



UOHSX00IMUA2

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0147/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-01612/2024/163

Brno 15. 1. 2024

V řízení o rozkladu ze dne 31. 10. 2023 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **AŽD Praha s. r. o.**, IČO 48029483, se sídlem Žirovnická 3146/2, 106 00 Praha 10, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 24. 7. 2023 společností Mazel a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 08164258, se sídlem Belgická 276/20, 120 00 Praha 2,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0489/2023/VZ, č. j. ÚOHS-40361/2023/500 ze dne 16. 10. 2023, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 24. 7. 2023 na návrh navrhovatele z téhož dne, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Správa železnic, státní organizace**, IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 2. 8. 2023 JUDr. Jaromírem Císařem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 07145, CÍSAŘ, ČEŠKA, SMUTNÝ s.r.o., advokátní kancelář, IČO 48118753, se sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha 4,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**ETCS státní hranice Německo – Dolní Žleb – Kralupy n. Vlt**“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 3. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 24. 3. 2023 pod ev. č. Z2023-011521, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 3. 2023 pod ev. č. 2023/S 060-178973, ve znění pozdějších oprav,

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

Výroky I a III rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0489/2023/VZ, č. j. ÚOHS-40361/2023/500 ze dne 16. 10. 2023

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení realizované zadavatelem

1. Správa železnic, státní organizace IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 2. 8. 2023 JUDr. Jaromírem Císařem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 07145, CÍSAŘ, ČEŠKA, SMUTNÝ s.r.o., advokátní kancelář, IČO 48118753, se sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha 4, (dále jen „**zadavatel**“) jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. c) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ zahájil zadávací řízení na veřejnou zakázku „ETCS státní hranice Německo – Dolní Žleb – Kralupy n. Vlt“ (dále jen „**veřejná zakázka**“) zadávanou v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 3. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 24. 3. 2023 pod ev. č. Z2023-011521, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 3. 2023 pod ev. č. 2023/S 060-178973, ve znění pozdějších oprav (dále jen „**zadávací řízení**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je dle bodu 4.3 zadávací dokumentace vypracování projektové dokumentace a následné zhotovení díla „ETCS státní hranice Německo – Dolní Žleb – Kralupy n. Vlt.“.
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla v době jejího vyhlášení stanovena v článku 6 zadávací dokumentace na 12 842 140 000 Kč bez DPH.

¹ Pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele je rozhodné znění zákona účinné v okamžiku zahájení zadávacího řízení. Postup Úřadu ve správním řízení se řídí právními předpisy účinnými ke dni zahájení správního řízení.

II. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný k výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek a zvláštními postupy podle § 248 ZZVZ, obdržel dne 24. 7. 2023 návrh účastníka zadávacího řízení AŽD Praha s. r. o., IČO 48029483, se sídlem Žirovnická 3146/2, 106 00 Praha 10, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 24. 7. 2023 společností Mazel a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 08164258, se sídlem Belgická 276/20, 120 00 Praha 2, (dále jen „**navrhovatel**“) z téhož dne podle § 250 odst. 1 zákona (dále jen „**návrh**“) proti úkonům zadavatele (vyřízení žádostí o vysvětlení zadávací dokumentace).
5. Dnem, kdy Úřad obdržel návrh, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0489/2023/VZ, jehož účastníky jsou podle § 256 zákona zadavatel a navrhovatel (dále jen „**správní řízení**“).

III. Napadené rozhodnutí

6. Dne 16. 10. 2023 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0489/2023/VZ, č. j. ÚOHS-40361/2023/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jímž rozhodl následovně. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad v části správní řízení zastavil na základě § 257 písm. h) zákona, neboť v této části návrhu nebyly řádně a včas podány námitky. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad podle § 265 písm. a) zákona zamítl návrh navrhovatele, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření. Výrokem III Úřad podle § 265 písm. b) zákona zamítl návrh navrhovatele, neboť s výjimkou těch částí, ve vztahu ke kterým bylo správní řízení zastaveno dle výroku I napadeného rozhodnutí a návrh zamítnut dle výroku II napadeného rozhodnutí, podle § 265 písm. b) zákona návrh nebyl podán oprávněnou osobou.
7. V odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že námitky byly podány navrhovatelem dne 29. 6. 2023 a fakticky směřují proti vysvětlení zadávací dokumentace č. 4, která byla zadavatelem uveřejněna na profilu zadavatele dne 5. 6. 2023. V souladu se zněním ustanovení § 242 odst. 2 zákona měl navrhovatel lhůtu 15 dní od uveřejnění či doručení vysvětlení zadávací dokumentace č. 4. V posuzovaném případě tak lhůta pro podání námitek marně uplynula dne 20. 6. 2023.
8. V odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že dotazy č. 48, 55, 59 a č. 57 (vyjma části dotazu směřující k nacenění) nepředstavují fakticky žádosti o vysvětlení nejasných zadávacích podmínek, ale upozornění na nevhodnost použité formulace, resp. protizákonnost samotné zadávací podmínky. Z logiky věci pak tyto předmětné zadávací podmínky pokládá navrhovatel za jasné. Úřad dospěl k závěru, že tyto dotazy byly vyřízeny v souladu se zákonem, neboť v odpovědích dal zadavatel navrhovateli jednoznačně najevo, že v tuto chvíli zadávací podmínky měnit nehodlá (přičemž obsahem předmětných dotazů byly spíše než relevantní dotazy upozornění zadavatele na nedostatky a dotazování, zda si je jich zadavatel vědom), a zároveň uvedl, že o nich může být jednáno v další fázi zadávacího řízení.
9. V odůvodnění výroku III napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že v souvislosti s dotazem č. 47, z něž vyplývá, že navrhovateli není ze zadávacích podmínek zřejmé, jak hodlá zadavatel realizovat změny software, dále č. 50, z něž vyplývá, že navrhovateli není ze zadávacích podmínek zřejmé, s jakými programy a informačními systémy má být zajišťována

interoperabilita, a č. 51, č. 52 a části dotazu č. 57, z nichž vyplývá, že navrhovatel není ze zadávacích podmínek zřejmé, jakým způsobem má nacenit dílčí části požadovaného plnění, zadavatel svým zákonným povinnostem nedostal a předmětné dotazy řádně nevyřídil, když neprojevil ochotu adekvátním způsobem navrhovatelovi odpovědět na podstatu jednotlivých dotazů a jejich faktické zodpovězení „odsunul“ do další fáze předmětného zadávacího řízení, resp. připustil, že v další fázi by mohly být předmětné dotazy (žádosti o vysvětlení) zodpovězeny. Úřad zdůraznil, že takovýto přístup, kdy je na relevantní dotazy reagováno unifikovanou, v podstatě prezíravou odpovědí, není v zadavatelském prostředí akceptovatelný, a důrazně apeluje na zadavatele, aby se ho napříště ve své praxi zdržel. Zadavatel musí mít stále na paměti, že dle § 36 odst. 3 zákona je povinen zadávací podmínky stanovit a poskytnout dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatelů, přičemž předmětné ustanovení se uplatní i v jednacím řízení s uveřejněním (dále jen „JŘSU“).

