



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové a soudců Mgr. Petra Sedláka, Ph.D. a JUDr. Václava Štencla, MA v právní věci

žalobce: **Ředitelství silnic a dálnic ČR**, IČO 65993390
sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 24. 7. 2018, č. j. ÚOHS-R0095/2018/VZ-21598/2018/322/LKa

takto:

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24. 7. 2018, č. j. ÚOHS-R0095/2018/VZ-21598/2018/322/LKa, **se zrušuje** a věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit na náhradě nákladů řízení částku 3 000 Kč k rukám žalobce do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

Odůvodnění:

I. Předmět řízení

1. Žalobou podanou ke Krajskému soudu v Brně se žalobce domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu (dále jen „předseda žalovaného“) č. j. ÚOHS-R0095/2018/VZ-21598/2018/322/LKa ze dne 24. 7. 2018, kterým bylo potvrzeno rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0102/2018/VZ13693/2018/512/TDv ze dne 9. 5. 2018.
2. Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí dovodil, že žalobce nedodržel zásadu transparentnosti podle § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) tím, že poskytl dodatečné informace k zadávacím podmínkám na veřejnou zakázku s názvem „D35 Opatovice – Časy“ zadávanou 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 (dále jen „veřejná zakázka“) netransparentním postupem, když dne 25. 9. 2017 provedl změnu Pod-článku 1.1.5.6 Přílohy k nabídce na základě dodatečných informací k zadávacím podmínkám č. 14.16 ze dne 19. 9. 2017, ačkoliv v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám č. 14.16 uvedl pouze, že ruší Podčlánek 4.28 h) Přílohy k nabídce a Podčlánek 4.28 j) Přílohy k nabídce, přičemž tyto Pod-články byly již zrušeny na základě dodatečných informací k zadávacím podmínkám č. 5.4 dne 14. 7. 2017, a jako přílohu těchto dodatečných informací k zadávacím podmínkám žalobce sice uveřejnil opravený formulář 6 Příloha k nabídce, avšak v dodatečných informacích 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 (výrok I.). Výrokem II. prvostupňového rozhodnutí Úřad jako nápravné opatření k nezákonnému postupu žalobce uvedenému ve výroku I. prvostupňového rozhodnutí zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku. Výrokem III. prvostupňového rozhodnutí Úřad uložil žalobci uhradit náklady ve výši 30 000 Kč.

II. Obsah žaloby

3. V podané žalobě brojil žalobce proti přezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, které je, dle jeho názoru, postaveno na nedostatečně zjištěném skutkovém stavu a zejména nesprávném hodnocení důkazů. Z toho plyne nesprávnost a nezákonnost závěrů žalovaného. Namítl, že závěr žalovaného o netransparentnosti jeho postupu je opřen o myšlenkovou zkratku, že co je zmatečné, tak je automaticky netransparentní, aniž by tuto zkratku podpořil relevantními argumenty. Dále napadl rozhodnutí žalovaného z důvodu nevypořádání řady klíčových námitek rozkladu.
4. Konkrétní námitky, které v žalobě i v podrobnostech rozvedl, specifikoval takto. Žalovaný podle žalobce zcela ignoroval aktualizovanou verzi formuláře 6 Přílohy nabídky, kterou stačilo žadatelům bez dalšího použít, a zároveň žalovaný ignoruje závaznou zadávací podmínku a povinnost uchazečů dle zadávací dokumentace pečlivě studovat dodatečné informace a předložit všechny dokumenty požadované v zadávací dokumentaci logicky v aktuálním znění, dále žalovaný ignoroval fakt, že změna formuláře byla barevně zvýrazněna. Dále namítl, že snížení nadstandardního komfortu pro uchazeče při informování o změnách neznamená porušení zásady transparentnosti, neboť žalobci stačilo pouhé uveřejnění aktualizované verze formuláře, což učinil (v souvislosti s touto námitkou napadl i způsob vypořádání související rozkladové námitky). Ve třetí konkrétní námitce

brojil proti nekonzistentnosti postupu žalovaného, který v napadeném rozhodnutí zastával odlišné názory oproti svým obdobným rozhodnutím. Následně brojil proti tomu, že žalovaný vůbec nezkoumal, zda zmatečnost dodatečných informací objektivně vedla k nemožnosti získat relevantní informace, či způsobovala nejednoznačnost provedené změny. Poprvé v napadeném rozhodnutí žalovaný dovedl netransparentnost postupu žalobce z většího množství dodatečných informací. V závěrečném bodu namítl pominutí zásady přiměřenosti, když podle žalobce pochybení zadavatele v užším řízení ve fázi podání nabídek nemůže být důvodem pro zrušení zadávacího řízení jako celku.

