



UOHSX00561CC

PŘESEDÁ ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R215/2011/VZ-14382/2013/310/BVÍ

Brno 1. srpna 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 20. 9. 2011 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 21. 9. 2011), jenž podal navrhovatel –

- obchodní společnost **ŠKODA TRANSPORTATION a.s.**, IČ 62623753, se sídlem Borská 2922/32, Jižní Předměstí, 301 00 Plzeň, ve správním řízení zastoupený Mgr. Radkem Pokorným, advokátem Advokátní kanceláře Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., se sídlem Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha 1,

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 –

- **České dráhy a.s.**, IČ 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1, ve správním řízení zastoupený JUDr. Karlem Muzikářem, LL.M., advokátem WEIL, GOTSHAL & MANGES s. r. o., advokátní kancelář, se sídlem Křižovnické nám. 193/2, 110 00 Praha 1,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Dodávka 16 kusů netrakovních komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu**“ formou jednacího řízení bez uveřejnění podle § 21 odst. 1 písm. d) 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 veřejných zakázek dne 13. 6. 2011 pod ev. č. 60061239, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- obchodní společnost **Siemens Aktiengesellschaft Österreich**, se sídlem Siemensstraße 90, 1210 Wien, Österreich, zapsaný u Obchodního soudu Vídeň FB (FN) 60562m, ve správním řízení zastoupený JUDr. Petrou Veselou, zaměstnankyní spol. Siemens, s.r.o., IČ 00268577, se sídlem Siemensova 1, 155 00 Praha 13,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) a § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-13132/2011/510/HOd ze dne 5. 9. 2011

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

- I. Zadávací řízení 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 veřejných zakázek dne 13. 6. 2011 pod ev. č. 60061239 Oznámení o dobrovolné průhlednosti Ex Ante týkající se jednacího řízení bez uveřejnění pro veřejnou zakázku 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, jakožto orgán příslušný podle § 112 zákona, obdržel dne 11. 7. 2011 návrh společnosti ŠKODA TRANSPORTATION a.s., IČ 62623753, se sídlem Borská 2922/32, Jižní Předměstí, 301 00 Plzeň (dále jen „**navrhovatel**“), na přezkoumání úkonů zadavatele v rámci zadávání shora uvedené veřejné zakázky, neboť zadavatel nevyhověl námitkám navrhovatele podaným proti záměru zadavatele uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky. Navrhovatel se domníval, že nebyly splněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění stanovené v § 23 odst. 5 písm. e) zákona, že umožněním účasti jen jednoho uchazeče byl

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

porušen § 6 zákona a že předmět veřejné zakázky byl vymezen způsobem, který nebyl technicky ani ekonomicky opodstatněný.

3. Dále navrhovatel poukázal 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 jejich případná aktualizace by byla finančně a technicky náročná; tyto skutečnosti, ve spojitosti s dalšími okolnostmi, namítanými navrhovatelem, snižovalo cenovou výhodnost nabídky. Poptávané vlakové soupravy byly navíc vybaveny starším komunikačním protokolem, a jejich provoz je možný pouze s lokomotivou řady Taurus, kterou vyrábí vybraný uchazeč. Podle navrhovateli dostupných informací však zadavatel tento druh lokomotivy neměl k dispozici. 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. Významným měřítkem efektivity provozu osobní železniční dopravy byla podle navrhovatele rovněž cena za sedadlo, která byla v případě vybraným uchazečem nabízené vlakové soupravy až o více než 200 000 Kč vyšší než u alternativních nabídek potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, např. u vlakové soupravy nabízené navrhovatelem.
4. 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 byla dle navrhovatele neopodstatněná s ohledem na maximální provozní rychlost na tuzemských tratích (160 km/h).
5. Dále navrhovatel upozornil na to, 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, přičemž ji mohl využít až do konce září roku 2011. Za této situace nebylo dle navrhovatele možné nabídku považovat za časově naléhavou.
6. K uvedenému dni (11. 7. 2011) Úřad oznámil zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v souladu s § 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, 1210 Wien, Österreich, zapsanou u Obchodního soudu Vídeň FB (FN) 60562m (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
7. Zadavatel k podanému návrhu uvedl, že podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění byly naplněny, resp. že vyhlášení jednacího řízení bez uveřejnění nebylo vůbec nutné, neboť zadavatel fakticky pouze přistoupil k již existující smlouvě uzavřené dříve na základě zadávacího řízení vyhlášeného společností ÖBB. Nahrazení jednoho sektorového zadavatele jiným v již vysoutěžené smlouvě dle zadavatele nemělo představovat novou veřejnou zakázku.

8. Co se týče výhodnosti nabídkové ceny, jakožto podmínky pro aplikaci § 23 odst. 5 písm. e) zákona, zadavatel za účelem zjištění, zda byla 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.
9. Za nepravdivé označil zadavatel tvrzení, podle něhož jednotky typu Railjet nesplňovaly nároky na aktuální technické parametry a byly 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.
10. Pokud šlo 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 jednalo o výjimečnou, jednorázovou a velmi krátce trvající obchodní příležitost, nic neměnilo ani to, že zadavatel nakonec nemohl uzavřít smlouvu do konce června 2011, jak bylo původně předpokládáno, neboť tento stav byl důsledkem podání námitek a návrhu ze strany navrhovatele; tyto okolnosti podle zadavatele neznamenaly, že by nabídka netrvala po velmi krátkou dobu.
11. 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 a dále cenová výjimečnost nabídky nákupu jednotek typu Railjet od vybraného uchazeče prostřednictvím opce od ÖBB. Uvedený posudek dospěl k závěru, že opodstatněnost nákupu téměř dvou desítek netrakovních jednotek s rychlostí 230 km/h je sporná, a na tratích, kde nebudou moci využít všech svých parametrů, budou tyto jednotky představovat nákladné řešení. Stanovení ceny jako výrazně nižší než obvyklé nebylo možné pouze na základě nabídky jednoho výrobce, nýbrž bylo zapotřebí porovnat potenciální nabídku obdobného produktu od více výrobců. Autoři posudku se domnívali, že úprava hnacích vozidel s cílem bezproblémové komunikace s poptávanou netrakovní jednotkou (dále v tomto rozhodnutí označenou rovněž jako „**Railjet**“) se bude pohybovat v řádu několika miliónů eur.
12. 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 typu Railjet na konci své životnosti, a proto záměr nákupu 16 jednotek Railjet vysoko překračoval předpokládanou potřebu. Zpracovatel posudku poukázal na nutnost úprav jednotek a komunikačního protokolu a vydání s tím souvisejícího schválení příslušného drážního úřadu, stejně jako na potřebu nákupu dalších lokomotiv Taurus nebo úprav současné lokomotivy řady 380. Zpracovatel posudku kromě toho porovnal ceny jednotky Railjet s jednotkami Viaggio Light pro izraelské železnice (na rychlost 160 km/h), a podle jeho názoru se jednalo o srovnatelné ceny.

