



UOHSX0042FU1

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R215/2011/VZ-3094/2012/310/JSI/ASc

V Brně dne: 21. února 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 20. 9. 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. Mgr. Radkem Pokorným, advokátem se sídlem AK Pokorný, Wagner & spol., Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-13132/2011/510/HOd ze dne 5. 9. 2011 ve věci 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. JUDr. Karlem Muzikářem, LL.M. (C.J.), advokátem se sídlem AK WEIL, GOTSHAL & MANGES s. r. o., Křižovnické nám. 193/2, 110 00 Praha,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Dodávka 16 kusů netrakčních komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu**“, zadávané formou jednacího řízení bez uveřejnění podle § 21 odst. 1 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, na základě výzvy k jednání ze dne 6. 6. 2011, 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 –

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-13132/2011/510/HOd ze dne 5. 9. 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 podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ v informačním systému o veřejných zakázkách dne 13. 6. 2011 pod ev. č. 60061239 Oznámení o dobrovolné průhlednosti EX ANTE týkající se jednacímho řízení bez uveřejnění na realizaci veřejné zakázky s názvem „Dodávka 16 kusů netrakovních komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), které bylo zahájeno výzvou k jednání ze dne 6. 6. 2011.
2. Úřad jako orgán příslušný podle § 112 zákona obdržel dne 11. 7. 2011 návrh společnosti ŠKODA TRANSPORTATION a. s., IČ 62623753, se sídlem Tylova 1/57, 301 28 Plzeň (dále jen „**navrhovatel**“), na přezkoumání úkonů zadavatele ve výše označené veřejné zakázce, neboť zadavatel nevyhověl námitkám navrhovatele podaným proti záměru zadavatele uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky. Navrhovatel se domníval, že nejsou splněny podmínky pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění stanovené v § 23 odst. 5 písm. e) zákona, že umožněním účasti jen jednoho uchazeče bylo porušeno ustanovení § 6 zákona a že předmět veřejné zakázky byl vymezen způsobem, který není technicky ani ekonomicky opodstatněný. 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, který byl zadavatelem osloven výzvou k jednání – společnost Siemens Aktiengesellschaft Österreich, se sídlem Siemensstrasse 90, A-1210 Wien, Österreich, zapsaná u Obchodního soudu Vídeň FB (FN) 60562m (dále jen „**vybraný uchazeč**“).

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

3. Navrhovatel v podaném návrhu uvedl, že se v případě předmětu veřejné zakázky nejedná o zboží pořizované za cenu podstatně nižší nežli cena tržní a že ani tato cena není nabízena po velmi krátkou dobu. Poznatek o tom, zda je cena podstatně nižší nežli cena obvyklá je zadavatel schopen učinit až na základě srovnání potenciálních nabídek více dodavatelů, a nikoli pouze tím, že osloví vybraného uchazeče, který mu v rámci své nabídky učiní slevu oproti tabulkovým cenám. Znalecké posudky uváděné zadavatelem proto nelze považovat za relevantní podklad, neboť nejsou založeny na objektivním srovnání nabídek více v úvahu přicházejících výrobců. Navrhovatel dále poukázal i na technické aspekty nabídky vybraného uchazeče a uvedl, že nabízené vlakové soupravy představují již starší projekt, nesplňují nároky na aktuální technické parametry, jsou zastaralé a případná aktualizace by byla finančně a technicky náročná; to vše snižuje cenovou výhodnost nabídky. Poptávané vlakové soupravy jsou navíc vybaveny starším komunikačním protokolem a lze je provozovat pouze s lokomotivou řady Taurus, kterou vyrábí vybraný uchazeč. Podle navrhovatele dostupných informací však zadavatel tento druh lokomotivy nemá k dispozici a objednal-li nyní zadavatel od navrhovatele lokomotivy řady 380, které jsou vybaveny modernější verzí komunikačního protokolu, nelze je provozovat se soupravami nabízenými vybraným uchazečem. Lze navíc předpokládat dodatečné úpravy designu, označení, interiéru a prostorových dispozic, které by s ohledem na velikost dodávky mohly dosáhnout až několika stovek milionů Kč. Navrhovatel zpochybnil rovněž tvrzenou cenovou výhodnost nabídky vybraného uchazeče z hlediska provozních nákladů, životnosti souprav, poplatků za užití dopravní cesty a konečně i z hlediska jejich maximální konstrukční rychlosti (230 km/h), která je neopodstatněná s ohledem na maximální provozní rychlost na tuzemských tratích (160 km/h). Konečně navrhovatel upozornil, že zadavatel obdržel nabídku vybraného uchazeče již koncem roku 2010, a proto zpochybnil tvrzení zadavatele, že musel vyčkat na souhlas společnosti ÖBB-Personenverkehr AG (Rakouské spolkové dráhy; dále v textu rozhodnutí jen „ÖBB“), který byl poskytnut teprve 7. 6. 2011. Zadavatel tak měl nabídku k dispozici několik měsíců, nicméně mohl ji využít max. do 30. 6. 2011. Za této situace nelze nabídku považovat za časově naléhavou.
4. Zadavatel k podanému návrhu uvedl, že podmínky pro použití jednacního řízení bez uveřejnění byly naplněny, resp. že ani vyhlášení jednacního řízení bez uveřejnění nebylo nutné, neboť zadavatel fakticky pouze přistoupil k již existující smlouvě uzavřené již dříve na základě zadávacího řízení vyhlášeného společností ÖBB. Nahrazení jednoho sektorového zadavatele jiným v již vysoutěžené smlouvě by nemělo představovat novou veřejnou zakázku. Co se týče výhodnosti nabídkové ceny jakožto podmínky pro aplikaci § 23 odst. 5 písm. e) zákona, zadavatel za účelem zjištění, zda je tato cena skutečně mimořádně výhodná, oslovil několik nezávislých odborných institucí (České vysoké učení technické v Praze, VŠB-Technická univerzita Ostrava a Žilinská univerzita v Žilině) a jejich posudky tuto skutečnost potvrdily. Z rozhodné české či evropské rozhodovací praxe neplyne, že by zadavatel byl povinen provádět průzkumy trhu, a je proto na něm, jakými důkazními prostředky bude naplnění podmínek pro použití jednacního řízení bez uveřejnění prokazovat. Za nepravdivé označil zadavatel tvrzení, podle něhož jednotky nesplňují nároky na aktuální technické parametry a jsou zastaralé, neboť si již ve výzvě k jednání vyhradil, že jednotky musí disponovat schválením pro provoz minimálně v zemích Česká republika, Rakousko, Německo a Maďarsko, a musí splňovat závazné požadavky vyhlášek UIC, evropských norem i ostatní

legislativy Evropské unie i národní legislativy uvedených států. Nepravdivé je rovněž tvrzení, že nákup lokomotiv představuje významný dodatečný náklad, který mimořádnou cenovou výhodnost zboží snižuje; nákup lokomotiv byl již zohledněn ve shora uvedených odborných posudcích. Za spekulativní označil zadavatel tvrzení týkající se dodatečných úprav, které by mohly dosáhnout až několika stovek milionů Kč, a nákladů na provoz a servis jednotek. Pokud jde o zpochybňovanou časovou omezenost nabídky, uvedl zadavatel, že bez souhlasu ÖBB nebylo možné transakci realizovat a tento souhlas byl vyjádřen až v dopise ze dne 7. 6. 2011. Na tom, že se v daném případě jedná o výjimečnou, jednorázovou a velmi krátce trvající obchodní příležitost, nic nemění ani to, že zadavatel nakonec nemohl uzavřít smlouvu do konce června 2011, jak bylo původně předpokládáno, a že doba k uzavření smlouvy byla prodloužena do 30. 9. 2011, neboť tento stav byl důsledkem podání námitek a návrhu; tyto okolnosti podle zadavatele neznamenají, že by nabídka netrvala po velmi krátkou dobu.

5. Po zahájení správního řízení založil navrhovatel do spisu jako důkaz posudek Českého vysokého učení technického v Praze – Fakulty dopravní, jehož předmětem bylo posouzení potřeby a využitelnosti jednotek na rychlost 230 km/h s ohledem na aktuální situaci traťových rychlostí. Uvedený posudek dospívá k závěru, že opodstatněnost nákupu téměř dvou desítek netrakových jednotek s rychlostí 230 km/h je sporná a na tratích, kde nebudou moci využít všech svých parametrů, budou tyto jednotky představovat nákladné řešení. Uspořené finanční prostředky mohly být investovány do reálnější modernizace vozového parku splňujícího rychlost 200 km/h. Stanovení ceny jako výrazně nižší než obvyklé není možné jen pouhým využitím nabídky jednoho výrobce, nýbrž je zapotřebí porovnat potenciální nabídku obdobného produktu od více výrobců, navíc cena posuzované nabídky je pravděpodobně snížena také s ohledem na více než pět let starou koncepci vozidel. Autoři posudku se domnívají, že úprava hnacích vozidel s cílem bezproblémové komunikace s netrakovní jednotkou Railjet se bude pohybovat v řádu několika milionů €. Navrhovatel dále Úřad upozornil, že se nejedná o pouhé postoupení opce ÖBB na dodávku 16 souprav Railjet od vybraného uchazeče, nýbrž o přeprodej již závazně nakoupených kolejových vozidel, a tudíž se nejedná o postoupení opčního práva. Navrhovatel v podaném vyjádření dále vyjádřil domněnku, že cena jednotek Railjet v případě objednávky ÖBB na 67 souprav je nižší nežli cena, za kterou jsou jednotky nabízeny zadavateli. V případě realizace dané veřejné zakázky by pak byla dodavateli ze strany zadavatele poskytnuta nedovolená a nenotifikovaná veřejná podpora spočívající v pořízení zboží z veřejných prostředků za cenu vyšší, než je cena tržní. Co se týče časové omezenosti nabídky, zopakoval navrhovatel, že vybraný uchazeč nabízel předmětné vlakové soupravy zadavateli již od konce roku 2010. Zadavatel měl tedy dostatek času na to, aby výhodnost nabídky vybraného uchazeče mohl posoudit v takovém druhu zadávacího řízení podle zákona, kterého by se mohli zúčastnit i další dodavatelé. Kromě toho dopis ze dne 7. 6. 2011, jímž byl vyjádřen souhlas ÖBB s dodáním 16 kusů souprav Railjet, je v českém oficiálním překladu datován ke dni 10. 6. 2011, tj. až poté, co zadavatel zahájil zadávací řízení. Existence souhlasu ÖBB tak nebyla pro zadavatele natolik významná, aby zahájení zadávacího řízení bránila.
6. Navrhovatel dále předložil jako důkaz posudek Fakulty strojní Západočeské univerzity v Plzni, v němž zpracovatel posudku dospěl k závěru, že v době dokončení výstavby vysokorychlostních tratí (v období let 2030 až 2050) budou jednotky na konci své životnosti,

a proto záměr nákupu 16 jednotek Railjet vysoko překračuje předpokládanou potřebu. Zpracovatel posudku poukázal na nutnost úprav jednotek a komunikačního protokolu a vydání s tím souvisejícího schválení drážním úřadem, stejně jako na potřebu nákupu dalších lokomotiv Taurus nebo úprav současné lokomotivy řady 380. Zpracovatel posudku kromě toho porovnal ceny jednotky Railjet s jednotkou Viaggio Light pro izraelské železnice (na rychlost 160 km/h).

7. Zadavatel v průběhu správního řízení před orgánem dohledu zpochybnil aktivní legitimaci navrhovatele k podání návrhu, jelikož ten podle jeho názoru neměl a nemá zájem na získání veřejné zakázky a nemůže mu ani vzniknout relevantní újma v souvislosti s domnělým porušením zákona, protože není schopen nabídnout poptávaných 16 komfortních ucelených netrakovních jednotek s maximální provozní rychlostí 230 km/h.
8. Navrhovatel předložil Úřadu další znalecký posudek znaleckého ústavu Grant Thornton Valuation, a. s., který mj. porovnává cenu souprav Railjet včetně lokomotivy Taurus s nákupy souprav v Turecku (CAF-HT65000 za cenu 18,5 mil. EUR s rychlostí 250 km/h), souprav pro Švýcarské dráhy (Twindex za cenu 24,3 mil. EUR s rychlostí 200 km/h), souprav v Rakousku (Stadler za cenu 15,7 mil. EUR s rychlostí 200 km/h) a souprav ve Švédsku (Bombardier za cenu 11,05 mil. EUR s rychlostí 200 km/h). Z uvedeného posudku vyplývá, že za podstatně nižší by mohla být označena cena o 20 – 30 % nižší, avšak cena Railjet je minimálně srovnatelná s obdobnými produkty.
9. Další podaná vyjádření navrhovatele ve správním řízení ve větší části opakují již dříve uvedené skutečnosti a námitky, zejména pokud jde o technická hlediska poptávaného plnění, neopodstatněnost požadavku na max. rychlost a časovou omezenost nabídky.
10. Vybraný uchazeč k zahájenému správnímu řízení uvedl, že mimořádnost ceny potvrdilo několik nezávislých odborných institucí a výhodnost vyplývá i ze skutečnosti, že 16 kusů jednotek představuje část podstatně větší zakázky pro ÖBB. Cena, za níž jsou jednotky nabízeny zadavateli, je naprosto totožná s cenou pro ÖBB. Není právně relevantní, zda se v daném případě jedná o právo na opci či o možnost odstoupit od části plnění ve smlouvě sjednané, neboť se jedná fakticky o totéž. Vybraný uchazeč dále uvedl, že ÖBB původně uzavřela s vybraným uchazečem smlouvu na dodávku 23 vlakových souprav s opcí objednat další soupravy, čehož v roce 2007 využila a objednala 44 souprav. Bylo však současně sjednáno, že ÖBB může odstoupit od smlouvy ohledně části plnění, které se týká posledních 16 vlakových souprav. Vybraný uchazeč potvrdil, že hovoří-li se o opcí, má se tím na mysli převzetí smlouvy na dodávku posledních 16 kusů souprav, které byly již v roce 2007 objednány. Společnost ÖBB tohoto práva na odstoupení využila, avšak s výhradou, že odstoupení nebude účinné, pokud právo na dodání nevyužije zadavatel. Ke srovnání potenciálních nabídek vybraný uchazeč uvedl, že jakékoliv cenové nabídky, které nejsou z podstaty věci závazné, nemohou být relevantní, přičemž dodávka vysokorychlostních vlakových souprav je velmi specifická a cenová nabídka je obsahem obchodního tajemství a rovněž její sestavení je nákladné a časově náročné. Nelze navíc srovnávat vysokorychlostní vlakové soupravy pro dálkovou dopravu se soupravami nepatřícími do této kategorie. K časové omezenosti nabídky vybraný uchazeč konstatoval, že zadavatel mohl nabídku využít

až 7. 6. 2011, kdy ÖBB vyjádřila souhlas s převodem opce. Společnost ÖBB sice učinila na konci roku 2010 rozhodnutí zrušit opci na dodávku 16 kusů souprav a dne 22. 12. 2010 informovala vybraného uchazeče o tomto rozhodnutí, avšak současně nezávazně uvedla, že by za určitých podmínek umožnila převod opce na zadavatele, s tím, že jako nejzazší termín pro převod opce určila datum 30. 6. 2011. Vybraný uchazeč trval na tom, že jeho nabídka je časově omezena, neboť další prodloužení lhůty bude znamenat přerušení výroby vlakových souprav a s tím související vícenáklady. Nabídka je nejen mimořádně cenově výhodná, ale také neopakovatelná, neboť není možné za stejných podmínek, jaké jsou uvedeny v nabídce, dodat stejný počet komfortních kusů vlakových souprav pro dálkovou osobní dopravu, a rovněž z toho důvodu, že výroba předmětných vlakových souprav již probíhá a dodávka může být realizována v extrémně krátkém čase. Za nepravdivé označil vybraný uchazeč tvrzení, že soupravy neodpovídají nejnovějším technickým standardům, a naopak uvedl, že jsou schváleny pro provoz v několika zemích EU, včetně České republiky.