III. Vyjádření žalovaného a replika žalobce

5. Žalovaný ve svém *vyjádření* uvedl, že právní posouzení a závěry napadeného rozhodnutí považuje za zákonné a správné a k jednotlivým bodům žaloby odkázal na související spisový materiál.
6. Nerozporoval skutečnost, že uchazeči měli povinnosti vyplývající ze zadávací dokumentace studovat dodatečné informace, ale způsob, jakým naformuloval text dodatečných informací č. 14.16, byl matoucí a z toho důvodu netransparentní. Uvedl, že zákon zadavateli ukládá povinnost dodržovat při zadávání veřejné zakázky zásadu transparentnosti, avšak zákon nerozlišuje více či méně transparentní jednání zadavatele. Postup zadavatele týkající se textu odpovědi na dodatečné informace č. 14.16 však nelze považovat za jasný, tudíž transparentní. Z rozkladových námitek bylo patrné, že žalobce si závěry žalovaného uvedené v prvostupňovém rozhodnutí ohledně konzistentnosti postupu vložil jinak, tudíž žalovaný v rámci napadeného rozhodnutí pouze uvedl na pravou míru, že v šetřeném případě představoval požadavek na konzistentní postup žalobce to, aby žalobce zachoval konzistentní postup v rámci jedné dodatečných informací, konkrétně dodatečných informací č. 14.16. Stran namítaného poskytování nadstandartního servisu uchazečům žalobce sám připustil nekonzistentnost svého postupu a žalovaný dodal, že postup žalobce nejen, že byl nekonzistentní v rámci jedné dodatečných informací, ale současně bylo pochybení žalobce projevem nedodržení zásady transparentnosti zadávacího řízení. Žalovaný nerozporoval, že pouhé uveřejnění aktualizované verze formuláře 6 Přílohy k nabídce je dostačující, ale vytýkal žalobci, že pokud s uveřejněním aktualizované verze formuláře 6 Přílohy k nabídce poskytl uchazečům matoucí informace v rámci dodatečných informací č. 14.16, postupoval netransparentně.
7. Žalovaný považuje za lichou rovněž i námitku žalobce, že žalovaný dovozuje netransparentnost z toho, že dodatečných informací bylo větší množství. K sporné (ne)možnosti získat relevantní informace žalovaný uvedl, že předmětem posouzení byla skutečnost, zda způsob, jakým žalobce poskytl dodatečné informace, byl transparentní či nikoliv. K rozsahu uloženého nápravného opatření konstatoval, že tento nebyl předmětem rozkladových námitek a uložení nápravného opatření je na volbě žalovaného a žalobce ani nepožadoval zmírnění uloženého nápravného opatření.
8. Podle žalovaného je zadavatel (žalobce) je odpovědný za úplnost a správnost zadávací dokumentace a nelze dospět k jinému závěru, než že postup žalobce, tedy způsob, jakým naformuloval text dodatečných informací č. 14.16, byl matoucí a z toho důvodu netransparentní.
9. Napadené rozhodnutí není podle něj nepřezkoumatelné, protože žalobce uváděl opakovaně stejné námitky a žalovaný namísto jejich opakovaného vypořádávání

komplexně postihl podstatu žalobní argumentace. Závěrem uvedl, že již samotná skutečnost, že žalobce v textu dodatečné informace k zadávacím podmínkám uvede, že bude provádět určitou změnu a následně provede úplně jinou změnu, představuje prvek netransparentnosti. Žalovaný současně trvá na tom, že při vydání napadeného rozhodnutí postupoval zcela v intencích daných správním řádem a zákonem, vyložených soudní judikaturou citovanou v napadeném rozhodnutí.

10. Žalobce v podrobné *replce* reagoval na jednotlivé body vyjádření žalovaného. Setrval na uplatněných žalobních námitkách, které v podrobnostech dále rozvinul v reakci na tvrzení žalovaného.

IV. Posouzení věci soudem

11. Krajský soud v Brně na základě včas podané žaloby přezkoumal napadené rozhodnutí žalovaného v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2, věta první, s. ř. s.), jakož i řízení předcházející jeho vydání. Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s. ř. s.). O žalobě soud rozhodl za podmínek ustanovení § 51 s.ř.s.
12. Mezi stranami je zásadní spornou otázkou, zda formulace dodatečných informací č. 14.16 v konečném důsledku způsobila netransparentnost celého zadávacího řízení a zda žalovaný postupoval v souladu se zákonem, když s ohledem na formulaci dodatečných informací č. 14.16 celé zadávací řízení zrušil.
13. Soud se proto na prvním místě zabýval formulací předmětné dodatečné informace a jejím dopadem do možného porušení zásady transparentnosti ze strany žalobce. V případě, že by dospěl k závěru, že postup žalobce nebyl v rozporu se zásadou transparentnosti, bylo by zcela nadbytečné vypořádávat se s dalšími žalobními body.
14. Soud předně musí konstatovat, že se ztotožňuje s řadou obecných závěrů žalovaného, nicméně je toho názoru, že žalovaný postupoval ve věci příliš formálně a zásadu transparentnosti vyložil s přílišnou tvrdostí ve vztahu k žalobci.
15. Základem je zcela jiný náhled zdejšího soudu na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 19. 1. 2010, 62Ca 31/2008-114, který byl následně potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159. Citované rozhodnutí se týkalo kauzy rozhodování losem v rámci veřejné zakázky vypsané zadavatelem městem Karlovy Vary (později známé jako „karlovarská losovačka“).
16. Podstatou citované kauzy bylo posouzení postupu při konkrétním úkonu *losování*. Nejvyšší správní soud v bodu [44] citovaného rozhodnutí uvedl, že bylo „možno tedy prozatímne uzavřít, že podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný.“, a následně v bodu [46] pokračoval s tím, že „Losování prvních tří zájemců v délce šesti, osmi a jedenácti sekund vyvolalo dojem řádného losování, neboť se navenek jeví, že losující osoba lístky z nádoby skutečně náhodně a bez zaváhání losuje. Naproti tomu losování čtvrtého a pátého zájemce, obojí v délce 33 sekund, vzbudilo pochybnosti o své férovosti. Nejvyšší správní soud se shoduje s krajským soudem na interpretaci videozáznamu, z něhož je zřejmé, že losující rukou v nádobě pohybuje. Smyslem losování však v žádném případě není, aby si losující všechny lístky v osudí, z nichž má jeden vybrat, „osahal“, nýbrž aby náhodně jeden lístek vytáhl. Proto losování dvou