13. Zadavatel v průběhu správního řízení zpochybnil aktivní legitimaci navrhovatele k podání návrhu, jelikož ten podle jeho názoru neměl zájem na získání veřejné zakázky a nemohla mu ani vzniknout relevantní újma v souvislosti s domnělým porušením zákona, protože nebyl schopen nabídnout poptávaných 16 komfortních ucelených netrakčních jednotek s maximální provozní rychlostí 230 km/h.
14. Dále navrhovatel předložil Úřadu znalecký posudek znaleckého ústavu Grant Thornton Valuation, a.s., který mj. porovnával cenu souprav typu Railjet včetně lokomotivy Taurus s nákupy souprav v Turecku (jednalo se o soupravy typu CAF za cenu 18,5 mil. € s rychlostí 250 km/h), souprav pro Švýcarské dráhy (soupravy typu Twindexx za cenu 24,3 mil. € s rychlostí 200 km/h), souprav nakupovaných v Rakousku (soupravy typu Stadler za cenu 15,7 mil. € s rychlostí 200 km/h) a souprav ve Švédsku (Bombardier za cenu 11,05 mil. € s rychlostí 200 km/h). Z uvedeného posudku vyplývalo, že za podstatně nižší by mohla být označena cena o 20 – 30 % nižší než je cena obvyklá tržní, avšak cena vozů typu Railjet byla minimálně srovnatelná s obdobnými produkty.
15. Vybraný uchazeč k zahájenému správnímu řízení uvedl, že mimořádnost ceny potvrdilo několik nezávislých odborných institucí, a výhodnost vyplývala i ze skutečnosti, že 16 kusů jednotek představovalo část podstatně větší zakázky pro ÖBB. Cena, za níž byly jednotky nabízeny zadavateli, byla naprosto totožná s cenou pro ÖBB. Není právně relevantní, zda se v daném případě jednalo o právo na opci či o možnost odstoupit od části plnění ve smlouvě sjednané, neboť se jednalo 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. 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 nelze 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 byla časově omezena, neboť další prodloužení lhůty by znamenalo přerušování výroby vlakových souprav a s tím související vícenáklady. Nabídka byla nejen mimořádně cenově výhodná, ale také neopakovatelná, neboť nebude 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 neodpovídaly nejnovějším technickým standardům, a naopak uvedl, že byly schváleny pro provoz v několika zemích EU, včetně České republiky.

16. Zadavatel v dalším podání popsal časovou posloupnost jednání souvisejících s možností vstupu do původního kontraktu. Dále 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 bylo dáno zejména komplexním a komplikovaným předmětem dané zakázky. Současně zadavatel zpochybnil všechna odborná vyjádření a znalecký posudek předložený navrhovatelem.
17. 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 dle zadavatele potvrzovaly oprávněnost jeho postupu v jednacím řízení bez uveřejnění.
18. Navrhovatel v reakci na námitku nedostatku aktivní legitimace k podání návrhu uvedl (nad rámec již vznesených tvrzení), že pro vznik aktivní legitimace postačovala pouze relevantní tvrzení navrhovatele o zájmu zakázku získat, opřené o objektivní skutečnosti. Újma mohla navrhovateli vzniknout i tím, že zadavatel informaci o konání veřejné zakázky stanoveným způsobem neohlásil, a navrhovatel tudíž neměl možnost se výběrového řízení zúčastnit. 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 €) tak byla významně nižší 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 byly soupravy nabízeny zadavateli za stejnou cenu, byla podle navrhovatele nabídka vybraného uchazeče činěna za cenu tržní, nikoli však za cenu podstatně nižší, než byla 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.
19. Zadavatel v posledním svém vyjádření nad rámec skutečností již dříve zmíněných 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, musela být stejně tak možná i mezi stejným typem zadavatelů z různých členských států Evropské unie, pokud byla rozhodná právní úprava ekvivalentní, k čemuž doplnil, že právní úprava zadávání veřejných zakázek v Rakousku je ve všech materiálních ohledech shodná s českou právní úpravou. 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

20. 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 o tom, 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.
21. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda zadavatelem pořizované zboží bylo nabízeno za cenu podstatně nižší, než byla obvyklá tržní cena. Při tomto posouzení vycházel zejména z vyjádření a odborných posudků a stanovisek předložených účastníky řízení, které se týkaly cenové nabídky vybraného uchazeče (resp. jejího srovnání s nákupy vlakových souprav jinými subjekty). Z těchto srovnání však podmínce zadavatele, uvedené ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, podle níž pořizované vlakové soupravy musely splňovat požadavek na konstrukční rychlost ve výši 230 km/h, odpovídaly pouze nákupy trakčních vlakových souprav pořizovaných v Německu a Turecku. Oproti těmto soupravám byla na základě daného porovnání s nabídkou vybraného uchazeče, jednoznačně patrná podstatně nižší cena vlakových souprav Railjet. Vzhledem k tomu, že vlakové soupravy pořizované v Turecku byly provozovány na trati mimo Evropskou unii (trať Ankara – Istanbul; zdroj: <http://www.caf.es>), nebylo možné 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 splňovaly požadavek zadavatele na konstrukční rychlost vlakových souprav a musely být nutně homologovány pro provoz v Evropské unii. Přestože ani zde nebyla dána absolutní shoda, pokud šlo 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 vyplývalo, že cena za jednotku ICx je o 54 % vyšší než cena za jednotku Railjet. Za předpokladu dokoupení lokomotiv bylo možno jako vhodný vzorek zvolit lokomotivu Siemens Taurus, jejíž cena v tendru pro PKP Intercity v Polsku činila 4,45 mil. €. Výchozí cenu jednotek Railjet pro účely srovnání s vlakovými soupravami ICx tedy bylo možno vyčíslit v částce 16 979 mil. € (12 529 mil. € + 4,45 mil. €). Po této úpravě ceny činil rozdíl mezi cenou jednotek ICx pro DB a cenou jednotek Railjet pořizovaných zadavatelem téměř 38 %. Úřad tedy mohl konstatovat, že cena jednotek Railjet byla podstatně nižší než cena jednotek ICx pořizovaných pro DB.
22. Úřad ke svému závěru dodal, že v souvislosti s porovnáním cen byla podstatná nejen cena vysoutěžená v roce 2006, ale bylo nutno vycházet z obdobných nákupů v době, kdy zadavatel dané zboží pořizoval, a proto vycházel při srovnání z ceny pro DB, která vzešla ze smlouvy podepsané dne 9. 5. 2011. Vzhledem k tomu, že soupravy ICx neodpovídaly soupravám Railjet v počtu sedadel, vycházel Úřad při porovnávání cen podpůrně rovněž z analýzy ceny

souprav Railjet pořizovaných společností ÖBB na základě smlouvy uzavřené dne 24. 2. 2006. Jak vyplývá z písemných vyjádření zadavatele a vybraného uchazeče, vycházela 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 byla 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, bylo nezbytné přihlídnout k obecnému východisku, podle něhož paušální náklady (především na vývoj a zahájení výroby vlakových souprav) byly 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 bylo možné cenu 16 jednotek typu Railjet považovat za nižší, než by v současné době činila obvyklá tržní cena.

23. K vlakovým soupravám nabízeným navrhovatelem Úřad konstatoval, že jsou sice levnější než jednotky Railjet, avšak nejednalo 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 navrhovatele považovat za irelevantní. Dále považoval Úřad za legitimní požadavek na konstrukční rychlost 230 km/h, neboť zadavatel hodlal provozovat pořizované vlakové soupravy i na tratích s rychlostí 230 km/h.
24. Dále se Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí zabýval otázkou, zda byla v daném případě naplněna druhá podmínka pro aplikaci § 23 odst. 5 písm. e) zákona, tj. zda se v šetřeném případě jednalo 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 jednacího 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 jednalo o cenu podstatně nižší než tržní, mohl zvažovat právě možnosti jejího pořízení v jednacím řízení bez uveřejnění.
25. Úřad nevyloučil, že pokud by zadavatel z odborných posudků zjistil, že cena jednotek Railjet byla rovna obvyklé tržní ceně, vůbec by dané plnění nepořizoval, 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 jednalo o možnost dodání vlakových souprav za cenu podstatně nižší, než byla cena obvyklá tržní, musel vycházet z časového omezení trvání nabídky do 30. 6. 2011. Bylo potom vyloučeno, aby daná veřejná zakázka byla zadána v jiném druhu zadávacího řízení, nežli v jednacím řízení bez uveřejnění.