10. Úřad doplnil, že za jiných skutkových okolností by takto prezíravý postoj zadavatele k žádostem o vysvětlení sám o sobě mohl stačit k uložení nápravného opatření ze strany Úřadu, nicméně ve skutkových poměrech šetřené věci závěr, že zadavatel nedostal své povinnosti podle § 98 zákona, ještě sám o sobě k finálnímu posouzení případu nestačí. Je totiž nutno zohlednit, že navrhovatel v šetřeném případě brojí proti způsobu vyřízení žádostí o vysvětlení zadávací dokumentace (tedy nikoli proti samotným dotčeným zadávacím podmínkám), a to v kontextu použitého zadávacího řízení, kterým je JŘSU, a fáze, ve kterém se nachází, tedy před podáním žádosti o účast. Aby totiž v šetřeném případě mohla navrhovatelovi alespoň teoreticky vzniknout postupem zadavatele podle ustanovení § 98 zákona újma (a on tak byl vůbec aktivně legitimován k podání návrhu), musí se žádost o vysvětlení zadávací dokumentace, která nebyla vyřízena v souladu se zákonem, týkat zadávací podmínky, která je nejasná, málo srozumitelná nebo jinak nejednoznačná, a to do té míry, že ji dodavatel potřebuje vysvětlit, a která je zároveň natolik zásadní a důležitá, že v poměrech JŘSU má vliv na základní rozhodnutí zadavatele, zda se vůbec bude zadávacího řízení účastnit. Z toho mimo jiné vyplývá, že ona nejasnost, resp. potřeba ji vysvětlit musí dosahovat rovněž takového stupně, že znemožňuje či ztěžuje učinění onoho základního rozhodnutí o účasti v zadávacím řízení.
11. Úřad konstatoval, že v posuzovaném případě nebylo prokázáno, že by navrhovatel mohl být nezákonným postupem zadavatele při vypořádání předmětných žádostí o vysvětlení ovlivněn při rozhodnutí ohledně své účasti v zadávacím řízení, protože není splněna nezbytná podmínka existence vzniklé či hrozící újmy na právech navrhovatele, a tedy ani není dána (v dotčené části návrhu) aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

IV. Rozklad navrhovatele

12. Dne 31. 10. 2023 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí blanketní rozklad navrhovatele z téhož dne, rozklad byl doplněn podáním ze dne 6. 11. 2023. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovatelovi doručeno dne 16. 10. 2023. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

13. Navrhovatel předně uvádí, že se nemůže ztotožnit s názorem Úřadu, že by návrhu, který směřuje proti vyřízení dotazů č. 18, 23 a 24, nepředcházely řádně a včas podané námítky. Navrhovatel je přesvědčen o správnosti svého postupu, neboť námítky a jeho návrh nesměřovaly proti dokumentu vysvětlení a doplnění zadávací dokumentace č. 4 (dále jen „VZD č. 4“), kde nebylo zadavatelem relevantním způsobem reagováno na dotazy č. 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 a 31), ale proti dokumentu vysvětlení, změny a doplnění zadávací dokumentace č. 7 (dále jen „VZD č. 7“), v němž zadavatel nenapravit svůj nesprávný a nezákonný postup a zejména opětovně odmítl poskytnout navrhovateli relevantní vysvětlení zadávací dokumentace v rozsahu odpovědí na výše uvedené dotazy, které byly ze strany navrhovatele zadavateli opakovaně položeny, a to právě na základě dotazu č. 59, který byl součástí VZD č. 7.
14. Navrhovatel považuje za nutné nejprve poukázat na to, že v rámci dotazu č. 59 (který byl součástí VZD č. 7) nebylo navrhovatelem žádáno pouze o zjednání nápravy ze strany zadavatele; v rámci uvedeného dotazu byl zadavatel požádán taktéž o zodpovězení zde konkrétně určených otázek (dotazů), přičemž bylo odkázáno na VZD č. 4, kde byly tyto otázky (dotazy) již uvedeny. Navrhovatel zcela jednoznačně po zadavateli požadoval zodpovězení konkrétně určených otázek (dotazů), na které bylo ze strany zadavatele v rámci VZD č. 4 reagováno univerzální formulací, že se *„nejedná o podmínky, které měly dopad pro podání žádosti o účast a prokazování kvalifikace. V dalším průběhu zadávacího řízení bude upřesněno“*.
15. Navrhovatel uvádí, že dodavatelé mohou zadavatelům pokládat opětovně totožnou otázku (dotaz), pokud předchozí otázka (dotaz) nebyla ze strany zadavatele náležitě vypořádána a zodpovězena. Jinými slovy, pokud není dodavatel spokojen s odpovědí zadavatele a považuje ji za nedostatečnou či nejednoznačnou, má možnost ji opakovat. V takových situacích je pak dle názoru navrhovatele pro počátek běhu lhůty pro podání námitek relevantní okamžik, kdy byl ze strany zadavatele nevhodným způsobem zodpovězen poslední opakující se dotaz (a nikoliv okamžik, kdy zadavatel poskytl na první dotaz svou první odpověď).
16. V opakování žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace a v následném zpochybnění odpovědi zadavatele, není dle navrhovatele možné spatřovat snahu navrhovatele o umělé prodlužování či obnovování lhůty pro podání námitek. Navrhovatel dodává, že v dané situaci rozhodně nešlo o záměrné umělé prodlužování lhůty pro podání námitek, což ostatně potvrzuje ta skutečnost, že navrhovatel se tímto postupem již znovu nevydal. Z reakce zadavatele na dotaz č. 59 již bylo navrhovateli naprosto zřejmé, že: *„zadavatel má v úmyslu porušovat ZZVZ i nadále, přičemž tento svůj postup nechce nijak napravit...“*
17. V rámci dílčího závěru rozkladové argumentace k výroku I napadeného rozhodnutí navrhovatel shrnuje, že podané námítky byly podány řádně a včas, neboť lhůtu pro podání námitek je nutné počítat od okamžiku uveřejnění VZD č. 7 (resp. od uveřejnění odpovědi na dotaz č. 59), k němuž došlo dne 23. 6. 2023. Navrhovatel je přesvědčen, že podmínka pro podání návrhu, která spočívá v tom, že návrhu musí předcházet ze strany navrhovatele řádně a včas podané námítky, byla naplněna.