posledních zájemců mohlo, slovy krajského soudu, „navodit dohady o tom, že osoba ve skutečnosti vůbec nelosuje, nýbrž v nádobě hledá předem určený lístek, který má vytáhnout, avšak lístek se jí nedaří najít.“ Jak uvedeno shora (bod [44]), pro aplikaci § 25 odst. 1 ZVZ není podstatné, zda tomu tak skutečně bylo, zda opravdu losující hledal lístek po hmatu, nebo zda snad tyto „dohady“ mohly být způsobeny pouhou nešikovností losující osoby.“

17. Žalovaný tedy pro posouzení dodržení zásady transparentnosti při zveřejnění jedné jediné dílčí dodatečné informace použil mechanismy, které správní soudy dovodily na základě zcela odlišného jednání ve veřejné zakázce. Soud nijak nezpochybňuje názor, který je uveden v obou citovaných rozsudcích a na který odkazuje žalovaný ve svém vyjádření, tj. že požadavek transparentnosti „*není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelském postupu sledovány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele*“. Zároveň žalovaný ale **pomíjí** názor Nejvyššího správního soudu (viz rozhodnutí ve věci sp. zn. 1 Afs 45/2010), že „*samotný pojem „transparentnosti“ se vyznačuje obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti jakákoliv konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat (srov. rozsudek NSS ze dne 10. 11. 2005, čj. 1 Afs 107/2004 - 48, publ. pod č. 869/2006 Sb. NSS, který tuto myšlenku aplikoval na doktrínu zneužití práva v daňové oblasti, resp. rozsudek NSS ve věci Lumius, cit. v bodě [42] shora, který totéž aplikoval na zásadu zákazu diskriminace v oblasti veřejných zakázek)*. Ostatně i v právu EU, které je předobrazem českého zákona, je konsensus na tom, že „*podrobnosti povinnosti transparentnosti vyplývají pokaždé z okolností konkrétního případu*“ [stanovisko generální advokátky Christine Stix-Hackl ze dne 14. 9. 2006 ve věci Komise proti Irsku (Sb. rozh. s. I-11353), C-532/03, bod 71].“
18. V nyní projednávané věci došlo ke změně jednoho z celé řady formulářů v rámci zakázky, u které lze s ohledem na osobu zadavatele, i jednotlivé soutěžitele očekávat znalost ZVZ a celkově procesu administrace veřejných zakázek. Tedy i skutečnosti, že zákon umožňuje změnu zadávacích podmínek v průběhu soutěže.
19. Zdejší soud je ve shodě s citovaným rozsudkem Nejvyššího správního soudu přesvědčen, že „*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*“.
20. Hodnocení konkrétních skutkových okolností pro naplnění podmínek zásady transparentnosti ze strany zadavatele v nyní projednávané věci jistě nelze odvíjet izolovaně z toho, že účastníci řízení měli povinnost předkládat nabídky na aktuálních formulářích (tedy odvozovat naplnění podmínky transparentnosti žalobcem od splnění povinností účastníků veřejné zakázky). Nicméně má soud za to, že je třeba při rozlišování mezi skrytě či zjevně netransparentním postupem zadavatele a pouhou formulační nepřesností nebo neobratností při formulaci dodatečné informace vycházet i z toho, zda měli všichni účastníci veřejné zakázky shodný a rovný přístup k dotčenému formuláři, který požadoval žalobce jako zadavatel.
21. Podle názoru zdejšího soudu z obsahu správního spisu neplyne, že by žalobce jednáním, které označil žalovaný za netransparentní, směřoval k umožnění vyloučení konkrétního uchazeče/uchazečů o veřejnou zakázku ze zadávacího řízení, nebo naopak, že by směřoval k tomu, aby ve výběrovém řízení uspěl jeden konkrétní uchazeč, resp. aby byla jakkoliv

omezena soutěž. Postup žalobce se proto *navenek jeví jako férový a řádný*, neboť byl vůči všem účastníkům shodný. Byť mohl být shodně matoucí, tak požadavek na předložení nabídky na aktuálních formulářích zůstával stále stejný a stále stejně předpokládal elementární schopnost zpracovatele nabídky vytisknout si aktuální formulář, který byl zveřejněn. Není na soutěžiteli, aby si vybíral, který formulář on považuje za poslední aktuální.