26. Skutečnost, že se v daném případě jednalo o nabídku časově omezenou, potvrzovalo i stanovisko vybraného uchazeče ze dne 9. 8. 2011, v němž uvedl, 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“*.
27. Výše uvedené skutečnosti posoudil Úřad jako dostatečně vysvětlující důvody časového omezení nabídky vybraného uchazeče, neboť bylo možné 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, neměla 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 trvalo, 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, neumožňovala s ohledem na zákonné lhůty a značnou specifickou povahu plnění zadání veřejné zakázky v jiném druhu zadávacím řízení, nežli v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 5 písm. e) zákona.
28. 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 potvrzovala vyjádření zadavatele a vybraného uchazeče, i znění smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, byl pro vstup do smluvního vztahu daných dvou subjektů nezbytný souhlas všech smluvních stran. Nešlo 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 vyslovila souhlas s přistoupením třetí strany do existujícího smluvního vztahu. Nebylo možné 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.
29. Úřad dodal, že provedení průzkumu trhu před zahájením jednacím řízení bez uveřejnění nelze považovat za striktní podmínku pro prokázání oprávněnosti použití tohoto druhu zadávacím řízení, nýbrž pouze za jednu z možností. Provedení průzkumu trhu je možné považovat za značně komplikované, neboť se jednalo 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 jednacím řízení bez uveřejnění.

30. 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.

III. Námitky rozkladu

31. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě dne 21. 9. 2011 rozklad navrhovatele, jímž navrhovatel Úřadu na prvním místě vytýkal nesprávné a neúplné zjištění relevantních skutečností a nesprávné právní posouzení otázky, zda byla splněna podmínka cenové výhodnosti a časové omezenosti nabídky.
32. Co se týče závěru, že cenu jednotek typu Railjet, nabídnutou vybraným uchazečem, bylo možné považovat za podstatně nižší, než by v současné době byla obvyklá tržní cena, pak navrhovatel upozorňoval nejprve na nesprávné srovnání s konkurenčními produkty. Skutkový závěr, že bylo možné vycházet pouze ze srovnání nákupu trakčních souprav ICx dodavatele Siemens pořízených DB, považoval navrhovatel za nesprávný, neboť tyto vlakové soupravy představují vyšší kategorii trakčních vysokorychlostních souprav. Současně nebylo možné dle názoru navrhovatele toto údajně jediné možné srovnání odůvodňovat tím, že navrhovatelem uváděné soupravy nedosahují požadované rychlosti 230 km/h. Zadavatelův požadavek na max. rychlost nebyl opodstatněný a byl diskriminační a nadto navrhovatel upozorňoval, 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 byla 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.
33. Navrhovatel orgánu dohledu rovněž vytýkal, že nevezl v úvahu srovnání vlakové soupravy CAF-HT65000 pořizované v Turecku pro tureckou železnici. Závěr o cenové výhodnosti souprav typu Railjet měl být dle navrhovatele založen na srovnání ceny za jedno sedadlo, nikoli ceny za jednu soupravu, která nemá žádnou vypovídací schopnost.
34. Co se týče srovnání nabídky vybraného uchazeče s nákupem souprav Railjet pro ÖBB, napadal navrhovatel skutkový závěr, že cena nabízená vybraným uchazečem byla 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.
35. K údajné výhodnosti ceny v důsledku rozprostření paušálních nákladů do celé série 67 kusů navrhovatel namítal, 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 v první části 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).

36. 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.
37. Podaný rozklad dále mířil i proti závěrům orgánu dohledu o tom, že byla splněna podmínka časové omezenosti nabídky. Navrhovatel nesouhlasil se závěrem, že nabídka byla zadavateli učiněna teprve dopisem ze dne 7. 6. 2011. 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, pokud právo na uskutečnění dodávky nebude využito zadavatelem. Toto prohlášení dle navrhovatele představovalo souhlas s převzetím dodávky, tentýž souhlas byl 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).
38. Navrhovatel dále vznesl námitku nesprávného právního posouzení, pokud šlo o okolnosti, zda cena nabízená vybraným uchazečem představovala cenu podstatně nižší, nežli byla obvyklá tržní cena, dále okolnosti, zda tato cena byla vybraným uchazečem nabízena jen po velmi krátkou dobu, a vymezení předmětu veřejné zakázky.
39. Navrhovatel dále vyjádřil svůj nesouhlas se závěrem, že vymezení předmětu veřejné zakázky bylo plně v kompetenci zadavatele; naopak byl přesvědčen, že se jednalo o skutečnosti, které byly z hlediska posouzení úkonů zadavatele stěžejní. Úřad se navíc vůbec nezabýval námitkou, že zadavatel neměl pro soupravu Railjet vhodnou lokomotivu; v této souvislosti bylo pak pravděpodobné, že v dohledné době bude zadavatelem vyhlášeno 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.
40. Navrhovatel poukazoval také na vady řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházely. Jednalo 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 vyplývalo i z toho, že Úřad těmito dokumenty důkaz provedl.
41. Navrhovatel dále brojil i proti dalším nedostatkům, které se dotýkaly odůvodnění napadeného rozhodnutí. To dle navrhovatele neobsahovalo povinné náležitosti uvedené

v § 68 správního řádu, neboť v odůvodnění nebylo uvedeno, jak se Úřad vypořádal s některými návrhy a námitkami navrhovatele.

42. Svůj rozklad ze dne 23. 9. 2011 doplnil navrhovatel podáním ze dne 22. 9. 2011 o články věnované rozvoji rakouských železnic, které se zabývaly i nabídkou vybraného uchazeče. ÖBB podle nich nevěřila, že spory o zakázku v Česku dopadnou dobře a dokonce se připravovala na to, že vybranému uchazeči zaplatí penále ve výši 2 mil. € za neodkoupení souprav. Ačkoli toto vyjádření bylo následně dementováno, vyplývalo z něj, že ÖBB pochybovaly o zákonnosti jednacího řízení bez uveřejnění.
43. Nabízené vlakové soupravy typu Railjet dle navrhovatele nesplňovaly aktuální technické normy TSI, čímž měla být zpochybněna výhodnost nabídky a neoprávněně zvýhodněn vybraný uchazeč vůči uchazečům jiným.

