



UOHSX003SJBZ

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R191/2011/VZ-15019/2011/310/JSI

V Brně dne: 23. září 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 17. 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 usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-12679/2011/510/HOd/MGr ze dne 12. 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:

Usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-12679/2011/510/HOd/MGr ze dne 12. 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 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, neboť námitkám navrhovatele proti použití jednacího 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

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.

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**“).

II. Napadené usnesení

3. Dne 12. 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-12679/2011/510/HOd/MGr (dále jen „**napadené usnesení**“), kterým navrhovateli podle § 39 odst. 1 správního řádu stanovil lhůtu do 17. 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 17. 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. Položení výše uvedených otázek a požadavek na podání potřebných informací zdůvodnil Úřad tím, že dle § 112 zákona již ve stejném správním řízení usnesením č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-12042/2011/510/HOd ze dne 4. 8. 2011 usnesením uložil navrhovateli lhůtu k provedení totožných úkonů, navrhovatel však ve stanovené lhůtě povinnost uloženou výše uvedeným usnesením nesplnil a požadované sdělení Úřadu do dne vydání napadeného usnesení nedoručil. Vzhledem k tomu, že před vydáním rozhodnutí má Úřad dle § 50 odst. 4 správního řádu zhodnotit podklady pro vydání rozhodnutí, zejména důkazy, a má přihlížet ke všemu, co vyšlo v řízení najevo, včetně toho, co uvedli účastníci, a s ohledem na to, že výše zmíněné skutečnosti jsou důležitým podkladem k posouzení celé věci a rozhodnutí v daném správním řízení, stanovil Úřad navrhovateli v souladu s ustanovením § 39 správního řádu novou lhůtu k doložení skutečností požadovaných tak, jak je stanoveno ve výroku usnesení.

III. Námitky rozkladu

5. Proti napadenému usnesení obdržel Úřad rozklad navrhovatele, ve kterém navrhovatel namítá, že usnesení je zatíženo zásadními právními vadami a je z tohoto důvodu nezákonné, a dále že ukládá navrhovateli povinnosti, aniž by jejich uložení mělo jakýkoliv zákonný podklad. Jako další nedostatek navrhovatel namítá, že se Úřad významným způsobem odchyluje od své dosavadní rozhodovací praxe a jedná tak v rozporu s principem předvídatelnosti správních rozhodnutí, jenž je zakotven v ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu. Vymezení zadávacích podmínek v příloze napadeného usnesení vnímá navrhovatel jako diskriminační a proto je rovněž v tomto ohledu požadavek na jejich splnění nedůvodný.
6. Ke svému tvrzení o nezákonnosti usnesení navrhovatel uvádí, že Úřad postupoval v rozporu s § 76 správního řádu, pokud povinnosti dle napadeného usnesení ukládá navrhovateli ve formě usnesení, když se v daném případě nejedná o situaci ve správním řízení, kdy dle něj lze usnesením rozhodnout. Navrhovatel namítá, že povinnost uložená napadeným usnesením

mu byla již v totožném rozsahu jednou uložena usnesením Úřadu č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-12042/510/HOd dne 4. 8. 2011, přičemž se k usnesení č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-12042/510/HOd ze dne 4. 8. 2011 již relevantně vyjádřil svým podáním ze dne 5. 8. 2011 a zároveň podal proti tomuto usnesení rozklad, o kterém nebylo předsedou Úřadu doposud rozhodnuto. Navrhovatel uvádí, že vzhledem k podání rozkladu navrhovatelem proti usnesení č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-12042/510/HOd ze dne 4. 8. 2011 a s přihlédnutím k tomu, že stanovené povinnosti nemohly být uloženy formou usnesení, má i podaný rozklad odkladný účinek ve smyslu § 85 odst. 1 správního řádu do doby rozhodnutí o rozkladu. Do doby rozhodnutí o rozkladu proti usnesení č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-12042/510/HOd ze dne 4. 8. 2011 tak nemůže mít napadené usnesení žádnou právní relevanci.