22. Z ustanovení § 40 odst. 3 ZVZ provede-li veřejný zadavatel úpravy zadávacích podmínek, je povinen současně přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání žádosti 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.
23. V rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007-131, bylo pro účely ZVZ konstatováno, že *„Předmět a podmínky definované v zadávací dokumentaci nebo v oznámení veřejné zakázky musí být dodržovány po celý život veřejné zakázky. Pokud tedy hodlá zadavatel něco pozměnit, musí si tuto možnost vyhradit již v zadání veřejné zakázky.“*
24. V části 1, dílu 2, čl. 10 zadávací dokumentace si žalobce vyhradil možnost změny zadávací dokumentace.
25. Zadávací dokumentace v části 1, dílu 2, odst. 8.2 regulovala odpovědnost dodavatelů za prostudování zadávací dokumentace a *veškerých dodatečných informací* a v odst. 8.3 povinnost předložit zadavateli všechny dokumenty požadované zadávací dokumentací.
26. Z obsahu správního spisu jasně plyne, že vyjádření žalobce v dodatečné informaci č. 14.16 bylo bezpochyby matoucí a formulačně minimálně nešťastné, nicméně z citované informace je patrné, že její součástí byla nová verze formuláře. Soud nijak nezpochybňuje, že dodatečná informace obsahovala sdělení o zrušení již dříve zrušených částí zadávacích podmínek, nicméně s ohledem na to, že v průběhu zadávacího řízení docházelo opakovaně ke změně uvedeného problematického formuláře (a to i bez uveřejnění dodatečných informací č. 14) a s ohledem na zákonnou možnost zadavatele měnit zadávací podmínky, vč. dotčeného formuláře i bez uveřejnění těchto změn, bylo lze očekávat, že vigilantní účastník zadávacího řízení přistoupí minimálně k ověření si skutečnosti, zda v souvislosti s dodatečnými informacemi č. 14.16 nedošlo ke změně formuláře č. 6 Přílohy k nabídce.
27. Zdejší soud si dovolí parafrázovat stanovisko Nejvyššího správního soudu (*Smyslem losování však v žádném případě není, aby si losující všechny lístky v osudí, z nichž má jeden vybrat, „osahal“, nýbrž aby náhodně jeden lístek vytáhl. Proto losování dvou posledních zájemců mohlo, slovy krajského soudu, „navodit dohady o tom, že osoba ve skutečnosti vůbec nelosuje, nýbrž v nádobě hledá předem určený lístek, který má vytáhnout, avšak lístek se jí nedaří najít.“*). Smyslem dodatečných informací je poskytnout odpovědi na dotazy soutěžitelů. Klíčová listina – *DODATEČNÉ INFORMACE č. 14 k zadávacím podmínkám pro druhou fázi zadávacího řízení veřejné zakázky „D35 Opatovice – Časy“* ze dne 25. 9. 2017, reagovala na žádosti dodavatelů o dodatečné informace, případně obsahovala informace, které chtěl žalobce sdělit z vlastního podnětu.
28. Z části zadávací dokumentace, kterou žalovaný soud poskytl jako součást správního spisu, plyne, že ke zrušení Pod-článku 4.28 h) a 4.28 j) Přílohy k nabídce přistoupil žalobce již

v rámci dodatečné informace č. 5.4 dodatečných informací č. 5 k zadávacím podmínkám pro druhou fázi zadávacího řízení veřejné zakázky „D35 Opatovice – Časy“ ze dne 14. 7. 2017, přičemž v rámci dodatečné informace č. 5.4 oznámil, že zveřejňuje opravený formulář Přílohy k nabídce. Soud konstatuje, že jedinou listinou, která předcházela této dodatečné informaci a která je založena ve správním spise, jsou „Dotazy k zadávacím podmínkám veřejné zakázky: „D35 Opatovice-Časy“ soutěžitele STRABAG a.s., které se v bodu 4 obsahově shodují s textem dodatečné informace č. 5.4. Tato listina byla doručena zadavateli 13. 7. 2017.

29. Dále z části zadávací dokumentace, kterou žalovaný soudu poskytl jako součást správního spisu, plyne, že ke zrušení Pod-článku 4.28 h) a 4.28 j) Přílohy k nabídce přistoupil žalobce opětovně v rámci dodatečné informace č. 14.16 dodatečných informací č. 14 k zadávacím podmínkám pro druhou fázi zadávacího řízení veřejné zakázky „D35 Opatovice – Časy“ ze dne 25. 9. 2017, přičemž v rámci dodatečné informace č. 14.16 oznámil, že zveřejňuje opravený formulář Přílohy k nabídce. Soud konstatuje, že jedinou listinou, která předcházela této dodatečné informaci a která je založena ve správním spise, je „Žádost o vysvětlení dokumentace“ soutěžitele „Sdružení pro D35 Opatovice-Časy“ s vedoucím společníkem společností ASTALDI S.p.A., které se deklarovaných zjištěných rozporech obsahově shodují s textem dodatečné informace č. 14.16. Tato listina je datována dnem 19. 9. 2017.
30. Z mechanismu vypořádání žádostí dodavatelů žalobcem v rámci dodatečných informací plyne, že žalobce uvádí přesné znění dotazu a následně vypořádává tento dotaz.
31. Z citované části zadávací dokumentace, kterou žalovaný soudu poskytl jako součást správního spisu, jasně plyne, že jeden z účastníků („Sdružení pro D35 Opatovice-Časy“) nezaregistroval, že ke zrušení Pod-článku 4.28 h) a 4.28 j) Přílohy k nabídce došlo již v rámci dodatečné informace č. 5.4, a požádal žalobce o vysvětlení zadávací dokumentace. Je zjevné, že žalobce měl odkázat na dodatečnou informaci č. 5.4, nicméně zároveň je z dodatečných informací č. 14.16 zjevné, že reagoval na konkrétní dotaz konkrétního soutěžitele. Zároveň je v rámci dodatečné informace č. 14.16 zdůrazněno, že „*Tato dodatečná informace představuje změnu zadávací dokumentace ve smyslu čl. 10 dílu 2, části 1 zadávací dokumentace.*“, což, dle názoru soudu, jasně vede k nutnosti zkoumat obsah této informace výrazně blíže, než ji pouze přejít s tím, že snad informace obdobného znění byla již dříve zveřejněna.
32. Zároveň soud nemůže pominout skutečnost, která v napadeném rozhodnutí nezaznívá, a žalobce ji v reakci na obsah napadeného rozhodnutí nezdůraznil, avšak která je součástí dodatečných informací č. 14 a má svoji souvislost s předmětným formulářem *Příloha k nabídce*. V bezprostředně navazující dodatečné informaci č. 14.17 reagoval žalobce na žádost o dodatečnou informaci ve znění: *V rámci zadávací dokumentace – formulář Příloha k nabídce zadavatel uvádí, že Doba pro dokončení Díla činí 56 měsíců a Doba pro uvedení stavby do provozu činí 44 měsíců. Z průvodní zprávy zadávací dokumentace však vyplývá doba 40 + 8 měsíců. Opraví zadavatel tento rozpor? (zdůraznění doplněno soudem).* Žalobce na tuto žádost reagoval následovně: ***Dodatečná informace č. 14.17*** *Zadavatel tímto potvrzuje platnost údajů uvedených v Příloze k nabídce, tj. Doba dokončení díla – 56 měsíců a Doba uvedení stavby do provozu – 44 měsíců jsou platné. Údaje o Době pro dokončení díla a Době pro uvedení stavby do provozu, které jsou uvedeny v Průvodní zprávě (díl 6 zadávací dokumentace*

