



UOHSX003SG30

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R177/2011/VZ-14935/2011/310/JSI

V Brně dne: 23. září 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 9. 8. 2011 podaném zadavatelem –

- společností **České dráhy, a. s.**, IČ 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha, za níž 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,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-11661/2011/510/HOd ze dne 8. 8. 2011, kterým bylo podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – společnosti **České dráhy, a. s.**, IČ 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha, nařízeno předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na realizaci veřejné zakázky s názvem „**Dodávka 16 kusů netrakčních komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu**“, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 6. 6. 2011 podle § 34 citovaného zákona o veřejných zakázkách, 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 jsou navrhovatel –

- společnost **ŠKODA TRANSPORTATION a. s.**, IČ 62623753, se sídlem Tylova 1/57, 301 28 Plzeň, za níž 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, a vybraný uchazeč –
- společnost **Siemens Aktiengesellschaft Österreich**, se sídlem Siemensstrasse 90, A-1210 Wien, Republika Rakousko, zapsaná u Obchodního soudu Vídeň FB (FN) 60562m, za níž

jednají 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. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, s přihlédnutím k § 90 odst. 1 písm. a) a § 152 odst. 4 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-11661/2011/510/HOd ze dne 8. 8. 2011

r u š í 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 netrakovních komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané na základě výzvy k jednání ze dne 6. 6. 2011 formou jednacího 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. 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 u Obchodního soudu Vídeň FB (FN) 60562m, se sídlem Siemensstrasse 90, A-1210 Wien, Österreich (dále jen „**vybraný uchazeč**“).

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.

II. Napadené rozhodnutí

3. Po předběžném přezkoumání případu získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem v souvislosti s použitím jednacích řízení bez uveřejnění, a proto k zajištění účelu správního řízení vydal dne 8. 8. 2011 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-11661/2011/510/HOd, kterým na základě ust. § 117 odst. 1 písm. a) zákona uložil zadavateli předběžným opatřením zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení (dále též jen „napadené rozhodnutí“).
4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že na základě pochybností o souladu postupu zadavatele se zákonem v souvislosti s použitím jednacích řízení bez uveřejnění při zadávání šetřené veřejné zakázky rozhodl v rozsahu nezbytném pro zajištění efektivnosti a ochrany účelu správního řízení o předběžném opatření uvedeném ve výroku rozhodnutí tak, aby smlouva na plnění šetřené veřejné zakázky nebyla uzavřena dříve, než bude případ řádně prošetřen, případně než bude zjednána náprava, tj. před vydáním rozhodnutí ve věci. Dále Úřad uvedl, že pokud by v daném správním řízení předběžné opatření nenařídil, mohlo by dojít ke zmaření účelu správního řízení, kterým je přezkoumání zákonnosti postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Nevydáním předběžného opatření by mohlo dle Úřadu dojít rovněž k ohrožení efektivnosti správního řízení, např. v důsledku nezajištění zákonné soutěže mezi dodavateli, pokud by se ve správním řízení prokázalo, že zadavatel při volbě způsobu zadání dané veřejné zakázky postupoval v rozporu se zákonem. Z uvedených důvodů Úřad rozhodl o upravení postavení osob, vůči nimž předběžné opatření směřuje, v nezbytném rozsahu.