18. V další části rozkladu navrhovatel argumentuje proti výroku III napadeného rozhodnutí, konkrétně navrhovatel namítá, že se neztotožňuje s názory Úřadu uvedenými v bodech 107 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad uvedl, že žádost o vysvětlení zadávací dokumentace, která nebyla vyřízena v souladu se zákonem, musí být „*natolik zásadní a důležitá, že v poměrech JŘSU má vliv na základní rozhodnutí dodavatele, zda se vůbec zadávacího řízení zúčastnit... nejasnost, resp. potřeba ji vysvětlit musí dosahovat rovněž takového stupně, že znemožňuje či ztěžuje učinění onoho základního rozhodnutí o účasti v zadávacím řízení.*“ Navrhovatel s těmito věcně správnými deklaracemi souhlasí, nicméně se neztotožňuje se způsobem, jakým Úřad provedl hodnocení toho, co je a co není pro dodavatele zásadní a důležité pro rozhodnutí o účasti v zadávacím řízení. Navrhovatel je přesvědčen, že takové hodnocení Úřadu vůbec nepřísluší.
19. Tvrzení Úřadu, že újma na straně dodavatele nemůže vzniknout v situaci, kdy nebude vysvětlena zadávací podmínka, jejíž výklad bude potřebný až v další navazující fázi zadávacího řízení (tj. až po podání žádostí o účast), je dle názoru navrhovatele rozhodně nesprávné. Úřad v napadeném rozhodnutí neuvedl žádný příklad dotazu (ani typový okruh dotazů), který by se týkal předmětu plnění veřejné zakázky a jehož nezodpovězení by mohlo vést ke vzniku újmy na straně navrhovatele (či dodavatelů), a to ve fázi před podáním žádostí o účast. Úřad se tedy dle názoru navrhovatele této otázky dostatečně detailně nevěnoval, když neuvedl, jaké dotazy (resp. jaký okruh dotazů) by bylo možné považovat za dotazy relevantní a současně za dotazy, jejichž nezodpovězení by mohlo mít vliv na rozhodování dodavatelů ohledně jejich účasti v zadávacím řízení. Jinými slovy, Úřad pouze teoreticky připouští takovou možnost, ale v konkrétních případech ji vyloučil, aniž by pro to uvedl přesvědčivé argumenty.
20. V bodě odůvodnění 109 napadeného rozhodnutí se Úřad vyjadřuje k dotazu č. 50, který směřuje na počítačové programy či informační systémy, se kterými bude nezbytné ze strany dodavatele zajistit komunikaci a vzájemnou interoperabilitu, a zjednodušeně řečeno zdůrazňuje, že vzhledem k tomu, že navrhovatel má z minulosti bohaté zkušenosti s výstavbou ETCS pro zadavatele, má tak představu o tom, jaké počítačové programy a informační systémy zadavatel používá. Vzhledem k uvedenému přitom Úřad dovozuje, že nezodpovězení daného dotazu č. 50 nemohlo mít vliv na rozhodování navrhovatele o jeho účasti (či neúčasti) v předmětném zadávacím řízení, ačkoliv současně připouští, že „*znalost konkrétních počítačových programů či informačních systémů, se kterými bude nezbytné ze strany dodavatele zajistit komunikaci a vzájemnou interoperabilitu, může mít pro navrhovatele pro rozhodování o účasti relevanci.*“ Dle názoru Úřadu na straně navrhovatele však nemohla vzniknout (ani hrozit) újma na jeho právech, neboť Úřad předpokládá, že navrhovatel na základě předchozí spolupráce se zadavatelem o těchto skutečnostech musí mít povědomí. Navrhovatel s tímto závěrem Úřadu nemůže v žádném případě vyslovit souhlas, neboť tento je vystaven pouze a jen na té skutečnosti, že navrhovatel v minulosti pro zadavatele realizoval ETCS projekty, z čehož Úřad současně činí nepodložený předpoklad o „povědomí“, což je z pohledu navrhovatele zcela nepřipustné.
21. Navrhovatel uvádí, že v minulých veřejných zakázkách, které jsou uvedeny v poznámce pod čarou č. 9 v napadeném k rozhodnutí, nebyla uzavírána smlouva o údržbě, provozu a rozvoji provozní aplikace, v níž je obsažen článek, jehož se dotaz č. 50 týkal. Požadavek vyplývající z čl. 3.5 Smlouvy o údržbě, provozu a rozvoji provozní aplikace nebyl v minulých veřejných zakázkách, uvedených v poznámce pod čarou č. 9, vůbec obsažen. Argumentace Úřadu

obsažená v bodě 109 odůvodnění napadeného rozhodnutí tak není relevantní a závěr Úřadu prezentovaný v bodě 109 odůvodnění není tudíž možné postavit výhradně na tom, že počítačové programy a informační systémy jsou navrhovatelem známy vzhledem k jeho minulému zapojení do projektů ETCS u zadavatele. Navrhovatel se domnívá, že jeho zapojení do projektů ETCS v minulosti mu Úřad přičítá k tíži a současně je tak znevýhodňován oproti ostatním dodavatelům. Navrhovatel je přesvědčen, že Úřad není oprávněn vznik újmy na právech navrhovatele vylučovat pouze a jen na základě toho, že se na projektech ETCS v minulosti podílel, a na základě tohoto dovozovat, že má povědomí o počítačových programech a informačních systémech, které jsou u zadavatele využívány.

22. Ke spornému vyřízení dotazu č. 50 navrhovatel doplňuje důvod, pro který bylo řádné zodpovězení tohoto dotazu ze strany zadavatele pro něj podstatné a potřebné. Znalost konkrétních počítačových programů a informačních systémů je potřebná z toho důvodu, aby navrhovatel mohl posoudit, zda jeho zařízení budou kompatibilní, zda bude schopen zajistit potřebné programátory (kteří budou v zaměstnaneckém poměru k navrhovateli nebo kteří budou zajištěny u externích společností) a zda bude tudíž možné naplnit požadavek vyplývající z článku 3.5 Smlouvy o údržbě, provozu a rozvoji provozní aplikace. Na základě odpovědi na dotaz č. 50 měl navrhovatel získat informaci o tom, zda bude vůbec schopen veřejnou zakázku realizovat. V případě, že se tyto informace navrhovatel dozví až v další fázi zadávacího řízení (tj. v jednacích fázích) hrozí, že nastane situace, kdy navrhovatel nebude mít dostatečný časový prostor na zaškolení zaměstnanců na nový software, v důsledku čehož bude muset ze zadávacího řízení odstoupit.
23. Dále navrhovatel brojí proti bodu 110 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde se Úřad zabýval dotazy navrhovatele č. 51 a č. 52. Úřad dovedl, že vzhledem k tomu, že se tyto dotazy týkají naceňování plnění, nemohla z důvodu nevyřádkování předmětných dotazů vzniknout (ani hrozit) újma na právech navrhovatele. Navrhovatel s tímto závěrem Úřadu nesouhlasí, neboť informace týkající se nastavení a fungování smluvního vztahu mohou zásadním způsobem ovlivňovat dodavatele v jeho rozhodování o tom, zda se zúčastní či neúčastní zadávacího řízení. Dle názoru navrhovatele Úřad zcela přehlíží tu skutečnost, že informace týkající se smluvního vztahu (tj. jeho nastavení a jeho fungování) jsou pro dodavatele zcela klíčové a jsou způsobilé odradit dodavatele od účasti v zadávacím řízení. Uvedené přitom dle přesvědčení navrhovatele platí i v případě JŘSU. V tomto druhu zadávacího řízení totiž dodavatelé nemohou počítat s tím, že všechna ustanovení, která se jim na počátku nelíbí či jsou pro ně nevýhodná, a která jsou schopna ovlivnit jejich rozhodování ohledně účasti či neúčasti v zadávacím řízení, budou upravena či odstraněna v další části zadávacího řízení, tedy v jednacích fázích.
24. Zodpovězení dotčených dotazů navrhovatel považoval (a nadále považuje) za zcela klíčové, neboť potřeboval posoudit, zda pro něho není smlouva o údržbě, provozu a rozvoji provozní aplikace, která bude uzavřena na dobu 25 let, příliš riziková a zda je z jeho strany možné danou smlouvu v dané podobě akceptovat (navrhovatel totiž nemůže počítat s tím, že všechny části smluvního vztahu, které jsou pro něho problematické a rizikové, budou v jednacích fázích zadávacího řízení odstraněny dle představ navrhovatele).
25. Řádné zodpovězení dotazů č. 51 a č. 52 (požadavek na součinnost) je pro navrhovatele klíčové, neboť požadavek ze strany zadavatele na součinnost není v České republice běžný (nejedná se

dle názoru navrhovatele o standardní požadavek, který zadavatel ve svých zadávacích řízeních běžně používá).

