

# JANSTA KOSTKA

**Předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské  
soutěže**

*prostřednictvím*

**Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**

– sekce veřejných zakázek

tř. Kpt. Jaroše 7

604 55 Brno

**Ke sp.zn.** S0406,0429,0504/2017,0016/2018/VZ  
**Naše zn.:** 1406/2/15  
**V Praze dne:** 24. května 2018  
**Přílohy:** Seznam příloh je uveden na poslední straně  
**Počet vyhotovení:** Jedenkrát (elektronicky).  
**Věc:** Veřejná zakázka „**Systém elektronického mýtného**“, ev. č. **Z2017-015974**

**Rozklad zadavatele proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. května 2018, č. j. ÚOHS-S0406,0429,0504/2017,0016/2018/VZ-13640/2018/521/OPi**

zadavatel:

**Česká republika – Ministerstvo dopravy**

se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, Praha 1, PSČ: 110 15

IČO: 66003008

právně zastoupen JUDr. Janem Nemanským, advokátem  
společníkem společnosti Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r.o.  
se sídlem Těšnov 1/1059, Praha 1

IDDS: 78tg634

navrhovatel:

**Kapsch Telematic Services spol. s r.o.**

se sídlem Ke Štvanici 656/3, Praha 8, PSČ: 186 00

IČO: 27371531

právně zastoupen společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní  
kancelář

se sídlem Na Florenci 2116/15, Praha 1, PSČ: 110 00

IČO: 26454807

ADVOKÁTNÍ KANCELÁŘ

JANSTA, KOSTKA spol. s r.o.

Těšnov 1/1059, Praha 1, PSČ 110 00

Česká republika

IČO: 28505913

Tel.: (+420) 221 875 402-9, Fax: (+420) 221 875 401

E-mail: kancelar@jansta-kostka.cz

www.jansta-kostka.cz

P O B O Č K A Brno:

Smetanova 19, Brno, PSČ 602 00

Zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Městským

soudem v Praze, oddíl C, vložka 146526

## Článek I. Úvod

Dne 9. května 2018 bylo zadavateli doručeno rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též jen „Úřad“) ze dne 9. května 2018. č. j. ÚOHS-S0406,0429,0504/2017,0016/2018/VZ-13640/2018/521/OPi (dále též jen „Rozhodnutí“), vydané ve správním řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Systém elektronického mýtného“ v jednacím řízení s uveřejněním dle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále též jen „zákon“), jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. června 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. června 2017 pod ev. č. zakázky Z2017-015974, ve znění opravy uveřejněné dne 4. srpna 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. června 2017 pod ev. č. 2017/S 116-233591, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 4. srpna 2017 pod ev. č. 2017/S 148-307119 (dále též jen „Veřejná zakázka“).

**Výrokem I.** Rozhodnutím Úřad rozhodl, takto:

„Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha 1 – **porušil** při zadávání veřejné zakázky „Systém elektronického mýtného“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 6. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 6. 2017 pod ev. č. zakázky Z2017-015974, ve znění opravy uveřejněné dne 4. 8. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 6. 2017 pod ev. č. 2017/S 116-233591, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 4. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 148-307119, **zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, když při poskytování části zadávací dokumentace veřejné zakázky, konkrétně Dokumentace ESVZ (tj. dokumentace stávajícího elektronického systému výkonového zpoplatnění pozemních komunikací), dodavatelům dle čl. 2.6 „Poskytnutí Dokumentace ESVZ“ zadávací dokumentace veřejné zakázky [podle kterého zadavatel poskytne dodavatelům Dokumentaci ESVZ v elektronické verzi „ve formátu pdf, a to v jednom vyhotovení (ve vztahu k jednomu dodavateli) na jednom či více datových nosičích“] nezajistil takové technické řešení poskytování předmětné části dokumentace dodavatelům, na jehož základě by bylo možné zcela jednoznačně určit a zpětně ověřit, jaký konkrétní obsah datového nosiče byl předán jednotlivým dodavatelům, přičemž v důsledku uvedeného postupu zadavatele, kdy nebylo ani zamezeno následné nekontrolovatelné manipulaci s obsahem předaného datového nosiče, není umožněno, a to ani Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v rámci jeho dozorové činnosti, zpětně přezkoumat, zda se všem dodavatelům dostalo na datových nosičích totožných informací, resp. zadávacích podmínek, přičemž postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.“**

**Výrokem II.** Rozhodnutím Úřad rozhodl takto:

„Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha 1 – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže **podle § 263 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ruší zadávací řízení na veřejnou zakázku „Systém elektronického mýtného“** zadávanou v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 6. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 6. 2017 pod ev. č. zakázky Z2017-015974, ve znění opravy uveřejněné dne 4. 8. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 6. 2017 pod ev. č. 2017/S 116-233591, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 4. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 148-307119.“

**Výrokem III.** Rozhodnutím Úřad rozhodl takto:

„Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha 1 – **stanovil zadávací podmínky** veřejné zakázky „Systém elektronického mýtného“ zadávané v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 6. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 6. 2017 pod ev. č. zakázky Z2017-015974, ve znění opravy uveřejněné dne 4. 8. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 6. 2017 pod ev. č. 2017/S 116-233591, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 4. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 148-307119, **v rozporu s § 36 odst. 3 ve spojení se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, když nevymezil zadávací podmínky předmětné veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení, neboť v čl. 2.1.2 „Rozsah zpoplatnění“ odst. 18 přílohy č. 1 „Technické podmínky veřejné zakázky“ zadávací dokumentace veřejné zakázky uvedl, že „předpokládá, že od 1. 1. 2020 bude zpoplatněno celkem 1 346,5 km dálnic (vč. nově zprovozněných úseků) a 1 141,1 km silnic I. třídy“**, a tedy stanovil rozsah zpoplatněných pozemních komunikací, které by měly podléhat výběru mýtného, pouze odhadem, přestože se jedná o informace, jimiž musí i s ohledem na příslušné právní předpisy (tj. zejména zákon č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů, a vyhlášku č. 470/2012 Sb., o užívání pozemních komunikací zpoplatněných mýtným, ve znění pozdějších předpisů) disponovat a které jsou nezbytné pro sestavení porovnatelných nabídek dodavateli, a to zejména ve vztahu k nacenění etapy 1, jakožto části předmětu plnění předmětné veřejné zakázky, jež má dle čl. 4.1.2 „ETAPA 1 – PŘÍPRAVA SEM“ přílohy č. 1 „Technické podmínky veřejné zakázky“ zadávací dokumentace veřejné zakázky spočívat v návrhu a vybudování infrastruktury Systému elektronického mýtného, nezbytné pro řádný provoz daného systému, a jejím předání zadavateli.“

**Výrokem IV.** Rozhodnutím Úřad rozhodl takto:

„Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha 1 – uvedeného ve výroku III. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže **podle § 263 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších**

**předpisů, ruší zadávací řízení na veřejnou zakázku „Systém elektronického mýtného“** zadávanou v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 6. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 6. 2017 pod ev. č. zakázky Z2017-015974, ve znění opravy uveřejněné dne 4. 8. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 6. 2017 pod ev. č. 2017/S 116-233591, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 4. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 148-307119.“

**Výrokem V.** Rozhodnutím Úřad rozhodl takto:

„Zadavateli – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha 1 – **se podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů**, až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. S0406,0429,0504/2017,0016/2018/VZ ve věci přezkoumání úkonů cit. zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Systém elektronického mýtného“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 6. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 6. 2017 pod ev. č. zakázky Z2017-015974, ve znění opravy uveřejněné dne 4. 8. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 6. 2017 pod ev. č. 2017/S 116-233591, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 4. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 148-307119, **ukládá zákaz uzavřít smlouvu** ve výše jmenovaném zadávacím řízení na veřejnou zakázku.“

**Výrokem VI.** Rozhodnutím Úřad rozhodl takto:

„**Správní řízení se** v části, jejíž předmět byl vymezen obsahem návrhu navrhovatele Kapsch Telematic Services spol. s r.o., IČO 27371531, se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8, ze dne 15. 1. 2017 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha 1 – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Systém elektronického mýtného“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 6. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 6. 2017 pod ev. č. zakázky Z2017-015974, ve znění opravy uveřejněné dne 4. 8. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 6. 2017 pod ev. č. 2017/S 116-233591, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 4. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 148-307119, o němž bylo původně vedeno samostatné správní řízení pod sp. zn. S0016/2018/VZ, **podle § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, zastavuje**, neboť žádost, tj. návrh navrhovatele, se v důsledku zrušení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku stala zjevně bezpředmětnou.“

**Výrokem VII.** Rozhodnutím Úřad rozhodl takto:

„Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální

částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, se zadavatelé – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha 1 – 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.“

Zadavatel má za to, že **Rozhodnutí je ve výrocích I., II., III., IV., V. a VII. v rozporu s právními předpisy, tedy nezákonné, a rovněž nesprávné**, a proto tímto podává proti Rozhodnutí, v rozsahu výroků I., II., III., IV., V. a VII. Rozhodnutí, v zákonné lhůtě

### **r o z k l a d ,**

kterým se domáhá zrušení výroků **I., II., III., IV., V. a VII. Rozhodnutí**.

### **Článek II.**

#### **K výroku I. (technické řešení pro poskytování části zadávací dokumentace)**

Úřad výrokem I. Rozhodnutí rozhodl tak, že zadavatel porušil zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona tím, že pro poskytování Dokumentace ESVZ zvolil jako datový nosič USB flash disky, přičemž údajně „*nezajistil takové technické řešení poskytování předmětné části dokumentace dodavatelům, na jehož základě by bylo možné zcela jednoznačně určit a zpětně ověřit, jaký konkrétní obsah datového nosiče byl předán jednotlivým dodavatelům*“. Zvolením takového „*technickém řešení*“ pro poskytování části zadávací dokumentace totiž dle Úřadu „*nebylo ani zamezeno následné nekontrolovatelné manipulaci s obsahem předaného datového nosiče*“, čímž dle Úřadu „*není umožněno, a to ani Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v rámci jeho dozorové činnosti, zpětně přezkoumat, zda se všem dodavatelům dostalo na datových nosičích totožných informací, resp. zadávacích podmínek*“.

**Zadavatel Úřadu vyčítá:**

- a) **Závažná procesní pochybení v průběhu správního řízení,**
- b) **Nedostatečné zjištění skutkového stavu ve smyslu § 3 správního řádu,**
- c) **Nesprávné právní posouzení věci a extenzivní, a tedy nepřípustný výklad limitů zásady transparentnosti,**
- d) **Rozpor Rozhodnutí s § 263 odst. 2 zákona.**

#### **Ad a) Závažná procesní pochybení Úřadu v průběhu správního řízení**

Zadavatel v postupu Úřadu ve správním řízení shledal následující závažná procesní pochybení:

- (i) **Úřad vedl správní spis nezákonným způsobem,**
- (ii) **Úřad neprovedl důkazy navržené zadavatelem,**
- (iii) **Úřad se formálně nevypořádal s návrhy zadavatele,**

- (iv) Úřad předložil znalci ke zkoumání předměty, které nebyly součástí správního spisu a nebyly podkladem pro rozhodnutí,
- (v) Úřad nezařadil výsledky zkoumání USB flash disků mezi podklady pro rozhodnutí a znemožnil tak účastníkům správního řízení, aby se k nim vyjádřili.

#### **Ad (i) Úřad vedl správní spis nezákonným způsobem**

Zadavatel (shodně jako ve svém vyjádření k podkladům pro rozhodnutí) uvádí, že Úřad vedl po dobu správního řízení nezákonným způsobem správní spis. Flagrantní porušení zákonných povinností ze strany Úřadu při vedení správního spisu mají za negativní následek zejména nemožnost připuštění jednotlivých USB flash disků, na které zadavatel uložil Dokumentaci ESVZ, jako důkazů ve správním řízení.

Zadavatel již v průběhu zadávacího řízení, poté, co dne 1. prosince 2017 nahlédl do správního spisu, písemnou stížností ze dne 12. prosince 2017 vytkal Úřadu nesprávné vedení spisu, resp. vedení spisu v rozporu s právními předpisy a judikaturou správních soudů, které mohlo vést nejen ke zmaření účelu vedení správního řízení, ale v krajním případě i ke zmaření účelu samotného zadávacího řízení; zadavatel přitom odkazuje na text své stížnosti. Správní spis neobsahoval část dokumentace, která byla již dříve na vyžádání Úřadu zasílána zadavatelem, včetně žádostí o účast a protokolů o posouzení kvalifikace, stejně jako zadavatelem zasláné USB flash disky. Ve správním spise zároveň nebylo žádným způsobem uvedeno, kde se tyto dokumenty a USB flash disky nacházejí, tj. teoreticky k nim měl přístup kdokoliv (nebyly formálně vyloučeny z nahlédnutí), ačkoliv se jednalo o dokumentaci důvěrnou (která obsahovala i obchodní tajemství účastníků zadávacího řízení), která neměla být nikomu zpřístupněna, a zadavatel ji vydával pouze na základě smlouvy o zachování důvěrnosti informací.

Zadavatel proto nemůže vyloučit, že tento postup Úřadu mohl mít vliv i na aktuální obsah jednotlivých USB flash disků, neboť není zřejmé, kde se USB flash disky nacházely, kdo a kdy k nim měl přístup a jak s nimi bylo nakládáno. Jedná se přitom o právně nezhojitelný stav, který byl zapříčiněn postupem Úřadu. Navíc tento postup mohl způsobit, že část dokumentace nebo i celý její obsah se dostal do nepovolaných rukou a je tak potenciálně ohrožena i provozní a kybernetická bezpečnost aktuálně provozovaného mýtného systému.

Teprve na základě stížnosti zadavatele Úřad přistoupil k tomu, že do spisu zaznamenával umístění a způsob nakládání s uvedenými dokumenty, avšak až dne 18. ledna 2018 Úřad vydal Úřední záznam o uložení technického nosiče dat (USB flash disku), přestože tyto USB flash disky obdržel již 24. října 2017 a přestože tyto měly být v souladu s právními předpisy upravujícími vedení správního spisu součástí spisu, resp. jeho přílohou, již od okamžiku, kdy je Úřad obdržel a ve spise měly být vedeny záznamy o případném nakládání s těmito USB flash disky. Jakékoliv dodatečné zařazování dokumentů, záznamů či jiných předmětů, které jsou ze zákona součástí spisu, do spisu až s několikaměsíčním odstupem od okamžiku, kdy byly účastníkem správního řízení dodány správnímu orgánu, zakládá důvodné pochybnosti o

důvodech takového postupu správního orgánu, jakožto i pochybnosti o tom, že s těmito předměty nebylo účelově manipulováno. Mimo spis může být vedena pouze část písemností nebo záznamy, a to za zákonem striktně stanovených podmínek uvedených v § 17 odst. 3 správního řádu. O takový případ se však u předmětných USB flash disků rozhodně nejednalo. Vedení části písemností nebo záznamů mimo spis přitom nelze zaměňovat s vyloučením částí spisu z nahlížení, jak nesprávně a zřejmě účelově činí Úřad, když se v bodu 425. Rozhodnutí snaží ospravedlnit své pochybení při vedení správního spisu v této věci poukazem na ochranu „*informace citlivého obchodního charakteru*“.

Nadto, Úřad se do dnešního dne nevypořádal s nakládáním s dalšími dokumenty, které obsahovaly důvěrné informace a obchodní tajemství, tj. zejména se žádostmi o účast a protokoly z jednání komise pro posouzení kvalifikace. Tyto dokumenty dosud nebyly učiněny součástí spisu ani součástí podkladů pro Rozhodnutí, Úřad o nich nevede žádnou evidenci a je zcela mimo jakoukoliv kontrolu, kde se tyto dokumenty nacházejí a kdo k nim má přístup a za jakých podmínek, což je v příkrém rozporu s povinnostmi správního orgánu při vedení spisu ve správním řízení.

Navíc, až dne 2. února 2018 (stížnost je z 12. prosince 2017) předseda Úřadu zaslal zadavateli Vyrozumění o vyřízení stížnosti zadavatele, kdy však byla stížnost ze zcela nepřesvědčivých důvodů shledána jako nedůvodná. Předseda Úřadu např. dostatečným způsobem nevysvětlil ani neprokázal, jak bylo s USB flash disky v období od 24. října 2017 do 18. ledna 2018 nakládáno (v tomto období není o USB flash discích ve správním spise žádný záznam).

**Na jednu stranu tak Úřad zadavateli vytýká, že nemůže prokázat, že s obsahem USB flash disků nebylo manipulováno v době od jejich výroby do okamžiku jejich předání dodavatelům, což dle Úřadu postup zadavatel v zadávací řízení netransparentním, na druhou stranu sám Úřad není schopen prokázat, že v době od obdržení USB flash disků nedošlo a nemohlo dojít k manipulaci s obsahem USB flash disků.** Pokud Úřad v této souvislosti v bodu 424. Rozhodnutí uvádí, že „*po celou dobu, kdy je (jakákoli) dokumentace o (jakémkoli) zadávacím řízení v držení Úřadu, je uložena v zabezpečených prostorách Úřadu, přičemž § 271 odst. 1 zákona jednoznačně stanoví, že zaměstnanci Úřadu, jakož i ti, kdo byli pověřeni plněním úkolů náležejících do jeho působnosti, jsou povinni zachovávat mlčenlivost o všech skutečnostech, o nichž se dověděli při výkonu své činnosti.*“ pak takové konstatování nijak neprokazuje, že s USB flash disky nebylo jakkoliv manipulováno v době, kdy byly v moci Úřadu. Pokud tedy má takový odkaz na pravidla s nakládáním s USB flash disky ze strany Úřadu prokazovat, že nemohlo dojít k manipulaci s jejich obsahem, pak nutně musí být v tomto směru stejně průkazný i odkaz zadavatel na metodiky, kterými se řídil se při výrobě a poskytování USB flash disků dodavatelům, což ostatně ve správním řízení prokázal.

Právě z důvodu nejasného nakládání s USB flash disky je zadavatel (přestože je sám navrhoval jako důkaz ve správním řízení) přesvědčen, že tyto již v současné době nemohou být Úřadem přijaty jako důkaz ve správním řízení, neboť s nimi mohlo být v období od 24. října 2017 do 18. ledna 2018 libovolně manipulováno, a to z důvodu nesprávného úředního postupu Úřadu při vedení spisu. Úřad tedy svým nezákonným postupem znemožnil využití

USB flash disků jako zásadního důkazu ve správním řízení. **Důkazem, že k takové manipulaci skutečně došlo, je pak skutečnost, že ze znaleckého posudku Ing. Svetlíka vyplývá, že se v době jeho zkoumání nacházelo na USB flash disku č. 010 o 16 souborů víc, než kolik jich bylo v době, kdy byl tento USB flash disk vrácen zadavateli příslušným dodavatelem (viz protokol o posouzení obsahu USB flash disků, zpracovaný odborným poradcem zadavatele po vrácení USB flash disku č. 10 dodavatelem - tento protokol je součástí spisu).**

Netransparentní nakládání s USB flash disky v průběhu správního řízení zakládá zmatečnost vedeného správního řízení. Za všech okolností však platí a je zapotřebí zdůraznit, že praxe Úřadu, kdy významná část té nejcitlivější dokumentace vyžádané Úřadem pod hrozbou sankce od zadavatele byla jaksi „strategicky“, snad „zatímně“, vedena mimo spis s tím, že až tedy případně někdy později bude posouzena, zda nemůže či nebude tvořit podklad pro vydání rozhodnutí, nemůže požívat jakékoliv ochrany a nemůže být jakkoliv využita k tíži zadavatele, jenž neměl možnost výzvy Úřadu coby správního orgánu k předložení všech USB flash disků neuposlechnout (bod 3. usnesení Úřadu č.j. ÚOHS-S0406/2017/VZ-29621/2017/521/OPi ze dne 16. října 2017). Je sice dobré, že alespoň dodatečně ke stížnosti zadavatele, po cca čtvrt roce, Úřad shledal, že by bylo vhodné alespoň nějak ve spisu zohlednit to, že příslušný materiál od zadavatele obdržel, uvedené však nijak nemůže konvalidovat neopodstatněný a nezákonný stav, který Úřad svým počínáním přivodil. Dokumentace buď měla být neprodleně zařazena do správního spisu, anebo měla být neprodleně navracena zadavateli (v této souvislosti je ryze účelové tvrzení Úřadu, resp. závěry vyplývající z argumentace Úřadu, že součástí správního spisu jsou pouze podklady rozhodnutí; ze zákona totiž jednoznačně vyplývá, že součástí spisu jsou podání, protokoly, záznamy, písemná vyhotovení rozhodnutí a další písemnosti, které se vztahují k dané věci, což nepochybně platí i pro přílohy spisu, přičemž předmětné USB flash disky se nepochybně k věci, jakožto součást zadávacích podmínek posuzované veřejné zakázky, vztahují; taktéž z judikatury správních soudů<sup>1</sup> vyplývá, že součástí správního spisu je i „materiál“, který nakonec nebyl podkladem rozhodnutí, ze kterého jsou však zjištělné postupy správního orgánu). **Nikdo se dnes už nedozví – neboť zde není žádná průkazná, nezpochybnitelná stopa zachycená v relevantní čas ve správním spisu – kdo měl k dokumentaci přístup, jaké části a kým byly kopírovány, popřípadě, a je to neméně**

<sup>1</sup> rozsudek Nejvyššího správního soudu České republiky (dále jen „NSS“) ze dne 28. 7. 2017, č. j. 8 As 236/2016 – 51, ve kterém NSS mj. konstatoval: „*Správní orgán je povinen vést spis. Podle § 17 odst. 1 věta první a třetí s. ř. [v] každé věci se zakládá spis; [s]pis tvoří zejména podání, protokoly, záznamy, písemná vyhotovení rozhodnutí a další písemnosti, které se vztahují k dané věci. Tato úprava navazuje na úpravu v zákoně č. 499/2004 Sb., o archivnictví a spisové službě a o změně některých zákonů; podle § 65 odst. 1 věty první tohoto zákona [p]ři vyřizování dokumentů se všechny dokumenty týkající se téže věci spojí ve spis. Judikatura a odborná literatura k vedení spisu uvádí: ‚správní spis tvoří všechny dokumenty týkající se téže věci. Toto pravidlo se neuplatní pouze tehdy, stanoví-li zákon jinak. Je to ostatně i logické, ve spisu musí zůstat vše, co svědčí o úkonech správního orgánu a účastníků řízení, neboť jde o materiální ‚stopu‘ postupu řízení.‘ (rozsudek NSS ze dne 31. 3. 2010, čj. 1 AfS 58/2009-541, publ. pod č. 2119/2010 Sb. NSS); ‚[s]oučástí spisu jsou jak dokumenty, z nichž správní orgán přímo vycházel, tak i ty, které správnímu orgánu ‚přilíš nepomohly‘, případně byly získány v rozporu se zákonem. S obsahem spisu není možné svévolně a účelově manipulovat.‘ (Potěšil, L., Hejč, D., Rigel, F., Marek, D.: *Správní řád. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 103-106.*)“ **NSS tedy jasně uvedl, že součástí správního spisu mají být veškeré dokumenty, a to i ty dokumenty, které nakonec správní orgán ve svém rozhodnutí nezohlední.***



**významné, zda jejich obsah nemohl být kýmkoliv pozměněn, ať již cíleně či nikoliv. Úřad svým nezákonným jednáním vedle dalších závažných důsledků způsobil, že z USB flash disků, coby důkazních prostředků, nelze pořídít již nikdy žádný relevantní důkaz, který by poskytl nepochybný, skutečný náhled na pravý stav věcí.**

Tato závažná pochybení Úřadu zadavatel namítal (a to i formou písemné stížnosti) již v průběhu správního řízení, avšak Úřad se s námitkami zadavatele zákonným způsobem nevypořádal a výtky zadavatele v bodech 419. a násl., zejména pak v bodě 424 zcela přehlížel a tento stav trvá dosud. Rozhodnutí jen stručně odmítl s tím, že je při nakládání s dokumentací o veřejné zakázce a spisovým materiálem vázán zákonem a že tyto uchovával správně. Jak již ale bylo shora uvedeno, **jde ze strany Úřadu o pouhá tvrzení, Úřad zákonnost svého procesního postupu nikterak neprokázal, jeho postup a rozhodnutí jsou proto nepřezkoumatelné a v důsledku tohoto hrubého procesního pochybení závěry Úřadu nemohou mít oporu v provedeném dokazování, neboť USB flash disky nemohou být ve správním řízení připuštěny jako řádný důkaz pochybení na straně zadavatele. Jde přitom o mnohem závažnější intenzitu porušení právního předpisu, než jakou Úřad obdobně vyčítá zadavateli. Zatímco Úřad ve vztahu k zadavateli pouze dovozuje porušení blíže nedefinované zásady transparentnosti, Úřad se dopustil zcela evidentního porušení konkrétních ustanovení správního řádu ve vztahu k vedení správního spisu.** Je přitom zcela evidentní, že Úřad v tomto ohledu postupoval v rozporu se správním řádem. O pochybeních Úřadu při vedení spisové agendy přitom svědčí i odvolání místopředsedy Úřadu pro oblast veřejných zakázek Mgr. Chýleho.

#### **Ad (ii) Úřad neprovedl důkazy navržené zadavatelem**

Zadavatel v rámci správního řízení navrhl provedení důkazu porovnáním obsahu USB flash disků, čímž podle přesvědčení zadavatele mohl být zpětně přezkoumán postup zadavatele, tj. to, co je Úřadem v Rozhodnutí vyčítáno jako stěžejní důvod pro zrušení zadávacího řízení v předmětném výroku. V tomto ohledu je naprosto neopodstatněný požadavek Úřadu, resp. předpoklad, že zpětně přezkoumat lze postup zadavatele pouze tak, že bude prokázán obsah, resp. totožnost obsahu USB flash disků zpětně k okamžiku předání jednotlivým dodavatelům v tom směru, že by dodavatelé stvrzovali tento obsah v předávacím protokolu s vyčerpávajícím seznamem všech dokumentů, které jsou uloženy na USB flash disku, či prostřednictvím hashovací funkce, která dle Úřadu garantuje možnost prokázat, že všem dodavatelům byly poskytnuty totožné informace, resp. zadávací podmínky. Bez ohledu na skutečnost, že prokázání toho, že všichni dodavatelé obdrželi shodné informace, není absolutně možné nikdy (srov. výklad níže) a tento požadavek, resp. východisko, na kterém je založeno Rozhodnutí, je zcela nesprávné a mylné, je zadavatel přesvědčen, že právě následná kontrola obsahu USB flash disků může tomuto účelu přispět a je mnohem průkaznější, neboť tak lze skutečně porovnat a posoudit, zda informace na USB flash discích, které byly dodavatelům předány, byly shodné/totožné, příp. do jaké míry a v jaké intenzitě byly odlišné a z jakého důvodu.

Zadavatel navrhl, aby byl posouzen obsah všech USB flash disků, tj. aby si Úřad vyžádal rovněž zbylé čtyři flash disky, které se po celou dobu správního řízení nacházely u jednotlivých účastníků zadávacího řízení. **Úřad nejen, že návrhu zadavatele na provedení tohoto důkazu nevyhověl, nicméně ani v této věci zadavatele nijak neinformoval o tom, že jeho návrh na provedení důkazu zamítá, čímž opět procesně pochybil.**

K návrhu zadavatele na provedení důkazu ohledáním věci (USB flash disků) se Úřad stručně vyjádřil až v bodě 480. Rozhodnutí s tím, že nepřistoupil ani k vyžádání USB flash disků od účastníků zadávacího řízení, ani k porovnání obsahu USB flash disků, kromě disků č. 1 a 19. Úřad dospěl k závěru, že takové úkony by nemohly „*žádným způsobem ovlivnit závěry znaleckého zkoumání, neboť v rámci předmětného správního řízení nebyl přezkoumáván konkrétní obsah všech flash disků s dokumentací ESVZ, nýbrž samotné technické řešení zvolené pro jejich poskytování. Zkoumání či porovnání obsahu těchto flash disků by vzhledem k tomu, že se jedná o přepisovatelné datové nosiče, u nichž nelze s absolutní jistotou vyloučit ani zjistit případnou manipulaci s daty, nemohlo vést k relevantnímu závěru o identičnosti jejich obsahu ... Z uvedených důvodů Úřad rovněž nepřistoupil k přezkoumání obsahu všech flash disků ... Úřad provedl indikativní porovnání obsahu pouze vzorku flash disků*“. Úřad svůj postup obhajoval mimo jiné i zásadou procesní ekonomie.