III. Námitky rozkladu

5. Proti rozhodnutí č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-11661/2011/510/HOd ze dne 8. 8. 2011 obdržel Úřad v zákonné lhůtě rozklad zadavatele. V podaném rozkladu zadavatel zejména namítá, že navrhovatel není osobou oprávněnou podat návrh na přezkum úkonů zadavatele a jeho návrh tak musí být zamítnut podle ust. § 118 odst. 4 písm. c) zákona. Zadavatel vyvozuje, že pokud musí Úřad návrh zamítnout, nemůže být odůvodněno vydání předběžného opatření, které je v takové situaci nezákonné, protože nesměřuje k zajištění účelu řízení. Ke skutečnosti, že navrhovatel není osobou oprávněnou podat návrh, zadavatel mj. uvádí, že se v případě navrhovatele nejedná o dodavatele, který má nebo měl zájem na získání zakázky, a kterému zároveň v důsledku porušení zákona zadavatelem hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, navrhovatel také není předmětnou zakázku schopen splnit, a tudíž zájem o získání předmětné zakázky vůbec nemá, přičemž neschopnost navrhovatele plnit požadovaný předmět veřejné zakázky dokládají znalecké posudky, které zajistil sám navrhovatel. Zadavatel se domnívá, že za situace, kdy navrhovatel není schopen požadovaný předmět zakázky plnit, je z podstaty věci vyloučeno, aby mu mohla vzniknout nějaká právně relevantní újma na jeho právech.
6. Zadavatel v podaném rozkladu vyjadřuje rovněž domněnku, že napadené rozhodnutí zcela postrádá sdělení věcných důvodů, které Úřad vedly k vydání předběžného opatření, a současně se Úřad v napadeném rozhodnutí nevypořádal se skutečnostmi, že správní řízení je vedeno na návrh osoby zjevně neoprávněné a navrhovateli nehrozí žádná právně

relevantní újma, zatímco na straně zadavatele hrozí škoda velkého rozsahu. Před případným vydáním předběžného opatření je Úřad podle názoru zadavatele povinen posuzovat proporcionalitu potenciální újmy, která může vzniknout předběžným opatřením účastníkům řízení v porovnání s újmou, která by mohla vzniknout tehdy, pokud by předběžné opatření nebylo vydáno. Zadavatel se domnívá, že spisový materiál neobsahuje žádný podklad, který by zpochybňoval splnění podmínek podle ust. § 23 odst. 5 písm. e) zákona, a proto je vydání předběžného opatření nedůvodné. Úřad se podle zadavatele nijak nezbyval otázkou vzniku újmy na straně zadavatele a vybraného uchazeče a porovnáním její intenzity s domnělou újmou na straně navrhovatele. Předběžné opatření je tak podle zadavatele zjevně nezákonné. Zadavatel proto navrhuje, aby předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže napadené rozhodnutí o předběžném opatření zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

7. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-12778/2011/510/HOd ze dne 15. 8. 2011 ostatním účastníkům správního řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu.
8. Dne 18. 8. 2011 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče k rozkladu zadavatele, v němž je mj. uvedeno, že se vybraný uchazeč s rozkladem a jeho odůvodněním ztotožňuje, přičemž podle jeho názoru by měl správní orgán před vydáním předběžného opatření posuzovat poměr hrozící újmy, která může vzniknout navrhovateli, s újmou, která může vzniknout zadavateli či jinému účastníkovi správního řízení. Vybraný uchazeč se domnívá, že jelikož navrhovatel nepředložil příslušné důkazy, jako náležitosti návrhu na nařízení předběžného opatření, a proto nemělo být předběžné opatření vůbec vydáno. Podle názoru vybraného uchazeče by mělo být předběžné opatření bez meškání zrušeno, neboť nepřiměřeně zasahuje do autonomní vůle dalších účastníků správního řízení. Vybraný uchazeč proto navrhuje, aby odvolací orgán rozkladu zadavatele v plném rozsahu vyhověl a napadené rozhodnutí zrušil.
9. Dne 22. 8. 2011 Úřad obdržel rovněž vyjádření navrhovatele k podanému rozkladu, v němž navrhovatel uvádí, že tvrzení zadavatele týkající se údajné nezákonnosti pro nedostatek aktivní legitimace navrhovatele považuje za neopodstatněná, neboť neodpovídají předchozím faktickým tvrzením navrhovatele, ani relevantnímu výkladu podmínek vzniku aktivní legitimace k podání návrhu podle ust. § 114 odst. 3 zákona a dosavadní ustálené rozhodovací praxi Úřadu k této otázce. Navrhovatel opakuje, že není povinen svůj zájem na získání veřejné zakázky prokazovat a není mu znám žádný případ, kdy by Úřad prokázání těchto skutečností v rámci řízení vyžadoval. Navrhovatel uvádí, že svůj zájem na získání dané zakázky opakovaně v řízení potvrdil, když jednoznačně deklaroval svůj zájem a schopnost v kooperaci se zahraničním partnerem nabídnout zadavateli vhodné a osvědčené řešení pro vlakové soupravy pro mezinárodní dopravu pro rychlost až 230 km/h a s variabilitou vnitřního uspořádání podle požadavků zadavatele, a to ve standardních dodacích lhůtách. Navrhovatel se tudíž domnívá, že je jednoznačně osobou oprávněnou k podání návrhu. Podle názoru navrhovatele je rozhodnutí o předběžném opatření dostatečně odůvodněné a plně odpovídá jak zákonným požadavkům, tak dosavadní rozhodovací praxi Úřadu. Současně