26. V závěrečné části rozkladu navrhovatel napadá závěry Úřadu uvedené v bodě 111 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde se Úřad zabýval (ne)vyřízením dotazu č. 47². Navrhovatel uvádí, že změny software a úprava (resp. navýšování) ceny, která bude touto změnou způsobena, resp. vyvolána, budou realizovány postupem dle § 222 zákona. S ohledem na dobu, na níž bude smlouva o údržbě, provozu a rozvoji provozní aplikace uzavřena, má navrhovatel obavy, že pro realizaci všech potřebných úprav nebudou limity, vyplývající z § 222 zákona, dostatečné. Z toho důvodu navrhovatel formuloval dotaz č. 47 a žádal zadavatele o jeho zodpovězení, neboť chtěl seznat, zda zadavatel neuvažuje o jiném postupu při změně software a při úpravě ceny, která bude s těmito změnami spojena. Z pohledu navrhovatele jde tedy o zcela zásadní dotaz, který je potřebné znát na samém počátku zadávacího řízení. Pokud by bylo zjištěno, že zadavatel skutečně plánuje realizovat změny software pouze v režimu § 222 zákona, musel by navrhovatel zhodnotit, zda je jeho účast v zadávacím řízení skutečně možná a zda s tímto postupem nejsou pro něho spojena výrazná rizika. Nevypořádání dotazu (resp. žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace) č. 47 vedlo k tomu, že na straně navrhovatele je možné hovořit o vzniku hrozby újmy na jeho právech.
27. Navrhovatel konstatuje, že nezákonným postupem zadavatele, kdy tento nezodpověděl dotazy, které jsou uvedeny ve výroku III napadeného rozhodnutí, mohl být navrhovatel ovlivněn při rozhodování o své účasti v zadávacím řízení. Na straně navrhovatele je tedy možné spatřovat hrozbu újmy na jeho právech. O aktivní legitimaci navrhovatele k podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zde není sporu. Bez detailní znalosti předmětu plnění veřejné zakázky nelze učinit rozhodnutí o účasti v zadávacím řízení, jehož se toto správní řízení týká. Pokud navrhovatel (ale i další dodavatelé) usoudí, že nemá k dispozici veškeré potřebné informace (na které směřovaly položené dotazy), hrozí, že se neúčastní zadávacího řízení, tzn. že nepodá žádost o účast. Neposkytnutí relevantních odpovědí ze strany zadavatele přitom dle názoru navrhovatele působí negativně na dodavatele, neboť tito jsou postupem zadavatele odrazováni od podání žádostí o účast. Zadavatel tedy svým postupem v předmětném zadávacím řízení omezuje hospodářskou soutěž, což je v příkrém rozporu se zákonem.

Závěr rozkladu

28. Navrhovatel se rozkladem domáhá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil v rozsahu výroků I a III a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

V. Řízení o rozkladu

29. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis spolu se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

² Navrhovatel se v něm dotazuje, jakým způsobem, resp. v jakém režimu, zadavatel plánuje změny a zásahy do software realizovat. - pozn. předsedy Úřadu.

Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele

30. Zadavatel ve vyjádření ze dne 15. 11. 2023 k rozkladu uvádí, že se zcela ztotožňuje s výrokem I napadeného rozhodnutí. Dle názoru zadavatele zákon stanovuje lhůty, ve kterých jsou dodavatelé oprávněni konkrétní úkony zadavatele v zadávacím řízení napadat. Pokud se jedná o úkony oznamované v dokumentech, které je zadavatel povinen podle zákona uveřejnit či odeslat dodavatelům, mezi které spadá mj. právě vysvětlení zadávací dokumentace, činí lhůta dle § 242 odst. 2 zákona 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení dodavateli. Pokud tedy VZD č. 4 bylo uveřejněno na profilu zadavatele dne 5. 6. 2023, pak lhůta pro podání námitek dle citovaného ustanovení zákona uplynula dne 20. 6. 2023.
31. Na uvedeném nemůže ničeho změnit ani argumentace navrhovatele, že jeho jednání (tedy podání dotazu č. 59) je nutné odlišovat od situace, kdy by navrhovatel žádal zadavatele o pouhé zjednání nápravy bez (opětovné) žádosti o zodpovězení konkrétně určených otázek. Pokud by mělo být postupováno podle logiky navrhovatele, lhůta pro podání námitek by začala běžet vždy znovu od počátku v případě, že by dodavatel podával stále dokola stejnou žádost o vysvětlení zadávací dokumentace. Důsledkem takového výkladu by bylo, že by žádná lhůta pro podání námitek fakticky pro dodavatele neplatila. V případě, že by lhůta pro podání námitek uplynula, stačilo by pak kdykoliv jednoduše požádat o totožné vysvětlení zadávací dokumentace znovu a využít této obnovené lhůty.
32. Zadavatel souhlasí s navrhovatelem, že mu skutečně nic nebrání v tom, aby zopakoval stejný dotaz, ale zadavateli pak rovněž nic nebrání v tom, aby poskytl na stejný dotaz stejné vysvětlení. V případě, že navrhovatel nebyl s vyřízením žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace spokojen, zákon mu nabízí možnost tuto nespokojenost vyjádřit a žádat nápravu prostřednictvím námitek. Toho se však navrhovatel rozhodl nevyužít.
33. V další části vyjádření zadavatele k rozkladu se zadavatel vyjadřuje k výroku III napadeného rozhodnutí. Zadavatel uvádí, že sice souhlasí s názorem Úřadu, že navrhovatel není oprávněnou osobou k podání návrhu, a to z důvodu, že mu na základě jednání zadavatele nemohla vzniknout žádná újma, nicméně zadavatel nemůže souhlasit s částí odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde je postup zadavatele při poskytnutí vysvětlení zadávací dokumentace na základě dotazů č. 47, 50, 51 a č. 52 označen za rozporný s ustanovením § 98 zákona.
34. Zadavatel uvádí, že dotazy č. 47, 50, 51 a č. 52 směřovaly k marginálním smluvním podmínkám, o kterých zadavatel zamýšlí s účastníky zadávacího řízení jednat, resp. které jsou typicky v průběhu JŘSU předmětem jednání. Zároveň se nejedná o minimální technické požadavky ve smyslu § 61 odst. 4 zákona, a proto je lze v průběhu zadávacího řízení upravit. Z uvedeného důvodu tyto podmínky, resp. jejich vysvětlení, nemohou již bez dalšího rozhodovat o účasti či neúčasti žádného z dodavatelů v zadávacím řízení; každý z dodavatelů, stejně tak jako zadavatel, musí počítat s možností, že ve výsledku budou tyto podmínky stanoveny odlišně, než jak byly formulovány v okamžiku, kdy byly podávány žádosti o účast. Nejedná se o zadávací podmínky, jejichž stanovení, tím spíše pak jejich další vysvětlení, by bylo pro podání žádosti o účast nezbytné. Zadavatel dále uvádí, že pokud by ve fázi před podáním žádosti o účast posuzované dotazy navrhovatele podrobně zodpověděl, existuje značná pravděpodobnost, že tyto „vysvětlené“ zadávací podmínky budou v další fázi JŘSU (jednání s účastníky) změněny. I z tohoto důvodu tyto podmínky nemohou být pro navrhovatele rozhodné z hlediska učinění

rozhodnutí o tom, zda se bude či nebude zadávacího řízení účastnit (podá či nepodá žádost o účast).