Podle názoru zadavatele takové odůvodnění Úřadu nemůže obstát, neboť je jednak v rozporu s povinností správního úřadu zjistit faktický stav věci ve smyslu § 3 správního řádu, a dále je takový postup v rozporu s § 263 odst. 2 zákona, který ukládá Úřadu zjistit, zda případně zjištěná pochybení zadavatele mají či mohou mít vliv na výběr dodavatele. Svým předjímáním úmyslné manipulace s daty na straně zadavatele zároveň Úřad neoprávněně a bez důkazů znevěrohodňuje zadavatele, který je ústředním orgánem státní správy a organizační složkou státu, a bez důkazů zpochybňuje jeho jednání, motivace a úmysly. Zadavatel takový přístup Úřadu považuje za nepřijatelný.

Úřad v bodě 482. Rozhodnutí dále uvedl, že neprovedl důkaz znaleckým posudkem společnosti Cetag, který navrhl zadavatel ve svém vyjádření k podkladům pro rozhodnutí. Podle Úřadu tento znalecký posudek údajně žádným způsobem nezpochybňuje věrohodnost podkladů pro rozhodnutí a na jeho základě nelze dospět k odlišným závěrům. S tím zadavatel zásadně nesouhlasí, neboť závěry posudku společnosti Cetag mohou být právně významné z hlediska posouzení naplnění podmínek § 263 odst. 2 zákona, tj. zda anonymizované osobní údaje mohly ovlivnit účastníky zadávacího řízení při přípravě jejich technického řešení, a tedy i předběžných nabídek. Závěry společnosti Cetag jsou přitom obecně použitelné na celou Dokumentaci ESVZ, přestože se tato společnost ve znaleckém posudku věnovala pouze vybraným pasážím Dokumentace ESVZ (obdobně jako znalec Ing. Svetlík zkoumal pouze 3 USB flash disky z celkem 90). Zadavatel je, na rozdíl od Úřadu, přesvědčen o tom, že předmětem posouzení znaleckého posudku společnosti Cetag jsou skutečnosti podstatné z hlediska posouzení zákonnosti postupu zadavatele, a to na rozdíl od posudku Ing. Svetlíka, který na základě zadání Úřadu řeší otázky, které jsou z tohoto hlediska zcela irelevantní (jak totiž sám Úřad v bodu 409. Rozhodnutí uvádí „*není jeho předmětem konkrétní zjištění existence případné manipulace s daty na daných datových nosičích, ale posouzení, zda k*

*takové potenciální manipulaci na konkrétních nosičích mohlo dojít, zda je možné takovou potenciální manipulaci identifikovat a prokázat“), přičemž se navíc jedná o otázky, k jejichž zodpovězení není potřeba znalce a ke kterým ani nebylo potřeba jakkoliv zkoumat předmětné USB flash disky. V této souvislosti lze též vznést důvodné pochybnosti o odborné kompetentnosti znalce Ing. Svetlíka a relevantnosti jeho závěrů, které tento znalec z drtivé většiny uvozuje slovním spojením „s největší pravděpodobností“ (viz též citace znalecových závěrů v bodu 409. Rozhodnutí). Je tedy zřejmé, že ani tento znalec nemá jistotu v tom, zda jeho závěry jsou za daných okolností platné, přičemž však Úřad z těchto závěrů znalce bezmezně a zcela nekriticky vychází, kdy tyto pochybné závěry Úřad dokonce považuje „za pečlivě odůvodněné [...] a za stěžejní pro řádné objasnění skutkového stavu, od něhož se odvíjí následné právní úvahy Úřadu.“*

V této souvislosti je třeba upozornit na zcela účelové a selektivní využívání posudku společnosti Cetag ze strany Úřadu, kdy na jednu stranu Úřad uvádí, že je tento posudek irelevantní a neprovedl jej jako důkaz, na druhou stranu tímto posudkem Úřad v odůvodnění Rozhodnutí argumentuje tam, kde to je pro Úřad výhodné (viz např. bod 468. Rozhodnutí). Takový selektivní přístup k důkaznímu prostředku považuje zadavatel za zcela nepřijatelný.

Zadavatel rovněž rozporuje rozhodnutí Úřadu neprovést důkaz vyjádřeními společnosti CzechToll a stanoviskem JUDr. Jurčíka (viz bod 483. Rozhodnutí). Úřad přitom dospěl ke zcela nepochopitelnému a nesprávnému závěru, že tyto listiny žádným způsobem nezpochybnují věrohodnost podkladů pro vydání rozhodnutí. Naopak, právě zejména vyjádření společnosti CzechToll jakožto dotčeného účastníka zadávacího řízení jsou zcela relevantní z hlediska posouzení transparentnosti jednání zadavatele. Pokud účastník zadávacího řízení explicitně nezpochybnuje transparentnost postupu zadavatele a technické řešení vydání Dokumentace ESVZ, je to významným ukazatelem pro posouzení splnění zákonných podmínek pro zrušení zadávacího řízení, uvedených v § 263 odst. 2 zákona.

Úřad pak rovněž procesně pochybil, pokud se v Rozhodnutí žádným způsobem nevypořádal s návrhem zadavatele na provedení důkazu právním stanoviskem německé pobočky advokátní kanceláře White & Case, které zadavatel navrhoval jako důkaz v rámci svého vyjádření k podkladům pro rozhodnutí.

Na základě shora uvedeného je pak Rozhodnutí nepřezkoumatelné i s ohledem na znění § 68 odst. 3 správního řádu, dle kterého musí správní orgán v odůvodnění uvést kromě jiného informace o tom, jak se vypořádal s návrhy a námitkami účastníků a s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí. Touto povinností správního orgánu se zabývá rovněž soudní judikatura, např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 4 As 58/2005-65 nebo č.j. 9 As 71/2008-109, kde Nejvyšší správní soud mj. uvádí, že „V návaznosti na tyto skutečnosti a z nich vycházející ustanovení § 68 odst. 3 správního řádu lze shrnout, že v odůvodnění správního rozhodnutí je nutno uvést: (i) důvody výroku rozhodnutí, (ii) podklady pro jeho vydání, (iii) úvahy, kterými se správní orgán řídil při hodnocení podkladů pro rozhodnutí a při výkladu právních předpisů a (iv) informace o tom, jak se správní orgán vypořádal s návrhy a námitkami účastníků řízení a s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí (z

*odůvodnění rozhodnutí musí být mj. seznatelné, proč správní orgán považuje námitky účastníka řízení za liché, mylné anebo vyvrácené, proč považuje skutečnosti předestírané účastníkem za nerozhodné, nesprávné, nebo jinými řádně provedenými důkazy vyvrácené).* “.

#### **Ad (iii) Úřad se formálně nevypořádal s návrhy zadavatele**

Zadavatel, v okamžiku, kdy se ze správního spisu dozvěděl o úmyslu Úřadu ustanovit znalce za účelem posouzení technického řešení zvoleného zadavatelem pro vydání Dokumentace ESVZ, písemně požádal Úřad, aby mohl být účasten jak výběru znalce, tak i formulování otázek vymezujících předmět znaleckého zkoumání.

Úřad podle názoru zadavatele procesně pochybil, pokud se s žádostí zadavatele žádným způsobem procesně nevypořádal, resp. o žádosti zadavatele nerozhodl. Vypořádání žádosti pak mělo být učiněno součástí správního spisu, což se nestalo. Úřad až ve svém prvostupňovém Rozhodnutí vysvětluje, proč žádosti zadavatele nevyhověl, což však není zákonný postup.

Totéž, jak shora uvedeno, platí ve vztahu k návrhu zadavatele na provedení důkazu obsahem všech USB flash disků a na vyžádání USB flash disků od účastníků zadávacího řízení.

Pochybení Úřadu je však v tomto směru i věcné, neboť formulace otázek znalci a předmětu znaleckého zkoumání může být relevantní z hlediska správnosti rozhodnutí ve věci. V této souvislosti lze odkázat na judikaturu citovanou v dřívějších podáních zadavatele, zejm. pak na nálezh Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 299/06, který ostatně cituje i Úřad ve své rozhodovací praxi, konkrétně např. v rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 12. září 2016, č. j. ÚOHS-R403/2015/VZ-37535/2016/321/OHo: *„Je přitom nepochybné, že způsob položení dotazu logicky determinuje podobu závěru, který znalec vyslovuje, a tedy ovlivňuje i zaměření jeho zkoumání. **Nevhodně položené otázky mohou způsobit, že je důkazní hodnota znaleckého posudku nulová a takový znalecký posudek nemusí osvětlit žádnou, pro případ podstatnou, otázku**“.* Tak se bohužel také stalo v tomto případě, kdy znalecký posudek Ing. Svetlíka neosvětluje žádnou, pro případ podstatnou otázku, neboť tyto byly Úřadem vymezeny způsobem zcela irelevantním z hlediska možnosti posoudit v konkrétním případě zákonnost postupu zadavatele. **V této souvislosti je nutno dodat, že otázky položené Úřadem znalci Ing. Svetlíkovi byly návodné a je z nich dopředu patrné, jaké rozhodnutí mělo být v dané věci vydáno, tj. rozhodnutí v neprospěch zadavatele, přičemž jak již bylo uvedeno, k zodpovězení takových otázek ani nebylo potřeba znaleckého zkoumání,**

#### **Ad (iv) Úřad předložil znalci ke zkoumání předměty, které nebyly součástí správního spisu a nebyly podkladem pro rozhodnutí**

Postup Úřadu, kdy neučinil včas a řádně v souladu se zákonem součástí správního spisu a podkladem pro rozhodnutí 3 USB flash disky, které poskytl znalci ustanovenému Úřadem, Ing. Svetlíkovi, ke znaleckému zkoumání, je v rozporu s právními předpisy a závažným procesním pochybením, které již znemožňuje věrohodně přezkoumat obsah předmětných

USB flash disků tak, aby z tohoto přezkoumání mohly být učiněny relevantní závěry ve věci. Toto procesní pochybení zadavatel již namítal v rámci správního řízení (zadavatel uvedl: „Dále, přestože flash disky nebyly učiněny součástí správního spisu a nebyly tak ani podkladem pro vydání rozhodnutí, Úřad tři flash disky (č. 004, 008 a 010) zpřístupnil znalci Ing. Svetlíkovi za účelem zpracování znaleckého posudku. Zadavatel se domnívá, že tím je mimo jiné zásadně zpochybněn i samotný posudek znalce Ing. Svetlíka z hlediska jeho relevance jako řádného podkladu pro vydání rozhodnutí, pokud se vyjadřoval k věcem (flash diskům), které nebyly součástí správního spisu. Znalecký posudek Ing. Svetlíka je proto z tohoto pohledu rovněž zcela bezcenný a neměl být jako důkaz při rozhodování Úřadu brán v úvahu.“), přičemž Úřad v tomto ohledu v bodech 422., 423. a 426. Rozhodnutí jen velmi stručně konstatuje, že tyto USB flash disky učinil podkladem pro rozhodnutí. Skutečnost, že tyto USB flash disky zařadil do správního spisu a učinil je podkladem pro rozhodnutí až s několikaměsíčním odstupem od doby, kdy byly Úřadu předány a až po provedeném znaleckém zkoumání je však v rozporu se zákonem, přičemž způsobuje shora popsané následky. I nadále totiž platí výhrada, že byl analyzován materiál, který nebyl součástí správního spisu, ačkoliv zcela jednoznačně měl být součástí spisu jakožto součást dokumentace o zadávacím řízení, které je předmětem přezkumu ze strany Úřadu, ze které nepochybně Úřad musí vycházet a ve skutečnosti taktéž vycházel při svém rozhodování v dané věci. Nemluvě o tom, že tím, že tento materiál nebyl ve spisu, nebylo zadavateli coby účastníku správního řízení umožněno se průběžně seznamovat se všemi prostředky, z nichž byly získávány důkazy, stejně tak byl zadavatel zbaven možnosti reaktivně podávat své připomínky či námítky při pořizování důkazů a způsobu/způsobům tohoto pořizování. Zadavatel tak byl výrazně omezen na svých právech účastníka řízení, dlužno podotknout, že nezákonně.

Úřad totiž teprve Záznamem do spisu o shromáždění podkladů pro vydání rozhodnutí ze dne 12. dubna 2018 uvedl, že USB flash disky č. 001, 004, 008, 010 a 019 jsou podkladem pro rozhodnutí, a tedy i součástí spisového materiálu.

Úřad v Rozhodnutí velice stručně uvádí, že tato výhrada zadavatele, uvedená ve vyjádření zadavatele k podkladům pro rozhodnutí, není důvodná, neboť USB flash disky byly nakonec zařazeny do spisu, z toho je však zcela zjevná účelovost a chabost argumentace Úřadu. Je zcela zřejmé, že ještě několik měsíců poté, co znalec Ing. Svetlík zpracoval svůj posudek, Úřad předmětné USB flash disky nezařadil do správního spisu a neučinil je součástí podkladů pro rozhodnutí. Takový postup je flagrantním porušením procesních pravidel vedení spisu a argument, že k tomu nakonec (po několika měsících) došlo, nemůže toto pochybení Úřadu zhojit.

Je přitom zarážející, že Úřad svůj postup obhájí pouze velmi stručně, nadto zcela nelogicky, v bodě 414. Rozhodnutí na necelých 6 řádcích, a to navíc pouze konstatováním, že s námítkou zadavatel nesouhlasí. Takové odůvodnění je v porovnání s jinými pasážemi (např. ve vztahu k požadavkům na obsah a uznatelnost znaleckých posudků) zarážející a svědčí to spíše o tom, že si Úřad byl dobře vědom svého procesního pochybení, avšak neměl, jak by jej vysvětlil a obhájil.

K posudku Ing. Svetlíka pak zadavatel shrnuje své výhrady takto:

- otázky na Ing. Svetlíka jsou návodné a předem předjímají „potřebu“ Úřadu namísto objektivního posouzení stavu věci
- Ing. Svetlík USB flash disky k zodpovězení daných otázek vůbec nepotřeboval
- zadavatel se k osobě znalce a formulaci otázek přes svou žádost nemohl vyjádřit, stejně tak bylo zadavateli znemožněno podílet se na stanovení metody, již budou USB flash disky znalecky zkoumány
- Ing. Svetlík v posudku zcela nedostatečně rozebral problematiku hashování a dospěl k závěrům na základě nedostatečného a povrchního posouzení věci, což jednoznačně vyplývá z odborného vyjádření Cetag,

Úřad pak pouze účelově využívá dílčích částí posudku Ing. Svetlíka a dalších posudků a vybírá z nich pouze ty pasáže, které jsou samy o sobě v neprospěch zadavatele, zatímco zcela opomíjí pasáže, které svědčí zákonnosti postupu zadavatele.

**Ad (v) Úřad nezařadil výsledky zkoumání USB flash disků mezi podklady pro rozhodnutí a znemožnil tak účastníkům správního řízení, aby se k nim vyjádřili**

Dále, dne 12. dubna 2018 z Úředního záznamu o manipulaci s technickým nosičem dat vyplynulo, že již dne 14. března 2018 byly USB flash disky č. 001 a 019 vyjmuty z trezoru za účelem porovnání jejich obsahu. Podle tohoto Úředního záznamu byly oba USB flash disky vráceny do trezoru dne 19. března 2018. **Ve správním spise ani v seznamu podkladů pro rozhodnutí však nebyl ani k datu 12. dubna 2018, kdy Úřad dokončil kolekci podkladů pro rozhodnutí, zachycen žádný výsledek tohoto porovnání obsahu, není ani zřejmé, kdo, kdy a jakým způsobem s oběma USB flash disky fakticky nakládal.**

Tento postup ze strany Úřadu považuje zadavatel za nezákonný, neboť účastníci správního řízení neměli možnost se vyjádřit k výsledkům provedeného zkoumání USB flash disků, tj. neměli možnosti se vyjádřit ke všem podkladům pro rozhodnutí. Jedná se o závažné procesní pochybení na straně Úřadu. Závěry posouzení obou USB flash disků v bodech 433. a násl. Rozhodnutí jsou přitom jedním ze stěžejních argumentů Úřadu, na základě kterých Úřad dovozuje netransparentnost postupu zadavatele. Pokud by měl zadavatel možnost se k údajným rozporům v obsahu USB flash disků včas vyjádřit, mohlo takové vyjádření mít zásadní vliv na závěry Úřadu (pokud odhlédneme od skutečnosti, že zadavatel z důvodů shora uvedených pochybení Úřadu rozporuje samotnou možnost použití USB flash disků jako důkazu ve správním řízení).

**Zadavatel odmítá, že by na USB flash discích vydal Dokumentaci ESVZ s odlišným obsahem. Zadavatel prohlašuje, že provedl pouze anonymizaci osobních údajů, uvedených v Dokumentaci ESVZ. Pokud Úřad údajně shledal rozpory v obsahu obou sad Dokumentace ESVZ, pak zadavatel uvádí, že v důsledku nezákonného nakládání s USB flash disky mimo správní spis již není možné zpětně prokázat, kdo a kdy tyto údajné věcné změny provedl. V takovém případě pak nezákonný postup Úřadu nemůže**

**být kladen k tíži zadavatele a Úřad nemůže na základě takových údajných zjištění odůvodnit své rozhodnutí.**

Pokud jde o možnost přezkoumat totožnost obsahu na jednotlivých USB flash discích, a tím zjistit rozhodný skutkový stav, který je podstatný z hlediska naplnění hypotézy právní normy obsažené v § 263 odst. 2 zákona, Úřad uvádí, že taková možnost je vyloučena „s ohledem na zadavatelem zvolené technické řešení (tj. „přepisovatelnost“ datového nosiče, kdy provedené zásahy nemusí zanechávat ani forenzně zjistitelné stopy)“ (srov. bod 444. Rozhodnutí). S takovým zcela alibistickým konstatováním Úřadu však zadavatel zásadně nesouhlasí. Možnost forenzního přezkoumání totožnosti obsahu předmětných USB flash disků, a tedy možnost řádného zjištění skutkového stavu, na základě kterého by bylo možno vydat zákonné rozhodnutí Úřadu ve věci, existovala, přičemž Úřad měl USB flash disky k dispozici po dobu cca 6 měsíců (k tomu podrobněji viz níže). **Byl to však právě Úřad, který svým nezákonným vedením správního řízení a netransparentním nakládáním se spisovým materiálem, zejm. s předmětnými USB flash disky, kdy není zřejmé, co se po předání USB flash disků s těmito dělo, kdo a jak s nimi a jejich obsahem manipuloval, zapříčinil, že provedení relevantní forenzní analýzy je, slovy Úřadu, navždy zapovězeno.**

Přesto, zadavatel na tomto místě považuje za nezbytné, odhlédne-li od shora uvedeného, se vyjádřit k jednotlivým „zjištěním“, která Úřad učinil ve vztahu k „rozporu“ obsahu obou posuzovaných USB flash disků. **Zadavatel však i nadále zdůrazňuje, že nemůže jakkoliv přijmout odpovědnost za obsah USB flash disků v období, kdy byly mimo sféru zadavatele, byly jím postoupeny k výzvě Úřadu a současně nebyly vedeny ve správním spisu.**

<b>Bod Rozhodnutí</b>	<b>Zjištění Úřadu</b>	<b>Vyjádření zadavatele</b>
<b>433</b>	100000585-War-05-DOKU- CS_KoncepceUdržby_cz - Úřad vytýká anonymizaci údajů jiných než osobních, např. lokality objektů a počet objektů umístění zařízení centrálního systému a základnových stanic hlídkových vozidel kontroly (MEV)	Zadavatel konstatuje, že údaje o lokalitě objektů zařízení centrálního systému a základnových stanic hlídkových vozidel kontroly a jejich počtu nemohly mít žádný vliv na přípravu technického řešení, stanovení nabídkové ceny v rámci předběžné nabídky, a tedy ani na výběr dodavatele. Nejedná se o objekty ve vlastnictví zadavatele, resp. Ředitelství silnic a dálnic ČR, které by byl vybraný dodavatel oprávněn bez dalšího využívat
<b>434</b>	1000003379A-ImplD-04-DOKU-KTP-	Anonymizace takového údaje je

	<p>ProcurPlan-P5a_CZ</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Úřad vytýká anonymizování obchodního jména advokátní kanceláře</li> </ul>	<p>zcela zjevně bezpředmětná z hlediska informací potřebných pro nabídku.</p> <p>V daném případě se navíc jedná o dokumentaci ke KTP, tj. k telematické platformě, která není součástí ESVZ a její provozování není předmětem posuzované veřejné zakázky<sup>2</sup>.</p>
<b>436</b>	<p>1000005957-Bes-01-AdministraceCertifikatu_OTSI_CZ 1000005465A-PfH-04-DOKU-KTP-SysReq-P5a_CZ MYTOCZ_DP_obsluha_seznam_2013 MYTOCZ_DP_etapa_:2A_obsluha_seznam</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Úřad vytýká nedostatečnou anonymizaci</li> </ul>	<p>Jedná se o zcela bezpředmětné údaje.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- První 2 dokumenty nejsou dokumenty vztahující se k ESVZ, ale k KTP, tj. k telematické platformě, jejíž provozování není předmětem posuzované veřejné zakázky.</li> <li>- Obsluha DP – informace o fyzických osobách obsluhy DP nemohly mít žádný vliv na přípravu technického řešení, stanovení nabídkové ceny v rámci předběžné nabídky, a tedy ani na výběr dodavatele.</li> </ul>
<b>437 – 439</b>	<p>Soubory složky ESVZSYSTEM\CZTTS\Pilot</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Úřad vytýká, že v anonymizované verzi Dokumentace ESVZ je dokument s názvem „Závěrečný protokol Testovacího provozu“ překopírován souborem Ověřená zpráva Generálního dodavatele, který je již v Dokumentaci ESVZ jednou obsažen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Dokument „Závěrečný protokol Testovacího provozu“ je historický dokument z roku 2006 o výsledcích Testovacího provozu ESVZ, jehož význam pro účastníky zadávacího řízení je nulový, neboť neobsahuje popis technického řešení ani jiné</li> </ul>

<sup>2</sup> Zde je na místě vysvětlit, proč Dokumentace ESVZ obsahuje i dokumenty, které nejsou relevantní pro předmět veřejné zakázky a pro přípravu technického řešení a předběžné nabídky. Příprava Dokumentace ESVZ pro účely vydání dodavatelům v zadávacím řízení byla smluvním závazkem navrhovatele. Ten však pouze zadavateli prostřednictvím Ředitelství silnic a dálnic ČR sdělil, že dokumentace, kterou Ředitelství silnic a dálnic ČR disponovalo v elektronické podobě v rámci aplikace „Share point“, je k danému datu úplná a aktuální. Zadavatel s ohledem na rozsah Dokumentace ESVZ a rovněž s ohledem na nedostatek potřebné odbornosti nebyl v daném čase objektivně schopen posoudit, které dokumenty z Dokumentace ESVZ jsou relevantní pro přípravu předběžné nabídky a které nikoliv. Zadavatel proto logicky předpokládal, že navrhovatel v souladu se svým závazkem v Dokumentaci ESVZ umístil pouze ty dokumenty, které jsou z tohoto pohledu relevantní, a proto zadavatel Dokumentaci ESVZ uložil na datové nosiče v tomto plném rozsahu.



		významně informace, pouze jde o zaznamenání výsledků testů
<b>440</b>	a) – Úřad vytýká, že složky KTP\Dokumentace ISVS\Přílohy_ISVS_E5a\100004615-Spez-05-DOKU-CS_TI-WebServ-TrafficStat_CZ.pdf, obsahují Dokument č. 100004615, který má v obou verzích jiný obsah	Jedná se o dokumentaci nikoliv k ESVZ, nýbrž ke KTP, tj. k telematické platformě, jejíž provozování není předmětem posuzované veřejné zakázky. Dokument proto nemohl mít žádný vliv na přípravu technického řešení, stanovení nabídkové ceny v rámci předběžné nabídky, a tedy ani na výběr dodavatele.
	b) – Úřad vytýká, že složky Liniove_řízení\Etapa5b-2.část\Senzorika 2. etapa\DokladyJednotlivá staničení\D0202_D02-3,08-R-0\04 Protokoly o provedení testů\TP_VARS_CROSS_NDIC.pdf obsahují dokument TP_VARS_CROSS_NDIC, který má v obou verzích jiný obsah	Jedná se o dokumentaci nikoliv k ESVZ, nýbrž k tzv. liniovému řízení dopravy, jehož provozování není předmětem posuzované veřejné zakázky. Dokument proto nemohl mít žádný vliv na přípravu technického řešení, stanovení nabídkové ceny v rámci předběžné nabídky, a tedy ani na výběr dodavatele.
	c) Úřad vytýká, že složky Liniove_řízení\Etapa5b-2.část\Senzorika 2. etapa\DokladyJednotlivá staničení\D0204_D02-31,71-R-0\10 Kopie montážních deníků\D2-31,71-R-0.pdf obsahují dokument D2-31,71-R-0, který má v obou verzích jiný obsah	Jedná se o dokumentaci nikoliv k ESVZ, nýbrž k tzv. liniovému řízení dopravy, jehož provozování není předmětem posuzované veřejné zakázky. Dokument proto nemohl mít žádný vliv na přípravu technického řešení, stanovení nabídkové ceny v rámci předběžné nabídky, a tedy ani na výběr dodavatele.
	d) Úřad vytýká, že složky Liniove_řízení\Etapa5b-2.část\Senzorika 2. etapa\DokladyJednotlivá staničení\D0204_D02-31,71-R-0\12 Prohlášení o shodě výrobce držáky\Prohlášení o shodě výrobce držáky.pdf obsahují dokument Prohlášení	Jedná se o dokumentaci nikoliv k ESVZ, nýbrž k tzv. liniovému řízení dopravy, jehož provozování není předmětem posuzované veřejné zakázky. Dokument proto nemohl mít žádný vliv na přípravu

	o shodě výrobce držáky, který má v obou verzích jiný obsah	technického řešení, stanovení nabídkové ceny v rámci předběžné nabídky, a tedy ani na výběr dodavatele.
	e) Úřad vytýká, že složky Liniove_řízení\Etapa5b-2.část\ZPI II 1. cast\Doklady\02_D5-20,22-L\18_Prohlášení o shodě výrobce na ocel. kce hlavní a pomocné\18.2 Zápis o dílenské přejímce Eurovia.pdf obsahují dokument 18.2 Zápis o dílenské přejímce Eurovia, který má v obou verzích jiný obsah	Jedná se o dokumentaci nikoliv k ESVZ, nýbrž k tzv. liniovému řízení dopravy, jehož provozování není předmětem posuzované veřejné zakázky. Dokument proto nemohl mít žádný vliv na přípravu technického řešení, stanovení nabídkové ceny v rámci předběžné nabídky, a tedy ani na výběr dodavatele.
	f) Úřad vytýká, že složky Liniove_řízení\Etapa5b-2.část\ZPI II 2. cast\DGIS\tzdd.pdf obsahují dokument tzdd, který má v obou verzích jiný obsah	Jedná se o dokumentaci nikoliv k ESVZ, nýbrž k tzv. liniovému řízení dopravy, jehož provozování není předmětem posuzované veřejné zakázky. Dokument proto nemohl mít žádný vliv na přípravu technického řešení, stanovení nabídkové ceny v rámci předběžné nabídky, a tedy ani na výběr dodavatele.
	g) Úřad vytýká, že složky Liniove_řízení\Etapa5b-2.část\ZPI II 2. cast\Doklady\05_D5-3,49-L\01_Doklady o ohlášení stavby\1.1.pdf obsahují dokument 1.1, který má v obou verzích jiný obsah	Jedná se o dokumentaci nikoliv k ESVZ, nýbrž k tzv. liniovému řízení dopravy, jehož provozování není předmětem posuzované veřejné zakázky. Dokument proto nemohl mít žádný vliv na přípravu technického řešení, stanovení nabídkové ceny v rámci předběžné nabídky, a tedy ani na výběr dodavatele.
	h) Úřad vytýká, že složky Liniove_řízení\Etapa5b-2.část\ZPI II 2. cast\Doklady\05_D5-3,49-L\02_Sdělení o ohlášení stavby\2.1.pdf obsahují dokument 2.1, který má v obou verzích jiný obsah	Jedná se o dokumentaci nikoliv k ESVZ, nýbrž k tzv. liniovému řízení dopravy, jehož provozování není předmětem posuzované veřejné zakázky. Dokument proto nemohl mít

		žádný vliv na přípravu technického řešení, stanovení nabídkové ceny v rámci předběžné nabídky, a tedy ani na výběr dodavatele.
	i) Úřad vytyká, že složky Liniove_řízení\Etapa5b-2.část\ZPI II 2. cast\Doklady\05_D5-3,49-L\20_Prohlášení o shodě povrchová úprava ZN - brána\20.2.pdf obsahují dokument 20.2, který má v obou verzích jiný obsah	Jedná se o dokumentaci nikoliv k ESVZ, nýbrž k tzv. liniovému řízení dopravy, jehož provozování není předmětem posuzované veřejné zakázky. Dokument proto nemohl mít žádný vliv na přípravu technického řešení, stanovení nabídkové ceny v rámci předběžné nabídky, a tedy ani na výběr dodavatele.
	j) Úřad vytyká, že složky Liniove_řízení\Etapa5b-2.část\ZPI II 2. cast\Doklady\05_D5-3,49-L\28_Protokol o PKO vč. protokolu o nedestruktivním měření tloušťky ochranných vrstev (zkoušky ve výrobním závodě)\28.pdf obsahují dokument 28, který má v obou verzích jiný obsah	Jedná se o dokumentaci nikoliv k ESVZ, nýbrž k tzv. liniovému řízení dopravy, jehož provozování není předmětem posuzované veřejné zakázky. Dokument proto nemohl mít žádný vliv na přípravu technického řešení, stanovení nabídkové ceny v rámci předběžné nabídky, a tedy ani na výběr dodavatele.
	k) Úřad vytyká, že složky Liniove_řízení\Etapa5b-2.část\ZPI II 2. cast\Doklady\11_D5-48,96-L\00 Obsah\ZPI_doklady_D5-48,96-L.pdf obsahují dokument ZPI_doklady_D5-48,96-L, který má v obou verzích jiný obsah	Jedná se o dokumentaci nikoliv k ESVZ, nýbrž k tzv. liniovému řízení dopravy, jehož provozování není předmětem posuzované veřejné zakázky. Dokument proto nemohl mít žádný vliv na přípravu technického řešení, stanovení nabídkové ceny v rámci předběžné nabídky, a tedy ani na výběr dodavatele.
	l) Úřad vytyká, že složky Liniove_řízení\Etapa5b-2.část\ZPI II 2. cast\Doklady\11_D5-48,96-L\08_Protokoly o provedení testů a prohlídek\08.pdf obsahují dokument 08,	Jedná se o dokumentaci nikoliv k ESVZ, nýbrž k tzv. liniovému řízení dopravy, jehož provozování není předmětem posuzované veřejné zakázky.

