatel provede změnu Pod-článku 1.1.5.6 Přílohy k nabídce, i když v dodatečné informaci k zadávacím podmínkám č. 14.16 píše, že bude provádět změnu Pod-článku 4.28 h) a 4.28 j) Přílohy k nabídce. Úřad uvádí, že již samotná skutečnost, že zadavatel v textu dodatečné informace k zadávacím podmínkám uvede, že bude provádět určitou změnu a následně provede úplně jinou změnu, představuje prvek netransparentnosti, ale právě tato změna způsobu

poskytování dodatečných informací ze strany zadavatele ještě umocňuje celkovou netransparentnost celého zadávacího řízení

60. Úřad má za to, že shora uvedenými úvahami dovodil, že postup zadavatele nebyl v souladu se zásadou transparentnosti. To, že byl postup zadavatele netransparentní, ani nevyvrátila jeho argumentace ve vyjádření zadavatele ze dne 22. 3. 2018, kdy nejprve tvrdil, že *„[z]měna zadávacích podmínek je zákonem explicitně připuštěna, přičemž dle ust. § 40 odst. 3 ZVZ je jedinou podmínkou úpravy zadávacích podmínek přiměřené prodloužení lhůty pro podání nabídek, a to s ohledem na povahu provedené úpravy.“*
61. Úřad v této souvislosti zdůrazňuje, že souhlasí s tvrzením zadavatele, že změna zadávacích podmínek je zákonem připuštěna, a dále Úřad ani netvrdil, že by zadavatel porušil § 40 odst. 3 zákona. V tomto případě zadavatel postupoval zcela správně, když prodloužil přiměřeně lhůtu pro podání nabídek, a to podle povahy provedené úpravy. Úřad ani nepopírá, že je v zákoně v rámci úpravy zadávacích podmínek uvedena daná povinnost přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání žádosti o účast v zadávacím řízení nebo lhůtu pro podání nabídek, a to podle povahy provedené úpravy, avšak zadavatel při úpravě zadávacích podmínek musí vždy dodržovat zásadu transparentnosti společně se zásadou rovného zacházení a zákazu diskriminace, jelikož se jedná o základní zásady veřejných zakázek uvedené v § 6 odst. 1 zákona, které musí být zadavatelem bezvýhradně dodržovány v celém průběhu zadávacího řízení, ostatně toto již bylo Úřadem konstatováno výše.
62. Dále zadavatel v této věci argumentoval, že *„[z]ákon žádným způsobem nerozlišuje, zda zadavatel ke změně zadávacích podmínek přistoupí na základě vlastního uvážení v rámci odpovědi na dotaz uchazeče (v rámci dodatečné informace), anebo na základě vlastního uvážení, s tím že tuto změnu zadávacích podmínek dodavatelům oznámí ve zvláštním dokumentu spolu s upravenou přílohou zadávací dokumentace.“*
63. Úřad s výše citovanou argumentací zadavatele souhlasí, jelikož v zákoně opravdu není nikterak rozlišeno, zda zadavatel ke změně zadávacích podmínek přistoupí na základě vlastního uvážení v rámci odpovědi na dotaz uchazeče (v rámci dodatečné informace), anebo na základě vlastního uvážení, s tím že tuto změnu zadávacích podmínek dodavatelům oznámí ve zvláštním dokumentu spolu s upravenou přílohou zadávací dokumentace, ale v obou případech musí zadavatel vždy postupovat v souladu se zásadou transparentnosti. Úřad nezpochybnuje, že zadavatel může dle § 49 odst. 4 zákona změnit zadávací dokumentaci z vlastního podnětu, či v podstatě bez odůvodnění, pouze s uveřejněním například nové přílohy. Úřad však vidí jako netransparentní situaci, kdy zadavatel uchazeče doprovodným textem ke změně uvádí v omyl, když tvrdí, že mění něco jiného, než reálně mění.
64. Úřad dále nepopírá tvrzení zadavatele, že přílohou obou dodatečných informací k zadávacím podmínkám č. 5.4 a č. 14.16 byl vždy aktualizovaný formulář Přílohy k nabídce, který byl řádně uveřejněn na profilu zadavatele, a že zadavatel v rámci obou citovaných dodatečných informací uvedl: *„Tato dodatečná informace představuje změnu zadávací dokumentace ve smyslu čl. 10 dílu 2, části 1 zadávací dokumentace.“* Avšak z odpovědi na dodatečnou informaci k zadávacím podmínkám č. 14.16 plyne pouze to, že zadavatel zruší Pod-články 4.28 h) a 4.28 j) Přílohy k nabídce, ale tyto Pod-články 4.28 h) a 4.28 j) Přílohy k nabídce byly již zadavatelem dne 14. 7. 2017 bez náhrady zrušeny. Úřad zde uvádí, že pokud dodavatelé uvažovali racionálně, tak jim z odpovědi vyplynulo, že zadavatel ruší již dříve zrušenou