IV. Závěr rozkladu

44. Závěrem rozkladu zadavatel požadoval zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k dalšímu projednání.

V. Řízení o rozkladu

45. Zadavatel ve svém vyjádření k rozkladu uvedl, že co se týče naplnění podmínky podstatně nižší ceny než je cena obvyklá na trhu, tato skutečnost plyne z důkazů založených ve spise, konkrétně 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 neobsahoval žádný relevantní doklad, který by svědčil pro opačný závěr, zadavatel tedy trval na tom, že provedené analýzy byly kvalitnějším nástrojem než průzkumy trhu.
46. Co se týče srovnání se soupravami ICx, zadavatel upozornil na skutečnost, že znalecký posudek porovnávající obě jednotky založil do spisu sám navrhovatel. Úřad navíc cenu upravil o cenu nové lokomotivy a i při jejím započítání vycházela stále cena jednotek Railjet jakožto výhodná (o cca 38 % nižší, což ani navrhovatel nerozporoval). Zadavatel trval na tom, že i provozní rychlost, tj. reálná bezpečná rychlost obou jednotek (tj. Railjet a ICx) byla srovnatelná. K nemožnosti srovnávání jednotek Railjet a CAF-HT65000 pro Turecko dodal zadavatel nad rámec již uvedeného, že tyto jsou určeny a technologicky odpovídají tureckým železničním předpisům, nenaplnějí požadavky na klimatickou odolnost a na elektromagnetickou kompatibilitu, a kromě toho se jednalo o jednotky jednosystémové, tzn. schopné 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 nebylo možné toto srovnání použít. I jednotky JAVELIN jsou schopny provozu pouze na trati s jedním napětím. Proto byly pro dálkovou dopravu v zadavatelem uvažovaných zemích nevhodné,

neboť v nich jsou používány min. tři základní napěťové systémy. Rovněž nebyly vybaveny ani vlakovými zabezpečovači pro provoz ve střední Evropě, neboť byly zamýšleny jako vlaky pro dojíždění z/do Londýna a okolí, s jízdní dobou 30 až 60 minut.

47. V souvislosti s nabídkovou cenou, zadavatel upozornil, že cena nabízená zadavateli byla shodná s tou, za kterou se měly dodávky vlaků typu Railjet realizovat vůči ÖBB (původní smlouva zahrnovala tzv. eskalační vzorec nabídkové ceny zohledňující zejména vývoj inflace). Podstatné však bylo především to, že se jednalo o cenu podstatně nižší, než byla cena obvyklá na trhu.
48. Zadavatel trval na tom, že navrhovatel nebyl aktivně legitimován k podání návrhu. Z uvedených důvodů tedy zadavatel požadoval návrh navrhovatele zamítnout podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona.
49. Zadavatel se vyjádřil také k doplnění rozkladu. Obsah článků i toto doplnění označil za nepodložené spekulace, které se k podstatě věci nevztahovaly, tj. nebyly relevantní pro posouzení splnění podmínek § 23 odst. 5 písm. e) zákona. Zadavatel dementoval tvrzení, že při neodebrání 16 jednotek Railjet by měla společnost 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.
50. Vybraný uchazeč k podanému rozkladu uvedl, že napadené rozhodnutí považuje za správné jak po stránce skutkové, tak po stránce právní.
51. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

52. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech předseda Úřadu 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 vydal rozhodnutí ze dne 21. 2. 2012 č. j. ÚOHS-R215/2011/VZ-3094/2012/310/JSI/ASc (dále jen „**rozhodnutí o rozkladu**“). V tomto rozhodnutí o rozkladu dospěl předseda Úřadu k následujícím závěrům.
53. 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 se předseda Úřadu ztotožnil.

VI. K námitkám rozkladu

54. Před samotným vypořádáním rozkladových námitek o splnění podmínek uvedených v § 23 odst. 5 písm. e) zákona se předseda Úřadu zabýval zákonností vymezení předmětu plnění veřejné zakázky, neboť tato problematika prostupovala i do dalších dílčích otázek, které měly být ve správním řízení zodpovězeny. Předseda Úřadu dal napadenému rozhodnutí za pravdu v tom, že vymezení předmětu plnění bylo výhradně v kompetenci zadavatele, neboť jedině ten zná detailně své potřeby a promítá je do poptávaného předmětu veřejné zakázky.
55. Na požadavky zadavatele týkající se předmětu plnění bylo dle předsedy Úřadu nutno nahlížet v kontextu specifik nyní přezkoumávaného jednacího řízení bez uveřejnění, neboť se jednalo o situaci, kdy zadavatel, zjednodušeně řečeno, přistupoval 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.
56. Předseda Úřadu uvedl, že pokud i jen část tratí umožňovala (nebo v budoucnu umožní) provozní rychlost 230 km/h (jedná se zejména o části tratí v zahraničí, např. v Rakousku, Maďarsku nebo v Německu), nebylo by spravedlivé zadavateli vyčítat, pokud poptává tomu odpovídající jednotky. Předseda Úřadu tedy navrhovateli nedal za pravdu v tvrzení, že požadavek na max. provozní rychlost 230 km/h byl neopodstatněný.
57. Z vyjádření zadavatele vyplývalo, že disponuje sedmi pronajatými lokomotivami typu Taurus, které jsou bez dalšího schopny provozu se soupravami Railjet, a kromě možnosti nákupu dalších lokomotiv nebyl vyloučen pronájem zbývajících počtu lokomotiv vhodných pro zmíněné soupravy Railjet. Ostatně ani absence vhodné lokomotivy, vedoucí k teoretické možnosti vyhlášení zadávacího řízení v budoucnu, by nemohla bez dalšího znamenat, že zadavatel stanovil předmět veřejné zakázky v rozporu se zákonem a zásadou zákazu diskriminace.
58. Pro posouzení oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 5 písm. e) zákona bylo dle předsedy Úřadu 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 byla dodavatelem nabízena jen po velmi krátkou dobu. Žádné další podmínky, které by zadavatel musel splnit, zákon nestanovil.
59. Předseda Úřadu uzavřel, že 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.
60. 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 předseda Úřadu především vyzdvihnul posudek společnosti Grant Thornton Valuation, a. s. ze dne 31. 7. 2011, který jako možné varianty soupravy Railjet uváděl 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 typu Railjet uvedl jednotky Viaggio Light pro izraelské železnice. Posudek Českého vysokého učení technického – Fakulty dopravní zmiňoval 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 srovnával soupravu Railjet se soupravami ICElefant, EXpression s řídicím vozem a EXpression bez řídicího vozu.

61. Předseda Úřadu shledal, že posudek ČVUT – Fakulty dopravní uvádí, že srovnávání ceny jednotek Railjet s cenami jiných vlakových souprav bylo problematické už jenom proto, že chybělo srovnání s obdobnými vozidly (jak z pohledu ucelené netrakovní jednotky, tak z pohledu požadované maximální rychlosti). K obdobnému závěru došel i posudek Grant Thornton Valuation. Jinými slovy, bylo poměrně obtížné jak pro zpracovatele posudků, tak pro Úřad, najít na relevantním trhu produkt, který by se svými parametry naprosto nebo alespoň převážně shodoval s parametry soupravy Railjet. Za této situace bylo třeba nalézt takovou soupravu, která by se s jednotkou Railjet shodovala alespoň v podstatných rysech. Proto byla jako základní pilíř pro srovnání brána maximální konstrukční rychlost soupravy (min. 230 km/h, ve shodě s výzvou zadavatele k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění), doba nákupu jednotek a rovněž hledisko místní, tj. zda je daná souprava bez dalších úprav schopná provozu na území Evropské unie, a časové (tj. dobu nákupu).
62. Úřad tedy při hledání vhodné soupravy, s níž by bylo možné soupravu Railjet porovnat, vyloučil všechny jednotky, které uvedené maximální rychlosti nedosahovaly (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). Vozy typu TGV, AGV, byly rovněž dle předsedy Úřadu správně z porovnání vyloučeny jako soupravy kvalitativně na jiné (vyšší) úrovni. Pro účely porovnání tak zbyly pouze vozy CAF-HT65000 pro turecké dráhy (max. rychlost 250 km/h) a ICx od výrobce Siemens pořizované pro DB.
63. Vzhledem k tomu, že jednotky CAF-HT65000 byly provozovány na trati Istanbul – Ankara za naprosto jiných klimatických i provozních podmínek, že zejména neodpovídaly přísným předpisům na elektromagnetickou kompatibilitu, nespĺňovaly bezpečnostní normy EU, přičemž předseda Úřadu v rozhodnutí o rozkladu doplnil, že kromě shora uvedeného jsou provozovány na tratích s jedním napětím (ve střední Evropě však existují tři hlavní napájecí systémy kolejových vozidel), nebylo je možné pro srovnání za účelem zjištění cenové výhodnosti jednotek Railjet použít.
64. Za této situace nebylo možné vytýkat Úřadu, že při srovnání cen souprav vzal v úvahu soupravu ICx od výrobce Siemens (ve variantě konstrukční rychlosti 230 km/h), byť se nejednalo o zcela shodný výrobek. Z provedeného srovnání bylo zjištěno, že souprava Railjet včetně lokomotivy Taurus vychází o cca 38 % levněji než cena jednotky ICx, což předseda Úřadu, stejně jako Úřad, považoval za cenu podstatně nižší.