11. Zadavatel v dalším podání popsal časovou posloupnost jednání souvisejících s možností vstupu do původního kontraktu. Nad rámec již uvedených skutečností uvedl, že se podařilo prodloužit platnost nabídky oproti původnímu předpokladu, což je na zadavateli nezávislou událostí. I po prodloužení nabídky lze nabídku stále považovat za učiněnou jen po velmi krátkou dobu, což je dáno zejména komplexním a komplikovaným předmětem dané zakázky. Současně zadavatel zpochybnil posudek ČVUT – Fakulty dopravní, který dle jeho mínění pouze dokazuje oprávněnost postupu zadavatele, ale který současně opomíjí, že za situace, kdy bude z důvodu dosažení potřebné jízdní doby vyšší rychlost (např. 230 km/h) v určitém úseku bezpodmínečně nutná, nelze příslušnou linku provozovat, aniž by na takových úsecích soupravy dané rychlosti dosahovaly. Posudek Západočeské fakulty v Plzni představuje jen nepodložený subjektivní názor řešitele na vhodnost záměru a potřeb zadavatele, a proto zadavatel odkázal na svá předchozí vyjádření. Konečně znalecký posudek společnosti Grant Thornton Valuation, a. s., označil zadavatel za zjevně chybný, nesplňující nároky na znalecký posudek a nezpochybňující oprávněnost postupu zadavatele. Porovnání soupravy Railjet s dalšími produkty vychází ze zjevně nesprávných předpokladů (které zadavatel podrobně vysvětlil a rozvedl) a posuzování časové omezenosti nabídky ústavu v oboru ekonomika vůbec nepřísluší.
12. V reakci na žádost Úřadu vybraný uchazeč zaslal sdělení o podrobnostech vyhlášení zadávacího řízení pro ÖBB a související opce na další vlakové soupravy. Obsah tohoto sdělení se v podstatných bodech shoduje s obsahem dosud podaných vyjádření vybraného uchazeče.
13. Zadavatel v reakci na námítky navrhovatele předložil nová odborná stanoviska, a to odborné stanovisko VŠB-Technické univerzity v Ostravě, Fakulty strojní, ze dne 8. 8. 2011 a dále odborné stanovisko Žilinské univerzity v Žilině, Strojní fakulty, ze dne 8. 8. 2011. Nové posudky potvrzují oprávněnost postupu zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění.
14. Navrhovatel v reakci na námitku nedostatku aktivní legitimace k podání návrhu uvedl (nad rámec již vznesených tvrzení), že pro vznik aktivní legitimace postačí pouze relevantní tvrzení navrhovatele o zájmu zakázku získat, opřené o objektivní skutečnosti. Újma může

navrhovateli vzniknout i tím, že zadavatel informaci o konání veřejné zakázky zadavatel stanoveným způsobem neohlásil, a navrhovatel tudíž neměl možnost se výběrového řízení zúčastnit. Požadavek Úřadu na prokázání schopnosti vyrobit, resp. dodat předmět veřejné zakázky podle konkrétních technických požadavků ve lhůtě v řádu dní, a to i s ohledem na skutečnost, že podle navrhovatele zadavatel s vybraným uchazečem vyjednával o podmínkách jeho nabídky minimálně po dobu půl roku, označil navrhovatel za nestandardní. Dále uvedl, že konkurenční produkty zmíněné v předložených posudcích se sice od souprav Railjet částečně odlišují, avšak i tak představují konkurenční výrobky souprav Railjet. Navrhovatel poukázal na tendr ve Velké Británii uskutečněný v roce 2005, v němž přepravce London & South Eastern Railway Limited nakoupil 28 trakčních souprav JAVELIN 395 od výrobce HITACHI s maximální rychlostí 225 km/h, a to za cenu 10 135 000 € za jednu soupravu. Cena za jedno sedadlo (tj. 28 790 €) je tak významně menší než cena jednotek Railjet nabízená vybraným uchazečem, a to i v případě nezapočítání ceny lokomotivy. Soupravy Railjet byly nakoupeny ÖBB v letech 2005/2006 a cenu dosaženou v tomto tendru je nutno považovat za obvyklou tržní cenu těchto souprav. I pokud jsou tedy soupravy nabízeny zadavateli za stejnou cenu, je podle navrhovatele nabídka vybraného uchazeče činěna za cenu tržní, nikoli však za cenu podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena ve smyslu § 23 odst. 5 písm. e) zákona. V další části se navrhovatel vyjádřil k časové omezenosti nabídky vybraného uchazeče a mj. uvedl, že prodloužení lhůty k uzavření smlouvy nasvědčuje tomu, že zadavatelem uváděná lhůta do 30. 6. 2011 nebyla nepřekročitelná a nemožnost realizace musela být pro zadavatele předvídatelná. Co se týče odborných posudků, společnost Grant Thornton Valuation, a. s., je oprávněna vyjadřovat se k tzv. obvyklosti ceny a nemá ambice zabývat se technickými údaji, které byly čerpány z veřejných zdrojů. Zpracovatel posudku nepochybně ani právo zadavatele stanovit technické parametry podle svých potřeb.

15. Zadavatel v posledním svém vyjádření nad rámec skutečností již zmíněných dříve uvedl, že požadavek na nové zadávací řízení by byl v rozporu s naplněním účelu zákona, neboť by vedl k nevhodnému nakládání s veřejnými prostředky. Zadavatel se domníval, že je-li záměna zadavatelů možná na vnitrostátní úrovni, musí být stejně tak možná i mezi stejným typem zadavatelů z různých členských států Evropské unie, pokud je rozhodná právní úprava ekvivalentní. Pokud by bylo vyžadováno opakování zadávacího řízení pouze z důvodu odlišné státní příslušnosti zadavatelů, jednalo by se o diskriminaci na základě státní příslušnosti a o věcně neodůvodněnou překážku volného pohybu zboží a služeb.

II. Napadené rozhodnutí

16. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 5. 9. 2011 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-13132/2011/510/HOd, (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým rozhodl, že se návrh navrhovatele podle ustanovení § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odstavce 1 nebo 2 zákona.
17. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad nejprve citoval obsah ustanovení § 21 odst. 1 a 2, § 23 odst. 5 písm. e) zákona a shrnul, že v šetřeném případě směřuje argumentace

zadavatele k použití § 23 odst. 5 písm. e) zákona, a z toho důvodu, že se jedná o zboží pořizované za cenu podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena, a podstatně nižší cena je dodavatelem nabízena jen po velmi krátkou dobu. Proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda zadavatelem pořizované zboží v daném jednacím řízení bez uveřejnění bylo nabízeno za cenu podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena. Při tomto posouzení vycházel zejména z vyjádření a odborných posudků či stanovisek předložených účastníky řízení, které se týkají cenové nabídky vybraného uchazeče (resp. jejího srovnání s nákupy vlakových souprav jinými subjekty). Z nich je jednoznačně patrná podstatně nižší cena vlakových souprav pořizovaných zadavatelem oproti trakčním jednotkám pořizovaných v Německu a Turecku. Vzhledem k tomu, že vlakové soupravy pořizované v Turecku jsou provozovány na trati mimo Evropskou unii (trať Ankara – Istanbul; zdroj: <http://www.caf.es>), nelze jejich srovnání s vlakovými soupravami, určenými pro provoz v Evropské unii s příslušnou homologací, považovat za relevantní. Z tohoto důvodu vycházel Úřad při srovnání pořizovacích cen vlakových souprav z nákupu realizovaného v Německu pro německé dráhy (tj. Deutsche Bundesbahn, dále též jen „DB“), a to zejména vzhledem k tomu, že vlakové soupravy splňují požadavek zadavatele na konstrukční rychlost vlakových souprav a musí být nutně homologovány pro provoz v Evropské unii. Přestože ani zde není dána absolutní shoda, pokud jde o vlastnosti dodávaných jednotek (zatímco v Německu se jednalo o trakční jednotky s pohonem, jednotky Railjet jsou netrakční a k jejich provozu je nutné dokoupit lokomotivu), shodují se oba výrobky v podstatných vlastnostech jako konstrukční rychlost a doba nákupu. Z prostého hodnotového srovnání vlakových souprav ICx a souprav Railjet vyplývá, že cena za jednotku ICx je o 54 % vyšší než cena za jednotku Railjet. Za předpokladu dokoupení lokomotiv (jak vyplývá z posudku společnosti Grant Thornton Valuation, a. s., ze dne 31. 7. 2011), lze jako vhodný vzorek zvolit lokomotivu Siemens Taurus, jejíž cena v tendru pro PKP Intercity v Polsku činila 4,45 mil. EUR. Výchozí cenu jednotek Railjet pro účely srovnání s vlakovými soupravami ICx je tedy možno vyčíslit v částce 16 979 mil. EUR (12 529 mil. EUR + 4,45 mil. EUR). Po této úpravě ceny činí rozdíl mezi cenou jednotek ICx pro DB a cenou jednotek Railjet pořizovaných zadavatelem téměř 38 %. Lze tedy konstatovat, že cena jednotek Railjet je podstatně nižší než cena jednotek ICx pořizovaných pro DB.

18. Úřad ke svému závěru dodal, že v souvislosti s porovnáním cen je podstatná nejen cena vysoutěžená v roce 2006, ale je nutno vycházet z obdobných nákupů v době, kdy zadavatel dané zboží pořizuje, a proto vycházel při srovnání z ceny pro DB, která vzešla ze smlouvy podepsané dne 9. 5. 2011. Vzhledem k tomu, že soupravy ICx neodpovídají soupravám Railjet v počtu sedadel, vycházel Úřad při porovnávání cen podpůrně rovněž z analýzy ceny souprav Railjet pořizovaných společnostmi ÖBB na základě smlouvy uzavřené dne 24. 2. 2006. Jak vyplývá z písemných vyjádření zadavatele a vybraného uchazeče (která potvrzuje znění smlouvy uzavřené vybraným uchazečem a společností ÖBB dne 24. 2. 2006 a návrh smlouvy předložený vybraným uchazečem v jednacím řízení bez uveřejnění), vychází cena uvedená v nabídce vybraného uchazeče ze stejného principu (tzv. mechanismu klouzavé ceny), jako cena uvedená ve smlouvě uzavřené v roce 2006. Cena jednotek Railjet je tudíž shodná s cenou, za níž by předmětných 16 jednotek nakupovala od vybraného uchazeče společnost ÖBB. Vzhledem k tomu, že 16 vlakových souprav bylo součástí dodávky 67 jednotek pro ÖBB, je nezbytné přihlídnout k obecnému východisku, podle něhož paušální náklady (především

na vývoj a zahájení výroby vlakových souprav) jsou rozprostřeny do celé dodávky. Proto v případě, pokud by zadavatel pořizoval 16 kusů jednotek samostatně, bylo by nutné uvedené paušální náklady zahrnout pouze do počtu 16 kusů, což by nezbytně vedlo k navýšení ceny. Rovněž z tohoto pohledu lze tedy cenu 16 jednotek Railjet považovat za nižší, než by v současné době činila obvyklá tržní cena.

19. K vlakovým soupravám nabízeným navrhovatelem Úřad konstatoval, že jsou sice levnější než jednotka Railjet, avšak nejedná se o srovnatelné výrobky (zejména s ohledem na konstrukční rychlost). Taktéž Úřad odmítl tvrzení navrhovatele týkající se nezbytného navýšení nabídkové ceny v důsledku nesplněných nároků na aktuální technické parametry. Zadavatel ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění specifikoval, že „jednotky musí disponovat schválením pro provoz minimálně v zemích Česká republika, Rakousko, Německo a Maďarsko. Jednotky musí splňovat závazné požadavky vztažných vyhlášek UIC, evropských norem i ostatní legislativy Evropské unie i národní legislativy výše uvedených států“, a proto lze tato tvrzení považovat za irelevantní. Dále považoval Úřad za legitimní požadavek na konstrukční rychlost 230 km/h, neboť zadavatel hodlá provozovat pořizované vlakové soupravy na tratích s rychlostí 230 km/h. Vymezení předmětu veřejné zakázky je plně v kompetenci zadavatele, a proto nelze přehodnocovat, zda by zadavateli nepostačovaly vlakové soupravy určené pro nižší než požadovanou konstrukční rychlost. Úřad z výše uvedeného důvodu odmítl vyzvat zadavatele k předložení dohod, které by dokládaly dlouhodobější realizovatelnost provozování jednotek s životností 25 let na tratích v Německu a Rakousku, neboť pro posouzení oprávněnosti použití jednacím řízení bez uveřejnění nepovažoval předložení takových dohod za relevantní. Pro úplnost Úřad uvedl na pravou míru, že zadavatel ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění specifikoval požadavek na konstrukční rychlost 230 km/h, a nikoli 200 – 230 km/h.
20. Dále se Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí zabýval otázkou, zda byla v daném případě naplněna podmínka druhá pro aplikaci § 23 odst. 5 písm. e) zákona, tj. zda se v šetřeném případě jedná o podstatně nižší cenu nabízenou dodavatelem po velmi krátkou dobu. Vycházel přitom z data, od kterého byla daná cena zadavateli nabízena. V šetřeném případě vybraný uchazeč potvrdil, že zadavateli byla učiněna právně závazná nabídka až dne 7. 6. 2011. Ačkoli se zadavatel zajímal o podmínky dodávky jednotek Railjet již před datem 7. 6. 2011, nemohl s jistotou očekávat, že od vybraného uchazeče obdrží nabídku obsahující takové výhodné podmínky, o nichž před zahájením jednacím řízení bez uveřejnění s vybraným uchazečem jednal. Pokud po obdržení odborných posudků, jež si nechal zpracovat, zadavatel zjistil, že se v případě uvažované cenové nabídky jedná o cenu podstatně nižší než tržní, mohl zvažovat právě možnosti jejího pořízení v jednacím řízení bez uveřejnění. Nelze vyloučit, že pokud by zadavatel z odborných posudků zjistil, že cena jednotek Railjet je rovna obvyklé tržní ceně, vůbec by dané plnění nepožadoval, či případně předmět veřejné zakázky zadal v otevřeném či užším řízení. Poté, co si zadavatel v šetřeném případě na základě závěrů jím zajištěných odborných posudků ověřil, že se jedná o možnost dodání vlakových souprav za cenu podstatně nižší, než je cena obvyklá tržní, musel vycházet z časového omezení trvání nabídky do 30. 6. 2011. Je potom vyloučeno, aby daná veřejná zakázka byla zadána v jiném druhu zadávacím řízení, nežli v jednacím řízení bez uveřejnění. Skutečnost, že se v daném případě jedná o nabídku časově omezenou, potvrzuje i stanovisko