	<p>který má v obou verzích jiný obsah</p>	<p>Dokument proto nemohl mít žádný vliv na přípravu technického řešení, stanovení nabídkové ceny v rámci předběžné nabídky, a tedy ani na výběr dodavatele.</p>
	<p>m) Úřad vytýká, že složky Liniove_řízení\Etapa5b-2.část\ZPI II 2. část\Doklady\29_D2-43,19-P\02_Sdělení o ohlášení stavby\Seznam 02.pdf obsahují dokument Seznam 02, který má v obou verzích jiný obsah</p>	<p>Jedná se o dokumentaci nikoliv k ESVZ, nýbrž k tzv. liniovému řízení dopravy, jehož provozování není předmětem posuzované veřejné zakázky. Dokument proto nemohl mít žádný vliv na přípravu technického řešení, stanovení nabídkové ceny v rámci předběžné nabídky, a tedy ani na výběr dodavatele.</p>
	<p>n) Úřad vytýká, že složky Liniove_řízení\Etapa5b-2.část\ZPI II 2. část\DSP_RDS\30_D2-49,90-L\04_SO190\D2-49,90-L_SO190_002_SPECIFIKACE.pdf obsahují dokument D2-49,90-L_SO190_002_SPECIFIKACE, který má v obou verzích jiný obsah</p>	<p>Jedná se o dokumentaci nikoliv k ESVZ, nýbrž k tzv. liniovému řízení dopravy, jehož provozování není předmětem posuzované veřejné zakázky. Dokument proto nemohl mít žádný vliv na přípravu technického řešení, stanovení nabídkové ceny v rámci předběžné nabídky, a tedy ani na výběr dodavatele.</p>
	<p>o) Úřad vytýká, že složky Provozni_dokumentace\Měsíční zprávy podle SoS\2009\05_Květen\MZ_ESVZ_200905_CZ.pdf obsahují dokument MZ_ESVZ_200905_CZ, který má v obou verzích jiný obsah</p>	<p>Dokument MZ_ESVZ_200905_CZ obsahoval historickou měsíční zprávu o provozu ESVZ za květen 2009, která neobsahuje žádné informace o technickém popisu ESVZ ani žádné jiné významné informace o ESVZ. Dokument proto nemohl mít žádný vliv na přípravu technického řešení, stanovení nabídkové ceny v rámci předběžné nabídky, a tedy ani na výběr dodavatele.</p>
	<p>p) Úřad vytýká, že složky</p>	<p>Dokument</p>

	<p>Provozni_dokumentace\Měsíční zprávy podle SoS\2009\09_Září\MZ_ESVZ_200909_CZ.pdf obsahují dokument MZ_ESVZ_200909_CZ, který má v obou verzích jiný obsah</p>	<p>MZ_ESVZ_200909_CZ obsahoval historickou měsíční zprávu o provozu ESVZ za září 2009, která neobsahuje žádné informace o technickém popisu ESVZ ani žádné jiné významné informace o ESVZ. Dokument proto nemohl mít žádný vliv na přípravu technického řešení, stanovení nabídkové ceny v rámci předběžné nabídky, a tedy ani na výběr dodavatele.</p>
441	<p>Úřad vytýká odlišný počet stran v případě některých dokumentů, konkrétně dokumentu 32.1 Zaměření náklonů stojin a výškových parametrů a dokumentu Ověření stavu bezpečnosti dat ESVZ</p>	<p>V případě obou dokumentů byl v anonymizované verzi Dokumentace ESVZ navíc duplicitně uveden akceptační protokol, resp. protokol o provedené montáži, což však nemá a nemůže mít žádný vliv na věcnou informaci vyplývající z příslušného dokumentu. V případě dokumentu 32.1 Zaměření náklonů stojin a výškových parametrů.pdf se navíc jedná se o dokumentaci nikoliv k ESVZ, nýbrž k tzv. líniovému řízení dopravy, jehož provozování není předmětem posuzované veřejné zakázky. Dokument proto nemohl mít žádný vliv na přípravu technického řešení, stanovení nabídkové ceny v rámci předběžné nabídky, a tedy ani na výběr dodavatele.</p>

**Ze shora uvedené tabulky je pak jednoznačně zřejmé, že Úřadem zjištěné rozdíly (i pokud by bylo možné je přičítat zadavateli, což zadavatel odmítá) jsou zcela marginální a bezvýznamné a nemají intenzitu nutnou k uložení nápravného opatření ve smyslu § 263 odst. 2 zákona, neboť nemohly mít žádný vliv na výběr dodavatele.**

### **Ad b) Nedostatečné zjištění skutkového stavu ve smyslu § 3 správního řádu**

Pokud odhlédneme od důsledků procesního pochybení Úřadu uvedeného v předchozím písm. a), bod (i) tohoto článku rozkladu, je nepochybné, že za standardních okolností by Úřad byl způsobilý přezkoumat obsah USB flash disků a dospět k závěru, zda zadavatel pochybil či nikoliv, přičemž pouze takové přezkoumání může být podkladem pro konstatování, zda zadavatel nedodržel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky ve smyslu § 263 odst. 2 zákona, nikoliv pouhé konstatování, že zde existuje hypotetická možnost, že s obsahem USB flash disků bylo manipulováno, jak v daném případě učinil Úřad.

Úřad však provedl pouze porovnání dvou USB flash disků, z nichž jeden obsahoval „neanonymizovanou“ verzi Dokumentace ESVZ, zatímco druhý obsahoval „anonymizovanou“ verzi Dokumentace ESVZ (viz bod 433. Rozhodnutí). Následně Úřad konstatoval, že „dokumentace ESVZ

*obsažená na vybraných flash discích se od sebe liší v případě 30 042 souborů/dokumentů“*, což mu stačilo jako důkaz netransparentního, resp. neférového postupu zadavatele (srov. bod 434. Rozhodnutí, kde Úřad uvádí, že tato skutečnost „představuje podstatný aspekt vzbuzující pochybnost o férovosti jednání zadavatele v rámci předmětného zadávacího řízení“) a jako rozhodující důvod pro zrušení zadávacího řízení. Tuto rozdílnost v obsahu Dokumentace ESVZ přitom Úřad dovozuje, jak sám uvádí v bodu 433. Rozhodnutí, z pouhého „mechanického porovnání velikosti souborů“. Jen stěží lze však uzavřít, že byly dodavatelům poskytnuty rozdílné informace, pouze na základě srovnání velikosti souborů.

**Úřad tak zcela rezignoval na svou povinnost zjistit skutečný stav věci a na základě takto zjištěného skutkového stavu rozhodnout (ačkoliv toho byl v daném čase nepochybně schopen), čímž postupoval v rozporu se zásadou materiální pravdy, zakotvenou v § 3 správního řádu**, na kterou se přitom sám odvolává (srov. např. bod 412. Rozhodnutí, kde Úřad uvádí: „Cílem dokazování je zjistit takový skutkový stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro rozhodnutí, přičemž výsledek poznání je pravdivý, jestliže je v souladu s realitou.“), přestože ji však zcela Rozhodnutím ignoruje.

**Pokud by Úřad postupoval zákonným (a zároveň logickým) způsobem a zjišťoval potřebný skutkový stav, musel by nejprve provést vzájemné posouzení všech „neanonymizovaných“ USB flash disků navzájem a rovněž vzájemné posouzení všech „anonymizovaných“ USB flash disků navzájem. Následně v případě, že by zjistil, že každá z těchto sad USB flash disků je co do obsahu Dokumentace ESVZ shodná, měl přistoupit k posouzení rozdílů mezi oběma sadami USB flash disků a vyhodnotit, do jaké míry mohou zjištěné rozdíly naplňovat podmínky uvedené v § 263 odst. 2 zákona, tj. do jaké míry měly či mohly mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Pokud tak Úřad neučinil, dopustil se hrubého pochybení, které mělo zcela jednoznačně vliv na zjištění skutkového stavu, a tedy i na zákonnost Rozhodnutí.<sup>3</sup>**

<sup>3</sup> Pokud přitom jde o Úřadem uváděnou nepřiměřenou pracnost porovnání obsahu USB flash disků, je třeba uvést následující. Pokud by se postupovalo tak, že z každého USB flash disku by byla provedena binární kopie, tedy image (pracnost desítky minut strojového času, pracovní náročnost minuty za každé USB), a následně by se provedlo porovnání jednotlivých binárních kopií navzájem (maximálně minuty až desítky minuty strojového

Úřad v bodě 443. Rozhodnutí vysvětluje, že takové posouzení považoval za zbytečné a za nepřiměřeně náročné, přičemž by podle jeho názoru nemělo žádný vliv na jeho závěry o pochybení zadavatele. K tomu zadavatel uvádí, že takové vysvětlení Úřadu je zcela nepřijatelné, navíc je v příkrém rozporu se shora uvedenou základní zásadou správního řízení. Úřad vedl správní řízení v prvním stupni po dobu více než šesti měsíců, přičemž téměř po celou dobu měl k dispozici všechny USB flash disky, kterými disponoval zadavatel, a mohl shora popsané zkoumání provést. **Nelze přitom rezignovat na provedení řádného dokazování a zjištění skutkového stavu podstatného pro vydání zákonného rozhodnutí ve věci, a to navíc pouhým odkazem na to, že takové dokazování považuje Úřad za náročné, a alibisticky tvrdit, že by stejně nemělo vliv na závěr Úřadu o tom, že zadavatel pochybil. Namísto toho Úřad nakládal s USB flash disky neznámým a nevidovaným způsobem a znaleckému zkoumání podrobil pouze obecné otázky, které se k obsahu USB flash disků žádným způsobem nevztahovaly. Úřad tak nezjistil skutkový stav věci, nezbytný pro rozhodnutí.**

Pokud jde o výhradu Úřadu, že z předávacích protokolů k USB flash diskům není zřejmé, jaký je jejich obsah, čímž by dle Úřadu mělo být zaručeno dodržení zásady transparentnosti při poskytování předmětné části zadávací dokumentace (srov. bod 389. Rozhodnutí, kde Úřad v tomto ohledu uvádí: „*Jelikož z předávacích protokolů vyhotovených při osobním předání nelze identifikovat kromě pořadového čísla přiděleného zadavatelem předávanému flash disku žádné bližší informace o obsahu flash disků, nemohou být tyto předávací protokoly dostatečným podkladem pro ověření toho, že všem dodavatelům se dostalo totožných informací.*“), je třeba konstatovat, jak již bylo shora naznačeno a vysvětleno v rámci vyjádření zadavatele ve správním řízení, že uvedení takové informace v předávacích protokolech by byla prakticky bezcenné a z hlediska požadavku Úřadu na možnost zpětné přezkoumatelnosti totožnosti obsahu datových nosičů naprosto irelevantní. Důvodem je skutečnost, že s ohledem na množství dokumentů v rámci Dokumentace ESVZ by nebylo prakticky (zejména z časových a procedurálních důvodů) možné ověřit jejich obsah při předání dodavateli a lze si jen stěží představit, že by totožnost obsahu některý dodavatel zadavateli v takový okamžik potvrdil. I pokud by tak dodavatel učinil, bylo by takové potvrzení ryze formální a nemělo by

---

času na každý srovnávaný pár a jednotky minut pracovní náročnosti), nebylo by to nepřiměřeně pracné. Při nalezené shodě by se s dalšími disky srovnával už jen jeden USB flash disk z daného páru, čímž by pravděpodobně řádově klesl počet nutných porovnání. Z celkového počtu 87 předaných disků lze předpokládat, že ty disky, které nebyly nikdy vydány, budou shodné. Z toho plyne, že pro 77 disků, které nikdy nebyly vydané uchazečům, by bylo nutné maximálně 76 porovnání. Zbývajících 10 binárních kopií USB flash disků by teoreticky mohlo být odlišných a v takovém případě by mohlo dojít maximálně k 45 vzájemným srovnáním (10x9:2). Celkový součet je tedy 121 srovnání. Vlastní srovnání všech USB flash disků by tak (i bez využití paralelního srovnávání několika USB flash disků ve stejném čase) zabralo maximálně několik dní pracovní náročnosti, což je ve srovnání s pracovní náročností odpovídající počtu stran právních rozborů a zpracování dokumentace ze strany Úřadu, minimální pracovní náročnost. Výsledné srovnání by dalo jednoznačnou odpověď na shodnost nebo rozdílnost jednotlivých USB flash disků. Pouze prokazatelně rozdílné binární kopie by pak v další fázi mohly být podrobeny analýze rozdílnosti, která by jednoznačně určila, které změny odlišují anonymizovanou od neanonymizované verze a které změny jsou způsobeny např. běžnou manipulací, tedy připojením k PC s MS Windows. Nelze tedy takovýto postup označit za nepřiměřeně náročný

reálně žádnou vypovídací hodnotu s ohledem na praktickou nemožnost totožnost obsahu přezkoumat.

Pokud Úřad v Rozhodnutí uvádí, že to byl zadavatel, kdo svým postupem učinil obsah USB flash disků nepřezkoumatelným, pak zadavatel uvádí, že to naopak byl Úřad, který svým nesprávným procesním postupem znemožnil přezkoumání obsahu USB flash disků a ani se o takové přezkoumání nepokusil.

V této souvislosti se jeví jako zcela nesmyslný a absurdní názor Úřadu, prezentovaný v bodě 468. Rozhodnutí, že v případě rozsáhlé zadávací dokumentace musí být požadavky na postup zadavatele přísnější, než v případě zadávací dokumentace čítající několik stran. Absurdnost takového požadavku je zřejmá na první pohled, vezme-li se v úvahu skutečnost, že dokumentaci čítající několik málo stran lze vždy jednoduše při vydání „do písmene“ překontrolovat a stvrdit její obsah, kdežto v případě dokumentace čítající desetitisíce stran toto není objektivně možné a prakticky proveditelné. Toto přitom platí jak při použití přepisovatelných datových nosičů, tak při použití nepřepisovatelných datových nosičů. Existují tedy kontrolní postupy, které je možné realizovat v případě stručné dokumentace, avšak není je prakticky možné realizovat v případě dokumentace rozsáhlé. V tomto směru je proto jednoznačně správný názor zadavatele, že v tomto směru je třeba na provedení kontroly rozsáhlé dokumentace nahlížet méně přísně, neboť způsobů její kontroly je méně a mohou být spíše obecného technického rázu; nemůže se tedy jednat o kontrolu absolutní („slovo od slova“). Shora uvedený argument Úřadu je tedy zcela neudržitelný a naprosto irelevantní z hlediska odůvodnění nezákonnosti postupu zadavatele.

#### **Ad c) Nesprávné právní posouzení věci a extenzivní, a tedy nepřipustný výklad limitů zásady transparentnosti**

##### **1. Obecně k extenzivnímu výkladu zásady transparentnosti a nepředvídatelnosti rozhodování Úřadu**

Pokud jde o samotné porušení zásady transparentnosti, je třeba konstatovat, že závěry Úřadu jsou v tomto ohledu zcela absurdní. Je nezbytné v první řadě zdůraznit, že **Úřad zadavateli nevyčítá porušení konkrétní zákonné povinnosti, nýbrž pouze to, že jeho postup není dostatečně transparentní** s ohledem na dosavadní rozhodovací praxi Úřadu a správních soudů, ze kterých přitom Úřad cituje pouze obecné „poučky“, aniž by je však vztáhl na konkrétní vytýkaná pochybení zadavatele.

V dané věci však Úřad podle názoru zadavatele nepřipustným a extenzivním způsobem „tvoří právo“, když dovozuje, které technické řešení naplňující postup podle § 96 odst. 2 zákona ještě je transparentní, a které již transparentní není. Zadavatel přitom při přípravě zadávacího řízení postupoval *bona fide* a s veškerou odbornou péčí tak, jak považoval za nejvhodnější ze všech úhlů pohledu, přičemž způsob poskytování Dokumentace ESVZ důkladně promýšlel a



zvažoval různé technické prostředky<sup>4</sup>. Nakonec se rozhodl pro nejjednodušší a zároveň nejhospodárnější a pro dodavatele nejpřívětivější způsob poskytnutí Dokumentace ESVZ, a to prostřednictvím USB flash disků, přičemž je nutno dodat, že takové řešení je po technické stránce zcela standardní (o čemž ostatně svědčí i právní analýza německé pobočky advokátní kanceláře White & Case, která je součástí správního spisu, jakož i názory odborníků, kteří konstatují, že je „*takový postup ve světě běžný a vzhledem k rozsahu dokumentace i jediný rozumný*“<sup>5</sup>). Zadavatel přitom měl legitimní očekávání, že jeho postup nebude zpochybňován v tom směru, že by byly pochybnosti o skutečných úmyslech zadavatele, resp. o jeho snaze o férový a co nejpřívětivější postup vůči dodavatelům. Zároveň platí, že se v daném případě jedná o první takto složité zadávací řízení za účinnosti nového zákona, kdy se zadavatel úzkostlivě snažil o dodržení všech explicitně stanovených pravidel pro zadávací řízení ve vztahu k posuzované věci zejména o dodržení explicitních příkazů stanovených v § 36 odst. 8 a § 96 odst. 2 zákona. Zadavatel nemohl předpokládat, že by Úřad mohl jeho technické řešení zpochybnit právě ve vztahu k zásadě transparentnosti, a to v situaci, kdy byl zadavatel přesvědčen, že postupoval bezchybně (vytvořil identickou sadu USB flash disků se shodným obsahem, to měl protokolárně potvrzeno svým odborným poradcem, a tyto USB flash disky vydával všem dodavatelům; následně, po výtce navrhovatele týkající se osobních údajů *bona fide* přistoupil k jejich začernění s tím, že pouze tento akt nemůže mít charakter změny zadávacích podmínek, neboť obsah věcné a technické informace pro dodavatele zůstává nedotčen).

**V tomto smyslu jsou uvažování Úřadu a jeho závěry zcela nepředvídatelné a všichni zadavatelé jsou Úřadu v zásadě vydáni na milost a nemilost v tom, co v rámci jejich postupu podle zákona bude či nebude považováno za transparentní, diskriminační a rovné vůči všem dodavatelům.** To je nepochybně v rozporu se základními právními zásadami správního rozhodování.

Pro příklad zadavatel uvádí, že Úřad v dané věci zadavateli vyčítá, že při vydání USB flash disků dodavatelům nebylo zřejmé, co bylo obsahem Dokumentace ESVZ. Úřad rovněž zadavateli vyčítá, že předávací protokol neobsahoval alespoň počet souborů obsažených na USB flash disku (srov. např. bod 431. Rozhodnutí, ve kterém Úřad uvádí: „*Jak již bylo uvedeno, předávací protokoly vyhotovené zadavatelem obsahují pouze základní informace (označení flash disku pořadovým číslem „přiděleným“ zadavatelem, předávajícího, přejímajícího apod.), z nichž nelze vyvodit ani elementární údaje o obsahu dokumentace ESVZ, jako je např. počet dokumentů či jejich název.*“). Lze si však v logice přísného postupu Úřadu velmi dobře představit, že i kdyby protokol o předání flash disku obsahoval údaj o tom, že USB flash disk obsahuje 95.044 dokumentů, Úřad by mohl prohlásit, že samotný údaj o počtu souborů nedokazuje zhola nic o tom, co bylo obsahem Dokumentace ESVZ, a tedy i

<sup>4</sup> Srov. znalecký posudek Ing. Kodla, který na str. 7 uvádí „Nícméně popisovaný postup (zadavatele) je běžně používaný ...“.

<sup>5</sup> Srov. vyjádření vedoucího ústavu bezpečnostních technologií a inženýrství dopravní fakulty ČVUT Václava Jirovského citované v článku „*Expertí mají jasno: Hlavní problém u zrušeného tendru na mýto nebyl v zadání na prepisovatelných discích, ale...*“, dostupném on-line na: <https://www.parlamentnilisty.cz/arena/monitor/Expertimaji-jasno-Hlavni-problem-u-zruseneho-tendru-na-myto-nebyl-v-zadani-na-prepisovatelnych-discich-ale-535937>

v takovém případě by zadavatel podle Úřadu mohl postupovat netransparentně, neboť by obsah USB flash disku nebylo možno ověřit (v tomto ohledu považuje zadavatel za zcela nepodstatné, pokud v některých vyjádřeních uvedl počet souborů pouze v řádech, přičemž následně, kdy bylo zřejmé, že navrhovatel, resp. Úřad považuje tuto informaci za stěžejní, uvedl konkrétní počet souborů, neboť jak bylo uvedeno, tato informace nemá žádnou vypovídací hodnotu ve vztahu k vlastnímu obsahu, ani jejím uvedením není vyloučena možnost, že žádnému z dodavatelů nebudou poskytnuty jiné soubory nad rámec „oficiální“ sady souborů). Úřad dále vyčítá, že součástí předávacího protokolu nebyl seznam všech dokumentů Dokumentace ESVZ. I pokud by však takový seznam součástí předávacího protokolu byl, mohl by Úřad opět dovodit, že obsah USB flash disků je zpětně nepřezkoumatelný, neboť není zřejmé, zda jednotlivé soubory na různých USB flash discích měly identický obsah. Nadto je třeba uvést, že součástí každého média je jako nedílná část seznam dokumentů (nativní vlastnost file systémů). I pokud by byl zadavatel schopen předvídat tento v zásadě paranoidní přístup Úřadu k posuzování postupu zadavatele a učinil by opatření k tomu, aby dodavatelé při převzetí USB flash disku skutečně prověřili a zadavateli písemně potvrdili obsah USB flash disku (což však bylo s ohledem na rozsah Dokumentace ESVZ prakticky nemožné), vyčetl by Úřad zadavateli porušení § 96 odst. 2 zákona, neboť zadavatel by za účelem provedení takové kontroly musel přistoupit výlučně k osobnímu a protokolárnímu předávání USB flash disků a musel by (nezákonně) odmítat případné žádosti dodavatelů o jejich zasílání. Zákon však v § 96 odst. 2 výslovně uvádí, že zadavatel dokumentaci „předá nebo odešle“, možnost zaslání na žádost dodavatele tedy podle názoru zadavatele vyloučit nelze (lze si totiž představit, že zejména ve vztahu k zahraničním dodavatelům by tímto postupem mohlo dojít ke znevýhodnění a potažmo tak k porušení zásady zákazu diskriminace). Tento zákonný princip pak ve svém důsledku boří i základní premisu Úřadu, že použití hashovací funkce by situaci zcela vyřešilo. Není tomu tak, jednak ověření hashe při předání Dokumentace ESVZ by trvalo neúměrně dlouho a vůbec pak nefunguje v případě zaslání Dokumentace ESVZ (k tomu viz podrobněji dále v tomto rozkladu).

Ještě více se pak absurdnost závěrů Úřadu ukazuje při srovnání zvoleného technického řešení s ostatními teoreticky možnými technickými řešeními. Lze říci, že kromě použitého technického řešení v zásadě existují následující možnosti zpřístupnění dokumentace v zadávacím řízení:

- i. Zpřístupnění dokumentace na profilu zadavatele – jde o základní zákonný způsob zpřístupnění zadávací dokumentace v rámci zadávacího řízení ve smyslu § 96 odst. 1 zákona, který však byl zadavatelem pro účely zpřístupnění Dokumentace ESVZ vyhodnocen jako technicky nemožný, a to s ohledem na rozsah Dokumentace ESVZ a kapacitu profilu zadavatele, a zejména pak s ohledem na nutnost přijetí opatření nezbytných k zachování důvěrnosti ve vztahu k Dokumentaci ESVZ ve smyslu § 36 odst. 8 a § 96 odst. 2 zákona. Pouze tento způsob zpřístupnění dokumentace by však podle názoru zadavatele mohl teoreticky splňovat požadavek Úřadu na absolutní zpětnou překontrolovatelnost obsahu zveřejněné dokumentace. Ani takové zpřístupnění zadávacích podmínek však nemůže garantovat, že všem dodavatelům,

slowy Úřadu, dostane totožných informací, resp. zadávacích podmínek, neboť ani takový způsob nemůže vyloučit, že se některým dodavatelům např. nedostane „bokem“ nějakých informací navíc.

- ii. Poskytnutí dokumentace v listinné podobě – může být sporné, zda je tento způsob poskytnutí dokumentace v souladu se zákonem, a to z hlediska povinnosti výlučně elektronické komunikace mezi zadavatelem a dodavatelem. Zároveň platí, že s ohledem na rozsah Dokumentace ESVZ je tento způsob technicky, logisticky a finančně zcela nereálný. Z hlediska zpětné přezkoumatelnosti obsahu poskytnuté dokumentace je tento způsob zcela nevhodný, neboť při takovém objemu dokumentů není objektivně možné oboustranně potvrdit obsah předávané dokumentace. Potvrdit pouhý seznam předávaných dokumentů přitom ve světle logiky Úřadu nepostačuje, zadavatel by nemohl prokázat, že se obsahově jednalo o tytéž dokumenty, které byly předány i ostatním dodavatelům (Úřad tak svým extenzivním výkladem zásady transparentnosti v zásadě *pro futuro* znemožnil praktickou aplikaci § 211 odst. 3 zákona v případě rozsáhlejších dokumentací, které je jinak podle zákona přípustné doručovat v jiné než elektronické podobě).
- iii. Vytvoření data room v sídle zadavatele s umožněním nahlížení dodavatelům – toto řešení je podle přesvědčení zadavatele v rozporu s § 96 odst. 2 zákona, který ukládá zadavateli dokumentaci, kterou nemůže uveřejnit na profilu zadavatele, **odeslat nebo předat** dodavatelům do tří pracovních dnů od doručení jeho žádosti. Zákon tedy nepochybně s vytvářením data room tak, jak bylo časté v minulosti, nepočítá a ani jej neumožňuje. Takové řešení je zároveň vůči dodavatelům značně nepřívětivé a zároveň omezující pro zahraniční dodavatele. Co se týče zpětné přezkoumatelnosti obsahu data room, je v daném případě téměř nulová. Zadavatel zpětně nebude schopen prokázat, že při každém zpřístupnění dodavatelům data room obsahoval identickou sadu dokumentů s identickým obsahem, nebo že některému z dodavatelů neznemožnil přístup k určité části dokumentace.
- iv. Vytvoření vzdáleného webového přístupu k dokumentaci – i v tomto případě je sporné, zda dojde k naplnění shora citovaného požadavku zákona na odeslání či předání dokumentace. Zadavatel však důvodně předpokládal, že by zákon v tomto směru byl dostatečně naplněn tím, že by zadavatel v zákonné lhůtě odeslal nebo předal dodavatelům přístupové údaje k Dokumentaci ESVZ. Zadavatel toto řešení důkladně zvažoval, nicméně nakonec jej nedokázal realizovat, a to jak z důvodu nepřiměřené finanční a časové náročnosti tohoto řešení, tak i z obavy o případné výpadky serveru, nedostatečnou konektivitu, a to zejména na straně dodavatelů, kdy není legitimní, aby zadavatel v této věci kladl na dodavatele příliš vysoké nároky (před zahájením zadávacího řízení zadavatel předpokládal zájem více než 100 subjektů z celého světa o poskytnutí Dokumentace ESZV) a konečně i o bezpečnost dokumentace. Co se týče zpětného přezkoumání obsahu dokumentace, je tato možnost rovněž velmi nízká, a to jak z hlediska toho, že by zadavatel nemohl zpětně

prokázat, jaký byl obsah dokumentace v jeden každý okamžik zpřístupnění dokumentace, tak i z hlediska možných hackerských útoků. Případný hackerský útok by mohl mít na transparentnost zadávacího řízení závažné dopady, zejména pokud by došlo k delší nedostupnosti Dokumentace ESVZ, nebo k jejímu poškození či změně. Nebylo rovněž možno vyloučit, že provedení takového útoku a změnu či poškození části Dokumentace ESVZ by s ohledem na její rozsah bylo zadavatelem či dodavatelem zjištěno příliš pozdě (např. po podání předběžných nabídek), což by mohlo ohrozit celé zadávací řízení. Náklady na potřebné zabezpečení by přitom byly neúměrné.