65. Předmětem nákupu byly jednotlivé vlakové soupravy, nikoli sedadla. Pro zadavatele tak, dle předsedy Úřadu, byla určující právě cena za jednotku (samozřejmě za podmínky naplnění určitého min. počtu sedadel v soupravě). Přepočty na sedadla mohly být poněkud zavádějící už jen z toho důvodu, že nezohledňovaly rozdíl mezi sedadly první či druhé třídy, případně mezi sedadly v jídelních vozech. Po přepočtu ceny soupravy na počet sedadel vycházela 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 zůstávala výhodnější souprava Railjet oproti soupravě ICx, a to o cca 31 %.
66. K další námitce týkající se nezohledněných nákladů na údržbu a provoz, stejně jako nákladů na úpravy, předseda Úřadu uvedl, že tyto argumenty se netýkaly ceny plnění pořizovaného zadavatelem, nýbrž nákladů, které byly spojeny s užíváním předmětné dodávky a které zadavatel v souladu s dikcí § 23 odst. 5 písm. e) zákona nebyl povinen při výběru nejvhodnější nabídky zohlednit, pokud zvolil jediné hodnotící kritérium - nejnižší nabídková cena. Stejný důvod činil irrelevantní i námitku, že zadavatel v rozhodné době údajně nedisponoval vhodnou lokomotivou.
67. Za nepodloženou označil předseda Úřadu rovněž námitku, že nabídková cena pro zadavatele mohla být nižší, neboť 16 ks souprav již nebylo zatíženo paušálními náklady, neboť ty byly již zaplacený v původní sérii. Otázka ceny a její konstrukce závisela na vybraném uchazeči, a jak bylo zřejmé z předložených podkladů, vybraný uchazeč zvolil přístup, kdy paušální náklady „rozpuštěl“ v celé dodávce 67 jednotek Railjet, a nečinil tedy rozdíl mezi jednotkami dodávanými v první části a v částech dalších. Z tohoto důvodu vycházel předseda Úřadu z myšlenkové konstrukce, že poptávaných 16 vlakových souprav bylo součástí větší dodávky 67 jednotek pro ÖBB, což samo o sobě snížilo náklady na výrobu rozproštěním do větší dodávky.
68. Co se týče ověření cenové výhodnosti nabídky, § 23 odst. 5 písm. e) zákona nestanoví jako obligatorní postup před zahájením jednacího 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 jednacímu 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.
69. K odkazu navrhovatele na články v deníku Der Standard předseda Úřadu uvedl, že v textu tohoto článku nebylo uvedeno, že by ÖBB pochybovaly o tom, že byl nákup vlakových souprav Railjet v souladu se zákonem. Ani z citace uvedené v doplnění rozkladu tato domněnka nevyplývala.
70. Dále předseda Úřadu shledal, že nikde v zákoně není definováno, co se rozumí „velmi krátkou dobou“ (ve smyslu § 23 odst. 5 písm. e) zákona). Z podaného rozkladu vyplývalo,

že hlavním předmětem sporu byla otázka stanovení okamžiku, kdy byla zadavateli učiněna nabídka vstoupit do smluvního vztahu, v němž původně figurovala ÖBB a vybraný uchazeč.

71. 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. Při uzavření smlouvy na dodávku 67 vlakových souprav vystupovaly jako smluvní strany společnost ÖBB a vybraný uchazeč. Podle smlouvy uzavřené dne 24. 2. 2006 mezi ÖBB a vybraným uchazečem byl 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).
72. 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), neměla tato skutečnost dle předsedy Úřadu 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 trvalo, že cena je nabízena po velmi krátkou dobu. Tyto okolnosti byly v daném případě splněny.
73. Pokud šlo o namítané vady správního řízení, konkrétně o námitku týkající se neoprávněného odmítnutí žádosti navrhovatele o nahlédnutí do správního spisu, resp. jeho části obsahující obchodní tajemství, uvedl předseda Úřadu, že nenabyl pochybnosti o zákonnosti postupu orgánu dohledu při posuzování žádosti navrhovatele o nahlédnutí do správního spisu. Ačkoli část odůvodnění napadeného rozhodnutí se opírala o nabídku vybraného uchazeče, resp. o smlouvu uzavřenou mezi ÖBB a vybraným uchazečem, jednalo se v této souvislosti o část odůvodnění, kterou bylo možné považovat za vyargumentovanou takovým způsobem, že navrhovatel byl schopen si z ní učinit představu o obsahu a povaze utajovaných částí spisu.
74. Pokud navrhovatel spatřoval 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, dal předseda Úřadu navrhovateli za pravdu, v tom smyslu, že Úřad vycházel z předložených posudků a odborných stanovisek, jejichž hlavním předmětem a účelem bylo posoudit, zda se jednalo o cenově mimořádně výhodnou nabídku. Předseda Úřadu trval však 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 mohla 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. Z obsahu

napadeného rozhodnutí bylo dle předsedy Úřadu zřejmé, jaký postoj Úřad k jednotlivým posudkům a stanoviskům zaujal. 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, dle předsedy Úřadu nezakládala sama o sobě nepřezkoumatelnost rozhodnutí.

75. Pokud šlo o neprovedení důkazu dalším znaleckým posudkem (vypracovaným z iniciativy Úřadu), pak předseda Úřadu uvedl, že s ohledem na množství stanovisek, vyjádření a odborných posudků, které byly v řízení předloženy účastníky řízení, a na jejich obsah, získal 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 předseda Úřadu tento postoj neoznačil za rozporný s navrhovatelem citovanými ustanoveními § 2 a § 52 správního řádu, neboť, stejně jako Úřad, pokládal množství podkladů pro vydání napadeného rozhodnutí za plně dostačující.
76. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, dospěl předseda Úřadu k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