7. Navrhovatel dále namítá, že požadavek Úřadu na prokázání schopnosti splnit předmět veřejné zakázky adresovaný navrhovateli nemá oporu v zákonné úpravě, ani v příslušných směrnících komunitárního práva, a je nestandardní. Argumentuje přitom tím, že mu není znám žádný případ, kdy by Úřad ve své dosavadní rozhodovací praxi v obdobných případech prokázání těchto skutečností v rámci řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vyžadoval. Navrhovatel uvádí, že v případě návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele jsou požadavky § 114 odst. 3 zákona dostatečně naplněny tím, že navrhovatel relevantně tvrdí svůj zájem na získání veřejné zakázky a hrozbu/vznik újmy na svých právech. S ohledem na výše uvedené je navrhovatel jednoznačně přesvědčen, že je subjektem oprávněným k podání návrhu, pokud v podaných námitkách a návrhu svůj zájem na získání předmětné veřejné zakázky a s tím související vznik újmy tvrdil. Tato tvrzení jsou přitom dostatečně relevantní a opírají se o objektivní skutečnosti s ohledem na to, že navrhovatel je tradičním výrobcem kolejových vozidel a je schopen, eventuálně ve spolupráci s jinými dodavateli, dodat zadavateli požadované plnění. Splnění náležitostí § 114 odst. 3 zákona a vznik aktivní legitimity navrhovatele k podání návrhu potvrzuje dle něj i posudek Doc. Mikuleho, jakož i judikatura ESD. Svým požadavkem, aby navrhovatel prokázal svoji schopnost zajistit plnění veřejné zakázky vymezené konkrétními technickými specifikacemi uvedenými v příloze napadeného usnesení, by se Úřad fakticky stavěl do pozice zadavatele, když by vlastně posuzoval splnění kvalifikačních předpokladů dodavatele. Navrhovatel dále potvrzuje, že je schopen v kooperaci se zahraničním partnerem nabídnout zadavateli vhodné a osvědčené řešení pro vlakové soupravy pro mezinárodní dopravu pro rychlost až 230 km/h s variabilitou vnitřního uspořádání dle požadavků zadavatele, a to ve standardních dodacích lhůtách. Navrhovatel dodává, že je připraven svoji nabídku předložit v řádném zadávacím řízení dle zákona vyhlášeným zadavatelem, kterého se budou moci účastnit všichni dodavatelé mající zájem o realizaci veřejné zakázky.
8. Navrhovatel upozorňuje na znění § 2 odst. 4 správního řádu, dle něhož správní orgán dbá, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem, a aby odpovídalo okolnostem daného případu, jakož i na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikly nedůvodné rozdíly. Navrhovatel má za to, že uložení povinnosti napadeným usnesením neodpovídá ani dosavadní rozhodovací praxi Úřadu, ani požadavkům směrnic komunitárního práva, protože uložení povinnosti fakticky směřuje k omezení možnosti dodavatelů domáhat se přezkumu postupu zadavatele, který je ve zjevném rozporu se zákonem o veřejných zakázkách.