– Výkresy) nejsou pro uchazeče závazné. Tato dodatečné informace představuje změnu zadávací dokumentace ve smyslu čl. 10 dílu 2, části 1 zadávací dokumentace.“

33. Položka Pod-článek Sekce č. 1.1.5.6 byl v první verzi, která je založena ve spisové dokumentaci definován údajem „*Popis definované Sekce (je-li taková): Nepoužije se*“. Další založená verze formuláře obsahuje údaj „*Popis definované Sekce (je-li taková): a) Přeložky sítí technické infrastruktury cizích správců v rozsahu podle Dílu 6 zadávací dokumentace – Výkresy b) SO 132 a SO 225*“. Shodný text obsahovala tato položka i po vydání dodatečných informací č. 5.4. V návaznosti na dodatečné informace č. 14 (úmyslně soud neodkazuje na konkrétní dodatečnou informaci) došlo ke změně předmětného údaje na text (červeně zdůrazněný) „*Sekcí se rozumí přeložky jiných správců*“.
34. Naopak v reakci na dodatečnou informaci č. 5.4, která byla duplicitně uvedena v dodatečné informaci č. 14.16, došlo již ve verzi formuláře navazujícího na dodatečnou informaci č. 5.4 k vypuštění Pod-článku 4.28 h) a 4.28 j) Přílohy k nabídce.
35. Z uvedeného je zřejmé, že v rámci dodatečných informací č. 14 se problematického formuláře Příloha k nabídce týkaly nejméně dva body, a to dodatečné informace č. 14.16 a č. 14.17, které měly souvislosti s rozdílnými podčlásky. Nelze proto souhlasit s názorem žalovaného, že v této konkrétní věci byl v rozporu se zásadou transparentnosti „*takový postup, kdy zadavatel (žalobce) fakticky vyžaduje, aby dodavatelé předvídali a legitimně očekávali, že žalobce provede změnu Pod-článku 1.1.5.6 Přílohy k nabídce, i když v dodatečné informaci k zadávacím podmínkám č. 14.16 uvede, že bude provádět změnu Pod-článku 4.28 h) a 4.28 j) Přílohy k nabídce. Již samotná skutečnost, že žalobce v textu dodatečné informace k zadávacím podmínkám uvede, že bude provádět určitou změnu a následně provede úplně jinou změnu, představuje prvek netransparentnosti.*“ Zatímco dodatečná informace č. 14.16 výslovně hovořila o Pod-článku 4.28 h) a 4.28 j) Přílohy k nabídce, tak dodatečná informace č. 14.17 se dotýkala skutečností uváděných v Dílu 6 zadávací dokumentace – Výkresy, kterých se dotýkal právě klíčový bod 1.1.5.6 Přílohy k nabídce. Je tak evidentní, že k zásahu do formuláře č. 6 - Příloha k nabídce mohlo dojít v důsledku obou dodatečných informací, resp. v důsledku celku Dodatečných informací č. 14, přičemž obě klíčové dodatečné informace č. 14.16 i č. 14.17 byly označeny poznámkou Tato dodatečné informace představuje změnu zadávací dokumentace ve smyslu čl. 10 dílu 2, části 1 zadávací dokumentace.
36. Tuto případnou souvislost žalovaný zcela pominul a soustředil se pouze na dodatečnou informaci č. 14.16, avšak bod 1.1.5.6 měl zjevně souvislost s dodatečnou informací č. 14.17. Soud by ale považoval za zvláštní a taktéž matoucí, pokud by jak v případě dodatečné informace č. 14.16, tak i dodatečné informace č. 14.17 bylo opakovaně uvedeno, že „*Jako přílohu této dodatečné informace zadavatel uveřejňuje formulář č. 6 Příloha k nabídce.*“ Naopak, pokud se formuláře č. 6 - Příloha k nabídce týkalo více dodatečných informací, je logické, aby tyto změny byly integrovány do jediného formuláře, který byl učiněn přílohou dodatečné informace (bez ohledu na to, že změny v souvislosti s dodatečnou informací č. 14.16 byly učiněny chybně, resp. duplicitně).
37. Soud se ztotožňuje se žalobcem v tom, že bylo pouze a jedině na dodavateli, účastníku soutěže, aby poskytl nabídku na aktuálním formuláři.
38. V souvislosti s barevným odlišením změny je zcela absurdní v době, kdy je zadavatel povinen zveřejňovat veškeré informace o veřejné zakázce digitálně, argument žalovaného,