VII. Řízení o žalobě před Krajským soudem v Brně

77. Proti pravomocnému rozhodnutí o rozkladu podal navrhovatel správní žalobu, která byla Krajskému soudu v Brně (dále jen „**Krajský soud**“) doručena dne 24. 4. 2012, a kterou se navrhovatel domáhal zrušení rozhodnutí o rozkladu i jemu předcházejícího rozhodnutí Úřadu (napadeného rozhodnutí) a vrácení věci Úřadu k dalšímu řízení. Obě rozhodnutí považoval navrhovatel za nezákonná a vydaná v rozporu s právními předpisy.
78. Krajský soud dospěl k závěru, že žaloba je důvodná a rozsudkem ze dne 9. 4. 2013 č. j. 31 Af 54/2012-443 (dále jen „**rozsudek**“) rozhodl o tom, že rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu se zrušuje a věc se vrací Úřadu k dalšímu řízení.
79. K aktivní žalobní legitimaci navrhovatele Krajský soud uvedl, že pokud s ním Úřad jednal jako s účastníkem správního řízení, které bylo zahájeno na základě jeho písemného návrhu, mohl být navrhovatel zkrácen minimálně na svých procesních právech, a proto byl aktivně legitimován k podání žaloby. Krajský soud zároveň konstatoval, že nenalezl důvody, proč by s navrhovatelem nemělo být jednáno jako s účastníkem řízení, jak tvrdil zadavatel.
80. Předpokladem podání námitek proti postupu zadavatele dle zákona je domnělé porušení zákona ze strany zadavatele, v jehož důsledku hrozí nebo již vznikla dodavateli újma na jeho právech. V případě, kdy se navrhovatel neúčastnil zadávacího řízení, je tento zájem dán zejména tehdy, pokud navrhovatel podal námitky proti postupu, v jehož důsledku se nemohl zadávacího řízení účastnit. Tak se tomu stalo také v daném případě. Námitky navrhovatele směřovaly zejména proti použití jednacích řízení bez uveřejnění, které bylo vedeno pouze s jedním dodavatelem – s vybraným uchazečem.

81. Dále se Krajský soud zabýval otázkou, zda se skutečně jednalo o novou veřejnou zakázku, jak tvrdil navrhovatel, nebo šlo o pouhou změnu odběratele, kdy jeden sektorový zadavatel byl v rámci již vysoutěžené zakázky nahrazen jiným, jak tvrdil zadavatel. V případě dotčené veřejné zakázky však nedochází k situaci, kdy by se měnila pouze osoba zadavatele, ale přitom nedošlo k žádné změně obsahu práv a povinností mezi ním a vybraným uchazečem, neboť na realizaci veřejné zakázky měla být uzavřena samostatná nová smlouva, a nešlo tedy o pouhé přistoupení k již uzavřené smlouvě mezi ÖBB a vybraným uchazečem. I co do rozsahu i místa plnění se mělo jednat o zcela nové plnění. Krajský soud tedy dospěl k závěru, že na veřejnou zakázku je nutné nahlížet jako na novou a samostatnou veřejnou zakázku.
82. Krajský soud odmítl veškeré námitky vztahující se k zakázce „Rekonfigurace netrakčních komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu“ s tím, že není oprávněn posuzovat ani otázku, zda nedošlo k nepřipustnému dělení veřejných zakázek, neboť tato otázka nebyla předmětem správního řízení, jenž bylo přezkoumáváno. Úřad ani jeho předseda v době svého rozhodování o další veřejné zakázce na rekonfiguraci jednotek Railjet nemohli vědět. Krajský soud tedy nemohl přihlídnout k důkazům, které neexistovaly v době vydání žalobou napadeného rozhodnutí; stejně tak Úřad mohl vycházet pouze ze skutkového a právního stavu v okamžiku, kdy zadavatel prováděl volbu příslušného typu řízení.
83. Dále se Krajský soud zabýval žalobními námitkami poukazujícími na porušení § 6 zákona, zejména zásady diskriminace. V této souvislosti se zabýval povahou jednacího řízení bez uveřejnění, které představuje výjimečný postup zadavatele, který je zadavatel oprávněn použít výlučně za naplnění zákonem taxativně stanovených podmínek. Je tomu tak zejména z toho důvodu, že zadavatel oslovuje pouze předem určené subjekty a z povahy věci tak dochází k omezení hospodářské soutěže. Jednací řízení bez uveřejnění je dle § 21 zákona jedním z druhů zadávacích řízení, přičemž zákon jeho existenci a využívání předpokládá. Jde o legální a legitimní druh zadávacího řízení. Skutečnost, že v daném případě došlo k vyloučení hospodářské soutěže a že byl osloven pouze jeden zájemce, tedy nemůže být sama o sobě porušením § 6 zákona o veřejných zakázkách ex definitione.
84. Neoprávněné využití jednacího řízení bez uveřejnění je pak typickým případem porušení zásady nediskriminace – dochází totiž de facto k diskriminaci všech dodavatelů, kteří nebyli k jednání vyzváni, a právě v důsledku neoprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění je jim znemožněna účast v zadávacím řízení (při takovém neoprávněném užití jednacího řízení bez uveřejnění je možné uvažovat nikoliv o porušení pouze této zásady, ale kumulativně o porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení). Zkoumání podmínek daných § 23 odst. 5 písm. e) zákona (zejména otázky podstatně nižší ceny) je dle Krajského soudu třeba vykládat s ohledem na zásadu zákazu diskriminace.
85. Dále platí, že důkazní břemeno ohledně existence okolností opravňujících k použití jednacího řízení bez uveřejnění leží na tom, kdo se jich dovolává – v daném případě na zadavateli. Pokud došlo k přezkumu postupu zadavatele ze strany Úřadu, tento musí splnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, jsou-li zpochybňovány, postavit na jisto, a pokud je to nezbytné i vlastním dokazováním. Zejména v případě sporných odborných otázek

se nemůže spolehnout na vyjádření pouze jedné ze stran, popř. si účelově vybrat z různých odborných vyjádření pouze ta fakta, která se jemu hodí.

86. Podle § 23 odst. 5 písm. e) zákona v jednacím řízení bez uveřejnění může být veřejná zakázka na dodávky zadána, 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. Z výše uvedeného lze tedy dovodit dvě základní podmínky: (a) podmínku cenové výhodnosti a (b) podmínku časové omezenosti takto výhodné nabídky. Obě podmínky byly navrhovatelem zpochybněny.
87. Co se týče otázky cenové výhodnosti, zákon nikde nestanoví, co se rozumí „cenou podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena“. Jde o neurčitý právní pojem, který musí být v každém případě vyložen individuálně s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem toho kterého případu.
88. Zadavatel si za účelem zjištění cenové výhodnosti nechal zpracovat tři odborná vyjádření: stanovisko FS VŠB, stanovisko FS ČVUT a stanovisko FS ŽU, navrhovatel předložil tři odborná vyjádření: stanovisko FD ČVUT, stanovisko FS ZČU a dále jediný znalecký posudek GTV, který byl ve věci proveden. Krajský soud v rámci zásady volného hodnocení důkazů přiznal tomuto znaleckému posudku vyšší důkazní hodnotu (ačkoliv jde o jeden z více listinných důkazů), neboť byl jako jediný ze všech odborných vyjádření opatřen znaleckou doložkou, byl obsáhlejší a zejména z něj (v podstatných částech) vycházel také Úřad (např. ceny jiných vlaků byly použity z tabulky uvedené v tomto posudku). Úřad však přesto ignoroval závěr tohoto posudku, ačkoli tento znalecký posudek výrazně znevěrohodnil první tři odborná stanoviska předložená zadavatelem.
89. Krajský soud tedy v této souvislosti uzavřel, že existují zásadní rozpory mezi odbornými vyjádřeními předloženými zadavatelem a navrhovatelem. Z odborných vyjádření není možné vyčíst ani jednoznačnou odpověď na otázku, zda je vůbec možné cenovou výhodnost objektivně zhodnotit pouze pomocí odborných vyjádření, např. tedy bez dalšího průzkumu trhu.
90. Ačkoli Úřadu nic nebránilo v tom, aby si opatřil vlastní nezávislý znalecký posudek postupem podle ustanovení § 56 správního řádu, popř. aby byl proveden průzkum trhu, rozhodl se Úřad z odborných vyjádření vybrat pouze informace týkající se vlaků s konstrukční rychlostí vyšší než 230 km/h, a to německých ICx od dodavatele Siemens a tureckých HT65000 od dodavatele CAF, přičemž nakonec porovnával cenovou výhodnost Railjetů pouze s vlaky ICx, neboť i turecké HT65000 odmítl srovnávat.
91. Pokud Úřad srovnání s tureckými HT65000 vyloučil, neboť „*vlakové soupravy pořizované v Turecku jsou provozovány na trati mimo Evropskou unii (trať Ankara – Istanbul)*“, nejví se soudu tento postup jako důvodný, neboť Úřad dostatečným a přesvědčivým způsobem nevysvětlil, proč nelze tyto vlaky s jednotkami Railjet vůbec porovnávat, přitom pokud by takové srovnání učinil, dospěl by k závěru, že cena souprav Railjet je nižší o pouhých 6 % (cena za sedadlo je u HT65000 dokonce nižší), což by rozhodně nebylo možno považovat