9. Navrhovatel dále namítá, že vymezení plnění veřejné zakázky dle konkrétních technických specifikací je navíc ve vztahu k ostatním dodavatelům vč. navrhovatele diskriminační a poukazuje na následující skutečnosti. Požadavek na homologaci vlakových souprav ke dni podání nabídky ve vybraných státech je nestandardní a zcela neobvyklý a to jak v případě předchozích zadávacích řízení vyhlášených zadavatelem, tak v případě tendrů na srovnatelné výrobky uskutečněné ve státech EU. Pravidlem je naopak postup, že v tendrech vítězí uchazeči, kteří nabízejí vozidlo, jehož vývoj a homologace jsou realizovány až s dodávkou zadavateli. Z hlediska zadávacích řízení na srovnatelné výrobky je také standardní, že zadavatel u dodávaných výrobků požaduje splnění aktuálních technických norem (vč. TSI). Není-li tento požadavek v napadeném usnesení uveden, pak Úřad velmi pravděpodobně vychází z vymezení zadávacích podmínek zadavatele, které tento požadavek taktéž neuvádí a to patrně z důvodů umožnění souprav Railjet, které jsou starší specifikace a nejnovější technické normy TSI nesplňují. Ani v napadeném usnesení odkazovaná minimální sedačková kapacita (celkem 461 míst) není v případě souprav Railjet ve specifikaci pro Rakouské spolkové dráhy (celkem 408 míst) splněna. Navrhovatel se domnívá, že požadavek zadavatele na nákup 16 kusů souprav dosahující rychlosti 230 km/h není opodstatněný a v tomto ohledu je diskriminační. Z uvedeného dle navrhovatele vyplývá, že vymezení zadávacích podmínek v napadeném usnesení tak z více důvodů omezuje počet dodavatelů schopných zadávací podmínky splnit a naopak nestandardně stanoví podmínky výhodné pro soupravy Railjet, a to zjevně diskriminačním způsobem vůči ostatním dodavatelům vč. navrhovatele.
10. Závěrem navrhovatel znovu namítá, že opakovaná žádost Úřadu uvedená v napadeném usnesení na prokázání toho, že navrhovatel je schopen zajistit splnění dané veřejné zakázky, je s ohledem na ustálený výklad zákona o veřejných zakázkách a postup Úřadu v jiných případech nestandardní a neopodstatněná. Navrhovatel nabyl dojmu, že uvedeným postupem se Úřad snaží získat podklady k tomu, aby mohl pro nedostatek aktivní legitimace navrhovatele řízení o návrhu zastavit, a to ačkoliv se v daném případě jedná ze strany zadavatele o flagrantní porušení zákona o veřejných zakázkách spojené se vznikem škody v řádech stovek milionů korun.
11. Z uvedených důvodů považuje tedy navrhovatel napadené usnesení za nesprávné a požaduje jeho zrušení.

IV. Řízení o rozkladu

12. 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.
13. 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 usnesení s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

14. Úřad tím, že svým usnesením č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-12679/2011/510/HOd/MGr ze dne 12. 8. 2011 stanovil navrhovateli lhůtu do 17. 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 17. 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 navrhovatelova 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 napadeného usnesení.

V. K námitkám rozkladu

15. 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, nevyplyvá-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 doplňující otázky, které měly prokázat, zda je schopen v požadované míře zajistit plnění, které je předmětem veřejné zakázky. Dále uvádím, že Úřad, ačkoliv již určité podklady z předešlého řízení ve věci měl k dispozici, vyžádal si sdělení znovu tak, aby byl zjištěn stav věci, o kterém nejsou důvodné pochybnosti.
16. V souladu s ustanovením § 39 odst. 1 správního řádu pak byla navrhovateli opakovaně poskytnuta přiměřená lhůta, kterou však navrhovatel nevyužil a poskytnutí požadovaných informací tak fakticky odepřel. Pokud však Úřad zvoleným postupem zamýšlel v souladu se zásadou materiální pravdy ověřit skutečný stav věci při dodávce předmětu plnění veřejné zakázky, nelze tomuto postupu Úřadu ani jeho opakování nic vytknout a plně se s tímto postupem ztotožňuji.
17. K samotnému znění napadeného usnesení Úřadu uvádím, že z jeho výroků napadených 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 výroků napadeného usnesení využil Úřad svého 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.
18. Pro úplnost dodávám, že nesdílím ani navrhovatelem předložené právní hodnocení účinků opravného prostředku (zde rozkladu) podaného proti napadenému i jemu předcházejícímu obdobnému usnesení, neboť na základě ust. § 76 odst. 5 věty druhé správního řádu platí, že odvolání proti usnesení nemá odkladný účinek, přičemž správní řád ani v ust. § 39 odst. 1 nestanoví, že by tomu mělo být v projednávaném případě jinak.

VI. Závěr

19. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného usnesení Úřadu z důvodů uváděných v rozkladu.
20. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které b bylo nutno napadené 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. Mgr. Radek Pokorný, advokát, Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha

Vypraveno dne:

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