že by si účastník veřejné zakázky v její předpokládané hodnotě vytiskl dokumenty z profilu zadavatele černobíle a mohl změnu přehlednout. To navíc v situaci, kdy zadávací dokumentace a její formuláře obsahovaly (alespoň dle obsahu správního spisu) od počátku barevně zvýrazňovaná pole a konečně i samotná nabídka dodavatele Společnost D35 Opatovice – Časy PORR a.s. obsahuje modrozluté logo účastníka, tj. lze předpokládat, že tato společnost disponuje barevnou tiskárnou.

39. Naopak tvrzení žalovaného fakticky předpokládá, že by dodavatel Společnost D35 Opatovice – Časy PORR a.s. s obsahem dokumentů neseznámil. Soud musí konstatovat, že z porovnání položky *Sekce – 1.1.5.6* ve formuláři č. 6 Přílohy k nabídce po zveřejnění dodatečných informací č. 14 a před nimi je zcela jasně patrné, že krom barevnosti má tato položka zcela jiný rozsah. Při i letmém pohledu i do *černobílé* verze formuláře je jasně patrné, že došlo k jeho změně, která konečně plyne i z posunutí textu na str. 2, 3, 4, 5 i 6 této verze formuláře. Argumentace žalovaného naprosto pomíjí obsah celého formuláře a izolovaně vychází v tomto bodě z jediné argumentace opřené o barevnost jednoho řádku textu.
40. Soud souhlasí se žalovaným v jeho odkazu na (dnes již historický) rozsudek zdejšího soudu ve věci sp. zn. 62Af 50/2011 ze dne 15. 2. 2012, a souhlasí s tím, že „*Úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení. Tak tomu může být např. i tehdy, pokud zadávací dokumentace neobsahuje jednoznačně a srozumitelně formulovaná pravidla. Pokud pak zadávací dokumentace, resp. v ní obsažené zadavatelské požadavky na zpracování nabídky objektivně připouští rozdílný výklad, nemůže taková interpretační nejistota stíhat žádného z uchazečů, ale zadavatele samotného.*“ Na rozdíl od žalovaného dospěl soud ale k závěru, že zadávací dokumentace obsahovala v případě formuláře č. 6 - Příloha k nabídce jednoznačná pravidla pro jeho použití. Zákon navíc jednoznačně stanovuje možnost změn zadávací dokumentace, a tudíž vyžaduje od účastníků soutěže určitou míru ostražitosti. Lze souhlasit s určitou nesrozumitelností či nepřehledností dodatečných informací 14, nicméně ani ta nemohla způsobit netransparentnost postupu žalobce, neboť jejich součástí byla nová verze formuláře č. 6 - Příloha k nabídce, která byla rozeznatelná, tedy bylo patrné, že ve formuláři k změnám došlo. Zároveň fakt, že formulář č. 6 - Příloha k nabídce byl součástí dodatečných informací sám o sobě a) upozorňuje na to, že v něm mohlo dojít ke změně, a b) umožňuje použít účastníku soutěže poslední zveřejněnou verzi formuláře.
41. Reálně lze očekávat, že soutěžitelé neměli žádný rozumný důvod, vyjma prosté chyby, použít neaktuální verzi formuláře, která byla součástí dodatečných informací, které měnily zadávací dokumentaci ve smyslu čl. 10 dílu 2, části 1 zadávací dokumentace, v důsledku čehož byla prodloužena lhůta k podání nabídek do 10. 10. 2017. Nabídka dodavatele Společnost D35 Opatovice – Časy PORR a.s. je datována dnem 19. 10. 2017, tj. po vydání dodatečných informací č. 14. S ohledem na to, že nabídka uvedeného dodavatele je ve správním spise obsažena toliko ve formě úvodní strany, formuláře Příloha k nabídce a ověřovací doložky podpisu nelze reálně přezkoumat, zda byly v nabídce společnosti zintegrovány i jiné změny obsažené v dodatečných informacích č. 14, které byly označeny

poznámkou „*Tato dodatečné informace představuje změnu zadávací dokumentace ve smyslu čl. 10 dílu 2, části 1 zadávací dokumentace.*“. Nicméně je zřejmé, že uvedená společnost měla možnost a prostor seznámit se s dodatečnými informacemi č. 14, v nichž je celkem sedm dílčích dodatečných informací označeno poznámkou „*Tato dodatečné informace představuje změnu zadávací dokumentace ve smyslu čl. 10 dílu 2, části 1 zadávací dokumentace.*“ a lze tedy předpokládat, že nabídka společnosti reagovala obsahově na změny zadávací dokumentace ve smyslu dodatečných informací č. 14. Jestliže soud vychází z předpokladu, že tomu tak bylo, pak je zcela nelogické a nepochopitelné, proč by jinak než prostou chybou reflektovala společnost pouze část změn zadávací dokumentace.

