



UOHSX003SJA4

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R174/2011/VZ-15018/2011/310/JSI

V Brně dne: 23. září 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 5. 8. 2011 podaném navrhovatelem –

- společností **ŠKODA TRANSPORTATION a. s.**, IČ 62623753, se sídlem Tylova 1/57, 301 28 Plzeň, za niž jedná Ing. Pavel Cibulka, a Josef Bernard, členové představenstva, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 27. 6. 2011 Mgr. Radkem Pokorným, advokátem se sídlem Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha,

proti výrokům 1. a 2. usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-12042/2011/510/Hod ze dne 4. 8. 2011, vydanému k zajištění účelu správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele –

- společnosti **České dráhy, a. s.**, IČ 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha, za niž jedná Ing. Petr Žaluda, předseda představenstva, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 14. 7. 2011 JUDr. Karlem Muzikářem, LL.M. (C.J.), advokátem se sídlem Weil, Gotshal & Manges, s. r. o., advokátní kancelář, Křižovnické nám. 193/2, 110 00 Praha,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Dodávka 16 kusů netrakových komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu**“, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 6. 6. 2011 podle § 34 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, o jehož zahájení zadavatel informoval prostřednictvím Oznámení o dobrovolné průhlednosti *ex ante*, uveřejněného v informačním systému o veřejných zakázkách dne 13. 6. 2011 pod ev. č. 60061239, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **Siemens Aktiengesellschaft Österreich**, se sídlem Siemensstrasse 90, A-1210 Wien, Republika Rakousko, zapsaná u Obchodního soudu Vídeň FB (FN) 60562m, za niž jedná Mag. Arnulf Wolfram, prokurista, a Mag. Andreas Pálffy, prokurista, ve správním

řízení zast. na základě plné moci ze dne 28. 7. 2011 JUDr. Petrou Veselou, zaměstnankyní spol. Siemens, s. r. o., IČ 00268577, se sídlem Siemensova 1, 155 00 Praha,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Výroky 1. a 2. usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-12042/2011/510/Hod ze dne 4. 8. 2011

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – společnost České dráhy, a. s., IČ 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách dne 13. 6. 2011 pod ev. č. 60061239 oznámení o dobrovolné průhlednosti *ex ante* týkající se veřejné zakázky s názvem „Dodávka 16 kusů netrakčních komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané na základě výzvy k jednání ze dne 6. 6. 2011 formou jednacím řízení bez uveřejnění podle § 34 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“).¹
2. Úřad jako orgán příslušný podle § 112 zákona obdržel dne 11. 7. 2011 návrh stěžovatele – společnosti ŠKODA TRANSPORTATION a. s., IČ 62623753, se sídlem Tylova 1/57, 301 28 Plzeň (dále jen „**navrhovatel**“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ve výše uvedené veřejné zakázce, neboť námítkám navrhovatele proti použití jednacím řízení bez uveřejnění v daném zadávacím řízení zadavatel nevyhověl. K uvedenému dni tedy Úřad oznámil zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (§ 113 odst. 1 zákona), za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele, a uchazeče, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější – společnost Siemens Aktiengesellschaft Österreich, zapsanou

¹ Pozn.: pokud je dále v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“ nebo „**orgán dohledu**“) nebo v době provedení úkonů jednotlivých účastníků řízení.

u Obchodního soudu Vídeň FB (FN) 60562m, se sídlem Siemensstrasse 90, A-1210 Wien, Österreich (dále jen „**vybraný uchazeč**“).