vybraného uchazeče ze dne 9. 8. 2011, v němž uvádí, že „stávající cena obsažená v nabídce vybraného uchazeče může být platná pouze za následujících podmínek: nedojde k podstatnému přerušení výroby předmětných vlakových souprav a tím k navýšení souvisejících vícenákladů s tím spojených jak vybraného uchazeče, tak jeho subdodavatelů; a nedojde k ukončení stávajících smluv se subdodavateli, kdy tyto smlouvy byly uzavřeny na dodávky velkého množství materiálu během poměrně krátkého časového období s velkými množstevními slevami.“ Výše uvedené skutečnosti posoudil Úřad jako dostatečně vysvětlující důvody časového omezení nabídky vybraného uchazeče, neboť lze důvodně předpokládat, že jím uvedené nastalé okolnosti budou mít za následek podstatný vliv na výši ceny. Ačkoli vybraný uchazeč prodloužil svou nabídku koupě 16 kusů vlakových souprav do 30. 9. 2011, nemá tato skutečnost vliv na posouzení splnění podmínek použití jednacího řízení bez uveřejnění, pokud se o ní zadavatel dozvěděl až po zahájení jednacího řízení bez uveřejnění a pokud současně i nadále trvá, že cena je nabízena po velmi krátkou dobu. Rovněž doba od 20. 7. 2011, kdy vybraný uchazeč dopisem informoval zadavatele o prodloužení nabídky do data 30. 9. 2011, neumožňuje s ohledem na zákonné lhůty a značnou specifičnost předmětu plnění zadání veřejné zakázky v jiném druhu zadávacího řízení, nežli v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 5 písm. e) zákona.

21. Úřad dále k podmínce časového omezení nabídky uvedl, že při uzavření smlouvy na dodávku v souhrnu 67 vlakových souprav vystupují jako smluvní strany společnost ÖBB a vybraný uchazeč. Jak v šetřeném případě potvrzují vyjádření zadavatele a vybraného uchazeče, i znění čl. 14.10 smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, je pro vstup do smluvního vztahu daných dvou subjektů nezbytný souhlas všech smluvních stran. Nelze tudíž mít za to, že zadavatel mohl zavazujícím způsobem jednat o podmínkách realizace dodávky, k níž je oprávněna společnost ÖBB, před tím, než tato společnost vysloví souhlas s přistoupením třetí strany do existujícího smluvního vztahu. Nelze přitom považovat za podstatné, že společnost ÖBB využila stornovacího práva k posledním 16 vlakovým soupravám, neboť tímto úkonem byla vyslovena pouze případná ochota k souhlasu s převzetím smlouvy zadavatelem, nikoli však přímý souhlas s touto transakcí, a především tímto nezískal zadavatel informaci o tom, že by předmětné plnění spočívající v dodávce 16 jednotek Railjet byl zadavateli ochoten dodat vybraný uchazeč.
22. Úřad dodal, že provedení průzkumu trhu před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění nelze považovat za striktní podmínku pro prokázání oprávněnosti použití tohoto druhu zadávacího řízení, nýbrž pouze za jednu z možností. Jak vyplývá z předložených posudků navrhovatele, je možné provedení průzkumu trhu považovat za značně komplikované, neboť se jedná o specifický druh plnění. V šetřeném případě se tedy jeví jako vhodné srovnání s již proběhlými nákupy obdobného zboží, jak tomu bylo učiněno v posudcích, které si zadavatel nechal zpracovat před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatoval, že v šetřeném případě byly splněny podmínky vyplývající z § 23 odst. 5 písm. e) zákona, a zadavatel tudíž postupoval při použití jednacího řízení bez uveřejnění v souladu s § 23 odst. 5 písm. e) zákona. Nebylo tudíž shledáno ani porušení § 6 zákona.

23. Závěrem napadeného rozhodnutí se Úřad vyjádřil k otázce, zda se v případě převzetí opce jedná o novou veřejnou zakázku. S odkazem na § 7 odst. 1 zákona Úřad uvedl, že je zcela nepochybné, že se v daném případě jedná o plnění, za něž má být vybranému uchazeči na základě smlouvy ze strany zadavatele poskytnuta úplata. Jak předmět, tak úplnost předmětu plnění potvrzují, že jsou naplněny podmínky podle § 7 odst. 1 zákona, a tudíž se jedná o veřejnou zakázku. Česká právní úprava zadávání veřejných zakázek neobsahuje možnost pořízení dodávek bez provedení zadávacího řízení s odkazem, že daný předmět plnění již byl vysoutěžen jiným zadavatelem. Obecně lze konstatovat, že v případě, kdy zadavatel v České republice pořizuje jakékoli plnění, je povinen postupovat v souladu s platnou národní právní úpravou. Úřad jako vodítko vzal v úvahu judikaturu Evropského soudního dvora, rozsudek C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH (zejm. body 40-52), ve kterém se soud vyslovuje v tom smyslu, že nahrazení smluvní strany, které byla veřejná zakázka přidělena, musí být obecně považováno za změnu základních podmínek, která znamená *de facto* nové zadání. Analogicky by bylo akceptovatelné postoupení smlouvy v případě organizačních změn na straně zadavatele, avšak taková reorganizační změna by musela být blíže konkretizována, aby bylo možné posoudit míru změny smluvního vztahu. V žádném případě však nelze připustit postoupení závazku za jiných než původních podmínek. K postoupení smlouvy uzavřené mezi zahraničními subjekty Úřad uvedl, že ačkoli dodavatelé v rámci Evropské unie mají možnost přihlásit se do zadávacího řízení realizovaného kterýmkoli zadavatelem v Evropské unii, nelze vyloučit, že např. vzhledem k nákladům spojeným se zabezpečením obchodní činnosti v zahraničí se neúčastní zadávacího řízení pro zahraniční zadavatele, ačkoli by tak v případě národního zadavatele na shodný předmět plnění učinili. Nelze ale připustit, aby orgán v rámci Evropské unie, který je podle národní právní úpravy oprávněn k přezkumu postupu zadavatelů při zadávání veřejných zakázek v dané zemi, pozbyl možnost takového přezkumu s odkazem na to, že zadavatel pořídil plnění od jiného zadavatele, který toto plnění pořídil podle jiné právní úpravy. V šetřeném případě se tedy jedná o veřejnou zakázku, při jejímž zadávání je zadavatel povinen postupovat podle zákona.

III. Námitky rozkladu

24. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě dne 21. 9. 2011 rozklad navrhovatele, který mu na prvním místě vytýká nesprávné a neúplné zjištění relevantních skutečností a nesprávné právní posouzení, zda byla splněna podmínka cenové výhodnosti a časové omezenosti nabídky. Co se týče závěru, že cenu jednotek Railjet nabídnutou vybraným uchazečem lze považovat za podstatně nižší, než by v současné době byla obvyklá tržní cena, pak navrhovatel upozorňuje nejprve na nesprávné srovnání s konkurenčními produkty. Skutkový závěr, že je možné vycházet pouze ze srovnání nákupu trakčních souprav ICx dodavatele Siemens pořízených DB, je nesprávný, neboť tyto vlakové soupravy představují vyšší kategorii trakčních vysokorychlostních souprav. Současně nelze toto údajně jediné možné srovnání odůvodňovat tím, že navrhovatelem uváděné soupravy nedosahují požadované rychlosti 230 km/h. Zadavatelův požadavek na max. rychlost není opodstatněný a je diskriminační a nadto navrhovatel upozorňuje, že předmětem veřejné zakázky skutečně měly být vlakové soupravy o konstrukční rychlosti v rozmezí 200-230 km/h (viz odborná stanoviska i vyjádření zadavatele), a proto měl Úřad při posuzování cenové výhodnosti nabídky vycházet i ze srovnání s jinými navrhovatelem předloženými tendery (např. nákup

trakčních souprav JAVELIN 395 výrobce HITACHI s max. rychlostí 225 km/h, která je z praktického hlediska zastupitelná s max. rychlostí 230 km/h). Při tomto nákupu, jehož předmětem bylo pořízení plně srovnatelných vlakových jednotek, by byla cena na sedadlo nižší než u soupravy Railjet. Navrhovatel orgánu dohledu rovněž vytýká, že nevezal v úvahu srovnání vlakové soupravy CAF-HT65000 pořizované v Turecku pro tureckou železnici. Není pravda, že cena soupravy Railjet je podstatně nižší než cena soupravy CAF-HT65000, protože Úřad nezohledňuje, že souprava CAF zahrnuje i cenu lokomotivy a že při přepočtení je cena srovnatelná. Uvádí-li potom Úřad jako jeden z důvodů, proč soupravu CAF nebral při srovnání v úvahu, že nespĺňuje požadavek homologace v EU, jedná se o požadavek diskriminační. Úřad si také v jistém smyslu protiřečí, uvádí-li v bodu 108 napadeného rozhodnutí, že se jeví jako vhodné srovnání s již proběhlými nákupy obdobného zboží, jak bylo učiněno v posudcích, které si zadavatel nechal vypracovat. Soupravy uvedené v posudcích totiž představují soupravy vyšší kategorie oproti soupravám Railjet (TGV, Alstom AGV, Siemens Velaro), a proto i jejich cena je zákonitě vyšší. Závěr o cenové výhodnosti souprav Railjet měl být založen na srovnání ceny za jedno sedadlo, nikoli ceny za jednu soupravu, která nemá žádnou vypovídací schopnost.

25. Co se týče srovnání nabídky vybraného uchazeče s nákupem souprav Railjet pro ÖBB, napadá navrhovatel skutkový závěr, že cena nabízená vybraným uchazečem je na základě srovnání s cenou, za niž soupravu Railjet pořídily ÖBB, cenou stejnou, tedy cenou podstatně nižší, nežli je obvyklá cena tržní. I pokud by byly soupravy Railjet nabízeny za stejnou cenu, za jakou je pořídila ÖBB, nabídka vybraného uchazeče by byla činěna za cenu tržní, nikoli za cenu podstatně nižší ve smyslu § 23 odst. 5 písm. e) zákona. Navrhovatel navíc poukazuje i na to, že 16 jednotek bylo dodáno až ve druhé tranši za jednotkovou cenu o cca 2 mil. € vyšší, přesto však Úřad při srovnání cen nevycházel z ceny nižší, ačkoli druhá část dodávky pro ÖBB byla pouze opcí a dodavatel nemohl s druhou dodávkou stoprocentně počítat (což se potvrdilo, protože ÖBB část opce neodebraly). Za tržní cenu je tak třeba považovat cenu prvních 23 kusů souprav pro ÖBB ve výši 10 652 174 €/ks.
26. K údajné výhodnosti ceny v důsledku rozprostření paušálních nákladů do celé série 67 kusů navrhovatel namítá, že cena předmětných 16 souprav nemohla být paušálními náklady vůbec zatížena, neboť tyto náklady byly již zaplacený v původní sérii. Taktéž vývojové náklady byly zaplacený již první částí dodávky 23 souprav pro ÖBB, neboť vybraný uchazeč nemohl spoléhat na realizaci druhé části zakázky (tj. opce na dalších 44 souprav, jejichž cena byla dokonce o 2 mil €/ks vyšší). Stručně shrnuto, nabídková cena vybraného uchazeče mohla být nižší.
27. Úřadu je dále podaným rozkladem vytýkáno, že nezohlednil nezbytné navýšení ceny v důsledku nákladů na údržbu a provoz a z důvodu nespĺnění nároků na aktuální technické parametry. Navrhovatel plně odkazuje na svá předchozí vyjádření, ze kterých vyplývá, že dodatečné náklady na úpravy nemohou být zahrnutý v podmínce zadavatele vyžadující schválení pro provoz ve vybraných zemích, jak nesprávně uvádí Úřad v bodu 99 napadeného rozhodnutí. Opětovně upozorňuje, že zadavatel nemá vhodnou lokomotivu, se kterou by mohl Railjet provozovat, což znamená buď nákup nových, nebo úpravy stávajících, a to vše je nutno brát v úvahu při posuzování výhodnosti nabízené ceny. To však Úřad neučinil

a skutkový stav zjistil nedostatečně. Taktéž nebyly zohledněny celkové náklady na provoz, resp. Úřad se touto otázkou vůbec nezabýval. V případě, že by náklady na údržbu vůbec nebyly při posuzování podmínek § 23 odst. 5 písm. e) zákona zohledňovány, vedlo by to k obcházení zákona nabídkou velmi nízké ceny. Provozní náklady tak jsou podstatným parametrem v rámci hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky.