35. Pokud tedy zadavatel dosud na některé žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace reagoval v tom smyslu, že daná podmínka nebo informace bude upřesněna teprve v dalším průběhu zadávacího řízení, je zadavatel přesvědčen, že nikterak nevybočil z mezí postupů, které zákon v případě JŘSU předpokládá. Zadavatel považuje svou odpověď za vhodnější, transparentnější a pro dodavatele i méně rizikovou, než pokud by zadavatel odpověděl konkrétním způsobem, ale v průběhu jednání by došlo ke změně zadávací podmínky na podmínku opačnou.
36. K jednotlivým dotazům uvedeným v žádostech o vysvětlení zadavatel doplňuje:
- i. Ve vztahu k dotazu č. 50 zadavatel uvádí, že se nemůže ztotožnit s názorem Úřadu vyplývajícím z bodu 109 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že zadavatel mohl poskytnout alespoň částečný seznam počítačových programů a informačních systémů, jelikož se domnívá, že pouze částečný seznam by pro žádného z dodavatelů nemohl představovat využitelnou informaci. Důležitá z hlediska rozhodování o účasti v zadávacím řízení je maximálně okolnost, zda dodavatel dokáže ve vztahu ke všem programům a informačním systémům plnění poskytovat, nebo zda bude nutné pro toto plnění vyhledat poddodavatele. Pouze částečný výčet však dodavatelům takovou informaci neposkytne, resp. ji neposkytne všem dodavatelům ve stejném rozsahu, přičemž je v zásadě pouze věcí náhody, kteří dodavatelé budou v takovém případě zcela přesně informováni a kteří obdrží informace naprosto zcela zavádějící (jelikož z jejich pohledu problematický program bude na částečném výčtu zrovna chybět). Zadavatel se snažil vyvarovat situace, že by informace uvedená ve vysvětlení zadávací dokumentace ztratila ve fázi jednání o nabídkách svou relevanci.
 - ii. Ve vztahu k dotazům č. 51 a č. 52 se ohledně tvrzení vlivu na podání žádosti o účast v zadávacím řízení lze ztotožnit s názorem Úřadu uvedeným v bodě 110 odůvodnění napadeného rozhodnutí, a to že „*v dané fázi zadávacího řízení jde ze strany navrhovatele o učinění základního rozhodnutí, zda se bude zadávacího řízení účastnit, či nikoli. Ve fázi podání žádosti o účast nemusí své plnění jakkoli naceňovat (v mezidobí po podání konečné nabídky ostatně mohou doznat změny i samotné zadávací podmínky).*“
 - iii. Ve vztahu k dotazu č. 47 se zadavatel opět ztotožňuje s tvrzením Úřadu uvedeným v bodě 111 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad konstatuje, že zadavatel jasně stanovil, jaké paušální služby představují předmět smlouvy, a navrhovatelé proto musí být zřejmé, že samotná změna software v těchto službách zahrnuta není. Informace o tom, jakým způsobem budou případné změny realizovány, není z pohledu podání žádosti o účast v zadávacím řízení nezbytná.
37. Zadavatel k těmto dotazům souhrnně uvedl, že odpovědi, které navrhovatelé poskytli, jsou pro tuto část zadávacího řízení naprosto dostačující. Uvedené odpovědi zadavatele nemohly mít vliv na úvahy navrhovatele při rozhodování ohledně jeho účasti v předmětném zadávacím řízení. Neposkytnutí požadované informace nemohlo způsobit újmu navrhovatelé, nejednalo se v dané fázi zadávacího řízení ani o povinnou součást zadávací dokumentace (tj. informaci potřebnou pro účast v zadávacím řízení), kterou by měl zadavatel povinnost dodavatelům poskytovat, resp. ji vysvětlovat.

38. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu výroky I. a III. napadeného rozhodnutí potvrdil a rozklad navrhovatele zamítl.

Stanovisko předsedy Úřadu

39. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
40. Napadené rozhodnutí je nezákonné z důvodu nesprávného posouzení věci.
41. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí v rozsahu výroků I a III a vrácení věci Úřadu k novému projednání.
42. Výrok II napadeného rozhodnutí je již od 1. 11. 2023 v právní moci, neboť proti němu nebyl podán rozklad. K výroku II napadeného rozhodnutí uvádím, že je paralelně vedeno přezkumné řízení sp. zn. ÚOHS-V0005/2024/PZ.

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

K výroku I napadeného rozhodnutí

43. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad podle § 257 písm. h) zákona zastavil správní řízení vedené ve věci návrhu navrhovatele v části návrhu v tom rozsahu, ve kterém směřuje proti vyřízení dotazů č. 18, 23 a č. 24 v rámci vysvětlení, změny a doplnění zadávací dokumentace č. 4 ze dne 5. 6. 2023 a proti vyřízení dotazu č. 54 v rámci vysvětlení, změny a doplnění zadávací dokumentace č. 6 ze dne 19. 6. 2023.
44. Proti výroku I napadeného rozhodnutí se navrhovatel v podaném rozkladu vymezil, přičemž tvrdí, že podané námítky byly podány řádně a včas, neboť lhůtu pro podání námitek je nutné počítat od okamžiku uveřejnění VZD č. 7 (resp. od uveřejnění odpovědi na dotaz č. 59), k němuž došlo dne 23. 6. 2023. Navrhovatel je přesvědčen, že podmínka pro podání návrhu, která spočívá v tom, že návrhu musí předcházet ze strany navrhovatele řádně a včas podané námítky, byla naplněna. Navrhovatel poukazuje na to, že v rámci dotazu č. 59 (který byl také součástí VZD č. 7) nebylo navrhovatelem žádáno pouze o zjednání nápravy ze strany zadavatele; v rámci uvedeného dotazu byl zadavatel požádán taktéž o zodpovězení zde konkrétně určených otázek (dotazů), přičemž bylo odkázáno na VZD č. 4, kde byly tyto otázky (dotazy) již uvedeny.
45. V dotazu č. 59 navrhovatel zejména uvádí, že „[z]adavatel v případě těchto dotazů nepostupoval správně, neboť byl povinen na dotazy uvést relevantní odpověď“, předkládá argumentaci o porušení § 36 odst. 3, resp. § 98 zákona, a tedy že „[z]adavatel byl povinen uveřejnit na svém profilu zadavatele vysvětlení, které bude podávat konkrétní odpovědi na položené dotazy“. V závěru dotazu č. 59 navrhovatel uvedl: „Dodavatel **žádá** Zadavatele **o nápravu svého postupu**, který byl ve zjevném rozporu se § 98 ZZVZ a **o zodpovězení dotazů č. 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 a 25 a 31**, které jsou uvedeny ve Vysvětlení č. 4 a Vysvětlení č. 5.

Vedle toho dodavatel žádá o prodloužení lhůty pro podání žádostí o účast, tak aby byl napraven nesprávný postup Zadavatele při vyřizování položených dotazů.“ (pozn. zvláště předsedou Úřadu).