II. Napadené usnesení

3. Dne 4. 8. 2011 vydal Úřad k zajištění účelu správního řízení podle § 76 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) usnesení č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-12042/2011/510/Hod (dále jen „**napadené usnesení**“), kterým navrhovateli podle § 39 odst. 1 správního řádu stanovil lhůtu do 9. 8. 2011 k provedení úkonu – sdělení, zda disponuje ve výrobním programu homologovanou vlakovou soupravou, která splňuje zadávací podmínky, obsažené v příloze napadeného usnesení (výrok 1. napadeného usnesení) a dále mu stanovil lhůtu do 9. 8. 2011 k provedení úkonu – sdělení, zda dodává homologovanou a schválenou vlakovou soupravu, která splňuje zadávací podmínky dle přílohy usnesení a pokud ano, požadoval Úřad doložit cenu soupravy, možnosti lhůt dodávky a jak je zajištěno splnění dodávky ze strany navrhovatelova dodavatele (výrok 2. napadeného usnesení).
4. Úřad rovněž stanovil zadavateli lhůtu do 9. 8. 2011 k provedení úkonu – sdělení, zda na vlakové soupravy, které jsou předmětem veřejné zakázky, nebyla uplatněna opce, zda nejsou již dodány, zda cena vlakových souprav odpovídá ceně zajištěné opcí a není ze strany dodavatele nijak navýšena (výrok 3. napadeného usnesení).
5. Úřad konečně stanovil lhůtu do 9. 8. 2011 i vybranému uchazeči, a to k provedení sdělení, zda na vlakové soupravy, které jsou předmětem veřejné zakázky, už nebyla uplatněna opce, zda nejsou již dodány, zda cena vlakových souprav odpovídá ceně zajištěné opcí a není nijak navýšena ze strany dodavatele. Dále Úřad požadoval po vybraném uchazeči i informaci, zda termín uplatnění opce je konečný a po jeho marném uplynutí bude cena platná i nadále, nebo se podstatně změní a jak (výrok 4. napadeného usnesení).
6. Položení výše uvedených otázek a požadavek na podání potřebných informací zdůvodnil Úřad tím, že před vydáním rozhodnutí má podle § 50 odst. 4 správního řádu zhodnotit podklady pro vydání rozhodnutí, zejména důkazy a má přihlížet ke všemu co vyšlo v řízení najevo. Proto Úřad stanovil účastníkům lhůty tak, jak jsou uvedeny ve výroku napadeného usnesení.

III. Námitky rozkladu

7. Dne 5. 8. 2011 obdržel Úřad rozklad navrhovatele směřující proti výrokům 1. a 2. napadeného usnesení, ve kterém navrhovatel opakuje obsah požadavku Úřadu uvedeného v napadeném usnesení, pokud se týká informací a údajů, které Úřad požaduje sdělit ve vztahu k navrhovateli, tedy zda navrhovatel disponuje ve výrobním programu homologovanou a schválenou vlakovou soupravou vyhovující zadávacím podmínkám, a zda dodává homologovanou vlakovou soupravu splňující zadávací podmínky, včetně případné ceny soupravy, možnosti lhůt dodávky a podmínek zajištění dodávky ze strany navrhovatelova dodavatele. Navrhovatel k tomu dále uvádí, že s obsahem napadeného

rozhodnutí se seznámil při nahlížení do správního spisu dne 4. 8. 2011 a téhož dne si rovněž zajistil i kopii vyjádření zadavatele ze dne 1. 8. 2011, v němž zadavatel namítá, že navrhovatel údajně není aktivně legitimován k podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, neboť nesplňuje podmínky k podání návrhu, tj. nemá a neměl zájem na získání předmětné veřejné zakázky a nemůže mu ani vzniknout žádná právně relevantní újma. V další části rozkladu navrhovatel vyjadřuje přesvědčení, že je dostatečně aktivně legitimován k podání námitek proti úkonům zadavatele i k podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele. Navrhovatel tvrdí, že kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky, a kterému hrozí újma na jeho právech, může zadavateli podat zdůvodněné námitky, a to platí i pro následné podání návrhu. Navrhovatel dále uvádí, že požadavek Úřadu na prokázání schopnosti splnit předmět veřejné zakázky, adresovaný navrhovateli nemá oporu v zákonné úpravě a nevyplývá ani z odborné literatury. Požadavek na prokázání zájmu dodavatele, respektive schopnosti zajistit plnění veřejné zakázky, je podle něj rovněž v rozporu s příslušnými směrnici komunitárního práva.