zadávací podmínku. Úřad konstatuje, že je zjevné, že na další změnu uchazeče zadavatel již neupozornil, tzn., že v textu dodatečné informace č. 14.16 uvedl, něco zcela jiného, než reálně provedl. Tento postup zadavatele, jak již výše Úřad uvedl, je nepředvídatelný a dochází tím k dezinformaci účastníků zadávacího řízení. Současně vzbuzuje pochybnosti o pravých důvodech jeho jednání. Úřad nad rámec výše uvedeného dodává, že je pravděpodobné, že takovýto postup zapříčiní situaci, kdy dodavatelé změnu Pod-článek 1.1.5.6 Přílohy k nabídce v opraveném formuláři „6 Příloha k nabídce“ nereflektují. Ostatně situace, kdy uchazeč o veřejnou zakázku nerefletoval změnu Pod-článek 1.1.5.6 Přílohy k nabídce na základě dodatečné informace č. 14.16 v jednom případě nastala, když společnost –„D35 Opatovice – Časy“ společností PORR a.s., IČO 43005560, se sídlem Dubečská 3238/36, Strašnice, 100 00 Praha 10 a PORR Bau GmbH, IČO FN 34160 k, se sídlem Absberggasse 47, 1100 Vídeň, Rakousko, které uzavřely dne 9. 11. 2016 smlouvu o sdružení ve společnosti za účelem podání společné nabídky – byla ze zadávacího řízení vyloučena dne 4. 1. 2018 na základě toho, že nabídka vyloučeného uchazeče nespĺňovala požadavek zadavatele na to, aby její součástí byla aktuální verze Přílohy k nabídce, jelikož obsahovala verzi neaktuální, která nekorespondovala s posledním zveřejněným zněním v dodatečné informaci k zadávacím podmínkám č. 14.16 ze dne 25. 9. 2017. Nabídka vyloučeného uchazeče obsahovala údaj Pod-článek 1.1.5.6 Přílohy k nabídce, který odpovídal zadávací dokumentaci ve znění dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 1 ze dne 8. 6. 2017.

65. Úřad dále uvádí, že si je vědom tvrzení zadavatele, že ze zákona nevyplývá jakákoliv povinnost zadavatele explicitně upozornit dodavatele na prováděnou změnu zadávacích podmínek přímo v textu odpovědi (dodatečné informace) na dotaz uchazeče, pokud je tato změna prováděna v rámci dodatečných informací, a že dodatečnou informaci je třeba posuzovat jako celek, tedy včetně přílohy. Úřad k tomu konstatuje, že pokud by zadavatel v textu dodatečné informace k zadávacím podmínkám uváděl vždy pouze, že změna zadávacích podmínek spočívá v uveřejnění nového formuláře Přílohy k nabídce, tak by jednal zcela transparentně, neboť, jak sám zadavatel správně uvedl, ze zákona nevyplývá jakákoliv povinnost zadavatele explicitně upozornit dodavatele na prováděnou změnu zadávacích podmínek přímo v textu odpovědi. Rozhodně však není přípustné, aby zadavatel uvedl v rámci jedné dodatečné informace k zadávacím podmínkám zcela konkrétní informace o změně zadávacích podmínek a to, že ruší Pod-články 4.28 h) a 4.28 j) Přílohy k nabídce, ale reálně provede v rámci téže dodatečné informace i změnu jinou, tj. změnu Pod-článek 1.1.5.6 Přílohy k nabídce, o které již dodavatele výslovně v dodatečné informaci k zadávacím podmínkám neinformuje. Takový postup již Úřad shledává netransparentním, jak již výše uvedl a objasnil.
66. Dále se Úřad zabýval tvrzením zadavatele, „[že] v případě změn zadávací dokumentace je výrazem zásady transparentnosti skutečnost, že zadavatel je povinen dát všem dodavatelům stejnou šanci (z časového a věcného hlediska) seznámit se s provedenou změnou, a to zejména jejím uveřejněním na profilu zadavatele, a dále přiměřené prodloužení lhůty pro podání nabídek tak, aby měli všichni dodavatelé dostatečný prostor pro reflektování provedených změn zadávacích podmínek ve svých nabídkách.“
67. Úřad k tomuto uvádí, že s tvrzením zadavatele souhlasí, ale taktéž konstatuje, že se v případě zásady transparentnosti nelze zcela jistě omezit jen na výše uvedený aspekt zadavatele. Úřad uvádí, že zásada transparentnosti má rozsáhlejší význam a nelze se omezit jen na