- v. Poskytnutí dokumentace na Blu-ray discích – výhodou těchto datových nosičů je jejich poměrně velká kapacita, k poskytnutí Dokumentace ESVZ by stačilo jen několik těchto nosičů. Toto řešení však bylo zadavatelem vyhodnoceno jako uživatelsky nepřívětivé, neboť velkokapacitní datové Blu-ray disky nejsou standardizovány a ne všichni dodavatelé obvykle disponují speciální HW technikou (velkokapacitní datové Blu-ray disky různých výrobců přitom mohou fungovat pouze na některých zařízeních) způsobilou pracovat s těmito disky (podle metodiky Ministerstva pro místní rozvoj přitom má být dokumentace předávána v takové elektronické podobě, která je běžně používaná a nebude pro dodavatele představovat neúměrné dodatečné náklady či jiné komplikace, např. pořízení nového software či hardware). Z hlediska zpětné přezkoumatelnosti obsahu dokumentace ani tyto datové nosiče nevyhovují absolutnímu požadavku Úřadu, neboť zadavatel není schopen se bránit proti případnému poškození disku nebo úmyslnému protiprávnímu jednání dodavatele, který např. vytvoří falešný nosič s jiným obsahem, nebo bude rozporovat obsah obdržených disků a zároveň disky poškodí tak, že nebude možné prověřit jejich obsah.
- vi. Poskytnutí dokumentace na CD či DVD – zde je situace obdobná jako v případě Blu-ray disků. Výhodou je to, že dodavatelé jsou obvykle schopni s tímto typem nosičů bez problémů pracovat, nevýhodou pak malá kapacita těchto nosičů a vyšší riziko poškození disků či problémů s nahráním Dokumentace ESVZ. Zároveň platí, že moderní notebooky již většinou nemají CD/DVD mechaniku, kterou je nutno pořizovat zvlášť a připojovat externě. Z hlediska zpětné kontroly obsahu pak platí shodně to, co bylo uvedeno v případě Blu-ray disků.

S ohledem na shora uvedené je zřejmé, že Úřad vyčítá zadavateli něco, co by nemohl beze zbytku dodržet při žádném technickém řešení. S touto částí vyjádření zadavatele k podkladům pro rozhodnutí, která poukazuje na absurdnost požadavků Úřadu na absolutní možnost zpětné přezkoumatelnosti datových nosičů s částí zadávacích podmínek k okamžiku jejich předání dodavatelům, a činí tak argumentaci Úřadu, na které založil Rozhodnutí, zcela nepřesvědčivou, se přitom Úřad v Rozhodnutí **nijak nevypořádal**.

Zásadní logický rozpor je pak i v tvrzení Úřadu, že nemohl obsah USB flash disků zpětně přezkoumat, neboť jednak zadavatel neprokázal, že nedošlo ke změně jejich obsahu v době od jejich vytvoření do jejich vydání dodavatelům, a dále zadavatel neprokázal, že nedošlo

k jejich změně od doby vrácení dodavatelem do předání Úřadu. Je přitom zřejmé, že identickou výtku by Úřad mohl učinit i v případě, že by zadavatel zvolil jakýkoliv jiný datový nosič (zadavateli by teoreticky nic nebránilo v mezidobí disky vypálit znovu s jiným obsahem a předložit je Úřadu). K tomu, aby zadavatel vyhověl absolutním požadavkům Úřadu, by musel zajistit nepřetržité sledování USB flash disků kamerami po celou dobu, co se nacházely v jeho dispozici. Jen tak by totiž zadavatel zřejmě mohl prokázat, že s Dokumentací ESVZ nemanipuloval; nikoliv však vždy, neboť není zřejmé, jak by byl takový požadavek splněn za situace, kdy by např. ze strany dodavatele došlo k úmyslnému zničení datového nosiče, kdy by tak přezkoumání jeho obsahu bylo absolutně vyloučeno (v takovém případě by nepomohlo ani využití hashování funkce, kterou Úřad zcela nesprávně považuje za garanci přezkoumatelnosti, což je základním kamenem celého správního řízení a odůvodnění Rozhodnutí). Zároveň v logice extenzivního výkladu zásady transparentnosti, zastávané Úřadem, platí, že i videonahrávka nakládání s USB flash disky či jinými datovými nosiči by mohla být poškozena či manipulována, a tedy ani tento způsob zpětné přezkoumatelnosti postupu zadavatele by v logice Úřadu neměl být dostatečný, což je samozřejmě absurdní. Takový požadavek Úřadu je tedy nepochybně zcela nepřiměřený a nesmyslný a nemá ani oporu v rozhodovací praxi správních soudů, kterou argumentuje Úřad na podporu svých názorů.

Shora uvedenými příklady zadavatel dokládá extenzivnost a nepředvídatelnost výkladu zásady transparentnosti ze strany Úřadu, kdy si zadavatelé (zejména u složitých zadávacích řízení) ani při nejlepší vůli a maximální péči nemohou být jisti v tom, zda Úřad neoznačí některé jejich jednání za netransparentní či diskriminační. Zadavatel je přitom přesvědčen, že tyto zásady by měly být primárně aplikovány v případech, kdy je zřejmé, že zadavatelé postupují účelově či úmyslně tak, aby došlo ke zkreslení výsledku zadávacího řízení či k flagrantnímu poškození některého z dodavatelů. V posuzovaném případě však jediným dodavatelem, který se vehementně dovolával nesprávného vydání Dokumentace ESVZ a nezákonné anonymizace, je ten z dodavatelů, který sám Dokumentaci ESVZ vytvořil, sám jí disponuje, aniž by ji potřeboval obdržet na USB flash disku, a navíc sám zadavateli vyčítal, že anonymizaci osobních údajů neprovedl.

Tento přístup Úřadu, kdy je jeho rozhodování zcela nepředvídatelné, je nepochybně v rozporu s účelem správního řízení, v rozporu se smyslem veřejných zakázek a přezkumu postupu zadavatelů a musí vzbuzovat důvodné obavy u všech zadavatelů, kteří se snaží při zadávání veřejných zakázek úzkostlivě dodržovat všechna ustanovení zákona, neboť v mnoha případech v praxi objektivně je a bude sporné to, co je v souladu s výslovným příkazem zákona, natož co je v souladu s vágně definovanými zásadami uvedenými v § 6 zákona. Zadavatel je proto přesvědčen, že by tyto zásady měly být Úřadem aplikovány přiměřeně a pouze tam, kde se to jeví jako zcela evidentní, nikoliv v případech, kdy *bona fide* postupující zadavatel má za to, že dodržel všechny explicitní příkazy zákona.

## 2. K nesprávnému právnímu posouzení věci

Zadavatel pro poskytnutí části zadávací dokumentace, konkrétně Dokumentace ESVZ, zvolil postup dle § 96 odst. 2 zákona ve spojení s § 36 odst. 8 zákona, neboť se jednalo o část zadávací dokumentace, která obsahuje důvěrné informace ve smyslu § 218 zákona (tj. nikoliv ve smyslu zákona č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti, ve znění pozdějších předpisů). Tento postup zadavatele Úřad nijak nezpochybnil, resp. sám uznal, že se jednalo o postup v souladu se zákonem (srov. bod 380. Rozhodnutí: „*Úřad předně uvádí, že nerozporuje, že by zadavatel postupoval při poskytování části dokumentace o zadávacím řízení, konkrétně Dokumentace ESVZ, v rozporu s ust. § 96 odst. 2 zákona ve spojení s § 36 odst. 8 zákona, když tuto část neuveřejnil na profilu zadavatele, ale poskytl ji jiným způsobem za přijetí opatření k ochraně důvěrné povahy informací (v konkrétním případě podpisem smlouvy o zachování důvěrnosti informací, která tvoří přílohu č. 3 zadávací dokumentace veřejné zakázky).*“).

Zákon v tomto ohledu přitom nestanoví, žádné konkrétní povinnosti v tom směru, jakým způsobem by měl zadavatel příslušnou část zadávací dokumentace poskytnout. Zákon pouze v této souvislosti stanoví, že zadavatel příslušnou část zadávací dokumentace poskytne „*jiným vhodným způsobem*“. V daném případě je zadavatel přesvědčen, že s ohledem na rozsah a povahu Dokumentace ESVZ je poskytnutí této části zadávací dokumentace na USB flash discích zcela vhodným způsobem ve smyslu citovaného ustanovení zákona. Nadto se jedná o způsob, který je s ohledem na požadavek komunikace prostřednictvím „běžné dostupných elektronických nástrojů“ a požadavek, aby informace o veřejných zakázkách byly dodavatelům přístupné za použití běžného kancelářského vybavení, běžných zařízení a obecně dostupných aplikací. Současně je takový způsob poskytování části zadávací dokumentace v souladu se zásadou přiměřenosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, která má stejnou váhu jako zásada transparentnosti zakotvená tamtéž. K těmto okolnostem se zadavatel již vyjadřoval v rámci správního řízení.

Zákon tedy nestanoví konkrétní „technické řešení“ pro poskytování částí zadávací dokumentace, nezakazuje použití konkrétního „technického řešení“ (použití určitých datových nosičů, v tomto případě USB flash disků) a ani nestanoví jakékoliv další podmínky či požadavky, které by muselo takové „technické řešení“ splňovat. V žádném případě pak zákon nestanoví, že zadavatel musí příslušnou část zadávací dokumentace poskytnout na takovém datovém nosiči, který by nebyl prepisovatelný, který by neumožňoval následnou manipulaci s obsahem (taková podmínka je přitom nesplnitelná u jakéhokoliv datového nosiče) či který by umožnil Úřadu zpětně přezkoumat, jaký byl obsah datového nosiče v okamžiku předání dodavatelé (nehledě k tomu, že ani takový požadavek není v praxi realizovatelný u jakéhokoliv datového nosiče, resp. že taková přezkoumatelnost je možná ve stejném rozsahu u jakéhokoliv datového nosiče). Takový požadavek přitom nelze ani dovodit z obecné zásady transparentnosti. Dovozování takové povinnosti ze zásady transparentnosti je ze strany Úřadu zcela zjevným **excesem, dotvářením zákona**, a tedy zcela zjevným překročením pravomocí Úřadu.

V souvislosti s konkrétním „technickým řešením“ je neméně významná skutečnost, že poskytování zadávací dokumentace na prepisovatelných datových nosičích je zcela běžné i v jiných evropských státech. Jak ostatně poukazoval zadavatel v rámci svých vyjádření ve správním řízení, např. v Německu při zadávání veřejné zakázky, jejímž předmětem byla rovněž realizace systému pro výběr mýtného na pozemních komunikacích, byla dodavatelům poskytována zadávací dokumentace na prepisovatelných pevných discích, tedy způsobem, který je prakticky totožný se způsobem, který zvolil zadavatel a který umožňuje „zpětnou přezkoumatelnost obsahu“ ve stejném rozsahu, jako v případě poskytování zadávací dokumentace na USB flash discích. Není bez významu, že účastníkem předmětného zadávacího řízení v Německu byl rovněž navrhovatel, resp. společnosti z konsorcia navrhovatele (Kapsch), přičemž v Německu takový způsob předávání zadávací dokumentace nikdo nezpochybňoval. Na takovém způsobu poskytování zadávací dokumentace přitom není v jiných státech Evropské unie, v nichž úprava zadávání veřejných zakázek vychází ze stejného „směrnicevého“ základu jako v České republice, není shledáno nic nezákonného či netransparentního, což ostatně potvrzují i odborná vyjádření předložená Úřadu v rámci správního řízení, jakož i vyjádření odborníků v médiích, na které zadavatel poukázal shora. Úřad však tuto argumentaci, resp. tyto pro posouzení věci podstatné skutečnosti zcela nesmyslně a nedůvodně odmítá s tím, že jednotlivé národní právní úpravy se liší (viz bod 483. Rozhodnutí: „*Úřad chápe, kam směřuje zadavatel odkazem na údajnou praxi ve Spolkové republice Německo, tedy zejména na skutečnost, že právo veřejných zakázek vychází ve všech členských státech Evropské unie ze společného (směrnicevého) základu, nicméně tato skutečnost nevyklučuje dílčí odlišnosti v právní úpravě, přičemž Úřad je povinen posoudit konkrétní skutkové okolnosti daného případu podle českého práva.*“). **To je však v daném případě zcela nesprávný závěr!** V daném případě se totiž jedná o posouzení otázky transparentnosti, resp. **aplikaci zásady transparentnosti, která má nepochybně stejný obsah v rámci jakéhokoliv právního řádu jakéhokoliv členského státu Evropské unie.** Jinými slovy, pokud je poskytování zadávací dokumentace na prepisovatelném datovém nosiči, u kterého nelze zabránit následné manipulaci s obsahem, považováno za zcela transparentní v Německu, pak je zcela neudržitelné, aby stejný postup byl shledán jako netransparentní v České republice<sup>6</sup>. Absurdnost přístupu Úřadu a logiky jeho tvrzení je zcela zřejmá. V daném případě, jak bylo shora uvedeno, přitom Úřad nekonstatoval porušení žádného specifického pravidla, které by bylo stanoveno národní právní úpravou, nýbrž argumentoval právě pouze zásadou transparentnosti.

Z Rozhodnutí je tedy zřejmé, že pochybení zadavatele spočívá v tom, že pro poskytování Dokumentace ESVZ zvolil prepisovatelné datové nosiče (USB flash disky), u kterých, slovy Úřadu „není umožněno, [...], zpětně přezkoumat, zda se všem dodavatelům dostalo na datových nosičích totožných informací, resp. zadávacích podmínek“, a to právě z důvodu, že

<sup>6</sup> USB flash disky se používají v zahraničí pro příjem nabídek – viz např. Evropský orgán pro bankovníctví (zadávací dokumentace dostupná zde:

<https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1285700/01.+Invitation+to+Tender.pdf/6e9185af-ed66-4f62-a8b4-037eed82c290>, Evropský patentový úřad (zadávací dokumentace dostupná zde:

<https://www.epo.org/about-us/tenders/international/tender-2623.html>) nebo Dánský energetický úřad (ZD zde:

[https://ens.dk/sites/ens.dk/files/Udbud\\_aktuelle/tender\\_specifications\\_-\\_open\\_procedure.pdf](https://ens.dk/sites/ens.dk/files/Udbud_aktuelle/tender_specifications_-_open_procedure.pdf)

je možné s obsahem takového datového nosiče následně manipulovat. Z Rozhodnutí je dále zřejmé, že by se zadavatel pochybení v tomto ohledu nedopustil, pokud by pro poskytování předmětné části zadávací dokumentace zvolil nepřepisovatelný datový nosič, konkrétně Úřad uvádí Blu-ray disky (srov. bod 449. Rozhodnutí).

Byť Úřad v této souvislosti uvádí, že „*není úkolem Úřadu určovat zadavateli, jaký konkrétní postup má z několika možných zvolit, a nechce tak činit ani v tomto případě*“, přesto tak Úřad činí a doporučuje zadavateli využít Blu-ray disky, čímž nepochybně překračuje svou pravomoc, která je čistě kontrolního charakteru. Je však nutné přesto konstatovat, že argumentace Úřadu je v tomto ohledu „děravá“ a zcela neudržitelná pro opodstatnění závěrů Úřadu, že zadavatelem zvolené „technické řešení“ je v rozporu se zásadnou transparentností.

Jak totiž zadavatel uváděl opakovaně v rámci svých vyjádření ve správním řízení a uvedl to i shora v tomto rozkladu, **neexistuje žádný datový nosič** (přepisovatelný ani nepřepisovatelný), resp. žádné „technické řešení“, které by umožňovalo absolutním způsobem „*zpětně přezkoumat, zda se všem dodavatelům dostalo na datových nosičích totožných informací, resp. zadávacích podmínek*“. Pokud budeme stejně jako Úřad považovat požadavek na zpětnou přezkoumatelnost jako absolutní dogma, pak dokonce ani v případě, kdy je „kompletní“ zadávací dokumentace byla uveřejněna na profilu zadavatele, nemůže být vyloučeno, že se některým dodavatelům nedostane dalších či detailnějších informací, nad rámec uveřejněné zadávací dokumentace, přestože toto technické řešení umožňuje přezkoumat obsah uveřejněné dokumentace, jak bylo shora uvedeno. Ani v případě jiných nepřepisovatelných datových nosičů, např. Blu-ray disků, či v případě předávání zadávací dokumentace v listinné podobě (což s ohledem na rozsah Dokumentace ESVZ ani nebylo v daném případě možné), nemůže být zaručen Úřadem požadovaný stav, kdy je možno zpětně přezkoumat, jaké informace a dokumenty byly předány jednotlivým dodavatelům a zda byly všem dodavatelům poskytnuty totožné informace, resp. zadávací podmínky. Nadto, jak již bylo shora rovněž uvedeno, taková možnost zpětné přezkoumatelnosti je zcela vyloučena v případě, kdy např. ze strany dodavatele dojde ke zničení datového nosiče. V takovém případě by v logice Úřadu byla důsledkem zničení netransparentnost postupu zadavatele. To, že předmětné závěry Úřadu jsou tedy v této otázce zcela absurdní, snad není ani třeba zdůrazňovat. Blíže se k jednotlivým „technickým řešením“, které přichází v úvahu, zadavatel vyjadřuje shora v tomto rozkladu, aby poukázal na to, že požadavek Úřadu na absolutní „zpětnou přezkoumatelnost“ k okamžiku předání datového nosiče dodavatelům je nemožný a absurdní. **S touto argumentací zadavatele se však Úřad v Rozhodnutí nikterak nevypořádal, což činí rozhodnutí nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů** a navíc značně nepřesvědčivým s ohledem na to, že ani „technické řešení“, které Úřad „nabízí“, tento požadavek na „zpětnou přezkoumatelnost k okamžiku předání“ nemůže zajistit (Blu-ray disk může být následně poškozen, a proto nečitelný, tudíž pro účely přezkoumání nepoužitelný; rovněž může dojít ke zfalšování Blu-ray disku ze strany dodavatele a vydávání za originál atd.). Navíc, jak bylo rovněž shora uvedeno, pokud Úřad zadavateli vytýká, že po vytvoření USB flash disků a po jejich vrácení dodavatelé mohli přistoupit k jejich dodatečné úpravě, pak je nasnadě, že toto by zadavatel stejně mohl učinit i v případě Blu-ray disků. Případně pokud by v průběhu času (lhostejno, zda u dodavatele, zadavatele, Úřadu či znalce) došlo k (byť i



neúmyslnému) mechanickému poškození Blu-ray disku (nebo stejně tak CD/DVD), musel by Úřad podle jím zastávané logiky konstatovat nepřezkoumatelnost postupu zadavatele, což je samozřejmě zcela absurdní.

K otázce přiměřenosti „technického řešení“ spočívající v poskytování předmětné části zadávací dokumentace na Blu-ray discích v bodu 449. Rozhodnutí uvádí: *„Zadavateli přitom nic nebránilo v tom, aby pro zpřístupnění předmětné části zadávací dokumentace použil např. dva (nepřepisovatelné) blu-ray disky. Takový postup by v žádném případě nemohl být shledán nepřiměřeným, byť je blu-ray technologie jistě méně používaná než běžné flash disky. Jednak totiž nelze rozumně předpokládat, že by takovou technologií velké technologické společnosti (na které se zadavatel s ohledem na charakter veřejné zakázky nepochybně obrací) nedisponovaly, jednak samotná cena jejího pořízení (kdy čtečka bluray disků stojí maximálně jednotky tisíc korun) je ve vztahu jak k předpokládané hodnotě veřejné zakázky, tak k očekávatelným nákladům samotného sestavení nabídky bezvýznamná.“* Pokud jde o tuto námítku, pak zadavatel odkazuje na to, co již uváděl v rámci svých vyjádření k takovému „technickému řešení“ i shora v tomto rozkladu, tedy ani takový způsob poskytování části zadávací dokumentace negarantuje splnění požadavku Úřadu na možnost přezkoumání totožnosti obsahu k okamžiku předání dodavatelům. Pokud jde o otázku přiměřenosti takového „technického řešení“, pak je nutno konstatovat, že argumentace poměrem předpokládané hodnoty veřejné zakázky a pořizovací cenou vybavení pro manipulaci s Blu-ray disky je zcela irelevantní. Zadavatel má za to, že otázku přiměřenosti je nutno poměřovat ve vztahu k běžné dostupnosti technologií, nikoliv ve vztahu k předpokládané hodnotě veřejné zakázky. Technologie Blu-ray rozhodně není běžnou kancelářskou technologií a už vůbec není standardní pro poskytování dat velkého rozsahu. Datové Blu-ray disky nejsou standardizovány a Blu-ray disky různých výrobců nemusí být čitelné na všech zařízeních ostatních výrobců. Zadavatel proto měl značné obavy, že mu dodavatelé budou oprávněně vyčítat nepřiměřené požadavky na pořízení specializovaných a poměrně nákladných čtecích zařízení, když mohl zadavatel zvolit mnohem uživatelsky přívětivější řešení. Ze shora uvedené metodiky Ministerstva pro místní rozvoj a z dřívější rozhodovací praxe Úřadu jsou přitom známy případy, kdy Úřad právě takový postup zadavatelům vyčítal a zadavatel považuje rovněž za zcela nepředvídatelný přístup ze strany Úřadu, kdy v bodě 449. Rozhodnutí uvádí, že použití velkokapacitních datových Blu-ray disků by nemohlo být shledáno nepřiměřeným a že případná cena pořízení Blu-ray čtečky je bezvýznamná ve vztahu k nákladům na přípravu předběžné nabídky a hodnotě plnění veřejné zakázky, ačkoliv zadavatel shora vysvětloval, že by podle druhu použitých velkokapacitních datových Blu-ray disků v zásadě (z důvodu jejich nedostatečné standardizace) nutil dodavatele pořizovat čtecí zařízení konkrétních výrobců.

Zadavatel je navíc přesvědčen o tom, že pokud zde existuje technologie, která je běžnější, standardní, použitelná na všech počítačích i noteboocích a která vede ke stejným výsledkům, a to i pokud jde o požadavek Úřadu na možnost zpětné přezkoumatelnosti, jak bylo shora uvedeno, která však nevyžaduje další náklady jak na straně zadavatele, tak zejména na straně dodavatelů, pak je v souladu se zásadou přiměřenosti použití právě takové běžnější technologie. Zadavatel přitom udělal vše, aby v maximálně možné míře, kterou lze v tomto

směru rozumně požadovat, aby jeho postup byl transparentní a současně hospodárný (zejm. protokolární postup při výrobě USB flash disků). Postup zadavatele přitom zohledňuje rovněž tzv. zásady 3 E, které se aplikují na postup veřejné správy.

Při posouzení správnosti a zákonnosti závěrů Úřadu v této věci je pak neméně významná skutečnost, že by závěry Úřadu v podstatě znamenaly, že ustanovení § 96 odst. 2 zákona je zcela neaplikovatelné, není-li požadavek Úřadu na „zpětnou přezkoumatelnost k okamžiku předání“ (a je třeba dodat, že takový požadavek je zcela mimo zákonný rámec) možné garantovat u žádného „technického řešení“.

Zadavatel v tomto směru rozporuje rovněž tvrzení Úřadu uvedené v bodě 448. Rozhodnutí, podle kterého je požadavek na zpětnou přezkoumatelnost splněn i v případě odeslání datového nosiče dodavateli poštou, kdy by dodavatel mohl údajně obsah datového nosiče překontrolovat pomocí hashovací funkce, jejíž výsledek by obdržel spolu s datovým nosičem. Úřad se však vůbec nezabývá případem, pokud by dodavateli vyšel jiný výsledek hashovací funkce, ať už z důvodu jeho pochybení, technické závady či úmyslu dodavatele poškodit zadavatele. Podle logiky Úřadu by to byl opět zadavatel, kdo by byl povinen prokázat správnost svého postupu a úplnost Dokumentace ESVZ, ačkoliv v takovém případě by k tomu neměl žádný nástroj, ledaže by obsah USB flash disku těsně před jeho odesláním podrobil notářskému ověření jeho obsahu (což je samozřejmě zcela nesmyslné, přičemž ani v takovém případě není garantována absolutní nemožnost manipulace, poškození či zničení datového nosiče). V případě úmyslného postupu dodavatele s úmyslem zmařit zadávací řízení by tímto způsobem dodavatel teoreticky mohl rozporovat obsah kteréhokoliv dodatečně zaslání náhradního datového nosiče, a to bez ohledu na druh datového nosiče! Poskytnutí Dokumentace ESVZ jejím odesláním by tedy při absolutním požadavku na zpětnou přezkoumatelnost postupu zadavatele nebylo možné, což je však v rozporu s výslovným ustanovením § 96 odst. 2 zákona. Úřad se tak v důsledku svých nepřiměřených požadavků na kontrolovatelnost postupu zadavatele dostává *ad absurdum* do rozporu s textem zákona.

Ve správním řízení zadavatel prokázal, jak předmětné USB flash disky vznikly a že byly po dokončení výroby totožné. Toto však Úřad zcela bagatelizuje s tím, že následně po dokončení výroby s nimi mohl zadavatel manipulovat, aniž by však prokázal, že tomu tak skutečně bylo. Spokojil se pouze s ničím nepodloženými hypotézami, na základě kterých následně činí tak závažná rozhodnutí. Takové rozhodování Úřadu, které zcela ignoruje skutečnost, je však naprosto nepřijatelné, neboť je zřejmé, že takovým způsobem by mohl Úřad dospět v jakémkoliv případě k jakémukoliv „chtěnému“ výsledku.

Jak již bylo shora uvedeno, ve správním řízení Úřad mohl a k tomu, aby v souladu se zákonem řádně zjistil skutkový stav nutný pro možnost rozhodnout o věci, také měl následně vzájemně porovnat všechny USB flash disky s Dokumentací ESVZ. Tímto by byla zpětně prokázána jejich obsahová totožnost, resp. skutečnost, že všechny USB flash disky s neanonymizovanou Dokumentací ESVZ jsou vzájemně identické a že všechny USB flash disky s anonymizovanou Dokumentací ESVZ jsou vzájemně identické. Právě tímto následným porovnáním mohlo být zpětně prokázáno, že dodavatelé měli k dispozici totožné

technické informace, resp. zadávací podmínky. Toto však Úřad odmítl s tím, že totožnost obsahu USB flash disků měla být prokázána v okamžiku předání dodavatelům. Takový požadavek by však byl s ohledem na rozsah dokumentace neúměrně náročný, navíc, jak bylo shora uvedeno, by v takovém případě nebylo vůbec možné odeslání USB flash disku dodavateli poštou, pokud by o takový způsob požádal, přičemž zadavatel by zároveň nemohl takový způsob poskytnutí Dokumentace ESVZ v souladu se zákonem odmítnout. Nadto, jak již bylo uvedeno, splnění takového požadavku, aby bylo vždy prokazatelné, jaký byl obsah datového nosiče, resp. předávané dokumentace k okamžiku předání dodavatelům, není možno garantovat u žádného způsobu předání části zadávací dokumentace. I v případě předání dokumentace v listinné podobě či na Blu-ray discích totiž není vyloučena následná manipulace, zničení či falšování datového nosiče, které takovou přezkoumatelnost vylučuje, přičemž potvrzení předávacího protokolu dodavatelem, kterým stvrdí převzetí desetitisíců dokumentů, jejichž obsah není v okamžiku předání jakkoliv schopen překontrolovat, je z tohoto hlediska, tj. z hlediska prokazatelnosti obsahu, naprosto irelevantní, stejně jako je v tomto ohledu irelevantní vytvoření jakéhokoliv jmenného seznamu předávaných dokumentů, které požaduje Úřad a které by snad mělo být zárukou transparentnosti (srov. např. již zmíněné úvahy Úřadu v bodu 389. Rozhodnutí).