8. To co navrhovatel uvedl ve vztahu k oprávněnosti podání námitek, případně k podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, platí dle něho i ve vztahu k hrozící újmě. Navrhovatel zdůrazňuje, že dle rozhodovací praxe Úřadu, stanovisek odborné literatury i při zohlednění úpravy zadávání veřejných zakázek v komunitárním právu, není dodavatel pro vznik svého oprávnění k podání námitek i návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele povinen svůj zájem na získání veřejné zakázky prokazovat neboť postačí jeho relevantní tvrzení o zájmu na získání veřejné zakázky.
9. Úřad se dle navrhovatele staví spíše do role zadavatele, pokud požaduje, aby navrhovatel prokázal svou schopnost zajistit plnění veřejné zakázky vymezením konkrétních technických specifikací. Vymezení plnění veřejné zakázky dle konkrétních technických specifikací (fakticky dle specifikace souprav Railjet) je navíc dle navrhovatele diskriminační ve vztahu k ostatním dodavatelům včetně navrhovatele. Tento postup dle navrhovatele vzbuzuje dojem, že se Úřad snaží získat podklady k tomu, aby mohl pro nedostatek aktivní legitimace navrhovatele řízení o návrhu zastavit.
10. Z výše uvedených důvodů považuje tedy navrhovatel napadené usnesení v rozsahu výroků 1. a 2. za nesprávné a v rozsahu těchto výroků podává proti němu rozklad a požaduje jeho zrušení.

IV. Řízení o rozkladu

11. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-12777/2011/510/HOd ze dne 15. 8. 2011 ostatním účastníkům správního řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu.
12. K rozkladu navrhovatele podal dne 11. 8. 2011 své vyjádření zadavatel, který uvádí, že napadeným usnesením uložil Úřad navrhovateli povinnost poskytnout mu informace, které směřují k posouzení otázky, zda je navrhovatel alespoň potenciálně schopen dodat předmět plnění odpovídající zadávacím podmínkám v přezkoumávané veřejné zakázce. Pokud

navrhovatel není schopen předmět přezkoumávané veřejné zakázky ani teoreticky splnit, pak nemůže mít na jejím zadání zájem. Zadavatel přitom uvádí, že navrhovatel předmětným výroky usnesení (výroky č. 1 a č. 2) nevyhověl, což nenasvědčuje jeho zájmu na zadání veřejné zakázky. Zadavatel přitom zdůrazňuje, že pokud má navrhovatel na získání zakázky skutečně zájem, pak musí tuto skutečnost sám doložit, tj. nese stran této skutečnosti důkazní břemeno. Nestačí tedy jeho paušální tvrzení o údajném zájmu o veřejnou zakázku, případně tvrzení o hrozící újmě, které není podloženo žádnými objektivními konkrétními okolnostmi, a to zejména za situace, kdy spisový materiál obsahuje množství dokladů svědčících o opaku. Navrhovatel toto důkazní břemeno dle zadavatele neunesl, a to přes výslovnou výzvu učiněnou Úřadem. Navrhovatel není dle názoru zadavatele ani potenciálně schopen poptávaný předmět zakázky (16 kusů ucelených netrakových jednotek s maximální rychlostí 230 km/h) dodat a pouze se snaží dosáhnout přehodnocení potřeb zadavatele. Rozklad navrhovatele tedy zadavatel doporučuje zamítnout, neboť navrhovatel v něm neuvádí žádný právní důvod, proč by měly být výroky usnesení označené jako č. 1 a č. 2 považovány za nezákonné.