zadavatelem tvrzené skutečnosti, které musí zadavatel dodržovat v rámci provádění změn zadávací dokumentace, neboť zásada transparentnosti se vztahuje na veškeré zadavatelem prováděné faktické úkony i opomenutí v zadávacím řízení. Pokud některý z těchto úkonů způsobí nečitelnost v zadávacím řízení, tak zadavatel jedná v rozporu se zásadou transparentnosti, což jak výše Úřad objasnil, v šetřeném případě nastalo.

68. Úřad se dále věnoval prohlášení zadavatele, že „[p]ři provádění změny zadávacích podmínek tak není rozhodné, že se dodatečné informace týkaly jiného Pod-článku Přílohy k nabídce. Podstatné je pouze to, že zadavatel v souvislosti s dotazy k tomuto dokumentu přistoupil k revizi celého jeho obsahu, což mu ZVZ nezakazuje, ba právě naopak; aby mohl zadavatel dostat ust. § 44 odst. 1 ZVZ (úplnost a správnost zadávací dokumentace), je mu dle § 49 odst. 4 ZVZ umožněno poskytovat dodatečné informace k zadávacím podmínkám i bez předchozí žádosti, popř. dokonce provádět změny zadávacích podmínek ve smyslu ust. § 40 odst. 3 ZVZ.“
69. Úřad předně k dané proklamaci uvádí, že nepopírá, že podle § 44 odst. 1 zákona mj. za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel, a aby tomu mohl dostat je mu dle § 49 odst. 4 zákona dovoleno poskytovat dodavatelům dodatečné informace k zadávacím podmínkám i bez předchozí žádosti.
70. Úřad však v dané věci rozhodně nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že podstatné je pouze to, že zadavatel v souvislosti s dotazy k tomuto dokumentu přistoupil k revizi celého jeho obsahu, a že při provádění změny tak není rozhodné, že se dodatečné informace týkaly jiného Pod-článku Přílohy k nabídce. V tomto případě, kdy odpověď zadavatele na dodatečnou informaci k zadávacím podmínkám č. 5.4 a č. 14.16 byla obsahově identická, tedy, že zadavatel ruší bez náhrady Pod-článek 4.28 h) a 4.28 j) Přílohy k nabídce, bylo důvodné upozornit nebo odkázat na změnu, kterou provádí z vlastní iniciativy, konkrétně tedy změnu Pod-článku 1.1.5.6 Přílohy k nabídce. V tomto případě, kdy odpověď zadavatele na dodatečnou informaci k zadávacím podmínkám č. 5.4 a č. 14.16 byla obsahově identická, tedy, že zadavatel ruší bez náhrady Pod-článek 4.28 h) a 4.28 j) Přílohy k nabídce, bylo důvodné upozornit nebo odkázat na změnu, kterou provádí z vlastní iniciativy, konkrétně tedy změnu Pod-článku 1.1.5.6 Přílohy k nabídce. Účastníci zadávacího řízení totiž nemohli předvídat, že zadavatel v rámci dodatečné informace provede změnu Přílohy k nabídce z vlastního podnětu, jelikož z textu odpovědi na dodatečnou informaci č. 14.16 vyplývá pouze, že zadavatel ruší již zrušené. Transparentní postup by byl i ten, kdyby zadavatel uvedl pouze, že v rámci dodatečné informace č. 14.16 uveřejňuje opravený formulář Přílohy k nabídce, jelikož, jak už je i výše uvedeno, zákon nenařizuje, aby zadavatel v textu dodatečné informace k zadávacím podmínkám explicitně upozornil dodavatele na prováděnou změnu, ale pokud tedy napsal, že provede změnu určitého Pod-článku Přílohy k nabídce, ale ve skutečnosti provede změnu úplně jiného Pod-článku Přílohy k nabídce, tak tímto postupem zakládá v zadávacím řízení nepředvídatelnost, zmatečnost a dezinformuje dodavatele.
71. Úřad danou věc uzavírá tím, že zadavatel nedodržel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky tím, že porušil zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 zákona, když při změně Pod-článku 1.1.5.6 Přílohy k nabídce na základě dodatečné informace č. 14.16 ze dne 19. 9. 2017, nenaplnil stanovená kritéria pro dodržení předmětné zásady, a tím tedy způsobil nečitelnost v zadávacím řízení. Úřad poté přistoupil k posouzení toho, jestli byla naplněna podmínka