za cenu podstatně nižší. Pokud by mělo dojít k porovnávání pouze vlaků rychlejších než 230 km/h na přesně vymezené trati (např. kvůli napájecím systémům kolejových vozidel v Evropě), pak by dle Krajského soudu nakonec nemělo být vůbec co porovnáváno. I mezi vlaky ICx a Railjet lze totiž nalézt určité rozdíly, jak na ně upozornil navrhovatel (např. že se jedná o trakční soupravu vyšší cenové kategorie). Úřad mohl cenové porovnání s vlaky CAF provést s tím, že by učinil určité nezbytné cenové korekce (tak jako navýšil cenu jednotek Railjet o cenu lokomotivy, aby je mohl porovnávat s vlaky ICx). Každý dílčí rozdíl by ihned nemusel představovat nesrovnatelnost dvou produktů. Zadavatel i Úřad mohli v tomto ohledu navrhopvat, popř. provádět další důkazy, např. prověřit, zda a za jakou cenu je turecký CAF schopen dodat vlaky, které by mohly jezdit na českých drahách, jak požadoval navrhovatel.

92. Krajský soud také upozornil na to, že pro účely srovnávání cen s jinými vlaky není nezbytně nutné, aby tyto referenční vlaky stoprocentně splňovaly všechny podmínky stanovené zadávací dokumentací (obzvláště za situace, kdy je řízení vedeno pouze s jedním dodavatelem). Zadávací dokumentace vymezuje podmínky pro účast v soutěži, nikoli podmínky pro vymezení referenčních produktů pro účely zjišťování cenové výhodnosti ve smyslu ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona.
93. Srovnávání cen považuje Krajský soud za zejména odbornou činnost. Jelikož neexistuje dostatečně velký vzorek vlaků o konstrukční rychlosti 230 km/h, pak je nutné porovnávat i s jinými vlaky – vždy ale s určitými úpravami. Rozhodnutí o tom, které vlaky je mezi sebou možné srovnávat, je přitom otázkou odbornou, nikoli právní. Jedině takový postup je v daném případě nejvíce šetrný k ochraně zásady nediskriminace podle ustanovení § 6 zákona.
94. V případě, že jde o velmi specifický předmět plnění veřejné zakázky, jakým jednotky Railjet jsou, a je nutné porovnat jeho cenu s produkty podobnými, není nezbytně nutné, aby cena byla porovnána pouze s dalšími produkty, které by mohly být také soutěženy, tedy splňují veškeré podmínky v zadávací dokumentaci, pokud takové produkty neexistují, popř. jich je velmi málo. V takovém případě je nutné porovnávat i s dalšími blízkými produkty a cenu modifikovat – počítat, o kolik by takové produkty byly dražší, pokud by veškeré zadávací podmínky byly splněny, nebo je nutné provést další důkazy (nezávislý znalecký posudek, průzkum trhu atd.). Jenom tak je možné zajistit dostatečný vzorek referenčních produktů pro to, aby mohlo být učiněno kvalitní porovnání cenové výhodnosti, přičemž důkazní břemeno tíží zadavatele, popř. Úřad, rozhodně ne navrhovatele.
95. Krajský soud se nespokojil ani s argumentací Úřadu ohledně skutečnosti, že cenu jednotek Railjet pro zadavatele nelze srovnávat ani s cenou jednotek pro Rakouské spolkové dráhy, neboť šlo o cenu vysoutěženou v původní veřejné zakázce již v roce 2005. Pokud Úřad ve svém rozhodnutí porovnával jednotky s co nejvíce podobným produktem, pak se toto srovnání jeví jako nejvhodnější. Jestliže tomuto porovnání bránilo pouze rozdílné časové období, pak bylo možno tento problém velmi snadno překlenout, a to na základě teorie časové hodnoty peněz pomocí metod sloužících k porovnání hodnoty dvou či více peněžních částek z různých časových období (výše úrokové míry, inflace, popř. dalších ukazatelů, je

obecně známa). Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí o rozkladu uvedl, že Úřad srovnával pouze ze soupravami ICx, nikoli s cenovou nabídkou pro Rakouské spolkové dráhy, což však z prvostupňového rozhodnutí Úřadu není zcela zřejmé. Kromě toho, podle přesvědčení Krajského soudu, porovnání s původní veřejnou zakázkou pro Rakouské spolkové dráhy by bylo možné bez větších problémů učinit, není však zřejmé, zda tak správní orgány učinily a jaké závěry z tohoto porovnání vlastně vyvodily. V této části jsou rozhodnutí Úřadu i jeho předsedy nepřezkoumatelná pro rozpornost mezi sebou navzájem.

96. Úřad ani jeho předseda nepostavili na jisto, zda lze cenu vysoutěženou ÖBB v roce 2005 považovat za cenu podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena. Lze spíše předpokládat, že cena vysoutěžená v rámci zadávacího řízení je běžnou tržní cenou než mimořádnou cenovou nabídkou (pokud by taková mimořádná cenová nabídka skutečně existovala, pak by zadavatel mohl zvolit právě jednacím řízení bez uveřejnění). Rovněž námitky navrhovatele, týkající se dodatečných nákladů, popř. tzv. ceny za sedadlo, se v novém řízení mohou rovněž jevit jako relevantní. Záleží však pouze na zadavateli, popř. Úřadu, jak se k posouzení cenové výhodnosti postaví. Krajský soud pouze konstatuje, že dosavadní zvolený postup byl nedostatečný.
97. Krajský soud tedy dospěl k závěru, že při zjišťování splnění podmínky cenové výhodnosti byl porušen § 6 zákona, neboť Úřad nepostavil na jisto, zda byla splněna první podmínka § 23 odst. 5 písm. e) zákona, čímž došlo k porušení § 3 správního řádu – zásady zjištění skutkového stavu věci bez důvodných pochybností. Skutkový stav, který vzal správní orgán za základ rozhodnutí o rozkladu, je v tomto ohledu v rozporu s obsahem spisu, nemá v něm oporu a vyžaduje rozsáhlé a zásadní doplnění.
98. Pokud jde o časovou omezenost nabídky, Úřad správně posoudil, že pojem „velmi krátká doba“ zákon nikde nedefinuje a nelze jej tedy obecně vymezit. Naplnění této podmínky (ve smyslu § 23 odst. 5 písm. e) zákona) je také nutno posoudit vždy jen jednotlivě ve vztahu ke konkrétnímu případu po zvážení všech relevantních skutečností, přičemž jde opět o správní uvážení.
99. Co se týče počátku běhu lhůty, Krajský soud uznal námitky navrhovatele, že mu nebyly zpřístupněny důležité dokumenty, kterými byl prováděn důkaz k řešení této skutkové i právní otázky. Výše uvedené platí i ve vztahu ke konci běhu lhůty. Úřad sice dostatečným způsobem odůvodnil, dokdy byla nabídka časově omezena a z jakých důkazů vycházel, navrhovatel ale neměl ke všem těmto dokumentům zajištěný přístup a neměl možnost se k nim vyjádřit.
100. V souvislosti s otázkou prodloužení nabídky do 30. 9. 2011 dospěl Krajský soud k závěru, že toto prodloužení nemělo vliv na splnění podmínek použití jednacím řízení bez uveřejnění, neboť pro posouzení přípustnosti jeho použití je zásadně rozhodný právní a skutkový stav v okamžiku zahájení zadávacího řízení. O prodloužení lhůty se zadavatel dozvěděl až později. Lhůta byla navíc prodloužena právě z toho důvodu, že navrhovatel podal námitky k rozhodnutí zadavatele.