Pokud Úřad v návaznosti na prokázání totožnosti obsahu USB flash disků při jejich výrobě uvádí, že zadavatel mohl s těmito USB flash disky, připravenými k předávání dodavatelům, ještě předtím, než je vydal, manipulovat, a proto je jejich porovnání bezcenné, je nutno konstatovat, že taková hypotetická možnost platí i v případě CD, DVD či Blu-ray disků, jak bylo shora uvedeno. Totéž platí i pro možnost manipulace s jakýmkoliv typem datového nosiče před předáním Úřadu, neboť žádné „technické řešení“ nemůže vyloučit, že zadavatel (či kdokoliv jiný, kdo měl USB flash disky či jiné datové nosiče ve své moci, poté co byly vydány zadavatelem) mohl teoreticky po vrácení CD či Blu-ray disků od dodavatelů vypálit zcela nové disky a ty Úřadu prezentovat jako disky předložené dodavatelům. Nemožnost garantovat požadavek Úřadu, aby bylo absolutně prokazatelná totožnost obsahu k okamžiku předání předmětné části zadávací dokumentace dodavatelům, tak nelze garantovat u žádného „technického řešení“, proto takový požadavek Úřadu způsobuje, že jakýkoliv předání zadávací dokumentace dodavatelům je v rozporu se zásadou transparentnosti.

Pokud jde o použití hashovací funkce, která by dle Úřadu zajistila transparentnost postupu zadavatele, je třeba uvést následující.

V bodu 446. Rozhodnutí uvádí: „...pokud by zadavatel uchoval původní dokumentaci, resp. data, která byla následně přenesena (zkopírována) na příslušné flash disky, bylo by vždy za pomoci tzv. hashe uvedeného v předávacím protokolu (byl-li by v něm uveden) zpětně ověřitelné, zda se obsah příslušného flash disku v době předání dodavateli shodoval s obsahem původní dokumentace uchované zadavatelem, neboť platí, že pokud by se za použití totožné hashovací funkce vytvořil hash původní dokumentace uchované zadavatelem a tento se porovnal s hashem uvedeným na předávacím protokolu, výsledkem by měl být totožný řetězec znaků.“ Jak ale zadavatel uvedl ve svých předchozích vyjádřeních ve správním řízení, takové porovnání pomocí tzv. hashe, kterým by byla ověřena identita/totožnost obsahu, je

možno provést i následně bez toho, aby bylo hashování použito při předání USB flash disku dodavateli. Toto srovnání pomocí hashe přitom mohl provést i sám Úřad. S ohledem na závažná pochybení při vedení spisu a nakládání s důkazním materiálem ze strany Úřadu však již je takové srovnání, které by bylo relevantní, navždy zapovězeno.

V této souvislosti je třeba konstatovat, že opatření tzv. hashe v době předání USB flash disku dodavateli a jeho případné zachycení na předávacím protokolu by bylo naprosto bezpředmětné. Jednak není zřejmé, jak by si dodavatel ověřil z hash klíče, co je obsahem předávané dokumentace, což je dle Úřadu předpokladem pro transparentnost předání dokumentace, jednak není zřejmé, jak by si dodavatel při předání dokumentace ověřil, že hash klíč, zachycený v protokolu, je správný/totožný s hashem „originální“ sady souborů.

Pokud v této souvislosti Úřad uvádí, že *„hashovací funkce by měla být použita pro kontrolní součet každého jednotlivého souboru dokumentace a následně pro kontrolní součet celé dokumentace“*, pak je nutno zopakovat, že ani takové „zabezpečení“ nevylučuje, že některým dodavatelům bude předána ještě jiná dokumentace nad rámec „oficiální“ verze. Vytvoření hash klíče jen ve vztahu k části obsahu USB flash disku nemá žádnou důkazní hodnotu, neboť tím není „zdokumentována“ zbývající část obsahu USB flash disku, a tedy ani tímto způsobem nelze zpětně prokázat, že některý z dodavatelů neobdržel ještě jiné informace, které jiní dodavatelé neobdrželi. Jak bylo přitom již několikrát zadavatelem uvedeno, vytvoření hash klíče „přes celý USB flash disk“ je pro tyto účely rovněž bez jakékoliv důkazní hodnoty z důvodu, že takový hash klíč nemůže být při jeho kontrolním vytvoření shodný z důvodu ukládání systémových souborů po připojení USB flash disku k počítači. Toto přitom platí i pro jiná „technická řešení“ jako předávání dokumentace na Blu-ray discích, CD DVD.

Jde-li pak o konstatování Úřadu v bodu 448. Rozhodnutí, že *„mu není známa žádná (např. technická) překážka, která by danému dodavateli bránila provést za pomoci hashovací funkce kontrolní součty jednotlivých souborů a tyto porovnat s kontrolními součty uvedenými např. v předávacím protokolu či souboru (např. tabulka vytvořená v MS Excel) odeslaném dodavateli (např. na CD-ROM) spolu s příslušnou částí zadávací dokumentace“*, je třeba uvést, že jednak by dodavatel musel mít příslušný software k provedení takové operace, což by mohlo být shledáno jako rozporné s požadavkem, aby byl dodavatel byl schopen účastnit se zadávacího řízení s použitím běžně dostupných prostředků a zařízení (takový software přitom rozhodně není běžný), jednak by takový postup neřešil to, že dodavatel by musel potvrdit správnost/totožnost k okamžiku vydání zadavatelem, přičemž takové následné ověřování hashe samotným dodavatelem by nemohlo zabránit následné manipulaci a tvrzení, že zadavatel předal dodavateli jinou dokumentaci, pokud by zadavatel již neměl nad touto dokumentací a ověřením hash klíče kontrolu.

Je tedy zřejmé, že celé zkoumání Úřadu, pokud jde o možnost využití hashování funkce, je naprosto irelevantní,

V tomto směru je zcela irelevantní i posudek znalce Ing. Kodla, nadto v této souvislosti Úřad dokonce připouští, že ani hashovací funkce není stoprocentní garancí, když uvádí, že bude-li

použita, „výsledkem **by měl být** totožný řetězec znaků“ (viz bod. 458. Rozhodnutí). I sám Úřad tedy připouští pochybnost ohledně spolehlivosti takového řešení,

### 3. K otázce změny zadávacích podmínek v důsledku anonymizace Dokumentace ESVZ

V bodě 432. Rozhodnutí Úřad vyčítá zadavateli, že o provedené anonymizaci neinformoval dodavatele, což je podle názoru Úřadu dalším indikátorem netransparentnosti postupu zadavatele. Úřad dále uvádí, že zadavatel o „rozdílnosti dokumentace ESVZ“ neučinil žádný přehled či soupis. Obdobně v bodě 442. Rozhodnutí Úřad vyčítá zadavateli, že o provedeném zásahu do dokumentace ESVZ neinformoval až do 23. října 2017 ani Úřad.

Přestože se v uvedených bodech Rozhodnutí Úřad vyhýbá tomu, aby provedenou anonymizací Dokumentace ESVZ označil za změnu zadávacích podmínek, je zadavatel toho názoru, že shora uvedené výtky Úřadu k takovému výkladu inklinují, a považuje za nezbytné tuto záležitost postavit na jisto.

Zadavatel je přesvědčen o tom, že za změnu zadávací dokumentace ve smyslu § 99 zákona lze považovat pouze takové změny či úpravy zadávací dokumentace, které mění věcnou povahu obsahu dokumentace, které věcně doplňují či rozšiřují, resp. zužují zadávací dokumentaci, resp. mění význam sdělení, které je prostřednictvím zadávací dokumentace dodavateli předáváno. Jinými slovy, musí jít o takové změny či úpravy, které jsou relevantní ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a které mohou mít vliv na přípravu nabídky či účast dodavatele v zadávacím řízení. Jde-li pouze o ryze formální úpravy textu, kterou je nepochybně i začernění osobních údajů (bez ohledu na to, jak důkladně bylo provedeno), pak se nepochybně nemůže jednat o změnu zadávací dokumentace ve smyslu § 99 zákona. Lpění na tom, že veškerá vydaná dokumentace musí být nejen po obsahové či materiální stránce, ale i po formální stránce „zcela identická“ ve všech exemplářích, představuje ze strany Úřadu ničím neopodstatněný a zcela přehnaný formalismus. Jak již bylo uvedeno shora, zákon totiž stanoví v tomto ohledu jasné měřítko, dle kterého jednáním zadavatele (ani jeho pochybením) nesmí dojít k ovlivnění výběru dodavatele. Formální či drobná pochybení, která tento efekt nemají a mít nemohou, zákonem postihována nejsou.

Podle § 99 odst. 1 zákona „**Zadávací podmínky** obsažené v zadávací dokumentaci může zadavatel změnit nebo doplnit před uplynutím lhůty pro podání žádosti o účast, předběžných nabídek nebo nabídek. Změna nebo doplnění zadávací dokumentace podmínek musí být uveřejněna nebo oznámena dodavatelům stejným způsobem jako zadávací podmínka, která byla změněna nebo doplněna“.

Podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona se rozumí „**zadávacími podmínkami** veškeré zadavatelem stanovené

1. podmínky průběhu zadávacího řízení,

2. podmínky účasti v zadávacím řízení,

3. pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,

4. pravidla pro hodnocení nabídek,

5. další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104“.

Podle § 37 odst. 1 zákona „Podmínky účasti v zadávacím řízení může zadavatel stanovit jako

a) podmínky kvalifikace,

b) **technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky** včetně podmínek nakládání s právy k průmyslovému nebo duševnímu vlastnictví vzniklými v souvislosti s plněním smlouvy na veřejnou zakázku,

c) obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky, nebo

d) zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky, a to zejména v oblasti vlivu předmětu veřejné zakázky na životní prostředí, sociálních důsledků vyplývajících z předmětu veřejné zakázky, hospodářské oblasti nebo inovací“.

Ze shora uvedených ustanovení zákona (tučně jsou přitom zadavatelem vyznačeny pasáže, které na posuzovaný případ, pokud jde o Dokumentaci ESVZ, mohou dopadat) je jednoznačně patrné, že zadavatel je povinen oznámit změnu zadávací dokumentace pouze v případě, že se jedná o změnu „technických podmínek vymezujících předmět veřejné zakázky“. Osobní údaje osob, uvedených v Dokumentaci ESVZ, přitom samozřejmě za takové technické podmínky považovány být nemohou. V tomto směru se již zadavatel ostatně vyjádřil ve svém vyjádření ze dne 2. ledna 2018 k návrhu navrhovatele na zahájení správního řízení ze dne 22. prosince 2017.

Pokud tedy zadavatel neprovedl anonymizaci osobních údajů změnu technických podmínek, pak ani nelze takový postup považovat za změnu zadávacích podmínek ve smyslu § 99 zákona, a tudíž se zadavatel ani nemohl dopustit jakéhokoliv porušení zákona, pokud tuto skutečnost nesdělil dodavatelům postupem, který zákon upravuje právě pro případ změny zadávací dokumentace. I v této souvislosti je přitom nutno připomenout, že začernění osobních údajů nemohlo mít jakýkoliv vliv na výběr nabídky, neboť se nejedná o údaje či informace vymezující po technické stránce předmět veřejné zakázky (ani jakékoliv jiné údaje či informace uvedené v § 37 odst. 1 zákona), a tedy ani údaje či informace jakkoliv relevantní z hlediska přípravy nabídek. Ani Úřad v Rozhodnutí přitom nepřináší žádné argumenty, které by takový závěr vyvracely, přičemž pouhé konstatování, že nelze vyloučit, že pro některého dodavatele by takové údaje či informace mohly být při přípravě nabídky relevantní (srov. bod 435. Rozhodnutí, kde Úřad uvádí: „Nelze totiž bez dalšího uzavřít, že by informace, pomocí nichž je možno si učinit poměrně podrobnou představu o klíčových osobách realizačního týmu stávajícího dodavatele systému výkonového zpoplatnění pozemních komunikací, včetně případných kontaktních údajů, neměly pro jeho konkurenty význam.“), je v tomto ohledu zcela nedostatečné proto, aby na základě toho mohlo být konstatováno porušení pravidel pro zadání veřejné zakázky s vlivem na výběr nabídky a uloženo nápravné opatření. Že anonymizované

údaje neměly a nemohou mít v tomto ohledu jakýkoliv význam pro přípravu nabídek, přitom zadavatel doložil znaleckým posudkem společnosti Cetag. Pokud Úřad dovozuje, že je tento posudek bezpředmětný, neboť se nevztahuje k meritu zkoumání Úřadu, pak z citovaného bodu 435. Rozhodnutí je zřejmé, že tomu tak není. Úřad proto pochybil, pokud znalecký posudek společnosti Cetag nevezal při svém rozhodování v úvahu.

V této souvislosti zadavatel považuje dále za nutné poukázat na vnitřní rozpornost argumentace Úřadu ve spojení s výtkou, že „nelze žádným způsobem ověřit“, že „rozdílnost je dána pouze anonymizací osobních údajů“ (viz bod 434. Rozhodnutí). Jestliže toto nelze tedy podle Úřadu ověřit, pak není zřejmé, jak Úřad dospěl k závěru, že „takové tvrzení se nezakládá na pravdě, neboť v případě některých dokumentů došlo k anonymizaci i jiných údajů než pouze osobních. V této souvislosti lze dále odkázat např. na dokument „1000003379A-ImplD-04-DOKU-KTPProcurPlan-P5a\_CZ“, v jehož anonymizované verzi bylo v kapitole 2.2 „Nástroje použité pro řízení akvizice“ „začerněno“ obchodní jméno advokátní kanceláře „Jansta, Kostka & spol.“, přestože se zcela jistě nejedná o osobní údaj.“ Je tedy zcela zřejmé, že takového ověření byl Úřad schopen, přičemž jej také v určité části provedl, jak vyplývá z bodu 433. či 436. Rozhodnutí. Na uvedeném nemění nic ani skutečnost, že obchodní jméno advokátní kanceláře není osobním údajem ve smyslu zákona o ochraně osobních údajů; i v tomto případě se totiž jedná o údaj vztahující se k osobě, sice právnické, který však nemá z hlediska technického popisu ESVZ, o který jde v případě Dokumentace ESVZ, žádnou relevanci.

#### **Ad d) Rozpor Rozhodnutí s § 263 odst. 2 zákona**

Na základě konstatování o porušení zásady transparentnosti Úřad zrušil výrokem II. Rozhodnutí zadávací řízení, a to na základě ustanovení § 263 odst. 2 zákona. V této souvislosti je třeba konstatovat, že dle § 263 odst. 2 zákona je Úřad oprávněn zrušit zadávací řízení pouze v případě, že zadavatel nedodrží „*pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté*“. Úřad přitom ve výroku I. Rozhodnutí nekonstatoval porušení jakéhokoliv pravidla, nýbrž pouze porušení zásady transparentnosti. Úřad tedy neidentifikoval žádné pravidlo, které by zadavatel nedodržel. Je přitom zcela jednoznačně rozdíl mezi zásadami a pravidly a rovněž zákon přitom zcela jednoznačně mezi zásadami a pravidly rozlišuje (k tomu blíže vyjádření k výroku II. Rozhodnutí níže v tomto rozkladu). Předně je tak třeba konstatovat, že rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení na základě pouhého konstatování o porušení zásady transparentnosti, aniž by bylo identifikováno pravidlo pro zadání veřejné zakázky, které zadavatel nedodržel, je v přímém rozporu se zákonem. Již z tohoto důvodu je Rozhodnutí nezákonné.

Podle § 263 odst. 2 zákona „*Nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele*“. Jedná se o zcela zásadní zákonnou podmínku, která limituje Úřad v rušení zadávacích řízení z důvodu bagatelních či nevýznamných pochybení zadavatele, která nemohla mít vliv na výsledek

zadávacího řízení (viz též shora citovaná komentářová literatura). Komentář T. Krutáka a spol., nakladatelství ANAG v tomto ohledu dokonce uvádí, že citované ustanovení „nelze vykládat tak, že důvodem k uložení nápravného opatření má být jakékoliv, byť bagatelní porušení zákona, které **mělo** na výsledek zadávacího řízení jen **marginální či hypotetický vliv**“, přičemž „**jakékoliv automatické přijetí konstrukce [...] je nepřijatelné**“. Právě v tomto případě však Úřad založil své rozhodnutí pouze na obecném konstatování pouze konstatování hypotetického vlivu a zcela automatickým přijetím konstrukce potenciality vlivu, kterou však ani žádným relevantním způsobem neodůvodnil. Úřad tedy podle názoru zadavatele hrubě pochybil, pokud řádně a v plném rozsahu neposoudil jím údajně zjištěné a pouze domnělé rozpory v Dokumentaci ESVZ obsažené na USB flash discích a zejména pokud vzájemně neporovnal všechny USB flash disky vydané jednotlivým dodavatelům a neposoudil, zda a do jaké míry obsahují odlišnou dokumentaci.

Zadavatel je přesvědčen, že i v případě, že by byl přípustný extenzivní výklad Úřadu ve vztahu k zásadě transparentnosti a absolutního požadavku na zpětnou přezkoumatelnost postupu zadavatele ve vztahu k obsahu vydávané dokumentace, je zcela zřejmé, že porovnáním obsahu vydaných (a ideálně i těch nevydaných) USB flash disků by bylo jednoznačně možné posoudit intenzitu tvrzeného porušení zásady transparentnosti z toho pohledu, zda rozdíly na USB flash discích měly či mohly mít vliv na výběr dodavatele (zadavatel přitom samozřejmě odhlíží od nezhojitelného procesního pochybení Úřadu ve vztahu k nakládání s flash disky). Toto posouzení však Úřad neprovedl a k problematice ovlivnění výběru dodavatele se vyjádřil zcela nedostatečně na pouhých několika řádcích v bodě 478. Rozhodnutí (což je zcela nedostatečné a je to do očí bijící např. při porovnání s rozsáhlými několikastránkovými pasážemi Rozhodnutí, která se věnují celkem zbytečně problematice náležitostí a znatelnosti znaleckých posudků). K tomu je třeba dodat, že byť je dostačující pouhá potencialita vlivu nedodržení pravidel stanovených zákonem pro zadání veřejné zakázky na výběr dodavatele, je Úřad povinen tuto skutečnost prokázat a řádně se s ní v rozhodnutí vypořádat (na tomto se ostatně shoduje i doktrína, viz např. komentář T. Machurka a spol., nakladatelství C. H Beck, kde se k § 263 odst. 2 zákona výslovně uvádí: „**Pouhá potencialita vlivu na zadání veřejné zakázky postačí, je však třeba, aby tato skutečnost byla ze strany ÚOHS prokázána.**“) To však zcela jednoznačně Úřad v daném případě neučinil, neboť ani náznakem neuvedl, natož pak aby prokázal, jak by začernění osobních údajů mohlo takový vliv mít. Úřad přitom ani neuvedl a už vůbec neprokázal, jak by mohly mít vliv na výběr dodavatele jím uvedené rozdíly v počtu souborů či rozsahu stran u některých souborů, které zjistil namátkovou kontrolou. Úřad dokonce sám výslovně uvádí, že na tuto svou povinnost zcela rezignoval (viz např. bod 440. Rozhodnutí, kde uvádí: „**Aniž by Úřad hodnotil vypovídající hodnotu či důležitost dokumentu [...] pro dodavatele, resp. pro zpracování jejich (předběžných) nabídek...**“).

Úřad v bodě 478. Rozhodnutí k problematice zákonné podmínky § 263 odst. 2 zákona uvedl pouze toto: „**V šetřeném případě lze konstatovat, že výběr dodavatele může být postupem zadavatele ovlivněn minimálně v potenciální rovině, neboť v důsledku netransparentního postupu zadavatele již v počátku zadávacího řízení, tj. při poskytování části dokumentace o zadávacím řízení (dokumentace ESVZ) dodavatelům, nelze s ohledem na zvolené technické**



řešení poskytování příslušné dokumentace jednoznačně určit a zpětně ověřit, zda se všem dodavatelům dostalo totožných podkladů (zadávacích podmínek) nezbytných pro zpracování porovnatelných (předběžných) nabídek, resp. na základě zjištěných skutečností (uvedených zejm. v bodě 433. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí) existují důvodné pochybnosti, že tomu tak nebylo“. Z citovaného textu je jednoznačně zřejmé, že Úřad ve skutečnosti žádným způsobem nezkoumal, zda a jak jím vyčítaný postup zadavatele ovlivnil výběr dodavatele, nebo jak konkrétně mohl být výběr dodavatele ovlivněn, čímž Úřad postupoval v rozporu s § 263 odst. 2 zákona. Jak bylo shora uvedeno, Úřad danou možnost nepochybně měl za situace, kdy vedl správní řízení v prvním stupni cca šest měsíců a po celou dobu disponoval téměř všemi flash disky a zbylé USB flash disky si mohl od účastníků zadávacího řízení vyžádat, jak ostatně zadavatel navrhoval. Úřad mohl sám či prostřednictvím znalce provést jednoduché základní porovnání všech USB flash disků, např. prostřednictvím porovnání počtu uložených souborů Dokumentace ESVZ, velikosti Dokumentace ESVZ, případně i prostřednictvím jím zmiňované hashovací funkce ve vztahu k souboru Dokumentace ESVZ a následně sám či prostřednictvím znalce posoudit charakter a vliv případně zjištěných rozdílů na výběr dodavatele.

Úřad však na místo toho pouze alibisticky uvedl, že výběr dodavatele „může být postupem zadavatele ovlivněn minimálně v potenciální rovině“. Takové odůvodnění Rozhodnutí je však samozřejmě zcela **nepřezkoumatelné**. Úřad sice vyjmenoval několik údajně zjištěných rozdílů v anonymizované a neanonymizované verzi Dokumentaci ESVZ, nijak se však nezabýval tím, o jaké rozdíly se jedná, z jaké příčiny vznikly a jaký měly či mohly mít faktický vliv na výběr dodavatele.

**Zároveň Úřad závěry svého zkoumání USB flash disků neposkytl účastníkům správního řízení, neučinil je podkladem pro rozhodnutí a neumožnil tak účastníkům správního řízení se k nim vyjádřit, což je nepochybně v rozporu se zákonem.** Zadavatel proto měl možnost se s údajnými zjištěními Úřadu seznámit až v rámci Rozhodnutí, proto mu nezbylo než na ně podrobně reagovat až v rámci podávaného rozkladu (viz shora písm. a) tohoto článku rozkladu). Z posouzení zjištěných údajných rozdílů je pak zcela zřejmé, že tyto byly detekovány pouze u dokumentů a údajů, které se nevztahovaly k vlastnímu popisu technického řešení ESVZ, a tedy logicky nemohly mít vliv na přípravu technického řešení a nabídek jednotlivých dodavatelů, a logicky tedy ani vliv na výběr nejvhodnější nabídky, i pokud by zjištěné rozdíly teoreticky bylo možno přičítat zadavateli.

Navíc, je obecně známo, že všichni čtyři účastníci zadávacího řízení nabídli technické řešení založené na satelitní technologii. Je proto zřejmé, že Dokumentace ESVZ nebyla pro účastníky zadávacího řízení důležitým podkladem pro přípravu jejich předběžných nabídek a zjištěné rozdíly tedy nemohly mít ani teoretický vliv na výběr nejvhodnější nabídky. O tom svědčí i skutečnost, že žádný z dodavatelů obsah Dokumentace ESVZ nerozporoval z důvodu její nesrozumitelnosti, nekompletnosti či z důvodu začernění některých údajů, s výjimkou navrhovatele, který však z podstaty věci anonymizací Dokumentace ESVZ nemohl být nijak dotčen, neboť má k Dokumentaci ESVZ plný přístup z titulu jejího autorství a trvajících poskytování služeb spojených s provozem ESVZ.

Ze shora uvedeného je jednoznačně patrné, že pokud Úřad dovedl možnost ovlivnění výběru dodavatele, učinil tak bez jakéhokoliv bližšího zkoumání, přičemž bohužel navázal na některá svá dřívější rozhodnutí, v nichž rovněž bez jakéhokoliv bližšího zkoumání alibisticky dovozoval u jakéhokoliv, byť sebemenšího pochybení na straně zadavatele teoretickou možnost ovlivnění výběru dodavatele. Takový postup Úřadu je nepochybně v příkrém rozporu se smyslem a účelem zákona, vyjádřeným v citovaném ustanovení § 263 odst. 2.

V neposlední řadě je nutno poukázat na **nesprávný a zcela tendenční výklad závěrů rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 45/2010**, který se týká transparentnosti, resp. nekontrolovatelnosti kroků zadavatele v zadávacím řízení. S odkazem na uvedený rozsudek Úřad uvádí: *„Ke konstatování netransparentnosti tedy plně postačuje, že jednání zadavatele v průběhu zadávacího řízení vykazuje znaky odporující požadavkům zákona na průhlednost, čitelnost či přehlednost zadávacího řízení. Transparentním postupem je v souladu s citovaným rozsudkem Nejvyššího správního soudu zejm. takový postup, který nezbuzuje pochybnosti o tom, že zadavatel jedná regulérně.“* (srov. bod 382. Rozhodnutí). Dle Úřadem citované pasáže uvedeného rozsudku *„požadavek transparentnosti zadávacího řízení není splněn tehdy, pokud jsou v zadatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“* V této souvislosti však nelze odhlédnout od skutkových okolností případu, který v daném případě posuzoval Nejvyšší správní soud, kdy se jednalo o nechvalně známou tzv. Karlovarskou losovačku, a tedy i od typu případů, na které je právní názor Nejvyššího správního soudu primárně směřován. Je zcela zřejmé, že závěry soudu se vztahují ke zcela odlišným okolnostem a že smyslem těchto úvah soudu je to, aby byla postihována ta jednání zadavatele, která mohou vzbuzovat pochybnost o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. V případě poskytování Dokumentace ESVZ na USB flash discích však nemůže vzniknout jakákoliv pochybnost o tom, co zadavatel učinil a proč tak učinil (a proč bylo přistoupeno k anonymizaci Dokumentace ESVZ), přičemž jediný dodavatel, který postup zadavatele ve vztahu k Dokumentaci ESVZ napadal, byl navrhovatel, který tuto dokumentaci sám vytvořil (v tomto ohledu lze mít důvodné pochybnosti o tom, že toto bylo záměrem navrhovatele od počátku a jeho nástrojem, jak sabotovat celé zadávací řízení, na což mu bohužel Úřad „skočil“; v této souvislosti pak rozhodně není bez významu, že žádný jiný dodavatel postup zadavatele nezpochybňoval). S přihlédnutím ke smyslu Úřadem citovaného rozsudku je přitom třeba konstatovat, že v daném případě nebylo ve správním řízení prokázáno a navíc ani nejsou důvodné pochybnosti, že by zadavatel některého z dodavatelů poškodil tím, že by mu záměrně dal jinou (menší či větší) Dokumentaci ESVZ, pokud jde o její věcný obsah. Toto byl přitom Úřad schopen ověřit z předaných USB flash disků, které obsahovaly Dokumentaci ESVZ. Úřad však toto, pro posouzení věci relevantní zkoumání, neprovedl (a navíc svým nezákonným nakládáním s USB flash disky průkazné zkoumání zcela znemožnil), přičemž založil Rozhodnutí na pouhých ničím nepodložených hypotézách, jak již bylo shora uvedeno. **Úřad proto k posouzení souladu postupu zadavatele se zákonem použil zcela nepřiléhavou rozhodovací praxi správních soudů, která je mířena na zjevné či velmi pravděpodobně účelové a úmyslné nekalé jednání zadavatelů.** Úřad

právní názor Nejvyššího správního soudu, vytržený z kontextu konkrétních skutkových okolností a velmi hrubě zobecněný, absolutizoval a vytyčil ji jako podmínku nutnou pro jakékoli konání zadavatele v jakémkoliv zadávacím řízení, což je **nepochybně v rozporu s jinou zásadou definovanou v § 6 zákona, a to zásadou přiměřenosti.**

Pokud jde o již zmíněné dílčí odlišnosti mezi anonymizovanou Dokumentací ESVZ a neanonymizovanou Dokumentací ESVZ a závěr Úřadu, že v souvislosti s anonymizací Dokumentace ESVZ zadavatel provedl změnu zadávací dokumentace ve smyslu § 99 zákona, kterou nikomu neoznámil, je třeba dodat, že **je zcela absurdní, pokud Úřad považuje jakoukoliv, byť formální změnu dokumentace (např. vypuštění záhlaví stránky), za změnu zadávací dokumentace ve smyslu § 99 zákona, přičemž takové formální úpravy (které nebyly procesovány jako změna zadávací dokumentace) by měly mít za následek netransparentnost postupu zadavatele a jakýkoliv, byť i potenciální vliv na výběr nejvhodnější nabídky.** Např. v bodě 387. Rozhodnutí Úřad uvádí, že „*Nezbytným předpokladem férového zadávacího řízení přitom je, že všem dodavatelům musí být poskytnuta zcela identická zadávací dokumentace, neboť jen takovým způsobem může být zajištěna rovnost příležitostí všech potenciálních dodavatelů*“. V bodě 468. Rozhodnutí pak Úřad odmítá přípustnost rozdílnosti dokumentací, pokud by se jednalo byť i např. jen o záhlaví stránek, která nemají žádnou vypovídací hodnotu. Zadavatel je přesvědčen, že tyto právní názory Úřadu jsou zcela v rozporu s explicitním a naprosto jasným pravidlem stanoveným v § 263 odst. 2 zákona, tj. podmíněností zásahu Úřadem tím, že pochybení zadavatele má či může mít vliv na výběr dodavatele. Na tom, že podmínka vlivu či potenciality vlivu porušení zákonem stanoveného pravidla na výběr dodavatele je podmínkou nezbytnou k uložení nápravného opatření, se ostatně shodují názory v odborné literatuře (srov. např. komentář V. Podešvy a spol., nakladatelství Wolters Kluwer, kde se k § 263 odst. 2 zákona uvádí: „*K uložení nápravného opatření je třeba všechny vyjmenované podmínky splnit kumulativně. Z toho plyne, že nápravné opatření nelze ukládat za jakékoliv bagatelní pochybení zadavatele, které nemohlo ovlivnit nebo neovlivnilo výběr nejvhodnější nabídky, ale pouze za takové pochybení, které tento vliv mělo či mít mohlo.*“, příp. též komentář T. Machurka a spol., nakladatelství C. H. Beck, kde se v této souvislosti ke stejnému ustanovení zákona uvádí: „*A contrario, ÚOHS neuloží nápravné opatření tam, kde porušení ZVZ nemá ani potenciální vliv na výběr dodavatele nebo výběr návrhu.*“). Je přitom evidentní, že příkladmo zmiňované vypuštění záhlaví stránek takové ovlivnění výběru dodavatele mít nemůže. Úřad tedy k posuzování věci pristoupil pouze z formálního hlediska, a to zcela nepřiměřeně.