28. Podaný rozklad dále míří i proti závěrům orgánu dohledu o tom, že byla splněna podmínka časové omezenosti nabídky. Navrhovatel se nejprve vyjadřuje k časovému okamžiku počátku nabídky vybraného uchazeče. Nesouhlasí se závěrem, že nabídka byla zadavateli učiněna teprve dopisem ze dne 7. 6. 2011, a že ačkoli se zadavatel podmínkami dodávky zabýval již před tímto datem, nemohl do této doby s jistotou očekávat, že nabídku vybraného uchazeče skutečně obdrží. Jak vyplývá z vyjádření vybraného uchazeče, ÖBB dne 22. 12. 2010 písemným oznámením odstoupila od smlouvy s vybraným uchazečem v části dodávky na 16 ks soupravy Railjet, a to s výhradou neúčinnosti tohoto odstoupení v případě, že právo na uskutečnění dodávky nebude využito zadavatelem. Toto prohlášení představuje souhlas s převzetím dodávky, tentýž souhlas je dále deklarován v dopise ze dne 7. 6. 2011. Zadavatel navíc musel převzít stejné smluvní podmínky dodávky, které byly dojednány mezi vybraným uchazečem a ÖBB (viz vyjádření vybraného uchazeče ze dne 3. 8. 2011). Z tohoto důvodu nepovažuje navrhovatel za opodstatněné, tvrdí-li Úřad, že zadavateli byla učiněna právně závazná nabídka až dne 7. 6. 2011, neboť tento dopis nebyl z hlediska okamžiku učinění nabídky relevantní. Úřad plně převzal účelovou argumentaci zadavatele, pokud konstatoval, že odstoupením vybraného uchazeče byla vyslovena pouze případná ochota k souhlasu s převzetím smlouvy zadavatelem. Zadavatelův zájem o dodávku souprav Railjet od vybraného uchazeče potvrzují i články v médiích. Odůvodnění časového omezení předložené zadavatelem a vybraným uchazečem tak je nedostatečné, neboť není opodstatněno žádnými skutečnostmi vztahujícími se k nabídce, zejména ne k nabízené ceně. Navíc se odůvodnění napadeného rozhodnutí vztahuje nikoli k datu 30. 6. 2011, ale k 30. 9. 2011. Navrhovatel se domnívá, že datum 30. 6. 2011 bylo stanoveno pouze za účelem formálního naplnění podmínky v § 23 odst. 5 písm. e) zákona. Stanovisko vybraného uchazeče k této věci je navíc zcela obecné a možné přerušení výroby vlakových souprav je nepodložené (sám uvádí, že stále probíhá výroba vlakových souprav pro ÖBB).
29. Další část rozkladu se věnuje vymezení předmětu veřejné zakázky. Jedná se zejména o údajně diskriminační požadavek na konstrukční rychlost vlakové soupravy v hodnotě 230 km/h, který potvrzují i odborná vyjádření. Taktéž požadavek na homologaci je při srovnání s jinými tendry nestandardní a neobvyklý. V těchto výběrových řízeních často vítězí uchazeči, kteří nabídli soupravu, jejíž vývoj a homologace jsou realizovány až před samotnou dodávkou zadavateli. Tímto způsobem vymezily zadávací podmínky i ÖBB v tendru, ve kterém zvítězil vybraný uchazeč se soupravami Railjet, a DB při tendru, v němž zvítězil Siemens se soupravami ICx, které Úřad používá pro srovnání.
30. Navrhovatel dále vznáší námitku nesprávného právního posouzení, pokud jde o okolnosti, zda cena nabízená vybraným uchazečem představuje cenu podstatně nižší, nežli je obvyklá tržní cena, dále okolnosti, zda tato cena byla vybraným uchazečem nabízena jen po velmi krátkou dobu, a vymezení předmětu veřejné zakázky. Nad rámec skutečností, které

navrhovatel uvedl v části rozkladu týkající se nesprávného skutkového posouzení, uvádí, že v případě specifického plnění má průzkum trhu a oslovení potenciálních dodavatelů významnou vypovídací hodnotu, neboť cenové nabídky se mohou významně odlišovat od nabídek podaných v dřívějších tendrech. Proto má zato, že závěr Úřadu o nevhodnosti ověření výhodnosti cenové nabídky pomocí průzkumů trhu není správný a že je navíc v rozporu s § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), neboť v dřívější rozhodovací praxi hodnotil průzkum trhu jinak. Nebylo tak prokázáno, že nabídka vybraného uchazeče je dostatečně cenově výhodná. Co se týče nesprávného posouzení časového omezení nabídky, ani v tomto ohledu nebylo prokázáno naplnění podmínky pro použití § 23 odst. 5 písm. e) zákona. Ke zhodnocení vymezení předmětu veřejné zakázky vyjadřuje navrhovatel nad rámec již uvedeného zejména svůj nesouhlas se závěrem, že vymezení předmětu veřejné zakázky je plně v kompetenci zadavatele; naopak je přesvědčen, že se jedná o skutečnosti, které jsou z hlediska posouzení úkonů zadavatele stěžejní. Úřad se navíc vůbec nezabýval námitkou, že zadavatel nemá pro soupravu Railjet vhodnou lokomotivu; v této souvislosti je pak pravděpodobné, že v dohledné době vyhlásí nové zadávací řízení na lokomotivy pro soupravy Railjet. Takový postup je však obcházením zákona a zakládá kromě toho i budoucí diskriminaci ostatních dodavatelů lokomotiv, včetně navrhovatele.

31. Navrhovatel poukazuje také na vady řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházely. Jedná se o nemožnost vyjádřit se ke všem prováděným důkazům a podkladům rozhodnutí a nahlédnout do dokumentů označených ve spise jako obchodní tajemství. Postup Úřadu byl v rozporu s § 38 odst. 6 správního řádu, který nahlížení do částí spisů označených jako obchodní tajemství umožňuje, je-li jimi prováděn důkaz. Dokumenty označené jako obchodní tajemství měly podstatný význam pro posouzení, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, což vyplývá i z toho, že Úřad těmito dokumenty důkaz provedl (viz body 97 a 103 napadeného rozhodnutí). Na podporu své argumentace navrhovatel odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 16. 6. 2003, č. j. R60-65/2002, a na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 30. 8. 1999, č. j. 2 A 4/99-46.
32. Navrhovatel brojí i proti dalším nedostatkům, které se dotýkají odůvodnění napadeného rozhodnutí. To neobsahuje povinné náležitosti uvedené v § 68 správního řádu, neboť v odůvodnění není uvedeno, jak se Úřad vypořádal s některými návrhy a námitkami navrhovatele. Tím byla porušena i povinnost Úřadu vyplývající z § 50 odst. 2 ve spojení s § 52 a § 3 správního řádu. Na podporu svých tvrzení odkazuje navrhovatel na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 4. 2008, č. j. 4 Ads 83/2007-64. Z napadeného rozhodnutí je patrné, že Úřad vycházel převážně z odborných posudků zadavatele, ale jen částečně z odborných posudků navrhovatele. Úřad se nijak nevyjádřil k relevanci předložených posudků, tj. neuvedl, proč posudky předložené zadavatelem považuje za správné, přestože dospívají k odlišným závěrům než posudky navrhovatele (zejména pokud jde o posudek ČVUT – Fakulty dopravní a Fakulty strojní Západočeské univerzity v Plzni). Pokud nepovažoval posudky za dostatečné, měl provést důkaz znaleckým posudkem v souladu s § 56 správního řádu.

33. Navrhovatel svůj rozklad dne 23. 9. 2011 doplnil podáním ze dne 22. 9. 2011 o články věnované rozvoji rakouských železnic, které se zabývají i nabídkou vybraného uchazeče. ÖBB podle nich nevěří, že spory o zakázku v Česku dopadnou dobře a dokonce se připravují na to, že vybranému uchazeči zaplatí penále ve výši 2 mil € za neodkoupení souprav. Ačkoli toto vyjádření bylo následně dementováno, vyplývá z něj, že ÖBB pochybují o zákonnosti jednacího řízení bez uveřejnění. Smluvní sankce navíc nasvědčuje tomu, že ÖBB již od samého počátku měly zájem na převzetí zakázky zadavatelem, což by zpochybnilo závěry o okamžiku, ve kterém byl dán ÖBB souhlas k převzetí zakázky. Všechny uvedené skutečnosti potvrzují, že napadené rozhodnutí je nezákonné a že řízení je zatíženo procesními vadami. Navrhovatel konečně zdůrazňuje, že nabízené vlakové soupravy nesplňují aktuální technické normy TSI, čímž je zpochybněna výhodnost nabídky a neoprávněně zvýhodněn vybraný uchazeč vůči uchazečům jiným.
34. Navrhovatel proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil orgánu dohledu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

35. Úřad určil usneseními č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-15009/2011/510/HOd ze dne 20. 9. 2011 a č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-15166/2011/510/HOd ze dne 23. 9. 2011 navrhovateli a vybranému uchazeči lhůtu 5 dnů k vyjádření k podanému rozkladu a jeho doplnění.
36. K podanému rozkladu se vyjádřil zadavatel. Co se týče podmínky, že cena nabízená vybraným uchazečem byla podstatně nižší než cena obvyklá na trhu, uvádí zadavatel, že tato skutečnost plyne z důkazů založených ve spise, jmenovitě z odborného stanoviska vypracovaného VŠB-Technickou univerzitou Ostrava (stanoviska k posouzení výhodnosti pořízení železničních kolejových vozidel ze dne 23. 5. 2011 a 8. 8. 2011), stanoviska k netrakovým jednotkám Railjet vypracovaného ČVUT, odborného posouzení Žilinské univerzity v Žilině ze dne 23. 5. 2011 a 8. 8. 2011 a z tabulky zobrazující srovnání nabízených cen za soupravy Railjet s cenami nákupů na trhu. Spis neobsahuje žádný relevantní doklad, který by svědčil pro opačný závěr. Zadavatel trvá na tom, že provedené analýzy jsou kvalitnějším nástrojem než průzkumy trhu. Navíc navrhovatel desinterpretoval rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 21. 6. 2010, č. j. ÚOHS-R157/2009/VZ-9046/2010/310-ASc, neboť z tohoto rozhodnutí pouze vyplývá povinnost zadavatele doložit, jakými důkazními prostředky bude naplnění podmínek jednacího řízení bez uveřejnění prokazovat. Co se týče srovnání se soupravami ICx, zadavatel upozorňuje, že znalecký posudek porovnávající obě jednotky založil do spisu sám navrhovatel. Úřad navíc cenu upravil o cenu nové lokomotivy a i při jejím započítání stále vychází cena jednotek Railjet výhodně (o cca 38 % nižší, což ani navrhovatel nerozporuje). Zadavatel trvá na tom, že i provozní rychlost, tj. reálná bezpečná rychlost obou jednotek (tj. Railjet a ICx) je srovnatelná. K nemožnosti srovnávání jednotek Railjet a CAF-HT65000 pro Turecko dodal zadavatel nad rámec již uvedeného, že jsou určeny a technologicky odpovídají tureckým železničním předpisům, nenaplnějí požadavky na klimatickou odolnost a na elektromagnetickou kompatibilitu, a kromě toho se jedná o jednotky jednosystémové, tzn. jsou schopny provozu pouze na trati s jedním napětím. Ke srovnání s jednotkami JAVELIN pro Velkou Británii zadavatel uvedl, že smlouva na dodávky

byla uzavřena již v roce 2005 a vzhledem k cenovému vývoji a vývoji směnného kurzu mezi Britskou librou a Eurem nelze toto srovnání použít. I jednotky JAVELIN jsou schopny provozu pouze na trati s jedním napětím. Proto jsou pro dálkovou dopravu v zadavatelem uvažovaných zemích nevhodné, neboť v nich jsou používány min. tři základní napěťové systémy. Nejsou vybaveny ani vlakovými zabezpečovači pro provoz ve střední Evropě, neboť jsou zamýšleny jako vlaky pro dojíždění z/do Londýna a okolí, s jízdou 30 až 60 minut. Co se týče nabídkové ceny, zadavatel upozorňuje, že cena nyní nabízená zadavateli je shodná s tou, za kterou se mělo jejich dodání realizovat vůči ÖBB (původní smlouva zahrnovala tzv. eskalační vzorec nabídkové ceny zohledňující zejména vývoj inflace). Podstatné však je především to, že se jedná o cenu podstatně nižší, než je cena obvyklá na trhu. Zadavatel obdobně trvá na tom, že kdyby byly jednotky Railjet poptávány mimo sérii 67 jednotek určených pro ÖBB, vztahovaly by se na takovou dodávku některé nové normy týkající se technické specifikace interoperability (TSI), což by vyvolalo změnu konstrukce a nutnost nové homologace. Pro úplnost vysvětlil, že pokud se některé normy TSI nebudou na dodávku 16 jednotek Railjet aplikovat, neznámá to, že by nesplňovaly legislativní požadavky. Zadavatel si navíc vyhradil, že jednotky musí disponovat schválením pro provoz min. v zemích Česká republika, Německo, Rakousko a Maďarsko. Taktéž tvrzení o nutnosti úprav a navýšení pořizovacích nákladů jsou pouhé spekulace. Obdobně nepodloženou spekulací je chystaný nákup lokomotiv Taurus. Zadavatel upozornil, že provozování jednotek Railjet lze zajistit i levnějším způsobem, např. pronájmem lokomotiv. Shodně s předchozími tvrzeními obhajuje zadavatel také získání souhlasu ÖBB k převodu opce. Trvá na tom, že se na převod opce zákon vůbec nevztahuje a obecně apeluje na zásadu hospodárného vynakládání veřejných prostředků. Ani pokud jde o vymezení předmětu veřejné zakázky, zadavatel se neodchyluje od názorů, které prezentoval v průběhu správního řízení a je přesvědčen ve shodě s napadeným rozhodnutím, že navrhovatel není oprávněn zpochybňovat důvodnost obchodního rozhodnutí zadavatele o tom, jaké jednotky a kolik si do svého vozového parku pořídí. Co se týče procesních nedostatků a přístupu k obchodnímu tajemství, zde zadavatel zejména poukazuje na to, že názor Vrchního soudu v Olomouci již byl překonán (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 10. 2008, č. j. 7 Afs 40/2007-111). Úřad odborná stanoviska ze strany navrhovatele provedl jako důkaz a na základě provedených důkazů vycházel ze srovnání jednotek Railjet a ICx. Zadavatel je navíc stále přesvědčen, že navrhovatel není aktivně legitimován k podání návrhu. Z uvedených důvodů navrhuje návrh zamítnout podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona.