alespoň potencionálního podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky. K této otázce se vyjádřil Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 120/2013-156 ze dne 26. 3. 2015, když uvedl, že „*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 ...*“. Není tedy rozhodující, zda k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky skutečně došlo, ale postačí eventuální možnost podstatného ovlivnění. Lze tedy shrnout, že v případě, kdy zadavatel nedodrží postup stanovený zákonem, postačuje k uložení nápravného opatření potenciální možnost, že k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky mohlo dojít.

72. K podmínce podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, respektive k jeho potencialitě, Úřad uvádí, že výše uvedený nezákonný postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Je tomu tak z toho důvodu, že nabídka vyloučeného uchazeče dle údajů zaznamenaných v protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 20. 10. 2017 by s ohledem na základní hodnotící kritérium stanovené v bodě 24.1 zadávací dokumentace, jímž je ekonomická výhodnost nabídek skládající se ze dvou dílčích hodnotících kritérií (viz bod 4. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž hlavním atributem v tomto případě je první dílčí hodnotící kritérium nabídková cena stavby v Kč bez DPH, neboť všichni uchazeči v rámci druhého dílčího hodnotícího kritéria uvedli stejnou délku záruční doby, byla s největší pravděpodobností nejvýhodnější nabídkou. Tento závěr Úřad učinil s přihlédnutím ke skutečnosti, že dne 19. 3. 2018 byl zadavatelem vyloučen uchazeč o veřejnou zakázku – „Sdružení pro D35 Opatovice – Časy“, jehož vedoucím společníkem je společnost ASTALDI S.p.A., se sídlem Via Giulio Vincenzo Bona, 65-00156 Rome, Italská republika, číslo registrace v rejstříku společností: 00398970582, a společníkem je společnost IC İçtaş İnşaat Sanayi ve Ticares A. Ş., se sídlem Maçka Cad. Feza Apartmani No:1/10 Maçka Istanbul, Turecká republika, číslo registrace v obchodním rejstříku 20244-5. Úřad proto uzavírá, že nelze proto vyloučit, že pokud by vyloučený uchazeč o veřejnou zakázku pokračoval v účasti v zadávacím řízení, mohla by jeho nabídka být ze strany zadavatele vybrána jako nejvhodnější.
73. Úřad tedy konstatuje, že podmínka pro uložení nápravného opatření spočívající v existenci alespoň potencionálního vlivu na výběr nejvhodnější nabídky je v daném případě naplněna neboť postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
74. Pokud jde o poslední podmínku pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona, Úřad konstatuje, že zadavatel dosud neuzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Dle Úřadu tak jsou naplněny všechny zákonné podmínky pro to, aby Úřad mohl uložit nápravné opatření ve smyslu § 118 odst. 1 zákona.
75. Vzhledem k veškerým uvedeným skutečnostem Úřad konstatuje, že zadavatel v zadávacím řízení na veřejnou zakázku nedodržel zásadu transparentnosti podle § 6 odst. 1 zákona, tím, že poskytl dodatečné informace k zadávacím podmínkám na předmětnou veřejnou zakázku netransparentním postupem, když dne 25. 9. 2017 provedl změnu Pod-článek 1.1.5.6 Přílohy k nabídce na základě dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 14.16 ze dne 19. 9. 2017, ačkoliv v dodatečné informaci k zadávacím podmínkám č. 14.16 uvedl pouze, že

ruší Pod-článek 4.28 h) Přílohy k nabídce a Pod-článek 4.28 j) Přílohy k nabídce, přičemž tyto Pod-články byly již zrušeny na základě dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 5.4 dne 14. 7. 2017, a jako přílohu této dodatečné informace k zadávacím podmínkám zadavatel sice uveřejnil opravený formulář 6 Příloha k nabídce, avšak v dodatečné informaci k zadávacím podmínkám č. 14.16 ze dne 25. 9. 2017 již výslovně neupozornil na provedenou změnu Pod-článku 1.1.5.6 Přílohy k nabídce, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