42. Soud pouze na okraj konstatuje, že z obsahu správního spisu plyne, že řízení, které předcházelo vydání žalobou napadeného rozhodnutí, bylo zahájeno z úřední povinnosti a nikde ve spise se nenachází byť jediný dokument, ze kterého by vyplývalo, že žalovaný komunikoval se společností Společnost D35 Opatovice – Časy PORR a.s., tj. správní spis neobsahuje jakoukoliv zmínku o tom, by se tato společnost cítila postupem žalobce poškozena, že by v jeho postupu spatřovala porušení zásady transparentnosti v souvislosti s důvody svého vyloučení (ačkoliv ze žaloby plyne, že mělo být vedeno v případě této veřejné zakázky další řízení u Úřadu). Ze správního spisu ani neplyne, že by si společnost podala námitky proti rozhodnutí a oznámení žalobce ze dne 4. 1. 2018 sp. zn. 008285/38100/2/JK/2018 o vyloučení uchazeče zadávacího řízení. Jeví se tak, že tím, kdo považoval postup žalobce za netransparentní, byl žalovaný a nikoliv účastníci samotné veřejné zakázky.
43. Za této situace považuje soud za neudržitelné, aby dílčí nesprávnost spočívající v duplicitním zrušení části zadávacích podmínek, žalovaným pojiňaná jako důvod i ke změně Pod-článku č. 1.1.5.6, mohla vést ke zrušení celé soutěže, resp. aby tato dílčí nesprávnost představovala typově obdobné porušení zásady transparentnosti, jaké soud dovodil v případě zcela flagrantní kauzy ve věci řešené NSS pod sp. zn. 1 Afs 45/2010 se všemi důsledky.
44. Na okraj k tomu soud musí poznamenat, že žalovaný na jedné straně vychází z toho, že účastníkům soutěže muselo být zřejmé, že v případě dodatečných informací č. 14 dochází ke zrušení již dříve zrušených podmínek (a to v situaci, kdy v dodatečných informacích č. 14 byla vypořádávána celá řada dílčích otázek, a v situaci, kdy zadávací dokumentace byla s ohledem na opakované změny složitě přehledná), ale zároveň má za to, že účastníci soutěže mohou postupovat natolik flagrantně neopatrně, nebděle, že si nepovšimnou zcela evidentních změn ve formuláři Příloha k nabídce. Soud toto vnímání účastníků soutěže, předestřené podprahově žalovaným, považuje za jistým způsobem vnitřně rozporné. Nelze v této souvislosti souhlasit se žalovaným v tom, že skutečnost, „že se jednalo o několikáté uveřejnění dodatečných informací, mohla tato skutečnost přispět k tomu, že dodavatelé z množství uveřejňovaných informací mohli přehlédnout příslušnou změnu, příp. si dodatečné informace č. 14.16 vyložit jinak.“ Z obsahu správního spisu je patrné, že žalobce reagoval na podání účastníků soutěže. Vzhledem k charakteru zakázky mohli účastníci zakázky počítat s vyšším množstvím dodatečných informací a měli a mohli na to adekvátně reagovat.
45. Soud s ohledem na vše shora uvedené dospěl v obecné rovině k závěru, že postup žalobce nebyl netransparentní. Ostatními námitkami žalobce se proto soud zabýval pouze ve stručnosti.

46. V případě námitky nekonzistentního postupu žalovaný ve vyjádření uvedl, že rozhodnutím ze dne 17. 5. 2018, č. j. ÚOHS-S0047/2018/VZ-14651/208/522/KČe „rozhodoval žalovaný o skutkově jiných okolnostech. Předmět přezkumu tedy nebyl totožný. Nadto bylo citované rozhodnutí žalovaným zrušeno a správní řízení zastaveno, předseda žalovaného tak závěry uvedené v odůvodnění citovaného rozhodnutí věcně nezkomal.“
47. Z obsahu rozkladu plyne, že na citované rozhodnutí ze dne 17. 5. 2018 sice žalobce výslovně neodkazoval, ale zároveň napadal rozpor s dřívější rozhodovací praxí Úřadu.
48. Ve věci rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0047/2018/VZ-14651/208/522/KČe rozhodoval žalovaný dne 29. 6. 2018 rozhodnutím č. j. ÚOHS-R0091/2018/VZ-19340/2018/321/OMa. Citované rozhodnutí se týkalo zakázky téhož žalobce s názvem D35 Časy – Ostrov, zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 19. 9. 2016 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 20. 9. 2016 pod ev. č. 634895, ve znění oprav uveřejněných dne 17. 7. 2017, a v Úředním věstníku EU uveřejněno pod zn. 2016/S 185-332397 dne 24. 9. 2016, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 7. 2017 pod zn. 2017/S 136-278416, tedy navazující stavby. Z podané žaloby plyne (citace rozhodnutí žalovaného), že prvostupňové rozhodnutí ve věci se týkalo změny Přílohy k nabídce, Pod-článek č. 1.1.5.6 Sekce s údajem „Přeložky sítí technické infrastruktury cizích správců v rozsahu Dílu 6 zadávací dokumentace – Výkresy“ v souvislosti s porušením zásady transparentnosti.
49. Napadené rozhodnutí bylo vydáno dne 24. 7. 2018 a soud pouze rekapituluje, že předmětem řízení byla otázka porušení zásady transparentnosti v souvislosti se změnou změnu Pod-článek 1.1.5.6 Přílohy k nabídce v zadávacím podmínkách na veřejnou zakázku s názvem „D35 Opatovice – Časy“ zadávanou 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.
50. Je tedy naprosto evidentní, že se jednalo o dvě veřejné zakázky, které na sebe bezprostředně navazovaly jak časově termínem zadání, tak technologicky místem provedení a tím, že se jednalo o stavbu téže dálnice. U obou zakázek byla provedena (podle tvrzení žalobce a citovaného obsahu prvostupňového rozhodnutí v související věci) totožná změna Pod-článek 1.1.5.6 Přílohy k nabídce. V obou případech se posuzovala otázka transparentnosti postupu žalobce. Přesto v obou případech dospěl správní orgán prvního stupně k naprosto rozdílnému stanovisku.
51. Lakonické prohlášení žalovaného o rozdílných skutkových okolnostech a rozdílném předmětu přezkumu se proto jeví jako zjednodušující a reálně neodpovídá, stejně jako napadené rozhodnutí, na námitku odlišné správní praxe v obdobných případech. Soud nijak nezpochybňuje, že pouze v jednom případě dospělo správní řízení do fáze, kdy mohl žalovaný vydat meritorní rozhodnutí, přesto má soud za to, že pokud správní orgán prvního stupně dospěl ve svém hodnocení právní otázky naplnění zásady transparentnosti v případě dvou souvisejících zakázek a obdobného postupu zadavatele ke zcela diametrálně odlišným závěrům, musí se žalovaný s touto otázkou vyrovnat, zejména pokud v napadeném rozhodnutí pouze přebírá závěry rozhodnutí správního orgánu prvního stupně.