37. Zadavatel se vyjádřil také k doplnění rozkladu. Obsah článků i tohoto doplnění označuje za nepodložené spekulace, které se ani nevztahují k podstatě věci, tj. nejsou relevantní pro posouzení splnění podmínek § 23 odst. 5 písm. e) zákona. Zadavatel dementuje tvrzení, že při neodebrání 16 jednotek Railjet by měly ÖBB platit vybranému uchazeči sankci ve výši cca 2 mil. €. Tato okolnost, byť by se ukázala jako pravdivá, by byla pro posouzení věci nerozhodná a neměla by vliv na závazný souhlas ÖBB s postoupením práv z původní smlouvy z roku 2006 na zadavatele až dopisem ze dne 7. 6. 2011.
38. Vybraný uchazeč k podanému rozkladu uvádí, že napadené rozhodnutí považuje za správné jak po stránce skutkové, tak po stránce právní. Shoduje se s tím, že Úřadu nepřisluší přezkoumávat obchodní záměr zadavatele, ale pouze dodržení podmínek podle § 23 odst. 5

písm. e) zákona a zásad uvedených v § 6 zákona. Nad rámec již podaných vyjádření vybraný uchazeč opakuje, že výhodnost nabídky spočívá hlavně v tom, že se jedná o část podstatně větší zakázky pro ÖBB, kdy jednorázové náklady vybraného uchazeče a jeho subdodavatelů, které mají významný vliv na cenu, byly rozprostřeny do celé dodávky. Vybranému uchazeči není známo, že by jiný renomovaný dodavatel byl schopen zadavateli dodat v tak krátké době za podmínek v nabídce uvedených (i cenových) 16 kusů vlakových souprav. Neopakovatelnost nabídky tak vyplývá z jejího načasování a krátké lhůty realizace. Vybraný uchazeč je přesvědčen i o naplnění druhého požadavku, tj. časové omezenosti nabídky. ÖBB sice učinila na konci roku 2010 rozhodnutí zrušit opci na dodávku 16 kusů souprav Railjet, o čemž informovala vybraného uchazeče. Současně však nezávazně uvedla, že by za určitých podmínek umožnila převod opce na zadavatele a jako nejzazší termín uvedla 30. 6. 2011. K převodu opce bylo třeba jak souhlasu vybraného uchazeče, tak společnosti ÖBB, který v písemné podobě vybraný uchazeč obdržel až 7. 6. 2011 a do té doby nemohl zadavateli učinit nabídku. Z důvodu zahájení správního řízení však termín 30. 6. 2011 nemohl být dodržen. ÖBB sice souhlasila s prodloužením termínu pro převod opce, ale nejpozději do 30. 9. 2011 z důvodu finančních nákladů, které s sebou prodloužení opce nese. Závěrem svého vyjádření vybraný uchazeč zdůrazňuje, že vlakové soupravy jsou z hlediska funkčnosti, technického provedení i komfortu cestujících prověřeny provozem u ÖBB. S ohledem na to, že se pro zadavatele jedná o jedinečnou a časově omezenou příležitost, navrhuje vybraný uchazeč, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a rozklad navrhovatele zamítl.

39. 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.
40. Po projednání rozkladů 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 i opravného rozhodnutí s právními předpisy a jejich správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladech a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
41. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-13132/2011/510/HOd ze dne 5. 9. 2011 rozhodl, že se návrh navrhovatele podle ustanovení § 118 odst. 4 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odstavce 1 nebo 2 zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí ani opravného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K podanému rozkladu v obecné rovině

42. Jak je z podaného rozkladu zřejmé, navrhovatel setrvává na stanoviscích, které prezentoval v návrhu a v početných vyjádřeních podaných v rámci správního řízení prvního stupně. Má

zato, že zadavatel nesplnil podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 5 písm. e) zákona, tj. že ze strany zadavatele nebyla splněna podmínka cenové výhodnosti nabídky, ani podmínka její časové omezenosti. Ačkoli napadené rozhodnutí reagovalo na všechny podstatné body podaného návrhu, navrhovatel je přesvědčen, že tak učinilo v některých ohledech skutkově neúplně a nedostatečně, nepřesvědčivě či nepřezkoumatelně, právně nesprávně či procesně vadně.

43. Podle § 23 odst. 5 písm. e) zákona může být veřejná zakázka na dodávky zadána v jednacím řízení bez uveřejnění, jestliže jde o zboží pořizované za cenu podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena, a podstatně nižší cena je dodavatelem nabízena jen po velmi krátkou dobu; veřejný zadavatel je oprávněn zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle tohoto písmene pouze ve vztahu k podlimitní veřejné zakázce. Naposledy zmíněná podmínka, aby se jednalo o podlimitní veřejnou zakázku, splněna byla, resp. o jejím splnění nebylo dosud ve správním řízení sporu. Zbývá tedy znovu posoudit, zda byly splněny v pořadí první a druhá podmínka citovaného ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona, tj. podmínka, aby bylo zboží pořizované za cenu podstatně nižší, než je obvyklá cena tržní, a podmínka, aby tato podstatně nižší cena byla dodavatelem nabízena jen po velmi krátkou dobu.
44. Dříve, než toto rozhodnutí přejde ke skutkové a na ni navazující právní stránce přezkoumávaného případu (pozn.: na rozdíl od rozkladu nebude toto rozhodnutí skutkovou a právní stránku případu argumentačně oddělovat), považuji za nutné v obecné rovině uvést, že při použití jednacího řízení bez uveřejnění se uplatňují dvě hlavní zásady. Zaprvé nelze právní úpravu jednacího řízení bez uveřejnění vykládat jinak než striktně [viz judikatura Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“) např. ve věci C-199/85 Commission v. Italy, ve věci C-71/92 Commission v. Spain, či ve věci C-385/02 Commission v. Italy]. Zadruhé, je to zadavatel, kdo nese důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro jeho použití (tamtéž). Zákaz rozšiřujícího výkladu pro použití jednacího řízení bez uveřejnění vyplývá z jeho povahy, která se v mnoha ohledech shoduje s běžnou soukromoprávní kontraktační procedurou, v níž vstupuje subjekt do smluvního vztahu s konkrétním vybraným dodavatelem, aniž by byl povinen předem oslovit více zájemců. Ze všech druhů zadávacích řízení tak jednací řízení bez uveřejnění vykazuje nejnižší míru transparentnosti, vnější kontroly a hospodářské soutěže, a právě proto jsou na úrovni zákona i zadávací směrnice přísně omezeny podmínky pro jeho použití.

K vymezení předmětu plnění

45. Před samotným vypořádáním pochybností navrhovatele o splnění podmínek uvedených v § 23 odst. 5 písm. e) zákona je na místě se zabývat zákonností vymezení předmětu plnění veřejné zakázky, neboť tato problematika prostupuje i do dalších dílčích otázek, které musí být v tomto řízení zodpovězeny. Stěžejní problematikou vymezení předmětu plnění je otázka, zda byly požadavky zadavatele na předmět plnění opodstatněné a zda se nemůže jednat o požadavky s diskriminačním dopadem na potenciální uchazeče.
46. V první řadě je třeba dát za pravdu orgánu dohledu v závěru, že vymezení předmětu plnění je výhradně v kompetenci zadavatele, neboť jedině ten zná detailně své potřeby a promítá je do poptávaného předmětu veřejné zakázky. Lze současně ale souhlasit i s navrhovatelem, že

je stanovení předmětu plnění veřejné zakázky nutné vnímat optikou rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, který se zabýval konceptem skryté diskriminace. Podle tohoto rozsudku se v případě skryté diskriminace jedná o postup, kdy zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových předpokladů, které jsou zjevně nepřiměřené a mohou je splnit pouze někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými (tzv. diskriminace skrytá).

47. Zdůrazňuji nejprve, že na požadavky zadavatele týkající se předmětu plnění je nutno nahlížet v kontextu specifik nyní přezkoumávaného jednacího řízení bez uveřejnění. Způsob vymezení předmětu plnění by snad mohl být vnímán jinak, kdyby se jednalo o nově vyhlášenou veřejnou zakázku. V přezkoumávaném případě se však jedná o situaci, kdy zadavatel, zjednodušeně řečeno, přistupuje k již existující, vyhlášené a z části dokonce realizované veřejné zakázce, jejíž podmínky nemohl v době vyhlášení nijak ovlivnit, a nemohl tedy ovlivnit či dokonce samostatně stanovit ani parametry předmětu plnění. Podstatné v dané situaci je, že zadavatel zjistil, že je reálné ucházet se za výhodných cenových podmínek o soupravy Railjet, které shledal jako odpovídající jeho současným potřebám, neboť o ně již nemá zájem původní zadavatel (ÖBB). Vzhledem k tomu, že se jednalo o časově limitovanou nabídku a že z důvodů této časové omezenosti nebylo reálné vyhlášení otevřeného nebo užšího zadávacího řízení, rozhodl se zadavatel využít možnosti, kterou mu dává ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona a zvolit pro zadání veřejné zakázky jednací řízení bez uveřejnění, tj. proceduru nejméně formální a značně se přibližující běžné kontraktační proceduře. Zákon v takovém případě stanoví pouze dvě podmínky, o jejichž faktickém splnění či nesplnění bude v podrobnostech pojednáno dále.
48. Jak vyplynulo z výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, zadavatel požadoval soupravy s konstrukční rychlostí 230 km/h. Poukazuje-li navrhovatel na rozdílné hodnoty uvedené v některém z vyjádření k zahájenému správnímu řízení (podle nichž měl údajně požadovat soupravy o konstrukční rychlosti v rozmezí 200-230 km/h), pak z hlediska vymezení předmětu plnění považuji za směrodatnou pouze tu hodnotu, která je uvedena ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, tj. rychlost 230 km/h.
49. Jak vyplývá z posudku Západočeské univerzity v Plzni, který předložil navrhovatel a který se mj. týkal potřeby pořízení jednotek Railjet, zpracovatel posudku uvedl, že pro provoz na nyní vybudovaných koridorech s maximální rychlostí 160 km/h nebudou využity všechny přednosti uvedené soupravy, nicméně současně připustil, že se v letech 2030 až 2050 předpokládají tři etapy budování vysokorychlostních tratí, např. na trati mezi Drážďany a Prahou a dále v trase Ostrava-Praha-Děčín-Berlín. Tuto skutečnost považuji z hlediska posouzení přezkoumávaného případu za stěžejní. Přestože zpracovatel uvedeného posudku tvrdí, že v době vybudování těchto tratí mají být soupravy Railjet na konci své životnosti, nedospěl jsem k závěru, že by tato skutečnost dokazovala nepřiměřenost a nedůvodnost zadavatelova požadavku. Z posudku Českého vysokého učení technického – Fakulty dopravní, který předložil navrhovatel, vyplývá, že v současné době tvoří ve vozech pro mezinárodní železniční dopravu podstatné procento (cca 75%) vozy starší 21 let a dokonce jedna čtvrtina vozů je starší 30 let. Jakkoli nelze tento stav považovat za ideální, je z něj

jednoznačně zřejmá vysoká pravděpodobnost, že i v době vybudování vysokorychlostních tratí (tj. za cca 20 let) budou moci být soupravy Railjet po určitou dobu používány, neboť provoz souprav starších 20 let evidentně není ničím neobvyklým. Není možné zadavateli spravedlivě vyčítat, že pokud i jen část tratí umožňuje (nebo v budoucnu umožní) provozní rychlost 230 km/h (zde mám na mysli zejména části tratí v zahraničí, např. v Rakousku, Maďarsku nebo v Německu), že poptává tomu odpovídající jednotky. S vidinou budování vysokorychlostních tratí by bylo stejně tak možné polemizovat i o tom, zda by nákup souprav o max. rychlosti např. 160 km/h byl smysluplný. Uzavírám proto, že nelze dát za pravdu navrhovateli v tvrzení, že požadavek na max. provozní rychlost 230 km/h je neopodstatněný.

50. Tvrdí-li navrhovatel, že zadavatel nestanovil požadavek na splnění aktuálních technických norem, pak mu nemohu přisvědčit, a odkazuji na výzvu k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, v níž je uvedeno, že jednotky musí disponovat schválením pro provoz minimálně v zemích Česká republika, Rakousko, Německo a Maďarsko a že jednotky musí splňovat závazné požadavky vztažných vyhlášek UIC, evropských norem i ostatní legislativy Evropské unie i národní legislativy výše uvedených států. Shodně citoval i Úřad v napadeném rozhodnutí. Je z podstaty věci vyloučeno, aby jednotky neodpovídaly normám a předpisům daných zemí, protože jinak by nemohly obdržet příslušná úřední povolení.
51. Ve světle faktu, že se jednalo o veřejnou zakázku, která již byla vypsána jiným zadavatelem (a z části již dokonce realizována), je z pohledu tohoto řízení irelevantní zabývat se tím, zda soupravy Railjet splňují požadavek ÖBB na minimální kapacitu. Úřad nemůže autoritativně přezkoumávat jednání zadavatelů, kteří nejsou veřejným zadavatelem podle § 2 zákona (ve spojení s ustanoveními o výkonu dohledu nad dodržováním tohoto zákona v § 112 zákona). Obdobně jsem přistoupil i k námitce, podle níž je požadavek na homologaci nepřiměřený a nestandardní. I zde je nutné vycházet z toho, že se jedná o přistoupení ke smlouvě, jejímž předmětem jsou z části již realizované dodávky (a tedy min. z pohledu rakouských právních předpisů homologované), a tedy se jedná o poněkud jinou situaci, než kdyby byl např. požadavek na homologaci (rozumím-li mu ve smyslu ověření vlastností výrobku z hlediska přípustnosti jeho použití) stanoven ve zcela novém zadávacím řízení, u něhož by nebylo zřejmé, která nabídka (a potažmo která vlaková souprava) bude vybrána jako nejvhodnější. Navrhovatel si navíc v podaném rozkladu protiřečí; na jednom místě zpochybňuje oprávněnost požadavku na homologaci, na jiném místě tvrdí, že soupravy Railjet neodpovídají požadavkům platných českých právních norem (k tomu viz dále).
52. K námitce, že se napadené rozhodnutí nevypořádalo s tím, že zadavatel nemá pro provoz jednotek Railjet vhodnou lokomotivu, dávám za pravdu navrhovateli v tom smyslu, že z odůvodnění napadeného rozhodnutí není patrný jednoznačný závěr k této otázce. Jelikož není vyloučeno, aby byly absentující úvahy napadeného rozhodnutí plně nahrazeny úvahami orgánu rozhodujícího o rozkladu, a to dokonce i na podkladě doplněného dokazování a nad rámec důvodů rozkladu (pokud jde o otázky zákonnosti, jak předvídá § 89 odst. 2 správního řádu), neboť dvojinstančnost, spolu se zásadou úplné apelace, které řízení o rozkladu ovládají (kdy zajišťují nejen dvojí posouzení věci, ale také cestu k nápravě a odstranění vad, které se vyskytly v řízení před prvním stupněm, samozřejmě za předpokladu, že se jedná o vady odstranitelné), takový postup umožňují, jak konstatovaly rozsudky Nejvyššího

správního soudu ze dne 29. 5. 2009, č. j. 2 As 22/2008-151, a ze dne 4. 5. 2009, č. j. 8 Afs 15/2007-75, reaguji na uvedenou námitku nyní, v řízení o rozkladu. Jak vyplývá z vyjádření zadavatele, ten v současné době disponuje 7 pronajatými lokomotivami typu Taurus, které jsou bez dalšího schopny provozu se soupravami Railjet, a tedy kromě možnosti nákupu dalších lokomotiv není vyloučen pronájem zbývajících počtu lokomotiv vhodných pro zmíněné soupravy Railjet. Ostatně ani absence vhodné lokomotivy, vedoucí k teoretické možnosti vyhlášení výběrového v budoucnu, by nemohla bez dalšího znamenat, že zadavatel stanovil předmět veřejné zakázky v rozporu se zákonem a zásadou zákazu diskriminace.