46. Je tedy pravdou, že navrhovatel v dotazu č. 59 výslovně požádal zadavatele o zodpovězení dotazů č. 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 a 25 a 31.
47. Zadavatel reagoval tak, že ve VZD č. 7 mj. uvedl: *„Pokud tedy zadavatel dosud na některé žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace reagoval v tom smyslu, že daná podmínka nebo informace bude upřesněna teprve v dalším průběhu zadávacího řízení, je zadavatel přesvědčen, že nikterak nevybočil z mezí postupů, které ZZVZ v případě jednacího řízení s uveřejněním předpokládá. Zadavatel považuje takovou odpověď za vhodnější, transparentnější, a i pro dodavatele méně rizikovou, než pokud by zadavatel odpověděl jedním konkrétním způsobem, ale v průběhu jednání pak fakticky danou zadávací podmínku změnil na podmínku opačnou.“*
48. V námitkách pak navrhovatel namítá, že zadavatel ve VZD č. 7 opakovaně odmítl poskytnout odpověď na dotazy č. 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 a 25 a č. 31 a že *„[z]adavatel k VZD č. 7, resp. k VZD č. 4, uvádí, že dle jeho názoru měl být ze strany zadavatele zodpovězen zejména: dotaz č. 18 (...) dotaz č. 23 (...) dotaz č. 24 (...)“*. U každého konkrétního dotazu navrhovatel mj. namítal, že zadavatel jej měl být schopen zodpovědět, že jej bylo možné zodpovědět, či že předmětnými informacemi mohl zadavatel disponovat.
49. Část návrhu, zastavená výrokem I napadeného rozhodnutí, byla navrhovatelem uvedena v rámci bodu II. A návrhu, zejména bod 14, který byl uvozen: *„Navrhovatel k VZD č. 7 uvádí, že dle jeho názoru měly být ze strany Zadavatele zodpovězeny dotazy, na jejichž nesprávné vypořádání bylo v rámci dotazu č. 59 Navrhovatelem upozorňováno, přičemž šlo zejména o:“*. Následně navrhovatel uvedl podrobnější argumentaci k dotazům č. 18, 23 a č. 24 – čeho se daný dotaz týkal, povinnost zadavatele reagovat na dotaz či reakce na rozhodnutí o námitkách.
50. Uvedená argumentace se nachází v části návrhu, ve které navrhovatel explicitně uvedl: *„...námitky, ale i tento Návrh, nesměřují proti dokumentu Vysvětlení, změny a doplnění zadávací dokumentace č. 4 (dále jen „VZD č. 4“), kde byly reakce Zadavatele na dotazy č. 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 a 31 prvotně uvedeny, ale proti VZD č. 7, v němž Zadavatel nejednal nápravu.“* (bod 11 návrhu).
51. S ohledem na výše uvedené mám za to, že námitky v této dotčené části návrhu směřují proti VZD č. 7, které zadavatel uveřejnil dne 23. 6. 2023.
52. Není tomu tak, že by navrhovatel zkopíroval dotazy č. 18, 23 a č. 24 na vysvětlení zadávací dokumentace a znovu je předložil. Navrhovatel tyto dotazy zahrnul pod nový dotaz č. 59, který mj. obsahoval i dotazy č. 19, 20, 21, 22, 25 a 31. Nejednalo se však o zopakování dotazů v tom smyslu, že navrhovatel zkopíroval jejich text a položil je všechny znovu.
53. Na všechny tyto dotazy navrhovatel původně obdržel generickou odpověď: *„Nejedná se o podmínky, které by měly dopad pro podávání žádostí o účast a prokazování kvalifikace. V dalším průběhu zadávacího řízení bude upřesněno.“* Navrhovatel tedy zadavatele dotazem č. 59 konfrontoval a žádal zadavatele o nápravu, neboť byl toho názoru, že výše uvedená citace není dostatečná z pohledu vysvětlení zadávací dokumentace u uvedených dotazů.

54. Struktura dotazu č. 59 i jeho obsáhlost svědčí o tom, že se jedná o jiný dotaz a zadavatel pravděpodobně k tomu tak i přistoupil, když namísto dvou vět (viz citace) odpověděl na cca jednu normostranu formátu A4. Pokud by sám zadavatel považoval dotazy za stejné a pouze opakující se, nic mu nebránilo zopakovat výše uvedenou citaci pro všechny dotčené dotazy znovu. Zadavatel se místo krátké a obecné formulace (viz citace) rozhodl navrhovateli detailně vysvětlit, proč právě reagoval tímto krátkým a obecným způsobem, a to zejména s ohledem na to, že zadávací řízení se nachází ve fázi před podáním žádostí o účast a o celé řadě nastavení smluvních vztahů a zadávacích podmínek se bude jednat. Dle názoru zadavatele byla jím poskytnutá odpověď na výše uvedené dotazy dostačující a transparentní a pro dodavatele i méně riziková, než pokud by zadavatel odpověděl jedním konkrétním způsobem, ale v průběhu jednání by pak zadávací podmínku diametrálně změnil.
55. Předmětem dotazu č. 59 tak nebylo opakovat již jednou položené konkrétní dotazy č. 18–25 a č. 31 (např. na specifikaci zabezpečovacího zařízení, barevné vyznačení venkovních prvků, budování žlabů v železničních stanicích atp.), ale konfrontace zadavatele s vysvětlením zadávací dokumentace, které navrhovatel považoval za nedostatečné, a následná žádost o zodpovězení dotazů pomocí odkazů na čísla dotazů, které jim byly přiděleny zadavatelem ve VZD č. 4. Proto je třeba nahlížet na tento dotaz jako na dotaz nový, který je svým charakterem také žádostí o vysvětlení zadávací dokumentace a s jehož odpovědí se mohl navrhovatel seznámit až s uveřejněním VZD č. 7. Nejsem toho názoru, že by si v tomto případě navrhovatel uměle prodlužoval lhůtu pro podání námitek. Kroky navrhovatele tomuto odpovídají, když pak již dotaz č. 59 „znovu neopakoval“ a podal námítky.
56. Rovněž zadavatel v odpovědi na dotaz č. 59 již neobhájuje konkrétní nastavení zadávacích, technických a smluvních podmínek, ale brání se proti obviněním navrhovatele, že svým postupem porušuje ustanovení § 36 odst. 3 zákona. K tomu co zadavatel uvedl, odkazují na bod 47 tohoto rozhodnutí. Je zřejmé, že zadavatel výslovně na uvedené dotazy nereagoval. Z podstaty odpovědi však lze dovodit, že svou původní reakci považuje za dostačující a souladnou se zákonem.
57. Dle mého názoru je tedy nesprávný závěr Úřadu o tom, že této dotčené části návrhu nepředcházely včas podané námítky. Z dotčené části námitek je zřejmé, že je navrhovatel směřuje proti VZD č. 7. S ohledem na to, že VZD č. 7 bylo uveřejněno dne 23. 6. 2023 a námítky byly podány 29. 6. 2023, je třeba konstatovat, že námítky byly podány včas ve smyslu ustanovení § 242 odst. 1 zákona.
58. Nad rámec je možno podotknout, že kdyby nebylo výše zdůrazněné jedné části věty v dotazu č. 59, jednalo by se svým charakterem o námítky proti vysvětlení zadávací dokumentace, nikoli o nový dotaz, a současně VZD č. 7 v části reagující na dotaz 59 by odpovídalo rozhodnutí o námítkách. Tato část posledně zmíněného dokumentu má takový charakter i nyní.