### Článek III.

#### K výroku III. (nezákonné vymezení zadávacích podmínek)

Úřad výrokiem III. Rozhodnutí rozhodl tak, že zadavatel v rozporu s § 36 odst. 3 zákona ve spojení se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona nevymezil zadávací podmínky předmětné veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Toto nezákonné vymezení zadávacích podmínek přitom dle Úřadu spočívá

v zásadě v tom, že zadavatel „stanovil rozsah zpoplatněných pozemních komunikací, které by měly podléhat výběru mytného, pouze odhadem“. Dle Úřadu se přitom v případě rozsahu zpoplatnění pozemních komunikací jedná o informaci, která je nezbytná pro sestavení porovnatelných nabídek a kterou zadavatel musí disponovat, přičemž z Rozhodnutí vyplývá, že tento rozsah zpoplatnění musí zadavatel stanovit konkrétně a závazně, zejména pak pro účely realizace Etapy 1 veřejné zakázky (srov. např. bod 556. Rozhodnutí, ve kterém Úřad uvádí: „Obzvláště pro realizaci etapy 1 veřejné zakázky, v rámci které musí dojít k vybudování vlastního SEM, je dle názoru Úřadu požadavek na konkrétní (závazný) rozsah zpoplatněných pozemních komunikací nezbytný.“).

Úřad tedy dovozuje, že pokud zadavatel stanovil rozsah zpoplatnění pozemních komunikací k 1. 1. 2020 (tj. předmět plnění Etapy 1) pro účely veřejné zakázky jako **předpokládaný** a zároveň pokud zadavatel požaduje nacenit Etapu 1 **paušální cenou, která má odpovídat zadavatelem stanovenému předpokladu zpoplatnění pozemních komunikací**, pak nevymezil dostatečně přesně předmět plnění veřejné zakázky a způsobil, že dodavatelé mohli podávat vzájemně neporovnatelné nabídky.

**Zadavatel Úřadu vytýká, že**

- a) **Úřad hrubě pochybil, pokud zcela opomenul a v Rozhodnutí nepřihlédl k odpovědi na dotaz č. 293 v rámci vysvětlení zadávací dokumentace č. 62,**
- b) **Úřad nesprávně posoudil zadávací dokumentaci a skutkový stav a vyvodil z nich nesprávné právní závěry, a**
- c) **Úřad nepřípustným extenzivním způsobem aplikoval zásadu transparentnosti postupu zadavatele.**

**Ad a) Úřad hrubě pochybil, pokud zcela opomenul a v Rozhodnutí nepřihlédl k odpovědi na dotaz č. 293 v rámci vysvětlení zadávací dokumentace č. 62**

Zadavatel předně uvádí, že z Rozhodnutí není zcela zřejmé, kde se v rámci odůvodnění Úřad začíná zabývat výrokem č. III Rozhodnutí. Zadavatel nicméně předpokládá, že odůvodnění tohoto výroku zřejmě začíná bodem 521. Rozhodnutí.

Úřad se v bodech 538. a násl. Rozhodnutí zabývá procesním postupem zadavatele, přičemž v bodě 540. Rozhodnutí Úřad výslovně potvrzuje, že „*za součást zadávacích podmínek je třeba považovat i vysvětlení zadávací dokumentace dle § 98 zákona*“.

Z hlediska tohoto závěru, s nímž zadavatel zcela souhlasí a považuje ho za nesporný, je pak **zásadním pochybením Úřadu, pokud při posuzování zadávacích podmínek posuzované veřejné zakázky a vymezení jejího předmětu nepřihlédl ke všem vysvětlením zadávací dokumentace, zejména pak k vysvětlení zadávací dokumentace č. 62 a konkrétně k dotazu dodavatele č. 293 a odpovědi zadavatele na tento dotaz, které byly následujícího znění:**

**„Dotaz č. 293**

V dokumentu „Příloha č. 1 ZD veřejné zakázky Systém elektronického mýtného: Technické podmínky veřejné zakázky“ se v kapitole 2.1.2 Rozsah Zpoplatnění v bodě 18 uvádí, že od 1.1.2020 bude zpoplatněno celkem 1346,5 km dálnic (vč. nově zprovozněných úseků) a předpokládaný rozsah zpoplatněných silnic I. třídy ke konci roku 2019 bude v délce 240,8 km. Ve vyhlášce „č 470/2012 Sb., o užívání pozemních komunikací zpoplatněných mýtným, ve znění pozdějších předpisů“ (Dále Vyhláška) je v Příloze č. 1 vyspecifikovaných celkem 1236,4 km dálnic a v Příloze č.2 je vyspecifikovaných celkem 236,5 km cest I. třídy.

Na základě výše uvedených skutečností má být do 1.1.2020 uvedených do provozu celkem 110,1km nových úseků dálnic a 4,3 km nových úseků cest I. třídy. Tyto nové úseky nejsou blíže specifikované.

Z aktuálních zdrojů Ředitelství silnic a dálnic ČR (ŘSD) jsme identifikovali celkem 61,91 km nových úseků dálnic, které mají být uvedené do provozu do 1.1.2020 (viz. Tabulka 2)

Tabulka 2

Typ	Kraj	Název stavby	Délka	Uvedení do provozu
D7	Ústecký	D7 Postoloprty-MÚK Bitozeves	3.77	07/2018
D3	Jihočeský	D3 0309/I Bošilec-Ševětín	8.14	06/2019
D3	Jihočeský	D3 0309/II Ševětín-Borek	10.68	12/2019
D1	Olomoucký	D1 0137 Přerov-Lipník	14.32	01/2019
D11	Králohradecký	1105/2 Osičky - Hradec Králové	11.9	08/2017
D3	Jihočeský	0308C Veselí nad Lužnicí - Bošilec	5.1	10/2017
D3	Jihočeský	0309/III Borek - Úsilné	3.2	10/2017
D4	Středočeský	Skalka – křižovatka II/118 (Háje)	4.8	09/2017

**Otázka 1:**

Prosíme o potvrzení úplnosti a správnosti seznamu nových úseků dálnic do 1.1.2020 a doplnění chybějících úseků v případě, že nějaké chybí.

**Otázka 2:**

Prosíme o identifikaci nových úseků cest I. třídy o délce 4,3 km, které mají být uvedené do provozu do 1.1.2020 a mají být zpoplatněné mýtem.

**Odpověď na dotaz č. 293**

1. Seznam nových úseků dálnic, uváděný tazatelem v tabulce 2 výše není ve vztahu k podmínkám Zadávací dokumentace VZ SEM úplný. Zadavatel pro informaci sděluje, že při vypracování podmínek Zadávací dokumentace VZ SEM vycházel z předpokládaného rozšíření rozsahu zpoplatněných pozemních komunikací do konce roku 2019 s přihlédnutím k sjednanému rozsahu předpokládaného rozšiřování stávajícího elektronického systému výkonového zpoplatnění (ESVZ), které má zadavatel sjednat se současným dodavatelem ESVZ.

Zadavatel rovněž pro informaci sděluje sjednaný rozsah předpokládaného rozšiřování ESVZ o tzv. Nové úseky, který je uveden v tabulce níže. Tabulka obsahuje Nové úseky dálnic a silnic I. třídy, je však zadavatelem uváděna jen pro informaci, zadavatel pro vyloučení pochybností upozorňuje, že uvedením této tabulky nijak nemění stávající zadávací podmínky zadávacího řízení.

Tabulka: **Seznam předpokládaných Nových úseků do konce r. 2019**

Komunikace	Úsek komunikace	Předpokládané datum dokončení stavby
D1	D1 0137 Přerov - Lipník	1. 8. 2019
D11	D11 1107 Smiřice - Jaroměř	1. 10. 2019
D3	D3 0308 C Veselí nad Lužnicí - Bošilec	1. 10. 2017
	D3 309/III Borek - Úsilné	28. 10. 2017
D35	R35 Časy - Ostrov	1. 12. 2019
	R35 Opatovice nad Labem - Časy	1. 12. 2019
D4	R4 Lety - Čimelice	1. 6. 2018
	R4 Skalka – křižovatka II/118	1. 2. 2017
D46	R46 MÚK Držovice	1. 11. 2019
	R46 MÚK Olšany	1. 11. 2017
	R46 MÚK Prostějov střed	1. 11. 2018
D48	R48 MÚK Nošovice	1. 11. 2019
	R48 Rychaltice - Frýdek Místek	1. 1. 2019
D49	R49 4901 Hulín - Fryšták	1. 8. 2019
D55	R55 5505 Otrokovice obchvat JV	1. 9. 2019
D6	R6 Lubenec obchvat	1. 9. 2019
	R6 Nové Strašecí - Řevničov	1. 9. 2019
	R6 Řevničov, obchvat	1. 9. 2019
D7	R7 Louny, zkapacitnění obchvatu	1. 9. 2019
	R7 Postoloprty – MÚK Bitozeves	1. 10. 2017
	R7 Panenský Týnec zkapacitnění obchvatu	1. 12. 2018
I/11	I/11 Nebory – Oldřichovice	09/2017
	I/11 Oldřichovice – Bystřice	09/2017

Zadavatel tazatele výslovně upozorňuje na skutečnost, že:

- a) jednotlivé předpokládané nové úseky podle seznamu výše nemusí být dokončeny a uvedeny do provozu v uváděných termínech nebo nemusí být do konce roku 2019 realizovány vůbec,
  - b) v období do konce roku 2019 mohou být dokončeny, uvedeny do provozu a výkonově zpoplatněny i jiné úseky pozemních komunikací, než jsou úseky výše uvedené.
2. Nové úseky silnic I. třídy, které mají být uvedeny do provozu a výkonově zpoplatněny do konce roku 2019 jsou uvedeny v seznamu předpokládaných nových úseků výše pod položkou „Komunikace I/11“. V souvislosti s realizací zpoplatnění nových mýtných úseků I/11 Nebory – Oldřichovice a I/11 Oldřichovice – Bystřice zadavatel výlučně pro informaci uvádí, že bylo naopak zrušeno zpoplatnění úseku I/11 Oldřichovice – Lyžbice a zkrácena délka zpoplatněných úseků I/11 Svibice – Nebory a I/11 Vendryně-Karpentná – Jablunkov.
- Popsaná změna rozsahu výkonového zpoplatnění na silnici I/11 byla k dnešnímu dni již realizována a skutečný rozsah výkonového zpoplatnění silnic I. třídy se v důsledku této změny prodloužil celkem o 5,2 km oproti předpokládaným 4,3 km. I tato

*skutečnost je zadavatelem sdělována pouze pro informaci, nedochází tedy ke změně zadávacích podmínek.*

---

*Bez ohledu na shora uvedené skutečnosti však platí, že zadavatel za účelem vzájemné porovnatelnosti předběžných nabídek požaduje, aby účastníci zadávacího řízení své předběžné nabídky připravili tak, že budou vycházet z předpokládané délky zpoplatněných komunikací tak, jak je uvedena v zadávacích podmínkách. Pokud bude skutečný rozsah zpoplatněných pozemních komunikací odlišný od zadavatelem původně stanoveného předpokladu, bude tato situace řešena buď postupem stanoveným zadávacími podmínkami, pokud zadávací podmínky takový postup upravují, nebo postupem podle § 222 zákona. Právě z důvodu nemožnosti jednoznačného stanovení skutečného rozsahu výkonového zpoplatnění ke dni 1. 1. 2020 zadavatel v zadávacích podmínkách výslovně uvedl, že jím uvedený rozsah je pouze předpokládaný.“*

**Z citovaného vysvětlení zadávací dokumentace jednoznačně a nepochybnitelně vyplývá, na jaký rozsah zpoplatnění pozemních komunikací mají účastníci zadávacího řízení zpracovat část nabídkové ceny pro Etapu 1 plnění veřejné zakázky, tj. pro vybudování SEM.** Toto vysvětlení zadávací dokumentace přitom není v žádném rozporu se zadávacími podmínkami. Sám Úřad v Rozhodnutí cituje příslušná ustanovení zadávacích podmínek, která stanoví totéž, viz

- a) Čl. 9.1. zadávací dokumentace „*Nabídková cena musí zahrnovat veškeré náklady, jejichž vynaložení účastník předpokládá v rámci plnění této veřejné zakázky při zadavatelem předpokládaném množství jednotlivých položek plnění*“;
- b) Čl. 9.1., bod Z1.5 Přílohy č. 1 zadávací dokumentace „*Dodavatel musí navrhnout a realizovat technické řešení SEM umožňující výběr Mýtného na Zpoplatněných úsecích dálnic v předpokládané úhrnné délce 1 347 km*“.
- c) Čl. 9.1., bod Z1.6 Přílohy č. 1 zadávací dokumentace „*Dodavatel musí navrhnout a realizovat technické řešení SEM umožňující výběr Mýtného na Zpoplatněných úsecích silnic I. třídy v předpokládané úhrnné délce k datu uvedení SEM do Provozu 1 141 km*“.

Nabídky účastníků zadávacího řízení tak **nepochybně byly porovnatelné**, a to i v části ceny za Etapu 1 plnění veřejné zakázky.

Zároveň je zcela zřejmé, že zadavatel v zadávacích podmínkách stanovil, že SEM má být v rámci Etapy 1 vybraným dodavatelem vybudován na pozemních komunikacích v rozsahu jeho předpokladu, uvedeného v zadávacích podmínkách. Zadavatel pouze výslovně dodavatele upozornil na skutečnost, že „*v průběhu přípravy a realizace SEM*“ (tj. po podpisu Smlouvy) může dojít k požadavkům na změnu. Zcela nesprávný je tedy závěr Úřadu, uvedený v bodech 566. a 567. Rozhodnutí o vnitřní rozpornosti argumentace zadavatele o rozdílu mezi nabídkovou a skutečnou cenou plnění.

**Z citovaného vysvětlení zadávací dokumentace dále jednoznačně a nepochybnitelně vyplývá, jakým způsobem bude v rámci plnění Etapy 1 veřejné zakázky postupováno,**

**pokud nastane situace, že bude nutné rozsah výkonového zpoplatnění k 1. lednu 2020 změnit, ať už rozšířit, nebo zúžit.** Zadavatel jednoznačně a podle svého přesvědčení zcela v souladu se zákonem uvedl, že taková situace bude řešena „*řešena buď postupem stanoveným zadávacími podmínkami, pokud zadávací podmínky takový postup upravují, nebo postupem podle § 222 zákona*“. Zadavatel samozřejmě objektivně v průběhu zadávacího řízení nemohl taxativně uvést všechny důvody, které by mohly vést k případné změně potřeb zadavatele (viz např. nepředvídatelný sesuv půdy na dálnici D8, který by na jiném místě mohl být příčinou dočasné či trvalé nemožnosti vybírat mýtné). Podstatné však je, že účastníci zadávacího řízení na základě tohoto explicitního vysvětlení zadávací dokumentace nemohli být v právní nejistotě ohledně toho, jakým způsobem bude řešena případná potřebná změna rozsahu zpoplatnění k 1. lednu 2020. Účastníci zadávacího řízení proto nemuseli do svých nabídkových cen zahrnovat žádné riziko toho, že požadovaný rozsah plnění v Etapě 1 bude z hlediska rozsahu zpoplatněných komunikací větší, nebo naopak menší. Zadavatel rovněž považuje za zcela evidentní, že to, že případná změna rozsahu zpoplatněných komunikací, pokud by k ní muselo dojít, bude řešena přesně tímto způsobem, vyplývalo po celou dobu zadávacího řízení implicitně ze zadávacích podmínek a z obecných pravidel pro změnu závazků ze smlouvy, stanovených zákonem.

O tom, že toto vysvětlení zadávací dokumentace bylo účastníky zadávacího řízení přijato a akceptováno, svědčí mj. skutečnost, že ze strany účastníků zadávacího řízení nebyl v této záležitosti vznesen žádný další dotaz, ani toto vysvětlení nebylo předmětem námitek účastníků.

**Z citovaného vysvětlení zadávací dokumentace rovněž jednoznačně vyplývá důvodnost a správnost postupu zadavatele, kdy celkový rozsah zpoplatněných pozemních komunikací stanovil jako předpoklad.** Zadavatel totiž vycházel z jemu dostupných informací ze strany Ředitelství silnic a dálnic ČR o budovaných zpoplatněných pozemních komunikacích, nicméně z dotazu je zřejmé, že se data Ředitelství silnic a dálnic ČR v průběhu doby mění, přičemž se tak děje z důvodů, které zadavatel není schopen nijak ovlivnit.

Na základě shora uvedeného je zadavatel přesvědčen, že již samotné uvedené vysvětlení zadávací dokumentace č. 92 jednoznačně prokazuje zákonnost a transparentnost zadávacích podmínek posuzované veřejné zakázky a umožňuje porovnatelnost podaných nabídek a korektní veřejnou soutěž ve smyslu rozsudků, které Úřad cituje v bodech 543. a 544. Rozhodnutí (rozsudky Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 Afs 30/2010 ze dne 16. listopadu 2010 a sp.zn. 2 Afs 86/2008 ze dne 25. března 2009 a rozsudek Krajského soudu v Brně sp.zn. 62 Ca 77/2008 ze dne 4. listopadu 2010). Zároveň Úřad zásadním způsobem pochybil, pokud při rozhodování k předmětnému vysvětlení zadávací dokumentace vůbec nepřihlédl.

Nad rámec shora uvedeného zadavatel rovněž odkazuje na dotaz č 292 a odpověď zadavatele na tento dotaz (rovněž je součástí vysvětlení zadávací dokumentace č. 92), k nimž Úřad rovněž v Rozhodnutí nijak nepřihlédl:



### **„Dotaz č. 292**

*V dokumentu „Příloha č. 7 Smlouvy o dodávce a poskytování komplexních služeb provozu SEM: Síť zpoplatněných komunikací“ se v bodě 3. Tabulka 1 (Dále Tabulka 1) specifikuje předpokládané rozšíření cest I. třídy, jejichž užití bude podléhat mýtnému nad rámec současně platné právní úpravy, od 1.1.2020 v celkové délce 900,2 km. Tato předpokládaná délka nezahrnuje délky průjezdních úseků obcí podle „§ 8 Zákona č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích“.*

*Vzhledem k tomu, že v tomto zákoně není přesně vyspecifikovaný seznam průjezdních úseků obcí, pro účely projektu SEM chápeme průjezdní úsek obcí jako souvislý úsek komunikace vymezený značkami IS12a (Obec) a IS12b (Konec obce). Na identifikaci průjezdních úseků obcí jsme použili vektorová data od firmy CEDA Streetnet CZE platné k 3.11.2017.*

*Na základě výše uvedených skutečností jsme zpoplatněné úseky silnic I. třídy platné od 1.1.2020 definovali přesně podle průběhu v Tabulce 1 s celkovou délkou 833,2 km (namísto předpokládané délky 900,2 km).*

**Otázka:** *Žádáme o verifikaci, jestli je výše uvedený postup pro identifikaci průjezdních úseků obcí, na základě dopravních značek „Obec“ a „Konec obce“, v souladu se Zadáním.*

### **Odpověď na dotaz č. 292**

*Pojem „průjezdní úsek obce“ je upraven v § 8 zákona č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů, a dále pak v § 4 vyhlášky č. 104/1997 Sb., kterou se provádí zákon o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů. Podle platné právní úpravy umístění dopravní značky označující obec (IS 12a) nebo konec obce (IS 12b) nemusí být totožné s hranicí průjezdního úseku dálnice nebo silnice, viz § 4 odst. 2 vyhlášky č. 14/1997 Sb.*

*Další podrobnosti jsou upraveny českou technickou normou ČSN 73 6110 – Projektování místních komunikací.*

*Zadavatel za účelem vzájemné porovnatelnosti předběžných nabídek požaduje, aby účastníci zadávacího řízení své předběžné nabídky připravili tak, že budou vycházet z předpokládané délky zpoplatněných komunikací tak, jak je uvedena v zadávacích podmínkách. Pokud bude skutečný rozsah zpoplatněných pozemních komunikací odlišný od zadavatelem původně stanoveného předpokladu, bude tato situace řešena buď postupem stanoveným zadávacími podmínkami, pokud zadávací podmínky takový postup upravují, nebo postupem podle § 222 zákona. Právě z důvodu nemožnosti jednoznačného stanovení skutečného rozsahu výkonového zpoplatnění ke dni 1. 1. 2020 zadavatel v zadávacích podmínkách výslovně uvedl, že jim uvedený rozsah je pouze předpokládaný.*

*Zadavatel výslovně upozorňuje, že prováděcí projektová dokumentace a skutečné provedení SEM musí být realizovány v souladu se všemi relevantními právními předpisy, českými a evropskými technickými normami.“*

**Z citovaného vysvětlení zadávací dokumentace rovněž jednoznačně vyplývá důvodnost a správnost postupu zadavatele, kdy celkový rozsah zpoplatněných pozemních komunikací stanovil jako předpoklad.** Zadavatel totiž vycházel z jemu dostupných informací ze strany Ředitelství silnic a dálnic ČR o délce zpoplatněných pozemních komunikací v extravilánech, nicméně dodavatel, který vnesl předmětný dotaz, si provedl své pracovní zaměření mýtných úseků a zjistil, že skutečná výměra daných mýtných úseků neodpovídá zadavatelovým předpokladům. K tomu přitom mohlo dojít z různých důvodů, které mají nezpochybnitelný objektivní charakter, např. technický vývoj při zaměřování nebo častý posun hranic obcí na silnicích I. tříd, kdy obce velmi často posouvají dopravní značky značící

začátek a konec obce o jednotky či desítky metrů směrem do původního extravilánu. Nelze proto vyloučit, že po oficiálním zaměření nově zpoplatněných úseků silnic I. třídy může být jejich skutečná délka kratší i z tohoto objektivního důvodu, který zadavatel nemůže nijak ovlivnit. Pokud by zadavatel v zadávací dokumentaci závazně garantoval dodavatelům určitý rozsah zpoplatněných silnic I. třídy, je zřejmé, že by po oficiálním přeměření délky mýtných úseků v rámci realizace Etapy 1 nebyl schopen tento svůj závazek dodržet a navíc by zadavatel vůči dodavatelům jednal netransparentně. Totéž platí, pokud by např. došlo k situaci, že některý plánovaný úsek dálnice nebude dostavěn včas, nebo naopak pokud se podaří neplánovaně uvést do provozu některý úsek dálnice předčasně, tj. před dokončením Etapy 1 plnění předmětné veřejné zakázky.

### **Ad b) Úřad nesprávně posoudil zadávací dokumentaci a skutkový stav a vyvodil z nich nesprávné právní závěry**

Předně je k závěru Úřadu o netransparentním vymezení předmětu plnění třeba konstatovat, že k okamžiku zahájení zadávacího řízení v posuzované věci z logiky věci **objektivně nebylo možné** definovat rozsah zpoplatnění dálnic ani silnic I. třídy k 1. 1. 2020. Není to ostatně možné ani nyní. Je tomu tak zejména z důvodu nejistoty ohledně rozsahu nově dostavěných pozemních komunikací k 31. 12. 2019, které by rovněž měly být předmětem zpoplatnění, ale i např. faktickými změnami v délce silnic v důsledku častého posunu hranic jednotlivých obcí. Nelze vyloučit ani to, že Česká republika z objektivních důvodů rozhodne o vyloučení některého dosud zpoplatněného úseku z výkonového zpoplatnění. Reálně tedy nebylo možné tento rozsah přesně a závazně (v tom smyslu, že by nebylo možno jej měnit v průběhu realizace veřejné zakázky) stanovit. Stanovení závazného rozsahu by rovněž ze shora uvedených důvodů nebylo možné, zároveň by ani nebylo účelné, neboť právě takový postup by vyvolal na straně dodavatelů nejistotu ohledně skutečných úmyslů zadavatele a lze si velmi dobře představit, že někteří dodavatelé by svou nabídkovou cenu mohli stanovit na takto závazně stanovený rozsah pozemních komunikací pro výkonové zpoplatnění, zatímco jiní dodavatelé by nabídkovou cenu stanovili na předpoklad zadavatele, který byl stanoven s nejlepším vědomím a na základě všech dostupných informací. Pak teprve by byly nepochybně nabídkové ceny jednotlivých dodavatelů neporovnatelné.

Zároveň nelze vyloučit, že se zadavatel či vláda ČR v následujícím roce a půl (resp. v následujících dvou a půl letech od zahájení zadávacího řízení) v důsledku různých objektivních potřeb či také různých zájmů či dokonce tlaků určitých zájmových skupin rozhodnou na určitých úsecích mýto nevybírat (toto právo přitom nelze zadavateli ani vládě ČR odeprít stanovením závaznosti a neměnitelnosti rozsahu zpoplatnění). Přesto Úřad v bodě 558. Rozhodnutí tvrdí pravý opak, resp. dovozuje povinnost zadavatele touto informací disponovat (*„Těmito konkrétními informacemi musí zadavatel, jakožto ústřední orgán státní správy ve věcech dopravy odpovídající za tvorbu státní politiky v oblasti dopravy a v rozsahu své působnosti za její uskutečňování, bezpochyby disponovat ... Pokud je tedy dodavatel povinen realizovat etapu 1 ve lhůtě 14 měsíců ... a předmětné zadávací řízení bylo zahájeno dne 15. 6. 2017, tedy pouhého 2,5 roku před plánovaným zpoplatněním předmětných*

pozemních komunikací, je nepochybné, že požadavek na znalost přesného rozsahu pozemních komunikací, na nichž by měl být vybudován SEM, není nepřiměřený, ale naopak zcela odůvodněný, oprávněný a zadavatel takovou informací musí s ohledem na výše uvedené skutečnosti disponovat“). V tomto směru jsou úvahy a požadavky Úřadu zcela mimo realitu a zadavatel je přesvědčen, že si Úřad s ohledem na své postavení orgánu státní správy nepochybně musí být této skutečnosti vědom. Závěr Úřadu ohledně nutnosti stanovit zpoplatnění pozemních komunikací závazně a bez možností pozdějších změn, a to v takovém, několikaletém, předstihu, by v podstatě znamenal, že by předmětnou veřejnou zakázku nebylo vůbec možné zadat.