53. Obdobně přistupuji i k námitce, podle níž zadavatel v minulosti nakoupil několik lokomotiv od navrhovatele (typ 380), které nejsou s jednotkami Railjet kompatibilní, a k námitce, že v důsledku nákupu souprav Railjet je navrhovatel fakticky vyloučen z případného navazujícího výběrového řízení na jiné lokomotivy vhodné pro provoz se soupravami Railjet. Zprvce není vyloučena úprava stávajícího vozového parku zadavatele (odborné posudky předložené navrhovatelem tuto variantu nevyvracejí), zadruhé lze uvažovat i o úpravě lokomotiv, kterými v současné době disponují jiní dodavatelé (včetně navrhovatele) a které by byli v případném výběrovém řízení schopni a ochotni zadavateli nabídnout. Diskriminaci totiž nelze spatřovat pouze ve faktu, že zadavatel bude nucen případnou další poptávku zboží (lokomotivy) koncipovat s ohledem na již existující vozový park, neboť tak (s obměnami dle charakteru požadovaného plnění) *de facto* činí všichni zadavatelé, tj. i oni přihlížejí při zadání veřejné zakázky např. k výrobkům, které již při své činnosti používají (a které v minulosti vysoutěžili). Jak ostatně konstatoval i Nejvyšší správní soud v naposledy citovaném rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, i koncept skryté diskriminace má své limity, a to v tom směru, že samotná podstata zákazu skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Citovaný rozsudek se sice primárně týkal stanovení úrovně kvalifikačních předpokladů, nicméně jeho závěry se dají analogicky vztáhnout i na problematiku vymezení předmětu plnění, resp. jeho technických parametrů. Jak Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku uvedl, není dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jejich požadavky měly na všechny potenciale uchazeče stejné dopady; z textu rozsudku lze dovodit, že takový přístup by byl v rozporu se základním účelem zadávacího řízení, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou veškerých požadavků zadavatele či stanovených technických podmínek předmětu veřejné zakázky je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takové (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci. Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato „zjevná nepřiměřenost“ není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno jí vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. Nejvyšší správní soud tudíž připustil, že nelze předem a obecně stanovit s matematickou přesností, kdy je naplněna podmínka „zjevné nepřiměřenosti“, neboť tento pojem se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat. Shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady (či jiné požadavky zadavatele na předmět plnění) jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky. Je tedy možné v návaznosti

na nyní přezkoumávaný případ shrnout, že ochrana uchazečů proti svévolné diskriminaci ze strany zadavatele nemá vést k nivelizaci faktické různorodosti uchazečů.

54. Nadto upozorňuji, že pro posouzení oprávněnosti použití jednacímho řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 5 písm. e) zákona je na místě zkoumat pouze to, zda se skutečně jednalo o zboží pořizované za cenu podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena, a zda tato podstatně nižší cena je dodavatelem nabízena jen po velmi krátkou dobu. Žádné další podmínky, které by zadavatel musel splnit, zákon nestanoví. Předmět plnění a způsob jeho vymezení souvisí s naplněním uvedených podmínek jen okrajově a jediná věc, které je třeba věnovat pozornost, je existence (i jen hrozby) případné skryté diskriminace. Ta, jak bylo uvedeno výše, zjištěna nebyla.
55. Uzavírám tedy, že jsem s ohledem na výše zmíněné skutečnosti a vyslovené právní závěry nedospěl k závěru o tom, že by byl předmět plnění veřejné zakázky, resp. jeho technické podmínky, stanoven v rozporu s ustanovením § 6 zákona.

Cenová výhodnost nabídky

56. Navrhovatel dále podaným rozkladem brojí proti napadenému rozhodnutí, pokud jde o jeho dílčí závěr, že ze strany zadavatele byla splněna podmínka cenové výhodnosti nabídky, jinými slovy, navrhovatel nesouhlasí, že se v případě souprav Railjet jedná o zboží pořizované za cenu podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena. V této souvislosti napadá v první řadě provedené srovnání s konkurenčními produkty a vytýká Úřadu, že se omezil pouze na srovnání souprav Railjet se soupravami ICx pořizovaných od dodavatele Siemens AG pro DB. Toto srovnání navíc označuje navrhovatel za nesprávné, neboť se jedná o soupravu vyšší kategorie, jejíž cena je logicky výrazně vyšší.
57. V nejobecnější rovině je nutno upozornit, že zákon nikde nestanoví, co se rozumí „cenou podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena“, a proto slovo „podstatně“ nelze přiřadit ke konkrétní procentuální hodnotě, jak se o to pokouší navrhovatel a zpracovatelé posudků. Tento neurčitý právní pojem je tak třeba překonat výkladem v rámci správního uvážení, avšak nikoli obecně, ale vždy v návaznosti na šetřený případ.
58. V průběhu správního řízení předložil navrhovatel několik posudků, které se z větší či menší části věnovaly cenovému srovnání soupravy Railjet s jinými typy souprav. Z těchto posudků je třeba především vyzdvihnout posudek společnosti Grant Thornton Valuation, a. s. ze dne 31. 7. 2011, který jako možné varianty soupravy Railjet uvádí hned několik typů jednotek (soupravu CAF-HT65000 pro turecké dráhy, Twindexx pro švýcarské dráhy, Stadler pro ÖBB a Bombardier pro švédské dráhy). Dále navrhovatel předložil posudek Západočeské univerzity v Plzni – Fakulty strojní, která jako alternativu soupravy Railjet uvádí jednotky Viaggio Light pro izraelské železnice. Posudek Českého vysokého učení technického – Fakulty dopravní zmiňuje jako „srovnatelné“ nákupy souprav ICx pro DB, jednotek Nuovo Pendolino pro polské dráhy, jednotek KISS pro Westbahn (Rakousko), osobních vozů pro slovenského železničního dopravce, jednotek TWINDEXX pro švýcarské dráhy a jednotek CAF pro Saudi Railway Organisation. Dále tento posudek srovnává soupravu Railjet se soupravami ICElefant, EXpression s řídicím vozem a EXpression bez řídicího vozu.

59. V první řadě uvádím, že posudek ČVUT – Fakulty dopravní, str. 28, uvádí, že srovnávání ceny jednotek Railjet s cenami jiných vlakových souprav je problematické už jenom proto, že chybí srovnání s obdobnými vozidly (jak z pohledu ucelené netrakové jednotky, tak z pohledu požadované maximální rychlosti). K obdobnému závěru dochází i posudek Grant Thornton Valuation (str. 15), který mj. uvádí, že pokud bychom trvali na homogenních výrobcích, pak soupravy Railjet jsou velmi ojedinělým výrobkem, jehož obvyklá cena je rovna té, kterou v průměru získala ÖBB, tj. 12 164 000 €/ks. Jinými slovy, bylo poměrně obtížné jak pro zpracovatele posudků, tak pro Úřad, najít na relevantním trhu produkt, který by se svými parametry naprosto nebo aspoň převážně shodoval s parametry soupravy Railjet. Za této situace bylo třeba nalézt takovou soupravu, která se s jednotkou Railjet bude shodovat alespoň v podstatných rysech, neboť Úřad, vázán svou povinností přezkoumat úkony zadavatele, nemůže na dokazování rezignovat konstatováním, že srovnání cen je vzhledem ke specifické povaze výrobků obtížné až nemožné. Proto jako základní pilíř pro srovnání stanovil max. konstrukční rychlost soupravy (alespoň 230 km/h, ve shodě s výzvou zadavatele k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění) a dobu nákupu jednotek. V řízení o rozkladu mám navíc zato, že je třeba vzít v úvahu i hledisko místní, tj. zda je daná souprava bez dalších úprav schopná provozu na území Evropské unie, a časové (tj. dobu nákupu).
60. Jelikož bylo postaveno najisto (viz předchozí část odůvodnění tohoto rozhodnutí), že zadavatel ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění poptával vlakové soupravy o konstrukční rychlosti max. 230 km/h a že tento požadavek nelze označit za (skrytě) diskriminační, Úřad při hledání vhodné soupravy, s níž by bylo možné soupravu Railjet porovnat, vyloučil všechny jednotky, které uvedené maximální rychlosti nedosahují (tj. ICElefant, EXpression s řídicím vozem, EXpression bez řídicího vozu, Viaggio Light, KISS, Twindexx, CAF pro Saudi Railway Organisation, JAVELIN od výrobce Hitachi, stejně jako blíže nespecifikované „osobní vozy“ pro slovenského železničního dopravce). Kromě vozů typu TGV, AGV, které však byly rovněž správně z porovnání vyloučeny jako soupravy kvalitativně na jiné (vyšší) úrovni, tak zbyly pouze vozy CAF-HT65000 pro turecké dráhy (max. rychlost 250 km/h) a ICx od výrobce Siemens (max. rychlost 230/249 km/h; soupravy ICx se vyrábí ve dvou rychlostních variantách, které se mj. liší i počtem vozů a potažmo sedadel) pořizované pro DB.²
61. Úřad zjistil a v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že jednotky CAF-HT65000 jsou provozovány na trati Istanbul – Ankara za naprosto jiných klimatických i provozních podmínek, že zejména neodpovídají přísným předpisům na elektromagnetickou kompatibilitu, nesplňují bezpečnostní normy EU, s čímž souhlasím a k čemuž doplňuji, že kromě toho jsou provozovány na tratích s jedním napětím (ve střední Evropě však existují tři hlavní napájecí systémy kolejových vozidel). Z tohoto důvodu je nelze pro srovnání za účelem zjištění cenové výhodnosti jednotek Railjet použít. I kdyby však Úřad od výše uvedených vlastností typických pro soupravy CAF-HT65000 odhlédl, soupravy CAF-HT65000 by stále byly dražší než jednotky Railjet, a to i po započtení nákladů na pořízení lokomotivy Taurus, společně s kterou činí cena vlakové soupravy Railjet 17 mil € (viz posudek společnosti Grant

² viz <http://www.mobility.siemens.com/mobility/global/Documents/en/rail-solutions/high-speed-and-intercity-trains/ICx/ICx-brochure-en.pdf>

Thornton Valuation, a. s.). V tomto závěru vycházím podobně jako Úřad z posudku předloženého navrhovatelem od zpracovatele Grant Thornton Valuation, a. s., v němž zpracovatel uvádí, že cena soupravy CAF-HT65000 pro turecké železnice činila 18,5 mil. €. Ačkoli se zpracovatel domnívá, že při definované nižší provozní rychlosti by mohla být cena naposledy uvedené jednotky nižší, stejnou váhu lze přičíst i námitce zadavatele, že uvedená cena vychází ze smlouvy uzavřené v roce 2006, a proto s ohledem na míru inflace a cenový vývoj nelze vyloučit ani to, že by v roce 2011 cena zůstala stejná nebo byla dokonce ještě o něco vyšší.

62. Za této situace nelze vytýkat Úřadu, že při srovnání cen souprav vzal v úvahu soupravu ICx od výrobce Siemens (ve variantě konstrukční rychlosti 230 km/h), byť se nejedná o zcela shodný výrobek (hlavní rozdíl oproti soupravě Railjet je zejména ten, že se jedná o trakční soupravu, tudíž k pohonu soupravy ICx není nutno pořizovat lokomotivu, a dále je nutno připustit, že se jedná o soupravu vyšší kategorie, neboť jedna její varianta dosahuje max. rychlosti až 249 km/h). Z provedeného srovnání bylo zjištěno, že souprava Railjet včetně lokomotivy Taurus vychází o cca 38 % levněji než cena jednotky ICx, což považuji stejně jako Úřad za cenu podstatně nižší.
63. Vytýká-li dále navrhovatel Úřadu, že při posouzení mimořádné výhodnosti cenové nabídky vybraného uchazeče nevycházel z tzv. „ceny za sedadlo“, neboť jednotlivé soupravy disponují rozdílným počtem sedadel, pak uvádím, že předmětem nákupu jsou právě jednotlivé vlakové soupravy, nikoli sedadla. Pro zadavatele je tak určující cena za jednotku (samozřejmě za podmínky naplnění určitého min. počtu sedadel v soupravě). Podotýkám, že přepočty na sedadla mohou být poněkud zavádějící už jen z toho důvodu, že nezohledňují rozdíl mezi sedadly první či druhé třídy, případně mezi sedadly v jídelních vozech. Dále navrhovatelem předložené posudky se zcela neshodují na počtu sedadel vlakové soupravy Railjet (zatímco posudek ČVUT uvádí, že sedmivozová souprava Railjet zahrnuje celkem 447 míst, podle posudku společnosti Grant Thornton Valuation, a. s. disponuje sedmivozová souprava Railjet pouze 408 místy; tomu odpovídají i údaje uvedené zde: <http://www.schiene-fahrtzeugtagung.at/download/PDF2008/Eckhart-Mehrdad-Repitz.pdf>). Vycházím-li z údajů dostupných na <http://www.railwaygazette.com/nc/news/single-view/view/db-and-siemens-sign-ICx-contract.html> nebo <http://www.mobility.siemens.com/mobility/global/Documents/en/rail-solutions/high-speed-and-intercity-trains/ICx/ICx-brochure-en.pdf>, má sedmivozová souprava ICx celkem 499 míst, a podle údajů dostupných např. na http://en.wikipedia.org/wiki/TCDD_HT65000 disponuje šestivozová souprava CAF-HT65000 celkem 419 místy (internetové zdroje však ani v otázce kapacity vlakové soupravy CAF-HT65000 nejsou zcela jednotné, na Internetu není dostupná obdobná oficiální brožura výrobce, jako u předchozích dvou souprav, a to pravděpodobně mj. z toho důvodu, že se jedná o jedinečnou soupravu vyvinutou speciálně pro turecké železnice, vycházející typově ze soupravy RENFE Class 120/121 výrobců CAF a Alstom). Po přepočtu ceny soupravy na počet sedadel vychází cena jednoho sedadla v soupravě CAF na cca 44 153,- €, jednoho sedadla v soupravě ICx na cca 54 654,- € a jednoho sedadla v soupravě Railjet na cca 41 667,- €. V porovnání cen za jedno sedadlo tak stále zůstává výhodnější souprava Railjet oproti soupravě ICx, a to o cca 31 %. Nelze popřít, že cena za jedno sedadlo v soupravách Railjet a CAF-HT65000 je zhruba srovnatelná (cena

jednoho sedadla v soupravě CAF je jen o cca 6 % vyšší než v soupravě Railjet), nicméně jak již bylo výše v podrobnostech vysvětleno, souprava CAF-HT65000 pro turecké železnice nemůže být z důvodů podstatných technických rozdílů a také s ohledem na jedinečnou podobu vytvořenou speciálně pro potřeby tureckých drah relevantním vzorkem pro posouzení výhodnosti cenové nabídky vybraného uchazeče.