navrhovatel dodává, že předmětem rozhodování Úřadu v těchto případech není hodnocení meritorních otázek souladu postupu zadavatele se zákonem, které má Úřad posoudit až v rozhodnutí ve věci samé. K vydání předběžného opatření podle navrhovatele postačuje skutečnost, zda by uzavření smlouvy dříve, nežli bude věc Úřadem řádně meritorně prošetřena, mohlo mít za následek ohrožení zájmů chráněných zákonem, tj. zákonné soutěže mezi dodavateli. K údajné nedůvodnosti a neproporcionálnosti rozhodnutí o předběžném opatření navrhovatel zejména uvedl, že toto rozhodnutí splňuje zákonné předpoklady a je plně konformní s dosavadní rozhodovací praxí Úřadu. Navrhovatel proto navrhuje, aby předseda Úřadu podaný rozklad zamítl a rozhodnutí o předběžném opatření potvrdil.

10. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb. správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
11. 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 s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
12. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-11661/2011/510/HOd ze dne 8. 8. 2011 uložil zadavateli předběžným opatřením zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, neboť po předběžném přezkoumání případu získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem v souvislosti s použitím jednacímho řízení bez uveřejnění, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Tento závěr však směřuje výhradně k procesnímu a skutkovému stavu předmětného správního řízení v době vydání napadeného rozhodnutí. Pokud jde o oprávněnost trvání účinnosti nařízeného předběžného opatření, dospěl jsem na základě přezkoumání celého případu k závěru, že okolnosti existující v době jeho vydání pominuly a není tedy nadále nutné, aby byly poměry účastníků správního řízení zatímně upraveny. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

13. Ustanovení § 117 odst. 1 písm. a) zákona stanoví, že Úřad může před vydáním rozhodnutí podle § 118 v rozsahu nezbytně nutném na návrh účastníka řízení nebo z moci úřední k zajištění účelu řízení nařídit zadavateli předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení. Dále § 117 odst. 4 zákona taktéž stanoví, že odvolání (zde rozklad) proti předběžnému opatření nemá odkladný účinek. Ačkoliv pro uložení předběžného opatření obsahuje zákon o veřejných zakázkách vlastní komplexní úpravu, podobně je institut předběžného opatření upraven také v § 61 správního řádu, podle kterého je správní orgán oprávněn z moci úřední nebo na požádání účastníka před skončením řízení rozhodnutím nařídit předběžné opatření, je-li třeba, aby byly zatímně upraveny poměry účastníků, nebo je-li obava, že by bylo ohroženo provedení exekuce. Předběžným opatřením lze přitom účastníkovi nebo jiné osobě přikázat, aby něco vykonal,

něčeho se zdržel nebo něco strpěl, anebo zajistit věc, která může sloužit jako důkazní prostředek, nebo věc, která může být předmětem exekuce.