Bez ohledu na shora uvedené je třeba konstatovat, že ve vztahu k novým 900 km silnic I. třídy není v zadávací dokumentaci uvedeno slovo „předpokládaný“, jak se mylně domnívá Úřad, který předmětnou větu bodu 18. Přílohy č. 1 ZD sám cituje („Úseky zpoplatněných silnic I. třídy zahrnují předpokládaný rozsah ke konci roku 2019 v délce 240,8 km a rozšíření v souhrnné zpoplatněné délce 900,3 km.“). Rozšíření o 900,3 km silnic I. třídy je tedy pevné (co do vymezení mýtných úseků, faktická výměra se samozřejmě ze shora uvedených důvodů může od uvedeného čísla odchylovat), resp. není vázáno na dokončování jakýchkoliv mýtných úseků.

Dodavatelé přitom byli dle zadávacích podmínek veřejné zakázky povinni nabídku zpracovat a nacenit na celkový předpokládaný rozsah zpoplatnění pozemních komunikací. Není tedy pravdou, co tvrdí Úřad, že by nabídky byly neporovnatelné z toho důvodu, že by dodavatelé nevěděli, jaký bude skutečný rozsah plnění.

Úřad v bodě 556. Rozhodnutí uvádí, že „*Obzvláště pro realizaci etapy I veřejné zakázky, v rámci které musí dojít k vybudování vlastního SEM, je dle Úřadu požadavek na konkrétní (závazný) rozsah zpoplatněných pozemních komunikací nezbytný. Nezbytnost jednoznačného (závazného) rozsahu ... je přitom dána z logiky věci již samotným účelem poptávaného systému*“. K tomu zadavatel primárně uvádí, že, jak shora uvedeno, z logiky předmětného systému a jeho vývoje a rozšiřování a zužování v závislosti na vývoji sítě pozemních komunikací vyplývá přesný opak a úvaha Úřadu je zcela nesprávná. Systém elektronického mýtného není rigidním a neměnným informační systém, který by neustále fungoval v totožném rozsahu. Dále je zarážející (a opakuje se to na několika místech odůvodnění Rozhodnutí), že Úřad uvádí, že nutnost stanovení jednoznačného rozsahu platí „*obzvláště pro Etapu 1*“. Z tohoto nesrozumitelného a v zásadě nepřekoumatelného výrazu by totiž bylo možné dovozovat, že Úřad požadavek na stanovení pevného rozsahu zpoplatněných komunikací vztahuje i k dalším etapám plnění veřejné zakázky. Zejména s ohledem na charakter a dlouhodobost trvání Etapy 2 a s ohledem na skutečnost, že realizace Etapy 3 má nastat až za více než 10 let, je přitom takový případný požadavek Úřadu zcela absurdní a nemožný. Úřad by tím zároveň zcela popíral svou dlouhodobou praxi, kdy běžně považuje zadávací řízení, která se opírají o jednotkové ceny, předpokládaný rozsah plnění a oprávnění zadavatele čerpat plnění dle svých skutečných potřeb za zákonná (tuto praxi přitom zároveň potvrzuje v bodě 564. Rozhodnutí).

Úřad dále v citovaném bodě 556. Rozhodnutí uvádí, že „*Pakliže dodavatelé nedisponují takovou informací, tj. nemají najisto postaveno, v jakém konkrétním rozsahu zadavatel požaduje zpoplatnit pozemní komunikace, resp. které úseky pozemních komunikací (vyjádřeno délkou daných úseků) budou zpoplatněny a na nichž má vybudovat SEM), nelze spravedlivě očekávat podání srovnatelných nabídek*“. Tato úvaha Úřadu je zcela nesprávná a vychází z nepochopení zadávací dokumentace a nepochybně rovněž ze skutečnosti, že Úřad zcela přehlédl shora citované vysvětlení zadávací dokumentace č. 62. Zadavatel stanovil účastníkům zadávacího řízení jednoznačnou povinnost stanovit nabídkovou cenu za vybudování SEM v Etapě 1 na jím předpokládaný rozsah zpoplatněných komunikací, tj. na zcela konkrétní počet kilometrů, a v tomto rozsahu je rovněž v zadávací dokumentaci zavázal Etapu 1 realizovat. Účastníci zadávacího řízení tedy mají postaveno zcela na jisto, co bude jejich smluvním závazkem a jak mají kalkulovat nabídkovou cenu. Zadavatel zároveň zcela férově a otevřeně účastníky zadávacího řízení upozornil (zcela obdobně, jako je upozornil i v jiných věcech, např. na možnost budoucího zvýšení požadavku na stupeň bezpečnostní prověrky v čl. 8.4. zadávací dokumentace), že objektivně není vyloučeno, že se v průběhu plnění Etapy 1 potřeba zadavatele změní. Jednoznačně je však ujistil, že taková změna bude řešena standardním postupem, který je předvídan zadávací dokumentací nebo § 222 zákona (k tomu podrobněji viz níže).

V bodě 557. Rozhodnutí Úřad uvádí, že „*zadavatel musí disponovat informacemi či znalostmi o tom, jak velkého (konkrétního) rozsahu pozemních komunikací se týká požadované zpoplatnění*“. Totéž pak platí i pro argumentaci Úřadu v bodě 558. Rozhodnutí. Úřad se v této věci dopouští zcela nesprávné úvahy, která nevychází z relevantních okolností daného případu. Zadavatel samozřejmě hodlá od 1. ledna 2020 vybírat mýtné na pozemních komunikacích, přičemž

- a) část těchto pozemních komunikací je v současné době vyjmenována v příslušném právním předpisu, vyhlášce č. 470/2012 Sb., o užívání pozemních komunikací zpoplatněných mýtným,
- b) další část těchto pozemních komunikací je však teprve ve výstavbě a není zahrnuta ve vyhlášce č. 470/2012 Sb., přičemž objektivně není zcela jisté, zda bude výstavba těchto pozemních komunikací dokončena do 31. prosince 2019 (pokud však ano, pak zadavatel zamýšlí na těchto pozemních komunikacích vybírat od 1. ledna 2020 mýtné (jinak by postupoval ne hospodárně, resp. by poškodil Českou republiku o ušlý výnos z mýtného), a
- c) ve vztahu k další části pozemních komunikací, která již existuje, avšak dosud na ní není mýtné vybíráno, by tyto pozemní komunikace teprve měly být zahrnuty do výčtu uvedeného ve vyhlášce č. 470/2012 Sb., a to nejpozději do konce roku 2019.

Jakkoliv je aktuální záměr zadavatele, podpořený vládou ČR, jasný a zřejmý, zadavatel nemá a z podstaty věci nemůže mít postaveno zcela na jisto, že každý jednotlivý mýtný úsek, spadající do jedné ze shora uvedených tří kategorií, bude v celé své délce, aktuálně dané či zadavatelem předpokládané, předmětem výkonového zpoplatnění ke dni 1. ledna 2020. Důvody, pro které může být skutečný rozsah zpoplatnění odlišný (a je lhostejno, zda o metry, desítky metrů či o kilometry), zadavatel popsal ve svých vyjádřeních v rámci správního řízení a příkladmo je uvádí i na jiných místech tohoto rozkladu (a nejedná se přitom o subjektivní

důvody, spočívající v nerozhodnosti zadavatele, nýbrž o objektivní důvody, které zadavatel nemá možnost ovlivnit, či jejich vzniku předejít či zabránit). Pokud by zadavatel v zadávacích podmínkách tvrdil opak, pak by vědomě dodavatele uváděl v omyl ohledně toho, že je objektivně schopen tuto informaci garantovat, což však objektivně není možné. Pokud by zadavatel učinil to, co Úřad v Rozhodnutí vyžaduje a stanovil počet kilometrů výkonového zpoplatnění jako pevný a závazný, a následně se k 1. lednu 2020 ukázalo, že z důvodů nezávislých na zadavateli tento rozsah dodržen být nemůže, byl by to zadavatel, který by odpovídal za škody vzniklé v důsledku takové nerozvážnosti zadavatele (buď by zadavatel způsobil škodu státu, pokud by dodržel smlouvu s vybraným dodavatelem a nechal ho dokončit Etapu 1 ve stanoveném rozsahu, nebo by poškodil vybraného dodavatele, pokud by mu bez jeho souhlasu neumožnil realizovat Etapu 1 v plném rozsahu.

V bodě 562. Rozhodnutí Úřad uvádí, že „*Vymezení přesného rozsahu zpoplatněných pozemních komunikací je tak nezbytné i s ohledem na možnou variantnost nabízeného technického řešení, které se od sebe zcela zásadním způsobem liší*“. V bodě 564. Rozhodnutí pak Úřad uvádí, že „*existují situace, kdy dodavatelé – za předpokladu, že zadavatel není schopen ovlivnit či předpokládat reálnou potřebu daného plnění (především v případě dodávek a služeb) – v rámci svých nabídek naceňují pouze ceny za jednotkové plnění ..., přičemž skutečná cena se posléze odvíjí od skutečných potřeb zadavatele*“. V bodě 566. Pak Úřad dovozuje, že „*Pokud tedy zadavatel požaduje nacenit etapu 1 veřejné zakázky paušální (fixní) částkou, musí dodavatelé disponovat informací o konkrétním rozsahu zpoplatněných pozemních komunikací, ve vztahu ke kterým musí navrhnout a vybudovat SEM*“. Z uvedených citací vyplývá, že není zřejmé, co vlastně Úřad považuje za zákonné, tedy zda jen to, aby zadavatel při paušálně stanovené ceně za plnění Etapy 1 vymezil pevný rozsah plnění (což zadavatel podle svého přesvědčení učinil), nebo zda zadavateli říká, že měl i pro Etapu 1 zvolit jednotkové ceny. Zadavatel je přesvědčen, že těmito úvahami a závěry Úřad překračuje svou působnost a ukládá zadavateli, jakým způsobem by měl vymezit předmět plnění veřejné zakázky a jak by měl stanovit nabídkovou cenu. Zadavatel je přesvědčen, že předmět plnění i způsob nacenění Etapy 1 nastavil správně a zákonně a zároveň i s ohledem na charakter plnění, jehož podstata ani detaily Úřadu evidentně nejsou známy. Předmětem plnění Etapy 1 je vybudování systému elektronického mýtného, který se skládá z několika různých komponent. Zadavatel mimo jiné požadoval a požaduje, aby centrální část mýtného systému byla vybudována tak robustně, že bude dimenzována na zadavatelem předpokládaný rozsah pozemních komunikací. Proto mj. pro Etapu 1 nepřipadají v úvahu jednotkové ceny, neboť bez ohledu na to, zda bude skutečný rozsah zpoplatnění o několik metrů kratší či delší, centrální část systému a další související části musí být kapacitně dimenzovány minimálně<sup>7</sup> na zadavatelem stanovený rozsah zpoplatnění (který je samozřejmě předpokládaný pouze co do skutečného rozsahu zpoplatněných komunikací). Požadavek na paušální nacenění Etapy 1 byl proto zcela legitimní a jediný možný. Pro porovnání cen různých systémů je totiž zcela nezbytné, aby účastníci zadávacího řízení stanovovali nabídkové ceny ke stejnému rozsahu plnění, což také byli podle zadávacích podmínek povinni.

---

<sup>7</sup> Právě v tomto směru je třeba chápat Úřadem citovanou pasáž z rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 19. října 2017, kterou Úřad nesprávně rozporuje v bodě 566. Rozhodnutí.

Argumentace Úřadu, uvedená v bodech 566. a 567. Rozhodnutí je pak zcela nesrozumitelná a nepřezkoumatelná. Z odůvodnění Rozhodnutí jednoznačně nevyplývá, v čem Úřad spatřuje rozpor v argumentaci zadavatele. Zadavatel je přesvědčen, že v zadávacích podmínkách a rovněž shora v tomto rozkladu srozumitelně a zcela jasně vysvětlil, jak stanovil předmět plnění v Etapě 1 plnění veřejné zakázky, jakým způsobem požadoval po účastnících zadávacího řízení zpracovat nabídkovou cenu a jakým způsobem budou řešeny případně nastalé změny oproti aktuálně předpokládanému rozsahu, jež objektivně nelze předem vyloučit. Účastníci zadávacího řízení proto nepochybně měli jasnou představu o tom, co se po nich požaduje a jakým způsobem bude zadavatel postupovat.

Naopak je to právě Úřad, který nesrozumitelně v Rozhodnutí (viz např. body 569. a 570. Rozhodnutí) vzájemně zaměňuje celkový předpokládaný rozsah zpoplatnění pozemních komunikací a rozšíření zpoplatnění silnic I. třídy o cca 900 km, které je co do rozsahu mýtných úseků pevně (viz bod 18. Přílohy č. 1 ZD „*Úseky zpoplatněných silnic I. třídy zahrnují předpokládaný rozsah ke konci roku 2019 v délce 240,8 km a rozšíření v souhrnné zpoplatněné délce 900,3 km.*“).

Úřad si přitom musí být vědom, jaké jsou zákonné možnosti změny uzavřené smlouvy. Úřad v Rozhodnutí (bod 572. Rozhodnutí) dovozuje, že případná změna v rámci Etapy 1 nemůže mít charakter tzv. „vyhrazené změny závazku“ ve smyslu § 100 zákona, což považuje za další důkaz pochybení zadavatele, ale přitom právě to zadavatel ve svých podáních tvrdil také a odpovídá to postoji zadavatele, že jakoukoliv případnou změnu v průběhu Etapy 1 by zadavatel musel řešit dodatkem v souladu s principy § 222 zákona, nikoliv formou vyhrazené změny závazku, neboť zcela záměrně v zadávací dokumentaci (na rozdíl od výslovně vyhrazených změn závazku, uvedených v čl. 8.3. zadávací dokumentace) neuvedl podrobné podmínky pro změnu rozsahu zpoplatněných komunikací v rámci Etapy 1. Ono to ani nebylo objektivně možné, neboť s ohledem na skutečnost, že dodavatelé mohli nabídnout různé technologie, případně kombinaci jednotlivých technologií, nebylo možné stanovit jednotná pravidla pro úpravu ceny a případně dalších podmínek v případě, že bude nezbytné rozsah zpoplatněných komunikací v rámci Etapy 1 po uzavření smlouvy měnit.

Je potom zcela neuvěřitelné, že Úřad v citovaných bodech Rozhodnutí přebírá nesmyslnou argumentaci navrhovatele v tom směru, že není vyloučeno, že Etapa 1 bude ve skutečnosti zanedbatelná a že zadavatel dodatečně zruší rozšíření zpoplatnění na oněch 900 km, případně, že by rozsah zpoplatnění mohl být ještě menší. Taková změna závazku ze smlouvy by nepochybně narazila na mantinely a pravidla stanovená v § 222 zákona, která musí být Úřadu známa. Jakákoliv podstatná změna závazku, která nesplňuje podmínky § 222 zákona, je přitom nepřipustná.

Úřad dále v bodě 569. Rozhodnutí uvádí, že není jisté, zda ke zpoplatnění 900,3 km silnic I. třídy skutečně dojde, a že z žádného právního předpisu nevyplývá, že by se mělo zpoplatnění pozemních komunikací rozšířit o 900 km silnic I. třídy, což údajně dokazuje, že toto rozšíření není postaveno na jisto. Zadavatel považuje tuto úvahu za zcela nesprávnou. Zahrnutí

předmětných úseků silnic I. třídy do příslušné legislativy nemá nic společného s tím, na jaký předmět plnění zadavatel vyhláší veřejnou zakázku. Je plně v odpovědnosti zadavatele (a je to zároveň zcela mimo přezkumnou pravomoc Úřadu), aby zajistil, že potřebná legislativa bude včas přijata a že nezadává veřejnou zakázku na plnění, které následně nebude potřebné, resp. nebude opřeno o zákonný předpis. Žádný právní předpis však zadavateli nepřikazuje, aby byla příslušná legislativa přijata v předstihu dvou či více let, ani nepřikazuje, aby byla přijata v době zahájení zadávacího řízení, toto je zcela odpovědností zadavatele podle jiných právních předpisů, nikoliv podle soutěžního práva.

Pokud Úřad v bodě 570. Rozhodnutí uvádí, že rozsah zpoplatnění nezpochybňuje pouze navrhovatel, ale rovněž odborná veřejnost, jedná se o zcela zavádějící tvrzení Úřadu. Odborná veřejnost totiž v médiích nezpochybňovala to, že by dodavatelé nevěděli, jakou konkrétní výměru zpoplatněných pozemních komunikací mají nacenit, nýbrž zpochybňovala celé rozhodnutí zadavatele o rozšíření zpoplatnění na další existující silnice I. třídy, které bylo opřeno o usnesení vlády ČR. Pokud následně Úřad dovozuje, že ke zpoplatnění předmětných 900 km silnic I. třídy vůbec nemusí dojít, jedná se již o pouhou spekulaci, která je zcela mimo přezkumnou pravomoc Úřadu. Zcela nesprávné je pak v tomto směru tvrzení Úřadu, že *„okolnostem stojícím vně zadávacího řízení, jako např. zpochybňování rozsahu zpoplatnění ze strany odborné veřejnosti, musí být ... věnována jiná (vyšší) pozornost“*. Zcela nesmyslná je pak i úvaha Úřadu v témže bodě Rozhodnutí v tom směru, že *„dodavatel, který by v rámci své nabídky nabídl zadavateli technické řešení založené na mikrovlnné technologii, by musel (oproti dodavateli nabízejícímu technické řešení založené na satelitní technologii) v rámci své nabídky kalkulovat i s náklady spojenými např. s nutnou výstavbou mýtných bran na těch úsecích silnic I. třídy, u nichž ve skutečnosti ani nemusí dojít k jejich zpoplatnění, čímž by došlo k podání nabídek vzájemně neporovnatelných“*. **Tato úvaha nemá absolutně žádnou oporu v zadávací dokumentaci a zadavateli vůbec není zřejmé, jak Úřad k tomuto závěru vůbec mohl dojít. Nabídky musí být porovnatelné, neboť dodavatelé byli povinni je nacenit na shodný rozsah zpoplatnění. Jakákoliv úvaha o tom, že by se případně velká část zpoplatnění vůbec nerealizovala, čímž by (Úřad zřejmě myslí zpětně) došlo k neporovnatelnosti nabídek a navíc by tím byl dodavatel mikrovlnné technologie znevýhodněn, je samozřejmě nesmyslná. Úřad zde zřejmě jen bezduše přejímá rétoriku navrhovatele, avšak bez toho, aby jeho tvrzení byla založena na změně zadávacích podmínek.**

V bodě 571. Rozhodnutí Úřad vytýká zadavateli, že nesprávně upozorňoval na nemožnost razantního zúžení výkonového zpoplatnění v souvislosti s případným kolapsem dopravy. Úřad dovozuje, že úvahy zadavatele o kolapsu dopravy jsou liché, neboť silnice I. třídy jsou v současnosti zpoplatněny pouze v délce 236,5 km (od 1. ledna 2020 by to mělo být podle předpokladu zadavatele 1.141,1 km) a k žádnému kolapsu nedochází. Tento argument Úřadu svědčí o naprostém nepochopení problematiky Úřadem a o účelovosti jeho argumentace. Zadavatel se totiž v dané věci vymezoval vůči tvrzením navrhovatele, že by zadavatel mohl od 1. ledna 2020 celkový rozsah zpoplatnění zúžit až na několik kilometrů. Zadavatel v této souvislosti poukazoval správně na skutečnost, že to není možné, neboť by to způsobilo kolaps dopravy. Tvrzení zadavatele se však primárně vztahovalo ke zpoplatnění dálnic, které jsou

zásadní pro tranzitní dopravu. Zrušení či rozhodující zúžení zpoplatnění dálnic by s největší pravděpodobností vedlo ke skokovému zvýšení hustoty tranzitní kamionové dopravy přes Českou republiku. Argument zadavatele se tedy nevztahoval k silnicím I. třídy, jak zcela nesprávně dovozuje Úřad.

**Úřad zároveň vůbec nevzal v potaz skutečnost, že tři dodavatelé podali zcela srovnatelné cenové nabídky, což dokazuje, že rozsah předmětu plnění pochopili správně, resp. totožně.**

Závěr Úřadu, že zadavatel porušil § 36 odst. 3 zákona, když nestanovil zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatelů v zadávacím řízení, je pak samozřejmě zcela nesprávný a neudržitelný. Příloha č. 1 zadávací dokumentace, která vymezuje předmět veřejné zakázky a technické podmínky plnění, má celkem 173 stran a zadavatel v tomto dokumentu podrobně stanoví, jaká plnění požaduje, za jakých podmínek a v jaké kvalitě. Zadání přitom v žádném případě není nesrozumitelné, všichni účastníci zadávacího řízení podali na takto stanovený předmět plnění svou předběžnou nabídku, a to včetně navrhovatele. Ustanovení § 36 odst. 3 zákona nepochybně míří na případy, kdy zadavatel předmět veřejné zakázky vymezí vágně, neurčitě či nesrozumitelně, kdy je sporné, co vlastně mají dodavatelé realizovat a v jakém rozsahu. To, jak shora uvedeno, v žádném případě není případ posuzované veřejné zakázky. Zadavatel velmi precizně stanovil předmět plnění a jednoznačně a podrobně uvedl, jak má být zpracována nabídková cena a rovněž férově účastníky zadávacího řízení upozornil na skutečnost, že v určitých aspektech může po uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky dojít k určitým změnám, přičemž zadavatel garantoval, že tyto změny budou řešeny zákonným postupem dle § 222 zákona. Toto se vztahuje i na předpoklad budoucího rozsahu zpoplatněných komunikací. Zadavatel nespátřuje nic, čím by dodavatele vystavil nejistotě o tom, jaké plnění je po nich požadováno a jaké mají zároveň nacenit. Už vůbec pak nelze uzavřít, že by zadavatel v zadávacích podmínkách neuvedl „*podrobnosti nezbytné pro účast dodavatelů v zadávacím řízení*“.

#### **Ad c) Úřad nepřipustným extenzivním způsobem aplikoval zásadu transparentnosti postupu zadavatele**

Úřad v Rozhodnutí vytýká zadavateli nejen to, že nesprávným vymezením předmětu veřejné zakázky porušil § 36 odst. 3 zákona, ale i porušení zásady transparentnosti. Úřad však v Rozhodnutí nikde neuvedl, v čem v dané věci spatřuje netransparentnost postupu zadavatele. Lze se jen domnívat, že tím Úřad mohl myslet to, co uvádí např. v bodě 553., resp. 554. Rozhodnutí, tj. že zadavatel měl specifikovat předmět veřejné zakázky co nejpřesněji.

Zadavatel k tomu uvádí, že podle jeho přesvědčení se výtky Úřadu (které ostatně zadavatel v tomto rozkladu vyvrátil) k otázce naplnění zásady transparentnosti nijak nevztahují. Pokud Úřad dovozuje, že se zadavatel údajnou chybou ve vymezení předmětu veřejné zakázky dopustil netransparentního jednání, pak jde nepochybně o nepřipustný extenzivní výklad Úřadu ve vztahu k uplatnění této zásady a o pokřivení jejího smyslu. Zadavatel by nepochybně jednal netransparentně, pokud by určité skutečnosti, o kterých ví nebo které mají určitě nastat a které jsou významné pro řádné pochopení předmětu veřejné zakázky,



dodavatelům zamlčel, nebo o nich informoval úmyslně nepravdivě. V posuzované věci však zadavatel férově a otevřeně všechny dodavatele upozornil, že rozsah zpoplatnění, který byl závazně stanoven pro nacenění a následnou realizaci, je zadavatelovým předpokladem a může dojít ke změně, která bude řešena postupem podle zákona. Zadavateli není zřejmé, jak měl postupovat více transparentně. Naopak netransparentní by podle přesvědčení zadavatele bylo, pokud by dodavatelům vědomě zamlčel, že jím stanovený rozsah zpoplatnění může doznat změny, kterou bude nezbytné řešit, nebo by předstíral, že taková možnost nastat nemůže.

Závěr Úřadu o netransparentním jednání zadavatele je proto nutně nesprávný a je důsledkem extenzivního výkladu obsahu a limitů zásady transparentnosti.

#### **Článek IV.**

##### **K výroku II a IV. (zrušení zadávacího řízení)**

Vzhledem k tomu, že se zadavatel nedopustil porušení zákona uvedených Úřadem ve výroku I. a výroku III., není zde zákonný podklad pro uložení nápravného opatření. S ohledem na uvedené je tedy uložení nápravného opatření nezákonné. Zadavatel v tomto směru rovněž odkazuje na argumentaci v čl. II. tohoto rozkladu, kdy zadavatel dovozuje neexistenci naplnění podmínek pro přijetí nápravného opatření ve smyslu § 263 odst. 2 zákona.

#### **Článek V.**

##### **K výroku V. (zákaz uzavření smlouvy)**

Vzhledem k tomu, že se zadavatel nedopustil porušení zákona uvedených Úřadem ve výroku I. a výroku III., a není zde tak zákonný podklad pro uložení nápravného opatření, není zde ani zákonný podklad pro uložení zákazu uzavření smlouvy. S ohledem na uvedené je tedy uložení zákazu uzavření smlouvy nezákonné.

#### **Článek VI.**

##### **K výroku VII. (náklady řízení)**

Vzhledem k tomu, že se zadavatel nedopustil porušení zákona uvedených Úřadem ve výroku I. a výroku III., a není zde tak zákonný podklad pro uložení nápravného opatření, není zde ani zákonný podklad pro uložení povinnosti zadavateli hradit náklady řízení. S ohledem na uvedené je tedy uložení povinnosti zadavateli hradit náklady řízení nezákonné.

#### **Článek VII.**

##### **Námítka podjatosti předsedy Úřadu**

Zadavatel tímto vznáší námitku podjatosti předsedy Úřadu, Ing. Petra Rafaje, ve vztahu k projednávané věci. Zadavatel uvádí, že si je vědom ustanovení § 14 odst. 6 správního řádu, které vedoucí ústředních správních úřadů z působnosti § 14 správního řádu vylučuje, nicméně zároveň si je vědom toho, že předmětné ustanovení bylo v minulosti napadáno u Ústavního

soudu ČR pro jeho rozpor s ústavním pořádkem České republiky ze strany Nejvyššího správního soudu ČR.

Zadavatel námitku podjatosti vznáší na základě vystoupení předsedy Úřadu v televizním pořadu Otázky Václava Moravce, který byl vysílán na televizním programu ČT24 v neděli 13. května 2018 ve 13:00 hod.

Předseda Úřadu se v pořadu vyjádřil následujícím způsobem: „*Já jsem přesvědčen, že Úřad rozhodl v prvním stupni podle svého nejlepšího vědomí a svědomí **správně***“. Předseda Úřadu sice následně uvedl, že „*Já se k tomu nemohu nějak blíže vyjadřovat, protože, jak říká pan ministr, bude podán rozklad a já budu rozhodovat ve druhém stupni*“, nicméně předchozí věta jednoznačně svědčí o tom, že předseda Úřadu s názorem prvostupňového rozhodnutí **souhlasí**, a to bez toho, že by znal obsah a argumentaci zadavatele, která je předmětem tohoto rozkladu, nebo že by znal stanovisko rozkladové komise.

Předseda Úřadu v pořadu dále uvedl, že předpokládá, že řízení o rozkladu bude trvat tři až čtyři měsíce. Rovněž v tomto případě není zřejmé, bez znalosti rozsahu a podstaty rozkladu, jak mohl předseda Úřadu odhadnout délku trvání řízení o rozkladu.

Předseda Úřadu rovněž uvedl, že situaci v Německu ohledně flash disků nelze porovnávat s Českou republikou, neboť obě země mají ve vztahu k veřejným zakázkám odlišné předpisy. Předseda Úřadu tak v zásadě převzal shora uvedenou **zcela nesprávnou** argumentaci z Rozhodnutí Úřadu. Důvod této nesprávnosti byl dostatečně objasněn shora v článku II. tohoto rozkladu.