64. K námitce rozkladu, že bylo možné provést srovnání se soupravami JAVELIN 395 od výrobce HITACHI opakují ve shodě s předchozí částí odůvodnění tohoto rozhodnutí, že se jednalo o soupravy s definovanou nižší maximální rychlostí (pouze 225 km/h) a dále o soupravy schopné provozu pouze pod jednou soustavou napětí. Pokud jde o rychlostní parametry, lze sice souhlasit s navrhovatelem v tom směru, že se jedná o zanedbatelný rozdíl, nicméně postavil-li se Úřad ke srovnávání v úvahu přicházejících produktů tím způsobem, že bude vycházet z nepodkročitelné rychlosti 230 km/h, kterou dosahují jednotky Railjet a kterou stanovil zadavatel ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, nebylo možné ke srovnání připustit žádnou soupravu, která uvedenou vlastnost nesplňovala. Pokud by Úřad ke srovnání soupravy JAVELIN 395 přistoupil, nepostupoval by objektivně a v souladu se zásadami, které si v již tak obtížném procesu srovnávání vytyčil.
65. Navrhovatel v podaném rozkladu dále upozorňuje na rozpor Úřadem uváděných skutečností v bodu 108 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kdy Úřad na jednu stranu činí srovnání souprav Railjet a ICx, avšak dále uvádí, že je vhodné srovnání s již proběhlými nákupy obdobného zboží, jak tomu bylo učiněno v posudcích, které si nechal zadavatel zpracovat. Souhlasím s navrhovatelem v tom směru, že uvedená část odůvodnění napadeného rozhodnutí není zcela srozumitelná a logicky provázaná s jeho ostatními částmi, tím spíše, že Úřad z posudků předložených zadavatelem nic konkrétního necituje. Mám-li se s uvedenou námitkou relevantně vypořádat nyní v řízení o rozkladu, musím předně znovu zopakovat, že jediným výrobkem použitelným pro cenové srovnání, zůstává souprava ICx, a to z důvodů podrobně rozvedených výše.
66. Úřad se pravděpodobně snažil říci, že při posouzení výhodnosti cenové nabídky vybraného uchazeče hraje roli nejen cena, za kterou byly soupravy Railjet v roce 2006 (tedy původně) pořízeny společností ÖBB od vybraného uchazeče, ale i cena, za kterou by se tento nebo obdobný nákup realizoval v roce 2011, tj. předpokládaný cenový vývoj a inflace. Navíc v květnu roku 2011 byla uzavřena i smlouva s dodavatelem Siemens AG a DB na soupravy ICx, jejichž pořizovací cenu Úřad srovnával s cenou jednotek Railjet (v této souvislosti poukázal na konstrukci nabídkové ceny těchto jednotek, který inflaci zohledňuje). K tomu však podotýkám, že právě cenový vývoj vlakových souprav je s ohledem na specifické vlastnosti poptávaného předmětu plnění obtížně odhadnutelný (což nepřímo potvrzují i navrhovatelem předložené posudky, které hodnotí i jen srovnávání v témže čase za obtížné). Uzavírám tedy, že v projednávaném případě je podstatné to, že zadavatel zboží pořizoval za cenu, která byla vysoutěžena v roce 2005; podstatným argumentem, proč je tato cena nižší než cena téhož plnění, bylo-li by poptáváno a soutěženo v roce 2011, není ani tak cenový vývoj výrobků či inflace (přestože jejich vliv rozhodně nelze bagatelizovat), o nichž hovořil bez bližšího vysvětlení bod 108 napadeného rozhodnutí, jako skutečnost, že zadavateli byla v roce 2011 nabídnuta část plnění vysoutěženo v roce 2005 za tuto (tehdy)

vysoutěženou cenu (k tomu viz dále) a že se zároveň jednalo o součást větší dodávky, v níž se valná část (zejména provozních) nákladů rozprostřela mezi vyšší počet vyráběných souprav.

67. K další námitce týkající se nezohledněných nákladů na údržbu a provoz, stejně jako nákladů na úpravy, uvádím, že tyto argumenty se netýkají ceny plnění požadovaného zadavatelem, nýbrž nákladů, které jsou spojeny s užíváním předmětné dodávky a které zadavatel v souladu s díkci § 23 odst. 5 písm. e) zákona není povinen při výběru nejvhodnější nabídky zohlednit, pokud zvolil jediné hodnotící kritérium, a to nejnižší nabídková cena. Tvrzení navrhovatele ohledně nákladů spojených s provozem vlakových souprav tak nemá žádný vliv na posouzení splnění podmínek uvedených v § 23 odst. 5 písm. e) zákona, neboť to předpokládá pouze nabídku podstatně nižší ceny než je obvyklá cena tržní. Stejný důvod činí irrelevantní i námitku, že zadavatel v rozhodné době údajně nedisponuje vhodnou lokomotivou.
68. Stran opakované námitky, že za tržní cenu je nutno považovat cenu prvních 23 kusů souprav pro ÖBB v hodnotě cca 10,6 mil. €/ks (zde navrhovatel vycházel z vyjádření někdejšího generálního ředitele ÖBB pro Railway Gazette International v listopadu 2007), uvádím, že již v průběhu správního řízení v prvním stupni bylo najisto postaveno, že jednotková cena, za kterou ÖBB koupily předmětné vlakové soupravy od vybraného uchazeče, se shodovala s jednotkovou cenou, za kterou soupravy pořídil zadavatel (viz bod 97 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Tato skutečnost vyplynula nejen z písemného vyjádření zadavatele a vybraného uchazeče, ale také ze znění smlouvy mezi vybraným uchazečem a ÖBB ze dne 24. 2. 2006 a z návrhu smlouvy, který předložil zadavateli vybraný uchazeč v jednacím řízení bez uveřejnění. Cena uvedená v nabídce vycházela z tzv. mechanismu klouzavé ceny. Námitka, že Úřad měl přihlížet k ceně 10,6 mil. €, za niž se údajně měla realizovat první část dodávky pro ÖBB, a nikoli k ceně 12,5 mil. € za soupravu, tedy není věcně opodstatněná a důkazně podložená.
69. Za nepodloženou považuji rovněž námitku, že nabídková cena pro zadavatele mohla být nižší, neboť 16 ks souprav již není zatíženo paušálními náklady, neboť ty byly již zaplacené v původní sérii. V první řadě se jedná o velmi obecnou námitku a navrhovatel neuvádí konkrétní částky, o kterou měla být nabídka vybraného uchazeče nižší, případně konkrétní paušální náklady, které již měly být pokryty v první sérii. Zadruhé, otázka ceny a její konstrukce závisí na vybraném uchazeči a jak je zřejmé z předložených podkladů (zejména smlouvy s ÖBB), vybraný uchazeč zvolil přístup, kdy paušální náklady „rozpusť“ v celé dodávce 67 jednotek Railjet a nečinil tedy rozdíl mezi jednotkami dodávanými v první části a v částech dalších. Na tomto postupu není nic zvláštního a mimořádného, a tudíž navrhovatelem uváděné skutečnosti nejsou důvodem, proč by měl vybraný uchazeč nyní nabízet zadavateli soupravy za nižší cenu. Právě z výše uvedených důvodů jsem vycházel shodně s orgánem dohledu z myšlenkové konstrukce, že poptávaných 16 vlakových souprav bylo součástí větší dodávky 67 jednotek pro ÖBB, což samo o sobě snížilo náklady na výrobu rozprostřením do větší dodávky. Paušální náklady na vývoj a zahájení výroby a náklady na homologaci pro případnou dodávku pouhých 16 kusů vlakových souprav by se nutně musely projevit v nabídkách jiných dodavatelů a ovlivnit tak jimi nabízenou cenu směrem nahoru.

70. Co se týče námítky navrhovatele, že Úřad měl provést průzkum trhu, kterou navrhovatel opřel o dřívější rozhodnutí Úřadu, uvádím nejprve, že rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 21. 6. 2010, č. j. ÚOHS-R157/2009/VZ-9046/2010/310-ASc, nelze plně vztáhnout na posuzovaný případ, a to z důvodu odlišného skutkového základu. V citovaném rozhodnutí se jednalo o nákup běžně dostupného zboží (osobních automobilů), tudíž svým charakterem zcela odlišný předmět plnění. Co se týče ověření cenové výhodnosti nabídky, § 23 odst. 5 písm. e) zákona nestanoví jako obligatorní postup před zahájením jednacímho řízení bez uveřejnění provedení průzkumu trhu či vypracování znaleckých či jiných odborných posudků, které dají na otázku cenové výhodnosti nabídky jednoznačnou odpověď. Je však současně zřejmé, že zadavatel nepřistupoval k jednacímho řízení bez uveřejnění v režimu § 23 odst. 5 písm. e) zákona automaticky a pokusil se postavit cenovou výhodnost nabídky najisto za pomoci odborných posudků a stanovisek, tedy jiného nástroje než průzkumu trhu, který však lze označit za rovnocenný. O snaze dostat povinností stanoveným zákonem svědčí i Oznámení o dobrovolné průhlednosti EX ANTE, které zadavatel učinil v informačním systému, a dále si zadavatel k převodu opce vyžádal stanovisko Úřadu (předtím, než učinil kroky v jednacím řízení bez uveřejnění). Pokud námitka směřuje k tomu, že měl průzkum trhu provést Úřad, pak uvádím, že za situace, kdy je již v daných obchodních kruzích známa (alespoň orientační) nabídková cena vybraného uchazeče, nelze dovozovat, že by Úřadem oslovení potenciální dodavatelé nabídli tutéž cenu jako za situace, kdy by cenovou nabídku svého konkurenta neznali. Přínos průzkumu trhu proto považuji v této fázi za sporný a nedomnívám se, že by do věci vnesl jednoznačný a nezpochybnitelný závěr o tom, zda byla cena nabídnutá vybraným uchazečem podstatně nižší nežli cena tržní, jak se navrhovatel domnívá.
71. Konečně k odkazu navrhovatele na články v deníku Der Standard uvádím, že v textu tohoto článku není uvedeno, že by ÖBB pochybovaly o tom, že je nákup vlakových souprav Railjet v souladu se zákonem. Ani z citace uvedené v doplnění rozkladu tato domněnka nevyplývá. Výše penále je v šetřeném případě pro řešení otázky oprávněnosti použití jednacímho řízení bez uveřejnění zcela irelevantní.

Otázka časové omezenosti nabídky

72. Obdobně jako v případě „ceny podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena“, není v zákoně nikde definováno, co se rozumí „velmi krátkou dobou“. I tento neurčitý právní pojem je tak třeba překonat výkladem v rámci správního uvážení, avšak nikoli obecně, ale opět v návaznosti na konkrétní případ. Z podaného rozkladu vyplývá, že hlavním předmětem sporu je stanovení okamžiku, kdy byla zadavateli učiněna nabídka vstoupit do smluvního vztahu, v němž původně figurovaly ÖBB a vybraný uchazeč. Z formulace písemného odstoupení (ze dne 22. 12. 2010), jehož účinnost podmínila ÖBB využitím dodávky zadavatelem, však navrhovatel dovodil, že již v okamžiku odstoupení od smlouvy s vybraným uchazečem projevila ÖBB souhlas s převzetím dodávky 16 ks souprav Railjet zadavatelem.
73. Problematikou časové omezenosti nabídky se Úřad velmi podrobně zabýval v napadeném rozhodnutí, a to v bodech 103 až 107 jeho odůvodnění. V nich se jednoznačně vyjádřil i k otázce časového okamžiku, v němž byla nabídka zadavateli učiněna. Rozklad tím pádem neobsahuje ve své hlavní argumentační linii nic nového a dostatečně konkrétního, s čím by bylo možné v řízení o rozkladu polemizovat. Krajský soud v Brně dospěl ve svém rozsudku ze

dne 7. 10. 2011, č. j. 62 Af 41/2010-72, k názoru, že pokud je rozkladová námitka „(...) námitkou obecnou, jež (...) byla podána pouze coby obecný nesouhlas se závěry obsaženými v prvostupňovém rozhodnutí (...)“, lze ji za určitých okolností vypořádat obecným odkazem na předchozí prvostupňové rozhodnutí (pokud by se předchozí rozhodnutí touto otázkou zabývalo).