K výroku III napadeného rozhodnutí

59. V odůvodnění výroku III napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že v souvislosti s dotazem č. 47, z něž vyplývá, že navrhovateli není ze zadávacích podmínek zřejmé, jak hodlá zadavatel realizovat změny software, s dotazem č. 50, z něž vyplývá, že navrhovateli není ze zadávacích podmínek zřejmé, s jakými programy a informačními systémy má být zajišťována interoperabilita, a s dotazy č. 51, č. 52 a části dotazu č. 57, z nichž vyplývá, že navrhovateli není ze zadávacích podmínek zřejmé, jakým způsobem má nacenit dílčí části požadovaného plnění,

zadavatel svým zákonným povinností nedostal a předmětné dotazy řádně nevyřídil, když neprojevil ochotu adekvátním způsobem navrhovateli odpovědět na podstatu jednotlivých dotazů a jejich faktické zodpovězení „odsunul“ do další fáze předmětného zadávacího řízení, resp. připustil, že v další fázi by mohly být předmětné dotazy (žádosti o vysvětlení) zodpovězeny.

60. S tímto posouzením ze strany Úřadu se neztotožňuji, neboť odůvodnění výroku III napadeného rozhodnutí je zčásti nesprávné.
61. V první řadě je třeba odmítnout názor Úřadu, že zadavatel měl povinnost na dotazy č. 47, 50, 51, 52 a část dotazu č. 57 odpovědět více detailněji. Na uvedené dotazy zadavatel poskytl univerzální odpověď: *„Nejedná se o podmínky, které by měly dopad pro podávání žádostí o účast a prokazování kvalifikace. V dalším průběhu zadávacího řízení bude upřesněno.“*
62. Je nutné vzít v potaz, v jaké fázi se zadávací řízení nacházelo v době, kdy navrhovatel podal námitky, návrh a rozklad. JŘSU posuzované v tomto případě se nacházelo (a stále nachází) ve své první fázi, tj. fáze kvalifikační (ta začíná uveřejněním oznámení o zahájení zadávacího řízení a končí posuzováním kvalifikace, příp. vyloučením nekvalifikovaných účastníků), a proti jakým úkonům zadavatele směřovaly námitky a návrh navrhovatele (vysvětlení zadávací dokumentace). V této fázi je nutné námitkami napadat zejména minimální technické podmínky (v nyní posuzovaném případě příloha č. 19 zadávací dokumentace) a pak podmínky kvalifikace, tj. články 10–14 zadávací dokumentace (10. *Požadavky Zadavatele na kvalifikaci dodavatelů*; 11. *Základní způsobilost dle § 74 a § 75 ZZVZ*; 12. *Profesní způsobilost dle § 77 ZZVZ*; 13. *Ekonomická kvalifikace dle § 78 ZZVZ*; 14. *Technická kvalifikace dle § 79 ZZVZ*). Je sice právem dodavatele se dotazovat na jakoukoli část zadávací dokumentace, avšak s ohledem na tento konkrétní případ, kdy si zadavatel nevyhradil dle § 61 odst. 9 zákona možnost o předběžných nabídkách nejednat, je zřejmé, že vše, mimo minimální technické požadavky dle § 61 odst. 4 zákona a podmínky účasti, je možné v průběhu jednací fáze se zadavatelem jednak diskutovat a jednak změnit. V takovém případě má sice dodavatel možnost pokládat dotazy i k těmto částem, avšak lze chápat a také akceptovat stanovisko zadavatele, že v této fázi řízení je třeba se soustředit na ty části zadávací dokumentace, které jsou podstatné pro podání žádostí o účast ve smyslu možnosti tyto žádosti podat. Je tomu tak proto, že vysvětlovat zadávací podmínky, které mohou být předmětem jednání, je skutečně neúčelné, neboť jejich finální podoba je nejistá a účastníkům zadávacího řízení bude dána možnost namítnat případně jejich finální podobu.
63. Je třeba dát zadavateli za pravdu v tom, že tyto dotazy směřovaly k marginálním smluvním podmínkám, o kterých zadavatel zamýšlí s účastníky zadávacího řízení jednat, resp. které jsou typicky v průběhu JŘSU předmětem jednání. Zároveň se nejedná o minimální technické požadavky ve smyslu ustanovení § 61 odst. 4 zákona, a proto lze v průběhu zadávacího řízení upravit. Z uvedeného důvodu tyto podmínky, resp. jejich vysvětlení, nemohou již bez dalšího rozhodovat o možnosti účasti či neúčasti žádného z dodavatelů v zadávacím řízení; každý z dodavatelů, stejně tak jako zadavatel, musí počítat s možností, že ve výsledku budou tyto podmínky stanoveny odlišně, než jak byly formulovány v okamžiku, kdy byly podávány žádosti o účast. Nejedná se o zadávací podmínky, jejichž stanovení, tím spíše pak jejich další vysvětlení, by bylo pro podání žádosti o účast nezbytné.

64. Na druhou stranu souhlasím s Úřadem s posouzením ohledně možného vzniku újmy navrhovatele. Současně se nemohu ztotožnit s názorem navrhovatele, že neobdržení více detailnější a konkrétnější odpovědi na uvedené dotazy bylo s to způsobit mu újmu. Jak jsem již uvedl, v JŘSU ve fázi před podáním žádostí o účast, by měl dodavatel námitkami brojit zásadně proti podmínkám kvalifikace a minimálním technickým podmínkám, které jsou neměnné již od zahájení zadávacího řízení. Námitky (dotazy) navrhovatele považuji s ohledem na fázi posuzovaného JŘSU za předčasné a jejich zdůvodnění zadavatelem považuji za relevantní. Navrhovatel byl jasně informován o tom, že tyto otázky budou upřesněny, protože mu zadavatel nebude vysvětlovat podmínky, které po proběhnutí jednací fáze, nemusí platit nebo u nich dojde k zásadní změně.
65. Úřad v napadeném rozhodnutí dovodil, že u dotazů týkajících se naceňování plnění, nemohla z důvodu nevypořádání předmětných dotazů vzniknout (ani hrozit) újma na právech navrhovatele. Navrhovatel s tímto závěrem Úřadu nesouhlasí, neboť informace týkající se nastavení a fungování smluvního vztahu mohou zásadním způsobem ovlivňovat dodavatele v jeho rozhodování o tom, zda se zúčastní či nezúčastní zadávacího řízení. Dle názoru navrhovatele Úřad zcela přehlíží tu skutečnost, že informace týkající se smluvního vztahu (tj. jeho nastavení a jeho fungování) jsou pro dodavatele zcela klíčové a jsou způsobilé odradit dodavatele od účasti v zadávacím řízení.
66. Navrhovatel má zčásti samozřejmě pravdu, skutečně může zvažovat, zda žádost podá či nepodá, ale po podání žádostí o účast, zadavatel posuzuje pouze splnění kvalifikace dodavatele, přičemž dodavatel, který podá žádost o účast není následně povinován podáním předběžné nabídky. Pokud již nyní navrhovatel spatřuje problém v nastavení fungování smluvního vztahu, pak je třeba s ohledem na to, že se o smluvních podmínkách může jednat, počkat až do jednací fáze a pokusit se zadavatele přesvědčit o nutnosti změn, případně podat námitky proti zadávacím podmínkám, o nichž bude z vyjádření zadavatele zřejmé, že již nebudou předmětem jednání. Kvalifikace či minimální technické podmínky nemají na nastavení smluvního vztahu žádný vliv. Dodavatel (pokud splňuje podmínky kvalifikace či minimální technické podmínky) může bez většího rizika podat žádost o účast, neboť o sporných otázkách může v následující fázi jednat.
67. Navrhovatel rovněž uvedl, že zodpovězení dotčených dotazů navrhovatel považoval (a nadále považuje) za zcela klíčové, neboť potřeboval posoudit, zda pro něho není smlouva o údržbě, provozu a rozvoji provozní aplikace, která bude uzavřena na dobu 25 let, příliš riziková, a zda je z jeho strany možné danou smlouvu v dané podobě akceptovat (navrhovatel totiž nemůže počítat s tím, že všechny části smluvního vztahu, které jsou pro něho problematické a rizikové, budou v jednací fázi zadávacího řízení odstraněny dle představ navrhovatele).
68. Uvedená otázka není pro přezkum Úřadu relevantní. Snaha navrhovatele získat na co nejvíce dotazů detailní odpověď (a tím vylepšit své postavení pro podání předběžných nabídek) je pochopitelná. Nicméně v této kvalifikační fázi JŘSU s detailním zodpovězením těchto dotazů nemůže navrhovatel počítat, neboť jsou otevřené k jednání pro všechny, kteří projdou kvalifikačním sítím a stanou se skutečně účastníky zadávacího řízení, které zadavatel vyzve k podání předběžných nabídek. Námitky na základě stručně zodpovězených dotazů, které navrhovatel uplatňuje, jsou předčasné, neboť JŘSU není ještě v jednací fázi. Až právě v jednací fázi tohoto JŘSU mezi zadavatelem a dodavatelem vyplyne finální a závazná podoba zadávacích a smluvních podmínek. Některá nastavení zadávacích, technických nebo smluvních podmínek