14. Smyslem předběžného opatření, jímž je zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, je zabránění vzniku složitých obchodně-právních vztahů, které jsou v rozporu s obecně závazným právním předpisem, v tomto případě se zákonem. Na straně Úřadu přitom postačuje pouhá pochybnost, že by smlouva na plnění šetřené veřejné zakázky mohla být uzavřena dříve, než bude případ řádně prošetřen, případně než bude zjednána náprava, a že by pokračováním v postupu zadání veřejné zakázky mohlo dojít k bezprostřednímu ohrožení zájmů uchazečů.
15. Před vydáním rozhodnutí ve věci samé je orgánu dohledu vymezen prostor pro volbu konkrétních procesních prostředků, které mu zákon umožňuje, a které se mu jeví jako nejúčelnější, přičemž úvaha o tom, zda k vydání předběžného opatření přistoupit či nikoli, spadá do mezí tzv. diskreční pravomoci orgánu dohledu (tj. správního uvážení). Do výše zmíněné diskreční pravomoci správního orgánu však stejně tak patří i úvaha, zda po vydání předběžného opatření nenastaly podmínky pro jeho zrušení, pokud by později vyšly najevo skutečnosti, na základě kterých by správní orgán usoudil, že pominuly důvody, pro které bylo nařízeno. Tomuto výkladu koresponduje i § 58 správního řádu, podle něhož správní orgán užije zajišťovací prostředky (včetně předběžného opatření) pouze v případech, kdy to vyžaduje, a v rozsahu, v jakém to vyžaduje zajištění průběhu a účelu řízení.
16. K námitkám zadavatele ohledně nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí dále konstatuji, že narozdíl od rozhodnutí ve věci samé, se Úřad v rozhodnutí, jímž je nařízeno předběžné opatření, zabývá pouze otázkou, zda vznik složitých a těžko napravitelných právních vztahů hrozí. Taktéž, oproti konečnému rozhodnutí, nemusí rozhodnutí předběžné povahy (jež podléhá kontrole ve správním soudnictví až společně s meritorním rozhodnutím) obsahovat podrobné a naprosto vyčerpávající odůvodnění ve smyslu § 68 odst. 3 správního řádu, tím méně odůvodnění, které jakkoli předjímá či dokonce supluje závěry, které mají být vysloveny teprve v rozhodnutí konečném. Taktéž nelze ve fázi předběžného posouzení věci plně aplikovat obecnou zásadu obsaženou v ust. § 3 správního řádu, podle níž je orgán dohledu povinen postupovat tak, aby zjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Tato zásada nemůže, jak již bylo řečeno jinými slovy výše, nalézt plný odraz ve fázi řízení, která ke zjištění stavu věci a jeho kvalifikovanému posouzení teprve směřuje. Vždy je však na základě výše uvedených pravidel (které odvětví správního práva pro předběžná opatření skýtá) nutné z moci úřední zkoumat podmínky vedení řízení a stejně tak i podmínky pro to, zda je nutné poměry účastníků zatímně upravovat či nikoliv.
17. Na základě ust. § 117 odst. 3 zákona platí, že Úřad zruší předběžné opatření, jakmile pomine důvod, pro který bylo nařízeno. Dne 5. 9. 2011 vydal Úřad ve věci meritorní rozhodnutí č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-13132/2011/510/HO_d, kterým rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele ze dne 11. 7. 2011 na základě ust. § 118 odst. 1 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Se zřetelem k závěrům meritorního rozhodnutí proto konstatuji, že z tohoto rozhodnutí vyplývá mj. i závěr Úřadu o tom, že důvody existující v době vydání napadeného rozhodnutí o předběžném opatření již pominuly

a Úřad by již jinak neshledal podmínky pro to, aby byly poměry účastníků správního řízení nadále zatímně upraveny. Jelikož však bylo před vydáním rozhodnutí meritorního rozhodnutí o předběžném opatření napadeno opravným prostředkem a věc již byla předložena odvolacímu správnímu orgánu, neměl Úřad možnost předběžné opatření v souladu s ust. § 117 odst. 3 zákona zrušit sám, mám po přezkoumání dané problematiky projednávané věci zato, že je na místě tento postup aplikovat nyní v rámci rozhodování o rozkladu zadavatele.

18. Souladně se závěry rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-13132/2011/510/HOd ze dne 5. 9. 2011 (které však dosud nenabýlo právní moci) pak uvádím, že po předběžném posouzení věcné problematiky – tedy zejména pochybností o souladu postupu zadavatele se zákonem v souvislosti s použitím jednacích řízení bez uveřejnění při zadávání šetřené veřejné zakázky, striktně však pouze v intencích přezkumu rozkladu proti napadenému rozhodnutí – neshledávám důvody pro to, aby byly poměry účastníků předmětného správního řízení nadále zatímně upraveny, a jsem toho názoru, že napadené rozhodnutí může být *per analogiam legis* s odkazem na ust. § 117 odst. 3 zákona zrušeno.

VI. Závěr

19. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že důvody pro nařízení předběžného opatření již pominuly, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí.
20. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí 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