13. Dne 17. 8. 2011 podal k rozkladu vyjádření také vybraný uchazeč, který úvodem uvádí, že jak vybraný uchazeč, tak i zadavatel ve lhůtě stanovené Úřadem na stanovené otázky odpověděli a lhůta poskytnutá na jejich zodpovězení byla tedy dostatečná. Tvrzení navrhovatele, že Úřad nemá oprávnění pokládat navrhovateli předmětné otázky je nepřezkoumatelné, neboť není jasné, čeho se vlastně navrhovatel domáhá. Otázky obsažené v usnesení jsou podle vybraného uchazeče oprávněné a přiměřené ve vztahu k účelu jejich zjišťování. Smyslem položených otázek je, že Úřad chce jejich prostřednictvím prokázat, že navrhovatel je schopen zajistit plnění předmětné veřejné zakázky. Navrhovatel se dle názoru vybraného uchazeče svým postupem dostává do rozporu s vlastními tvrzeními, když na jedné straně tvrdí, že plnění je schopen dodat a na druhou stranu podává rozklad proti usnesení, v němž mu jsou k tomuto tvrzení položeny doplňující otázky. Vybraný uchazeč má za to, že podáním rozkladu se navrhovatel snaží účelově prodloužit samotné správní řízení a proto navrhuje, aby rozklad byl zamítnut.
14. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
15. 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 výroků 1. a 2. napadeného usnesení s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
16. Úřad tím, že výroky 1. a 2. usnesení č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-12042/2011/510/Hod ze dne 4. 8. 2011 stanovil navrhovateli lhůtu do 9. 8. 2011 k provedení úkonu – sdělení, zda disponuje ve výrobním programu homologovanou vlakovou soupravou, která splňuje zadávací podmínky, obsažené v příloze napadeného usnesení, a dále mu stanovil lhůtu do 9. 8. 2011 k provedení úkonu – sdělení, zda dodává homologovanou a schválenou vlakovou soupravu, která splňuje zadávací podmínky dle přílohy usnesení a pokud ano, požadoval

Úřad doložení ceny soupravy, možnosti lhůt dodávky a způsobu, jak je zajištěno splnění dodávky ze strany navrhovatele dodavatele, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného usnesení jsem se v plném rozsahu ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke změně nebo zrušení výroků 1. a 2. napadeného usnesení.

V. K námitkám rozkladu

17. Předně považuji za nutné upozornit na skutečnost, že Úřad při vydání napadeného usnesení v rámci správního řízení postupoval v souladu s příslušnými ustanoveními správního řádu. Podle § 3 správního řádu, nevyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu. Orgán dohledu tedy položil navrhovateli i ostatním účastníkům správního řízení doplňující otázky, které měly prokázat, zda jsou schopni v požadované míře zajistit plnění, které je předmětem veřejné zakázky.
18. V souladu s ustanovením § 39 odst. 1 správního řádu pak byla všem účastníkům poskytnuta naprosto stejná a přiměřená lhůta, kterou také účastníci využili. Pokud tedy Úřad zamýšlel v souladu se zásadou materiální pravdy ověřit skutečný stav věci při dodávce předmětu plnění veřejné zakázky, nelze tomuto postupu Úřadu nic vytknout a plně se s tímto postupem ztotožňuji.
19. K samotnému znění napadeného usnesení Úřadu uvádím, že z textu výroku č. 1 a výroku č. 2 usnesení, které byly napadeny rozkladem navrhovatele, nelze v žádném případě předjímat další procesní postup Úřadu v rámci správního řízení či meritorní závěry Úřadu v dané věci, jak tvrdí navrhovatel. Prostřednictvím uvedených výroků napadeného usnesení využil Úřad svého nesporného oprávnění získat potřebné informace a podklady pro bližší posouzení věci a je tedy nepochybné, že postupoval v souladu s výše uvedenými ustanoveními § 39 odst. 1 a § 3 správního řádu.

VI. Závěr

20. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu výroků 1. a 2. napadeného usnesení Úřadu z důvodů uváděných v rozkladu.
21. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno výroky 1. a 2. napadeného usnesení změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUDr. Karel Muzikář, LL.M. (C.J.), advokát, Křižovnické nám. 193/2, 110 00 Praha
2. Mgr. Radek Pokorný, advokát, Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha
3. Siemens, s. r. o., Siemensova 1, 155 00 Praha

Vypraveno dne:

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