Z pořadu dále vyplynulo, že již v předchozím pořadu Otázky Václava Moravce ze dne 6. května 2018 byla známa existence jakési „*Analýzy možných variant nového mýtného tendru*“, kterou si zpracoval Úřad<sup>8</sup>. Tato analýza tedy nepochybně vznikla ještě před vydáním Rozhodnutí Úřadu a je zřejmé, že předjímá výsledek správního řízení, tj. že Úřad zruší předmětné zadávací řízení. Zadavatel v této souvislosti uvádí, že:

- a) je zcela mimo pravomoc předsedy Úřadu, aby vypracoval nebo zadal zpracování jakékoliv analýzy možností dalšího postupu zadavatele a aby takové analýzy prezentoval veřejnosti a navíc ji tak uváděl v omyl,
- b) Úřad nenese (na rozdíl od zadavatele) absolutně žádnou odpovědnost za správnost a korektnost takové analýzy a za to, že v ní zohlední všechny potřebné aspekty,
- c) Je v rozporu s účelovým určením finančních prostředků svěřených Úřadu např. na výplaty zaměstnancům využitím těchto zaměstnancům k tvorbě analýz, jež se nedotýkají přezkumné činnosti Úřadu,
- d) Je otázkou, zda závěry této analýzy měly či mohly mít vliv na konečné rozhodnutí Úřadu, tj. zda Úřad přistoupil ke zrušení zadávacího řízení s jakousi premisou (ať už *bona fide*, či

---

<sup>8</sup> Zadavatel požádal Úřad o poskytnutí této analýzy a o poskytnutí informací, kdo byl jejím zpracovatelem. Podle sdělení Úřadu byla analýza zpracována výlučně pracovníky Úřadu.

*mala fide*), že zadavatel bude schopen zadávací řízení realizovat znovu, přestože při bližším zkoumání je zřejmé, že se jedná o premisu zjevně nesprávnou<sup>9</sup>,

- e) V pořadu bylo prezentováno, že analýza obsahuje jakési tři varianty, přičemž Úřad v analýze vůbec (s výjimkou varianty 3) nepočítá s tím, že Česká republika, resp. zadavatel a vláda by v případě rozhodnutí o konání nového zadávacího řízení nejprve musely rozhodnout o tom, v jaké podobě má být veřejná zakázka znovu zadávána. To ve standardním úředním procesu předpokládá vytvoření analýzy možností a jejich rizik s návrhem na výběr varianty, standardní vnitroresortní připomínkové řízení a následné standardní meziresortní připomínkové řízení následované předložením materiálu ke schválení vládě ČR, což samo o sobě je proces, který si vyžaduje řádově měsíce. Není přitom možné, aby Úřad jakožto ústřední správní orgán a jeho předseda neměli povědomí o standardních procesech fungování státní správy a nevěděli, jaké přípravné práce jsou nezbytné pro zahájení takto významného zadávacího řízení, pokud jsou jeho základní parametry dány předchozími schválenými materiály a usnesením vlády ČR,
- f) V pořadu bylo mj. prezentováno, že druhá varianta, nazvaná „*tendr na vytvoření el. systému výkonového zpoplatnění stávajících komunikací, tj. bez rozšíření*“, by mohla být ukončena, tj. smlouva by mohla být uzavřena „*12. ledna 2019 (nejpozději však 30. června 2019)*“. V první řadě je zcela nepochopitelné, jak Úřad mohl dospět k závěru (a takový závěr veřejně prezentovat), že „*něco může být dokončeno v lednu, nejpozději však v červnu*“, přičemž v analýze to nijak vysvětleno není. Samotný takový závěr samozřejmě celou analýzu okamžitě degraduje na cár papíru. Dále je s podivem, jak si Úřad může být jistý, že smlouva může být podepsána za necelých 8 měsíců, když v posuzované věci sám vedl správní řízení v prvním stupni cca 6 měsíců. Je přitom nepochybné, že jeden či více dodavatelů, kteří budou nespokojeni s podobou zadávacích podmínek, budou proti zadávacímu řízení, ať už by bylo nově vyhlášeno v jakékoliv podobě, brojit všemi dostupnými právními prostředky, tj. i prostřednictvím opakovaných námitek a návrhů na přezkum postupu zadavatele v zadávacím řízení, jak ostatně v posuzované věci názorně převedl navrhovatel. Znamená to, že je Úřad schopen např. garantovat, že případná správní řízení ukončí v prvním stupni v určité velmi krátké době (např. do 15 dnů a ve druhém stupni rovněž např. do 30 dnů, nebo že nevydá předběžné opatření zákazu uzavření smlouvy? Jistěže takové garance Úřad schopen není, Úřad dokonce v analýze sám uvádí, že není schopen garantovat, že i při dodržení jeho pokynů neshledá zadávací řízení jako nezákonné (Úřad v analýze např. u varianty 1 uvádí „*za tohoto stavu nelze ze strany ÚOHS bez provedeního šetření garantovat soulad postupu zadavatele se ZZVZ*“). Anebo pokud by takové garance byl schopen, byl by za takových okolností jeho postup v souladu se zásadou legitimního očekávání, tj. předvídatelnosti rozhodnutí orgánu veřejné správy? Nepochybně nikoliv.
- g) Třetí varianta analýzy, nazvaná „*tendr na vytvoření a provozování el. systému zpoplatnění komunikací konkrétní technologií*“, pak dokonce předpokládá, že by měl zadavatel předem vybrat technologii výběru mýtného, tj. ostatní technologie ze zadávacího řízení

---

<sup>9</sup> Analýza v úvodu obsahuje upozornění v tom směru, že Úřad zpracováním této analýzy nijak nepředjímá výsledek správního řízení, což je však samozřejmě zcela nepravděpodobné s ohledem na skutečnost, že analýza vychází z premisy potřeby realizace nového zadávacího řízení. Uvedené upozornění se proto jeví pouze jako účelové.

vyloučit, a tímto způsobem připravit zadávací řízení. Tato myšlenka však je zcela absurdní, zadavatel neomezoval žádnou technologii zcela důvodně proto, aby se v rámci co nejširší hospodářské soutěže ukázalo, které z řešení, připuštěných evropskou legislativou, je neekonomičtější při dodržení zadaných parametrů, přičemž bylo na dodavatelích, aby nabídli co nejefektivnější řešení. Je zcela nepochopitelné, že je to právě Úřad, který jako jednu z variant navrhuje významné omezení hospodářské soutěže,

- h) V pořadu prezentované závěry analýzy, tj. že smlouva může být v jednotlivých variantách uzavřena do 12. ledna 2019 (resp. 30. června 2019), nebo do 8. června 2019, jsou pak samozřejmě zcela nesmyslné a absolutně mimo reálnou situaci. Aniž by zadavatel znal zevrubně obsah analýzy (v mezidobí zadavatel požádal Úřad v souladu se zákonem o svobodném přístupu k informacím o její poskytnutí, přičemž tato analýza byla zadavateli doručena toliko několik hodin před okamžikem odeslání tohoto rozkladu), je již nyní zcela evidentní, že analýza nepočítá s tím, že zadavatel bude povinen dát v novém zadávacím řízení dodavatelům prostor k seznámení se s Dokumentací ESVZ, přičemž v původním zadávacím řízení na seznámení se s touto dokumentací plánoval poskytnutí cca 6 měsíců (ve skutečnosti účastníci měli Dokumentaci ESVZ k dispozici 9 měsíců), neboť nelze vyloučit, že o podání nabídky projeví zájem i dodavatelé, kteří se posuzovaného zadávacího řízení neúčastnili. Neposkytnutí přiměřené lhůty v tomto směru by pak samozřejmě mohlo být Úřadem následně napadáno jako porušení zásady rovného přístupu k účastníkům,
- i) I pokud by smlouva byla uzavřena v těchto zcela nereálných lhůtách, nezbude vybranému dodavateli s největší pravděpodobností dostatek času na realizaci jeho technického řešení (pokud by veřejná zakázka nebyla koncipována zcela odlišně, tj. na pouhé zachování provozu stávajícího systému, a pokud by ji zároveň nevyhrál navrhovatel jakožto dosavadní poskytovatel služeb spojených s provozem ESVZ). Na základě odborného posouzení a na základě dřívějšího dotazníku mezi dodavateli je zřejmé, že vybranému dodavateli je třeba poskytnout lhůtu na vybudování SEM v délce trvání minimálně 12 měsíců, s požadovanou přeregistrací pak 14 měsíců. Stanovení kratší doby by nepochybně bylo některými dodavateli považováno za diskriminační,
- j) Předseda Úřadu v pořadu doplnil, že v analýze je uvažováno s tím, že zadavatel nepodá rozklad a že nové zadávací řízení může být zahájeno „*v průběhu týdne či deseti dnů*“ a že jde pouze o to, aby pracovníci zadavatele „*začali pracovat*“, přičemž ani nepotřebují žádného odborného poradce. To jsou samozřejmě zcela nesmyslná prohlášení, která absolutně ignorují standardní postupy státní správy a jsou způsobilá ve veřejnosti vyvolat zcela chybné představy a závěry. Zadavatel by například nejprve musel posoudit a rozhodnout, jaký druh zadávacího řízení bude nově zvolen, jaké technické řešení bude zvoleno pro vydávání Dokumentace ESVZ, zda a jak upraví předmět plnění, aby byly vypořádány vágní a nejasné výhrady Úřadu a zároveň aby byly naplněny potřeby zadavatele atd. Následná rozhodnutí pak musí být promítnuta do zadávacích podmínek, které čítají stovky stran textu a následně je nezbytné zadávací řízení formálně připravit (např. připravit datové nosiče s anonymizovanou verzí Dokumentace ESVZ) a schválit. Je zároveň velmi sporné, zda by na tuto činnost mohl zadavatel využít dosavadního odborného poradce, nebo zda by musel hledat nového odborného poradce, neboť zadavatel není kapacitně ani odborně dimenzován na přípravu ani realizaci takto odborně

a právně složitých zadávacích řízení. Podle přesvědčení zadavatele **je nemožné, aby si těchto skutečností předseda Úřadu nebyl vědom**, proto je zadavatel přesvědčen, že předseda Úřadu v televizním pořadu **vědomě uvedl veřejnost v omyl** ohledně časových a ostatních možností, za kterých je stát objektivně schopen realizovat takto složité a náročné zadávací řízení, a tedy i vědomě uvedl veřejnost v omyl, když jí zcela nepravdivě v zásadě ujistil, že pouze na pracovitosti pracovníků zadavatele závisí to, zda bude Česká republika od 1. ledna 2020 nadále vybírat mýtné s předpokládaným příjmem cca 800 mil. Kč měsíčně.

Předseda Úřadu v pořadu dále uvedl **zcela nepravdivou** informaci v tom směru, že zadavatel zpracoval a předložil vládě již dříve vlastní analýzu náhradních variant, která měla údajně sloužit jako nátlak na Úřad, aby nemohl rozhodnout o zrušení zadávacího řízení. To zadavatel zcela odmítá. Analýza možností dalšího postupu byla zpracována v souvislosti s v té době intenzivně mediálně prezentovanými výhradami z různých stran k rozšíření zpoplatnění o 900 km silnic I. třídy, kdy zadavatel obdržel za úkol rozpracovat alternativní varianty řešení, pokud by na základě rozhodnutí vlády měl zadavatel přistoupit k dobrovolnému zrušení tohoto rozšíření výkonového zpoplatnění silnic o 900 km, to zaprvé. Analýza zadavatele přitom jednoznačně prokázala, že již v době jejího zpracování nebylo z časových důvodů možné realizovat žádné standardní náhradní řešení. Zadruhé, zadavatel považuje vyjádření předsedy Úřadu o „*nátlaku na Úřad*“ za naprosto nemístné, dokonce předseda zmiňuje, že Úřad „*neměl možnost analýzu připomínkovat*“, jako kdyby snad orgán dohledu měl mít možnost mimo své úlohy orgánu dohledu hovořit do toho, jakou informaci zadavatel coby ústřední správní úřad podá vládě. Jestliže zodpovědné informování vlády materiálem zadavatele má představovat nátlak na Úřad, pak je namístě se ptát, jakou roli by Úřad se svým předsedou chtěl v ústavním systému České republiky zaujímat; zřejmě tedy půjde o úlohu jinou, než jaká je nyní orgánu dohledu příslušnými zákony vložena do vínku a tedy závazně předurčena. **Orgán dohledu tu přece není od toho, aby akviziční proces či samotné definování jeho předmětu řídil, třebaže by zde mohla být apetence toto postavení fakticky mít.**

Předseda Úřadu v pořadu dále uvedl, že zadavatel musí určit, o kolik kilometrů přesně se bude mýtné rozšiřovat, neboť zadavatel v posuzovaném zadávacím řízení „*napsal, že předpokládá 900 km, ale chce současně fixní cenu, což nejde... Jestliže stanovíte nějaký oceňovaný balík odhadem, a chcete za to fixní cenu, jak to spočítáte, když je ten začátek spočítán odhadem? Takže my chceme, aby to opravili*“. Jde o **zcela zavádějící a nepravdivá tvrzení, které v zásadě jen opakuje účelové námitky podané navrhovatelem (konsorciem Kapsch)**. Předseda Úřadu navíc zaměnil rozšíření zpoplatněné sítě o 900 km s celkovým předpokládaným rozsahem zpoplatnění. Z vyjádření Předsedy Úřadu tak najednou nebylo zřejmé, co je vlastně podstatou výtek Úřadu, zda koncepce předpokládaného celkového rozsahu zpoplatnění (ta se netýká jen oněch 900 km), nebo (a to spíše) právě jen nových 900 km (a to je přesně to, co vadí navrhovateli – konsorciu Kapsch). Zadavatel se touto problematikou podrobně zabýval již shora v čl. III. tohoto rozkladu, proto pouze stručně rekapituluje, že v zadávací dokumentaci uvedl předpokládaný celkový rozsah zpoplatnění k 1. lednu 2020 (příčemž nejistota primárně nepanuje ohledně 900 km nových mýtných úseků

existujících silnic, nýbrž o rozestavěných úsecích dálnic a silnic, které mají být zpoplatněny), přičemž z objektivních důvodů zadavatel ke dni zahájení zadávacího řízení nemohl vědět (a ani nyní to neví), jaký bude skutečný rozsah zpoplatnění (např. není zřejmé, jaké nové úseky se podaří dostavět, jaké bude přesné zaměření skutečné délky nově zpoplatňovaných úseků silnic I. třídy, ani nemůže vyloučit, že v mezidobí dojde z různých důvodů ke zrušení zpoplatnění některého z nyní zpoplatněných úseků). Podstatné však je, že zadavatel dal účastníkům zadávacího řízení jednoznačný pokyn, aby svoji nabídku na realizaci Etapy 1 – vybudování systému nacenili právě na zadavatelem stanovený předpoklad s tím, že případné změny budou řešeny v souladu s § 222 zákona dodatkem k uzavřené smlouvě. Takový postup je přitom zcela běžný v mnoha veřejných zakázkách. Předseda Úřadu si přitom musel být vědom skutečnosti, že § 222 zákona stanoví jasné právní limity, do jaké míry lze dodatkem změnit (ať už zúžit či rozšířit) předmět plnění veřejné zakázky, aniž by to bylo posouzeno jako nepřipustná podstatná změna smlouvy.

Dále předseda Úřadu uvedl „*Ten největší problém té soutěže je, že každá technologie má jiné cenové podmínky při rozšíření, a to je ten největší problém. Kde najdete ten střetový bod, aby to bylo transparentní a nediskriminační a aby to bylo spravedlivé pro všechny. A to je ta „vzdálenost“, o které se dneska diskutuje*“. Z tohoto důvodu by proto bylo podle Úřadu vhodné, aby si zadavatel zpracoval studii, na základě které by rozhodl, která technologie je pro ČR do budoucna nejvhodnější. Na tuto technologii by pak mělo být realizováno zadávací řízení. Zadavatel k tomu odkazuje na shora uvedené, tj. že hledá napříč technologiemi, které jsou pro výběr myšlného připouštěny evropskou legislativou, tu dlouhodobě neekonomičtější variantu, tj. snaží se o maximální hospodárnost. Návrh předsedy Úřadu tyto snahy o hospodárnost zcela ignoruje, navíc by realizace této varianty znamenala nejprve výběr zpracovatele takové studie, následně zpracování studie, vyhodnocení jejích závěrů a v zásadě kompletní přepracování zadávací dokumentace s navazujícím zadávacím řízením. Tyto činnosti by si reálně vyžadovaly značné množství času, které absolutně neodpovídá časovým předpokladům Úřadu. Navíc, zadavatel primárně nehledá žádný střetový bod, který by byl spravedlivý pro všechny. Zadavatel pouze řeší své potřeby v rámci mantinelů vymezených mu usneseními vlády ČR; následně pak hledá dodavatele pro naplnění takto definovaných potřeb. Opačně tedy platí, že zadavatel nehledá takový předmět veřejné zakázky, aby měly různé technologie zcela rovné příležitosti, na úkor svých potřeb, přestože to takto bylo některými politiky v médiích nesprávně prezentováno. V každém případě je navrhované zpracování jakési studie zcela mimo realitu. Žádná studie nemůže *pro futuro* s dostatečnou mírou pravděpodobnosti odhadnout budoucí výhodnost jedné z přípustných technologií, a to zejména s ohledem na nejasnost budoucího vývoje názorů na výběr myšlného v rámci Evropské unie. Lze proto posoudit pouze ekonomičnost výběru na následujících deset let, která se dostatečně projevila v posuzovaném zadávacím řízení.

Předseda Úřadu rovněž uvedl, že např. satelitní dodavatel by byl schopen systém vybudovat za cca čtyři měsíce. Je s podivem, kde předseda Úřadu takovou **zavádějící a nepodloženou informaci** získal, když řešerše a písemné podklady, kterými disponuje zadavatel, svědčí o tom, že taková lhůta je zcela nepřiměřeně krátká. Právě s ohledem na informace, kterými

zadavatel disponuje, v zadávacím řízení stanovil lhůtu pro realizaci Etapy 1 na 14 měsíců včetně prvotní přeregistrace zákazníků.

Na základě shora uvedeného lze mít podle přesvědčení zadavatele důvodně za to, že:

- a) Předseda Úřadu souhlasí s Rozhodnutím Úřadu a ztotožňuje se s jeho právními závěry (viz výrazy jako „vytýkáme“, „chceme“ atd.)
- b) Předseda Úřadu prezentuje výsledky činnosti, kterou jeho Úřad s ohledem na svoji působnost nebyl oprávněn zpracovat ani zadat,
- c) Předseda Úřadu veřejně prezentuje tvrzení o možnostech dalšího postupu zadavatele, o kterých s ohledem na své postavení musí vědět, že jsou zcela nereálné,
- d) Nezákonně zpracovaná analýza předsedy Úřadu o možnostech dalšího postupu zadavatele byla zpracována ještě před vydáním Rozhodnutí, čímž nepochybně negativně ovlivnila Úřad v jeho rozhodování o merituu věci,
- e) Předseda Úřadu veřejně prezentuje informace, které jsou zcela nepravdivé nebo hrubě zkreslené a které jsou způsobilé vyvolat ve veřejnosti zcela zkreslené představy o možnostech zadavatele a o jeho schopnostech a pracovním nasazení, tj. zcela mimo rámec své pravomoci, a tedy **nezákonně** uvedl veřejnost v omyl, aniž by za takové své jednání nesl jakoukoliv odpovědnost,

čímž je **jednoznačně prokázána podjatost** předsedy Úřadu ve vztahu k posuzované věci. Současně je zapotřebí zvážit, zda výše uvedenými excesivními vyjádřeními předseda Úřadu závažným způsobem nenarušuje důstojnost své funkce či nenarušuje nezávislost a nestrannost Úřadu.

## Článek VIII.

### Shrnutí důvodů pro podání rozkladu

Zadavatel závěrem stručně shrnuje všechny nejvýznamnější důvody, pro které považuje Rozhodnutí Úřadu za nesprávné a nezákonné. V podrobnostech zadavatel odkazuje na text jednotlivých článků tohoto rozkladu.

- a) **Úřad závažně procesně pochybil, když vedl správní spis nezákonným způsobem** (Úřad nezařadil část dokumentace včetně USB flash disků do spisu a nevedl o nich řádnou dokumentaci, není tedy vyloučena manipulace s touto dokumentací ani není zřejmé a zpětně ověřitelné zda k ní neměl přístup někdo nepovolaný. Tím je znemožněno nadále využít USB flash disky jako řádný důkaz ve správním řízení)
- b) **Úřad závažně procesně pochybil, když neprovedl důkazy navržené zadavatelem** (Úřad neprovedl zadavatelem navrhované vzájemné porovnání obsahu USB flash disků, které by prokázalo postup zadavatele, dále neprovedl významný důkaz předloženým znaleckým posudkem společnosti Cetag, kterým bylo prokázáno, že začernění osobních údajů nemůže mít vliv na totožnost dokumentace ke stávajícímu systému; dále neprovedl důkaz odbornými vyjádřeními dodavatele CzechToll a advokáta JUDr. Jurčíka. Úřad se pak vůbec nevypořádal s návrhem zadavatele na provedení důkazu stanoviskem kanceláře White & Case)

- c) **Úřad závažně procesně pochybil, když se formálně nevypořádal s návrhy zadavatele** (Úřad v průběhu řízení procesně nijak nerozhodl např. o žádosti zadavatele o účast při procesu ustanovení znalce a definování dotazů na znalce)
- d) **Úřad závažně procesně pochybil, když se v Rozhodnutí nevypořádal s některými argumenty zadavatele** (Úřad v Rozhodnutí např. zcela ignoroval argumentaci zadavatele, že žádné dostupné technické řešení nemůže naplnit nepřiměřené požadavky Úřadu na transparentnost postupu zadavatele)
- e) **Úřad závažně procesně pochybil, když předložil znalci ke zkoumání předměty, které nebyly součástí správního spisu a nebyly podkladem pro rozhodnutí** (Úřad předložil znalci ke zkoumání celkem tři USB flash disky, aniž by je předtím učinil součástí spisové dokumentace a podkladem pro rozhodnutí, přičemž je zcela nepřijatelné, pokud to Úřad učinil až zpětně o několik měsíců později)
- f) **Úřad závažně procesně pochybil, když nezařadil výsledky zkoumání USB flash disků mezi podklady pro rozhodnutí a znemožnil tak účastníkům správního řízení, aby se k nim vyjádřili** (Úřad provedl vzájemné posouzení dvou USB flash disků, avšak výsledky svého posouzení účastníkům správního řízení včas nesdělil, takže se k nim nemohli vyjádřit)
- g) **Úřad nedostatečně zjistil skutkový stav ve smyslu § 3 správního řádu** (tím, že Úřad neprovedl posouzení obsahu všech USB flash disků a neprovedl jejich srovnání, zcela nedostatečně zjistil skutkový stav, a to v rozporu se zásadou tzv. materiální pravdy)
- h) **Úřad nesprávně posoudil postup zadavatele při vydávání USB flash disků po právní stránce** (Úřad např. nesprávně dovozuje pochybení zadavatele v jeho postupu, ačkoliv ani při použití Úřadem zastávaného „správného“ postupu by nemohlo být dosaženo stavu „absolutní zpětné přezkoumatelnosti postupu zadavatele v zadávacím řízení“, který Úřad striktně a zcela nepřiměřeně vyžaduje)
- i) **Úřad aplikoval zásadu transparentnosti nepřipustným rozšiřujícím způsobem, a to jak ve vztahu k použití USB flash disků, tak i k otázce zákonného vymezení předmětu plnění** (Úřad zadavateli v Rozhodnutí vůbec nevytýká porušení konkrétního zákonného ustanovení, ale pouze porušení abstraktní zásady transparentnosti, která není jednoznačně definována, a kterou Úřad vykládá zcela nepřipustným rozšiřujícím způsobem tak, že je pro zadavatele zcela nepředvídatelné, co při přezkumu bude Úřadem považováno za transparentní a co nikoliv. Je zřejmé, že takový přístup Úřadu může v budoucnu způsobit zadavatelům závažné problémy při zadávání veřejných zakázek, neboť pro dodavatele bude velmi jednoduché rozporovat jakýkoliv postup zadavatele)
- j) **Úřad rozhodl v rozporu s § 236 odst. 2 zákona, když dostatečně neposoudil, zda jím zjištěná údajná pochybení mohla mít vliv na výběr dodavatele** (Úřad závažně pochybil, pokud zcela rezignoval na věcné posouzení toho, zda jím zjištěná údajná pochybení zadavatele vůbec mohla mít vliv na výběr dodavatele, což je zákonnou podmínkou pro uložení nápravného opatření tj. pro zrušení zadávacího řízení. Úřad



- pouze obecně konstatoval, že možnost vlivu na výběr dodavatele není vyloučena, což je zcela nedostatečné a nezákonné)
- k) **Úřad hrubě pochybil, pokud zcela opomenul a v Rozhodnutí nepřihlédl k odpovědi na dotaz č. 293 v rámci vysvětlení zadávací dokumentace č. 62** (Úřad při rozhodování zcela přehlédl jedno vysvětlení zadávací dokumentace, které je pro posouzení merita věci zcela zásadní a které dávalo dodavatelům jednoznačné pokyny k tomu, jak mají stanovit nabídkovou cenu a jak bude postupováno při případných budoucích požadavcích na změnu)
- l) **Úřad ve vztahu k otázce zákonného vymezení předmětu plnění nesprávně posoudil zadávací dokumentaci a skutkový stav a vyvodil z nich nesprávné právní závěry** (Úřad zcela ignoroval argumentaci zadavatele a účelově a zcela selektivně vykládal určitá ustanovení zadávací dokumentace a stejně tak zcela účelově a tendenčně vykládal férové upozornění zadavatele dodavatelům, že se v případě rozsahu zpoplatněných komunikací z objektivních důvodů může jednat pouze o předpoklad, a to podle znalostí ke dni zahájení zadávacího řízení)
- m) **Rozhodnutí Úřadu je tendenční** (Úřad ze všech podkladů pro vydání Rozhodnutí v klíčových otázkách selektivně vybral a v Rozhodnutí uvedl pouze ty skutečnosti a informace, které jsou samy o sobě v neprospěch zadavatele, a naopak zcela ignoroval ty argumenty, které svědčí ve prospěch zákonnosti postupu zadavatele. Úřad např. uvedl, že při porovnání dvou USB flash disků zjistil více než 30.000 rozdílů, avšak již neuvedl, že naprostá většina těchto rozdílů je důsledkem provedené anonymizace a že rozdíly spočívají v této drtivé většině případů pouze v začernění osobních údajů, které na obsah dokumentace nemohou mít žádný vliv, nemluvě o tom, že Úřad mluví o rozdílech, které snad měly být Úřadem nalezeny na materiálu, jenž netvořil obsah správního spisu, přičemž Úřad neprokázal a neumožnil zadavateli zpětně ověřit, co se s USB flash disky dělo po dobu nejméně 3 měsíců, komu byly svěřeny, kdo s nimi nakládal a jak a zda s nimi nikdo nemanipuloval)
- n) **Předseda Úřadu je ve věci podjatý, pokud v rozporu se svým postavením ještě před podáním rozkladu veřejně vyjádřil souhlas se závěry Rozhodnutí** (předseda Úřadu v televizním pořadu ještě před podáním rozkladu výslovně prohlásil, že se závěry Rozhodnutí souhlasí, což je zcela nepřipustné)
- o) **Předseda Úřadu se dopustil překročení pravomocí Úřadu** (předseda Úřadu zadal Úřadu zpracování analýzy možností dalšího postupu zadavatele, přičemž zpracování takové analýzy je zcela mimo působnost Úřadu. Analýza byla zpracována ještě před vydáním Rozhodnutí, čímž mohla výsledek správního řízení zásadním způsobem ovlivnit)
- p) **Předseda Úřadu zpracovanou analýzou možností náhradního postupu vědomě uvádí veřejnost v omyl** (závěry analýzy jsou zcela nesprávné, v analýze jsou např. vědomě zamlčovány přípravné a schvalovací procesy, jejichž provedení je nezbytné před zahájením zadávacího řízení, dále jsou opomíjeny či bagatelizovány zásadní aspekty dané zakázky, jako např. nutný časový prostor pro prostudování dokumentace)

ke stávajícímu systému a nutná přiměřená lhůta pro vybudování nového mýtného systému, což zcela jednoznačně zkresluje následné závěry Úřadu o „stihnutelnosti“ nového zadávacího řízení, které byly předsedou Úřadu prezentovány veřejnosti v televizním pořadu. Předseda Úřadu ani Úřad přitom nenese za správnost závěrů jím zpracované analýzy žádnou odpovědnost).

## **Článek IX.**

### **Návrh**

S ohledem na shora uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu svým rozhodnutím **Rozhodnutí změnil tak, že návrhy navrhovatele zamítl a správní řízení zastavil, event.** aby **Rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.**

za **Českou republiku – Ministerstvo dopravy**

JUDr. Jan Nemanský, advokát

společník společnosti

Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r.o.