74. Jak tedy již uvedl orgán dohledu, vybraný uchazeč v písemném vyjádření k zahájenému správnímu řízení potvrdil, že zadavateli byla učiněna právně závazná nabídka až dne 7. 6. 2011. Ačkoli ÖBB svoje odstoupení od ujednané opce na konci roku 2010 podmínila tím, že zadavatel od vybraného uchazeče odebere předmětných 16 ks souprav Railjet, jednalo se teprve o první krok směrem k vytvoření smluvního vztahu mezi vybraným uchazečem a zadavatelem, nikoli o jednoznačnou a právně závaznou proklamaci, že bude zadavateli učiněna nabídka od vybraného uchazeče. Lze souhlasit s navrhovatelem pouze v tom směru, že zadavateli musely být (alespoň rámcově) známy podmínky smlouvy mezi vybraným uchazečem a ÖBB, resp. že se dalo důvodně očekávat, že nabídka bude zadavateli učiněna v obdobné podobě, jako byla učiněna ÖBB. Ani z této skutečnosti však nelze bez dalšího dovozovat, že již v prosinci roku 2010, kdy ÖBB odstoupila od smlouvy na dodávku předmětných 16 ks souprav Railjet od vybraného uchazeče, byla ze strany vybraného uchazeče vůči zadavateli učiněna právně závazná nabídka. Jak bylo totiž v průběhu správního řízení vícekrát zdůrazněno, při uzavření smlouvy na dodávku 67 vlakových souprav vystupovaly jako smluvní strany společnost ÖBB a vybraný uchazeč. Podle čl. 14.10 smlouvy uzavřené dne 24. 2. 2006 mezi ÖBB a vybraným uchazečem je pro vstup do smluvního vztahu daných dvou subjektů nezbytný souhlas všech smluvních stran. Nelze tudíž mít za to, že zadavatel mohl zavazujícím způsobem s vybraným uchazečem jednat o podmínkách realizace dodávky, k níž byla oprávněna ÖBB, předtím, než tato společnost vyslovila souhlas s přistoupením třetí strany do existujícího smluvního vztahu (resp. s převzetím smlouvy).
75. Do té doby navíc nebylo najisto postaveno, zda eventuelní nabídka od vybraného uchazeče bude pro zadavatele skutečně vhodná a mimořádně cenově výhodná; bylo tedy na zadavateli, aby tyto podmínky ověřil. Tomu ostatně nasvědčuje jeho postup, kdy si z důvodu opatrnosti nejprve nechal vypracovat odborná stanoviska a posudky právě za účelem zjištění, zda se jedná o nabídkovou cenu podstatně nižší než tržní; to následně vypracované posudky potvrdily. Obdobně „procesně opatrně“ postupoval zadavatel i v otázce volby druhu zadávacího řízení a za účelem ověření plánovaného postupu se s žádostí o stanovisko obrátil i na Úřad. Co se však týče volby druhu zadávacího řízení, musel zadavatel při zvážení možností zadání veřejné zakázky v některém z druhů zadávacích řízení vycházet z časového omezení trvání nabídky do 30. 6. 2011, což vylučovalo, aby daná veřejná zakázka byla zadána v jiném druhu zadávacího řízení, nežli v jednacím řízení bez uveřejnění. Navíc ÖBB svým dopisem ze dne 7. 6. 2011, adresovaným vybranému uchazeči, souhlasila s tím, aby zadavatel převzal smlouvu o dodání 16 vlakových souprav Railjet za podmínky, že převzetí smlouvy proběhne podle předloženého návrhu dohody, která bude uzavřena mezi společnostmi ÖBB, vybraným uchazečem a zadavatelem; předloženým návrhem je jasně ilustrována závazná forma souhlasu ÖBB s převzetím opčního plnění zadavatelem a konkrétní kroky směřující k uzavření smlouvy.

76. Na tomto místě, v návaznosti na upozornění, že pro vstup do smluvního vztahu mezi ÖBB a vybraným uchazečem byl nezbytný souhlas všech smluvních stran, zpochybňuji i názor navrhovatele, že časová omezenost nabídky do 30. 6. 2011 má být údajně účelová (aby byly naplněny předpoklady pro použití jednacího řízení bez uveřejnění). Je totiž třeba mít na paměti, že toto datum stanovila ÖBB ve vyjádřeném souhlasu s převzetím opce, nikoli vybraný uchazeč nebo dokonce zadavatel. Nelze sice vyloučit, že ÖBB mohla jednat způsobem, který byl vybranému uchazeči a zadavateli z pohledu použití jednacího řízení bez uveřejnění vhod, nicméně v průběhu správního řízení nebylo najisto zjištěno a prokázáno, že některý ze zmíněných subjektů skutečně v tomto směru účelově jednal. Nezbyvalo mi tedy než v tomto směru aplikovat právní zásadu, podle níž se v případě pochybností postupuje ve prospěch obviněného (*in dubio pro reo*), tj. v tomto případě zadavatele či vybraného uchazeče.
77. Co se týče časového omezení nabídky, vycházím stejně jako Úřad z vyjádření zadavatele a vybraného uchazeče podaných během správního řízení prvního stupně a z rozhodnutí o námitkách navrhovatele, v nichž je shodně uvedeno, že ÖBB si mj. vyhradila, že zadavatel uzavře smlouvu, resp. stane se odběratelem ve vztahu k příslušným jednotkám, dne 1. 7. 2011 (viz předchozí odstavec). Dále opakuji, že podle vyjádření vybraného uchazeče může být stávající cena obsažená v jeho nabídce platná pouze tehdy, nedojde-li k podstatnému přerušení výroby souprav, a tím k navýšení souvisejících vícenákladů s tím spojených, a nedojde-li k ukončení stávajících smluv se subdodavateli, neboť tyto smlouvy byly uzavřeny na dodávky velkého množství materiálu během poměrně krátkého časového období s velkými množstevními slevami. Dospěl jsem k závěru, že se jedná o dostatečně vysvětlující důvody časového omezení nabídky vybraného uchazeče. Lze důvodně předpokládat, že uvedené okolnosti budou mít za následek podstatný vliv na výši ceny (v případě přerušení výroby vznikají dodavateli náklady související s opětovným zahájením výroby, které by bylo nutno připočítat k nabídkové ceně, atp.). Navrhovatel sice namítá, že důvody, pro něž se jedná o časově omezenou nabídku (zejména obava z přerušení výroby), jsou pouze obecného charakteru, ne-li dokonce účelově tvrzené, avšak v konkrétní rovině sám uvádí pouze to, že dosud probíhá výroba souprav Railjet a zřejmě bude probíhat až do konce února 2012, a že proto přerušení výroby nehrozí. Dle mého názoru však ani nyní probíhající výroba nijak nevylučuje možnost, že by z důvodu časové prodlevy během otevřeného nebo užšího zadávacího řízení, případě při průtazích v kontraktační proceduře v jiném typu zadávacího řízení, mohlo k přerušení výroby dojít. S ohledem na specifickou povahu poptávaného plnění je i jen pouhé vypracování nabídky časově i technicky náročnou záležitostí, vyžadující si období v řádu několika měsíců, a totéž lze říci i o vypracování samotné zadávací dokumentace a dalších podkladů pro případné otevřené nebo užší řízení; vzhledem k právům uchazečů napadnout zadávací řízení u orgánu dohledu, délkám lhůt k podávání vyjádření a k vydání rozhodnutí i všem opravným prostředkům, které správní řád účastníkům řízení dává k dispozici, nelze dopad na výrobu vyloučit, a to ani tehdy, je-li skutečně předpokládaná (jen) do konce února 2012. Navíc je třeba vzít v úvahu skutečnost, o níž byla řeč výše, tj. že se v přezkoumávaném případě nejednalo o nabídku, jež by byla odrazem současného trendu na trhu, nýbrž o jedinečnou a neopakovatelnou příležitost vyplývající ze skutečnosti, že o dříve řádně vysoutěžené soupravy ztratil zájem původní zadavatel – ÖBB a nynější zadavatel – České dráhy tak vstupuje do projektu již rozběhlého.

78. Ve shodě s odůvodnění napadeného rozhodnutí konečně uvádím, že ačkoli vybraný uchazeč prodloužil svou nabídku prodeje 16 kusů vlakových souprav do 30. 9. 2011 (k čemuž došlo v důsledku podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu), nemá tato skutečnost vliv na posouzení splnění podmínek použití jednacím řízení bez uveřejnění, pokud se o ní zadavatel dozvěděl až po zahájení jednacím řízení bez uveřejnění a pokud současně i nadále trvá, že cena je nabízena po velmi krátkou dobu. Tyto okolnosti byly v daném případě splněny, jak dokládají mj. vyjádření zadavatele a vybraného uchazeče; to vše s přihlédnutím k tomu, že rovněž doba od 20. 7. 2011, kdy vybraný uchazeč dopisem informoval zadavatele o prodloužení nabídky do data 30. 9. 2011, neumožňuje s ohledem na zákonné lhůty a značnou specifičnost předmětu plnění zadání veřejné zakázky v jiném druhu zadávacím řízení, nežli v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 5 písm. e) zákona.

K namítaným vadám řízení

79. Na prvním místě vznáší navrhovatel námitku týkající se neoprávněného odmítnutí žádosti navrhovatele o nahlédnutí do správního spisu, resp. jeho části obsahující obchodní tajemství. K tomu předně uvádím, že nelze akceptovat odkaz na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 30. 8. 1999, sp. zn. 2 A 4/1999, neboť právní názor vyslovený v tomto rozsudku byl již překonán, např. rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 1. 2005, č. j. 2 A 13/2002-424. V tomto rozsudku odkázal Nejvyšší správní soud na usnesení Ústavního soudu sp. zn. II ÚS 419/04, které zdůrazňuje rozdíly mezi správním řízením a řízením soudním, co se týče práv jejich účastníků. Rozdíly plynou jak z odlišné povahy a začlenění správního orgánu (orgán moci výkonné) a soudu (orgán moci soudní), tak i ze základních zásad řízení. Zatímco soudní řízení ovládá zásada bezprostřednosti, ústnosti a veřejnosti, správní řízení je ovládáno zásadou neveřejnosti a písemnosti. U obou těchto typů řízení se přitom jedná o zásady ústavně souladné. Ze zásady písemnosti a neveřejnosti přitom vyplývá povinnost správního orgánu obsažená v § 23 odst. 3 zákona č. 71/1967 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (pozn.: právní úprava v § 38 odst. 6 správního řádu je obdobná, a tudíž jsou závěry usnesení Ústavního soudu použitelné i po zániku platnosti a účinnosti předchozí právní úpravy). Podle něj je správní orgán povinen učinit opatření, aby nahlédnutím do spisů nebylo porušeno státní, hospodářské nebo služební tajemství, nebo zákonem uložená povinnost mlčenlivosti. Není tedy na újmu práv účastníka řízení, když správní orgán uvedené zákonné ustanovení aplikuje. Na druhou stranu z jeho aplikace vyplývá pro správní orgán povinnost své rozhodnutí dostatečně odůvodnit a vyargumentovat i k těm částem spisového materiálu, ke kterým je účastníku řízení zamezen přístup, aby tak mohl mít každý účastník alespoň rámcovou představu o obsahu a povaze utajených podkladů rozhodnutí.
80. Ve světle citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu a usnesení Ústavního soudu jsem nenabyl pochybnosti o zákonnosti postupu orgánu dohledu při posuzování žádosti navrhovatele o nahlédnutí do správního spisu. Vyjádření zadavatele a vybraného uchazeče byla sice navrhovateli poskytnuta k nahlédnutí, nicméně se zakrytými částmi obsahujícími obchodní tajemství. Je pravdou, že část odůvodnění napadeného rozhodnutí se opírá o nabídku vybraného uchazeče, resp. o smlouvu uzavřenou mezi ÖBB a vybraným uchazečem, nicméně jedná se o část odůvodnění, kterou lze považovat za vyargumentovanou takovým způsobem, že navrhovatel je schopen si z ní učinit představu o obsahu a povaze utajovaných částí spisu. Nejistota navrhovatele se tak může dotýkat

v podstatě pouze pravdivosti v napadeném rozhodnutí uváděných číselných údajů (cen), které ze smlouvy mezi ÖBB a vybraným uchazečem vyplývají. Jelikož toto rozhodnutí společně s napadeným rozhodnutím podléhá přezkumu ve správním soudnictví, bylo by ze strany orgánu dohledu krátkozraké, kdyby pod záštitou institutu obchodního tajemství v odůvodnění napadeného rozhodnutí uváděl nepravdivá fakta či jinak pravdivá fakta dezinterpretoval k tíži navrhovatele.

81. Navrhovatel dále napadenému rozhodnutí vytýká, že neobsahuje podstatné náležitosti předvídané § 68 správního řádu, neboť v něm nejsou uvedeny informace o tom, jak se Úřad vypořádal s návrhy a námitkami navrhovatele a některými argumenty vztahujícími se k podkladům rozhodnutí. Z obsahu této námítky tedy vyplývá, že navrhovatel je přesvědčen o tom, že je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné. Co se týče nepřezkoumatelnosti, uvádím, že tuto námitku je třeba vypořádat na prvním místě, neboť byla-li by nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí v některém ohledu zjištěna, jednalo by se o důvod, pro nějž samotný by napadené rozhodnutí nemohlo obstát v případném soudním přezkumu. Jak vyplývá z podaného rozkladu, v konkrétní rovině je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné v dílčí námitce nutnosti pořízení lokomotiv pro provoz souprav Railjet ze strany zadavatele, dále v námitce nezohlednění nákladů na provoz souprav Railjet a námitce údajných diskriminačních požadavků zadavatele na předmět veřejné zakázky; tyto otázky však byly vypořádány výše v tomto rozhodnutí, a to při zohlednění zásady dvojinstančnosti, která správní řízení ovládá a tento postup umožňuje (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 5. 2009, č. j. 2 As 22/2008-151, a ze dne 4. 5. 2009, č. j. 8 Afs 15/2007-75).
82. Navrhovatel spatřuje v postupu Úřadu i porušení § 50 odst. 2 správního řádu ve spojení s § 2 správního řádu, a to v tom směru, že nebyly provedeny některé návrhy navrhovatele na provedení důkazů, resp. že nebyly provedeny důkazy potřebné ke zjištění stavu věci. V tomto ohledu dávám navrhovateli plně za pravdu, pokud uvádí, že Úřad vycházel z předložených posudků a odborných stanovisek, jejichž hlavním předmětem a účelem bylo posoudit, zda se jedná o cenově mimořádně výhodnou nabídku. V této souvislosti však trvám na tom, že napadené rozhodnutí (stejně jako rozhodnutí o rozkladu) reflektovalo ve větší míře obsah posudků a stanovisek předložených navrhovatelem, a to zejména z toho důvodu, že může existovat oprávněná pochybnost o objektivitě posudků, které si za tímž účelem opatřil zadavatel. Přesto však posudky předložené navrhovatelem nebyly s to plně podpořit jeho výhrady, mnohé jejich části a závěry byly sporné nebo nepoužitelné (viz předchozí části odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z obsahu napadeného rozhodnutí je zřejmé, jaký postoj Úřad k jednotlivým posudkům a stanoviskům zaujal, byť tento názor není často vyjádřen explicitně, nýbrž vyplývá z kontextu odůvodnění jako celku. Pouhá skutečnost, že Úřad některé závěry z posudků nepřijal a neztotožnil se s nimi, stejně jako fakt, že se Úřad v konečné fázi přiklonil ke stanovisku zadavatele, nezakládá samo o sobě nepřezkoumatelnost rozhodnutí.
83. Konečně pokud jde o neprovedení důkazu dalším znaleckým posudkem (vypracovaným z iniciativy orgánu dohledu), pak uvádím, že s ohledem na množství stanovisek, vyjádření a odborných posudků, které byly v řízení předloženy účastníky řízení, a na jejich obsah, mám pochybnosti o přidané hodnotě dalšího odborného posudku. Považoval-li Úřad předložené

podklady za dostačující pro zjištění skutkového stavu věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti, pak nemohu tento postoj označit za rozporný s navrhovatelem citovanými ustanoveními § 2 a § 52 správního řádu, neboť stejně jako Úřad pokládám množství podkladů pro vydání napadeného rozhodnutí za plně dostačující.

VI. Závěr

84. 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 napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
85. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí měnit 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