mohou navrhovateli být překážkou, ale jinému dodavateli naopak mohou vyhovovat. Jakkoliv je zřejmé, že u zvažování podání žádosti o účast může být pro dodavatele podstatná celá řada okolností, v této fázi je to primárně úvaha o tom, zda jde o předmět plnění, který je schopen realizovat, o jehož plnění má zájem a pro něž splňuje kvalifikační požadavky. Lze chápat, že i s touto fází se pojí nutnost vynaložit jisté náklady na zajištění všech potřebných dokumentů pro podání žádosti o účast, které by pak v případě, že by se s ohledem na další vývoj jednacího řízení rozhodl nepodat předběžnou nabídku, či nabídku finální, mohly ukázat jako zbytečně vynaložené. Takové však budou tyto náklady vždy, pokud se nestane vybraným dodavatelem, a jde tedy o podnikatelské riziko, které je vlastní každé soutěži o veřejnou zakázku.

69. Domnívám se, že rizika, o kterých navrhovatel hovoří, jsou běžná a standardní podnikatelská rizika navíc ve fázi, kdy navrhovateli z důvodu neznalosti odpovědí na jeho dotazy nehrozí újma. Žádost o účast vyjadřuje dodavatel jednak svůj zájem o samotné jednání a jednak o zakázku jako takovou. Zároveň pak prokazuje zadavateli, že splňuje jeho požadavky na kvalitu dodavatele (že jde o partnera, se kterým může zadavatel o předmětném plnění jednat) tím, že splňuje kvalifikační požadavky. Skutečnost, že navrhovatel projde kvalifikačním sítím, vůbec neznamená, že bude mít o veřejnou zakázku zájem i během (po) jednací fázi. Neznamená to ani, že navrhovatel bude nucen podat předběžnou nabídku či následně nabídku, pokud si rizika vyhodnotí jako příliš vysoká. Pokud vyhodnotí, že nemůže podat nabídku např. kvůli nezákonným zadávacím, technickým nebo smluvním podmínkám, pak je namísto podat v zákonné lhůtě námitky a případně návrh proti zadávacím podmínkám, nicméně takové úkony mají svůj smysl až tehdy, kdy bude zřejmé, že zadavatel již takovou spornou podmínku nehodlá změnit.
70. Pro podání žádosti o účast tato rizika nejsou rozhodující. Navrhovatel nemůže vnímat neúplnost či nekompletnost všech zadávacích podmínek jako hrozící újmu. Hrozící újma by připadala v úvahu, pokud by kvalifikační podmínky skutečně bránily navrhovateli podat žádost o účast např. stanovením nezákonných kvalifikačních kritérií, které by znemožnily navrhovateli se kvalifikovat. Nicméně navrhovatel netvrdí (a z namítaných podmínek nevyplývá), že by tyto směřovaly do kvalifikačních podmínek, je tu pouze existence určitého rizika a subjektivních překážek, ale v tom musí navrhovatel důsledně rozlišovat. Proto v této fázi JŘSU, vyřízením zmíněných dotazů pouze v této míře detailu, zadavatel nepochybil, a navrhovateli nehrozila újma. Z výše uvedených důvodů tedy nebyl aktivně legitimován k podání návrhu.

Shrnutí výroků I a III napadeného rozhodnutí

71. S ohledem na uvedené závěry k oběma výrokům napadeného rozhodnutí uvádím, že zadavatel postupoval při vypořádání předmětných žádostí o vysvětlení zadávací dokumentace zákonným způsobem a že námitky navrhovatele byly podány včas. Současně navrhovateli nemohla být způsobem vypořádání předmětných žádostí o vysvětlení předmětných dotazů specifikovaných ve výroku III způsobena újma, protože není splněna nezbytná podmínka existence vzniklé či hrozící újmy na právech navrhovatele, a tedy ani není dána aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

K výroku II napadeného rozhodnutí

72. S ohledem na rozsah rozkladu (výrok II napadeného rozhodnutí je již od 1. 11. 2023 v právní moci, neboť proti němu nebyl podán rozklad) jsem v tomto rozhodnutí rozhodl o výrocích I a III napadeného rozhodnutí, které nejsou pravomocné. K výroku II napadeného rozhodnutí uvádím, že je paralelně vedeno přezkumné řízení sp. zn. ÚOHS-V0005/2024/PZ, kde se bude o pravomocném výroku II napadeného rozhodnutí rozhodovat samostatně, neboť stojí na protichůdných závěrech, které jsem učinil v tomto rozhodnutí o výrocích I a III napadeného rozhodnutí.

VII. K trvání zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení

73. Úřad rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-S0489/2023/VZ, č. j. ÚOHS-33834/2023/500 ze dne 6. 9. 2023 nařídil z moci úřední předběžné opatření, jímž zadavateli zakázal do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Z důvodu právní jistoty upozorňuji zadavatele na skutečnost, že nařízené předběžné opatření doposud nepozbylo účinnosti a trvá i po vydání tohoto rozhodnutí o rozkladu navrhovatele.

VIII. Závěr

74. Po zvážení všech aspektů dané věci jsem dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí je nezákonné z důvodu nesprávného posouzení věci Úřadem, a to ve výroku I napadeného rozhodnutí a částečně ve výroku III napadeného rozhodnutí. Protože tuto jeho nezákonnost nebylo možné napravit přímo v řízení o rozkladu změnou napadeného rozhodnutí podle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, jelikož by tím navrhovateli hrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se (podat rozklad), nastaly podmínky podle § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání. Úřad se v jeho rámci bude řídit závazným právním názorem, který je vyjádřen v tomto rozhodnutí. Ohledně námitek přezkoumávaných v rámci zrušeného výroku I napadeného rozhodnutí v intencích celého tohoto rozhodnutí posoudí, zda navrhovateli mohla vzniknout újma při zodpovězení dotazů zadavatelem.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. JUDr. Jaromír Císař, Ph.D., advokát, CÍSAŘ, ČEŠKA, SMUTNÝ s.r.o., advokátní kancelář, Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha 4
2. Mazel a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., Belgická 276/20, 120 00 Praha 2

Vypraveno dne

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