52. Soud se dále ztotožnil se žalobcem v případě námitky nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí v části, ve které se žalovaný nezabýval přiměřeností rozhodnutí správního orgánu prvního stupně.
53. Podle ustanovení § 118 odst. 1 ZVZ platilo, že, 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.**
54. Tvzení žalovaného, obsažené v jeho vyjádření, že „Uložení nápravného opatření je však na volbě žalovaného a žalobce ani nepožadoval zmírnění uloženého nápravného opatření. Předseda žalovaného přezkoumával prvostupňové rozhodnutí v rámci vznesených námitek.“, je sice pravdivé, nicméně není zcela korektní. Pravdou je, že uložení nápravného opatření je na volné úvaze Úřadu. Formálně je i pravdivé, že žalobce nepožadoval zmírnění uloženého nápravného opatření, ale zároveň je z obsahu rozkladu jasné patrné, že cca jednu stranu A4 věnoval žalobce argumentaci, proč je podle jeho názoru uložené nápravné opatření nepřiměřené s tím, že se jednalo o změnu zadávací dokumentace ve druhé fázi užšího zadávacího řízení a dotčení mohli být pouze dodavatelé, kteří prokázali splnění kvalifikace.
55. Tuto argumentaci vypořádal v napadeném rozhodnutí žalovaný jediným stručným odstavcem, ve kterém konstatoval, „že Úřad postupoval správně, když v části odůvodnění napadeného rozhodnutí vztahující se k uložení nápravného opatření poukázal na to, že rozhodl o zrušení daného zadávacího řízení, jelikož v daném případě zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a tento nezákonný postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.“ Tento způsob vypořádání rozkladové námitky nepovažuje soud za dostatečný.
56. Soud nepochybně, že volba nápravného opatření je na žalovaném, nicméně nápravné opatření je ukládáno jako součást správního rozhodnutí jeho výrokem. Pro uložení nápravného opatření musí proto platit stejná pravidla odůvodnění, jako pro odůvodnění ostatních výroků rozhodnutí, resp. obecně jako pro odůvodnění jakéhokoli jiného správního rozhodnutí.
57. Z rozhodnutí správního orgánu prvního stupně jasné plyne, že důvody, ve kterých správní orgán prvního stupně spatřoval možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, spočívaly pouze a jedině v úkonech ve druhé fázi zadávacího řízení. Zároveň ani z rozhodnutí žalovaného ani rozhodnutí správního orgánu prvního stupně není srozumitelně patrné, proč by k nápravě (podle Úřadu) vadného stavu nepostačovalo s ohledem na *konkrétní* skutkové okolnosti věci jiné nápravné opatření v podobě zrušení konkrétního úkonu zadavatele.
58. Jelikož se k související rozkladové námitce žalovaný fakticky nevyjádřil, tj. nezodpověděl otázku, proč nepostačovalo jiné, mírnější nápravné opatření, resp. proč zrušení celé soutěže bylo jedině přiměřené nápravné opatření, je jeho rozhodnutí stíženo vadou nepřezkoumatelnosti.

V. Závěr a náklady řízení

59. S ohledem na vše shora uvedené dospěl soud po provedeném řízení k závěru, že napadené rozhodnutí je třeba zrušit jak pro jeho nepřezkoumatelnost, tak i pro jeho nezákonnost. Zdejší soud tak napadené rozhodnutí dle § 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s. a § 78 odst. 1 s. ř. s. zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. V dalším řízení žalovaný rozhodne vázán právním názorem vysloveným v tomto rozsudku (§ 78 odst. 5 s. ř. s.).
60. Výrok o nákladech řízení má oporu v ustanovení § 60 odst. 1 s.ř.s., podle něhož nestanovili tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. V řízení úspěšný žalobce má právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proto soud přiznal žalobci právo na náhradu nákladů podle obsahu správního spisu, ze kterého vyplynulo pouze vynaložení nákladů na zaplacení soudního poplatku. Náhrada nákladů řízení proto představuje 3.000 Kč

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 5. srpna 2020

JUDr. Jaroslava Skoumalová v. r.
předsedkyně senátu