76. S ohledem na výše uvedené rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

## **V. ULOŽENÍ NÁPRAVNÉHO OPATŘENÍ**

77. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

78. Úřad konstatuje, že zadavatel v zadávacím řízení na veřejnou zakázku nedodržel zásadu transparentnosti podle § 6 odst. 1 zákona, tím, že poskytl dodatečné informace k zadávacím podmínkám na předmětnou veřejnou zakázku netransparentním postupem, když dne 25. 9. 2017 provedl změnu Pod-článku 1.1.5.6 Přílohy k nabídce na základě dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 14.16 ze dne 19. 9. 2017, ačkoliv v dodatečné informaci k zadávacím podmínkám č. 14.16 uvedl pouze, že ruší Pod-článek 4.28 h) Přílohy k nabídce a Pod-článek 4.28 j) Přílohy k nabídce, přičemž tyto Pod-články byly již zrušeny na základě dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 5.4 dne 14. 7. 2017, a jako přílohu této dodatečné informace k zadávacím podmínkám zadavatel sice uveřejnil opravený formulář 6 Příloha k nabídce, avšak v dodatečné informaci k zadávacím podmínkám č. 14.16 ze dne 25. 9. 2017 již výslovně neupozornil na provedenou změnu Pod-článku 1.1.5.6 Přílohy k nabídce, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

79. Úřad konstatuje, že nedodržení zákonem stanoveného postupu ze strany zadavatele mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Je tomu tak z toho důvodu, že nabídka vyloučeného uchazeče dle údajů zaznamenaných v protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 20. 10. 2017 by s ohledem na základní hodnotící kritérium stanovené v bodě 24.1 zadávací dokumentace, jímž je ekonomická výhodnost nabídek skládající se ze dvou dílčích hodnotících kritérií (viz bod 4. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž hlavním atributem v tomto případě je první dílčí hodnotící kritérium nabídková cena stavby v Kč bez DPH, neboť všichni uchazeči v rámci druhého dílčího hodnotícího kritéria uvedli stejnou délku záruční doby, byla s největší pravděpodobností nejvýhodnější nabídkou. Tento závěr Úřad učinil s přihlédnutím ke skutečnosti, že dne 19. 3. 2018 byl zadavatelem vyloučen uchazeč o veřejnou zakázku – „Sdružení pro D35 Opatovice – Časy“, jehož vedoucím společníkem je společnost ASTALDI S.p.A., se sídlem Via Giulio Vincenzo Bona, 65-00156 Rome, Italská republika, číslo registrace v rejstříku společností: 00398970582, a společníkem je společnost IC İctaş İnşaat Sanayi ve Ticares A. Ş., se sídlem Maçka Cad. Feza Apartmanı No:1/10 Maçka Istanbul, Turecká republika, číslo registrace v obchodním rejstříku 20244-5. Úřad proto uzavírá, že nelze proto vyloučit, že pokud by vyloučený uchazeč o veřejnou zakázku

pokračoval v účasti v zadávacím řízení, mohla by jeho nabídka být ze strany zadavatele vybrána jako nejvhodnější.

80. Úřad uvádí, že při rozhodování podle § 118 odst. 1 zákona je povinen na základě zjištěných skutečností uvážit jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad zadávacího řízení, tj. zásady transparentnosti, rovného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky.
81. Vzhledem k tomu, že postup zadavatele v předmětném zadávacím řízení je zatížen zpětně nezhojitelnou vadou v procesu zadávání, jelikož zadavatel netransparentním postupem provedl změnu Pod-článku 1.1.5.6 Přílohy k nabídce na základě dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 14.16, a zároveň za situace, kdy zadávací řízení je již ve fázi po podání nabídek, představuje zrušení zadávacího řízení jediné možné nápravné opatření, které Úřad může zadavateli uložit.
82. Úřad proto s ohledem na výše uvedené rozhodl o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

## **VI. NÁKLADY ŘÍZENÍ**

83. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen "náklady řízení"). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí právní předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000 Kč.
84. Vzhledem k tomu, že ve výroku II. tohoto rozhodnutí Úřad zrušil zadávací řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
85. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně 19-24825621/0710, variabilní symbol 2018000102.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků

učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

**Obdrží**

Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, Nusle

**Vypraveno dne**

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