101. K námitce navrhovatele, že mu nebylo umožněno nahlížení do podstatných dokumentů ve správním spise, kterými byl prováděn důkaz, Krajský soud vycházel výhradně z platného ustanovení správního řádu upravujícího nahlížení do spisu (§ 38 odst. 6 správního řádu) a z ustanovení upravujícího ochranu obchodního tajemství v řízení před Úřadem (§ 122 zákona). Podle § 38 odst. 6 správního řádu jsou z nahlížení do spisu vyloučeny jeho části, které obsahují utajované informace nebo skutečnosti, na něž se vztahuje zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti; to neplatí o částech spisu, jimiž byl nebo bude prováděn důkaz.
102. Povinnost mlčenlivosti dle § 38 odst. 6 správního řádu, která odůvodňuje vyloučení z nahlížení do spisu, musí mít dle Krajského soudu veřejnoprávní charakter. Za povinnost mlčenlivosti ve smyslu tohoto ustanovení tedy nelze považovat obchodní tajemství. Není však vyloučeno, aby zvláštní zákon stanovil, že z nahlížení do spisu jsou vyloučeny i skutečnosti, na něž se vztahuje povinnost mlčenlivosti založená na soukromoprávních vztazích. Tímto zvláštním zákonem je právě zákon o veřejných zakázkách, konkrétně jeho § 122. Krajský soud však považuje za nutné uvést, že účelem tohoto ustanovení zákona je ochrana obchodního tajemství zejména ve vztahu ke třetím osobám (nikoli k účastníkům řízení). § 38 odst. 6 správního řádu je tedy lex specialis k § 122 zákona.
103. V této souvislosti Krajský soud zmínil čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, podle kterého má každý právo, aby se mohl vyjádřit ke všem prováděným důkazům. Vyloučení z nahlížení do těch částí spisu, které obsahují utajované informace nebo skutečnosti, na něž se vztahuje zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti, je tedy v zájmu tohoto ústavně zakotveného práva na vyjádření se ke všem prováděným důkazům prolomeno v případě částí spisu, jimiž byl nebo bude prováděn důkaz.
104. Krajský soud má také za prokázané, že některými částmi spisu musel být prováděn důkaz (např. smlouva uzavřená mezi vybraným uchazečem a ÖBB ze dne 24. 2. 2006, návrh smlouvy předložený vybraným uchazečem v jednacím řízení bez uveřejnění, dopis ÖBB ze dne 22. 12. 2010, atd.). Není pravda, že utajení předmětného obchodního tajemství nemohlo navrhovatele poškodit na jeho právech natolik, aby to způsobilo nezákonnost rozhodnutí. Právo vyjádřit se ke všem důkazům je základním procesním oprávněním. Soud tedy konstatoval, že navrhovatel byl zkrácen na svých procesních právech, když mu nebylo umožněno nahlížet do těch částí spisu, kterými byl prováděn důkaz a řízení tak bylo zatíženo podstatnou vadou.
105. S ohledem na vše shora uvedené dospěl Krajský soud k závěru, že rozhodnutí o rozkladu, jakož i řízení, které jeho vydání předcházelo, bylo zatíženo podstatnými vadami, nebyl dostatečně zjištěn skutkový stav věci a řízení trpělo i jinými, shora popsány, procesními vadami. Soud proto zrušil rozhodnutí předsedy z důvodů vyplývajících z § 76 odst. 1 písm. b), c) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**soudní řád správní**“), a podle § 78 odst. 4 téhož zákona věc vrátil předsedovi Úřadu k dalšímu řízení. V dalším řízení bude Úřad vázán právním názorem Krajského soudu.

VIII. Řízení o kasační stížnosti před Nejvyšším správním soudem

106. Vzhledem k tomu, že se Úřad s rozsudkem Krajského soudu neztotožnil, podal dne 26. 4. 2013 v souladu s § 102 soudního řádu správního kasační stížnost k Nejvyššímu správnímu soudu, jíž se domáhá zrušení rozsudku Krajského soudu.
107. O této kasační stížnosti nebylo Nejvyšším správním soudem dosud rozhodnuto.

IX. Stanovisko předsedy Úřadu

108. Po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem v souladu s § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek rozkladu, a v souladu se závazným právním názorem Krajského soudu, jsem dospěl k následujícímu závěru.
109. Dle rozsudku Krajského soudu ze dne 9. 4. 2013 č. j. 31 Af 54/2012-443 Úřad při vydání napadeného rozhodnutí ze dne 5. 9. 2011 č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-13132/2011/510/HOd podstatným způsobem porušil zákonná ustanovení o řízení, přičemž toto porušení mělo vliv na zákonnost rozhodnutí ve věci samé. V souladu s tímto závěrem Krajského soudu jsem v souladu s § 152 odst. 5 písm. a) a § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

X. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

110. Při vydání tohoto rozhodnutí jsem plně vycházel ze závěrů rozsudku Krajského soudu. Platí tedy, že ačkoli je jednacím řízením bez uveřejnění dle § 23 zákona legálním a legitimním druhem zadávacího řízení, je v důsledku jeho specifické povahy nutno vykládat právní úpravu tohoto institutu restriktivním způsobem. Rovněž je třeba zvláštním způsobem postupovat i v souvislosti s otázkou naplnění, resp. porušení, zásady transparentnosti, přičemž je nutné zejména zkoumat, zda byly naplněny veškeré podmínky pro použití jednacím řízením bez uveřejnění dle zákona a zda zadavatel jejich splnění bez sebemenších pochybností prokázal. Případné neoprávněné využití jednacím řízením bez uveřejnění rovněž znamená porušení zásady zákazu diskriminace.
111. Vzhledem k tomu, že Úřad je povinen splnění podmínek pro použití jednacím řízením bez uveřejnění, jsou-li zpochybňovány, postavit na jisto, a to i prostřednictvím vlastního dokazování, je-li to pro zjištění stavu věci, o němž nebudou panovat důvodné pochybnosti, jak vyžaduje zásada materiální pravdy zakotvená v § 3 správního řádu, nutné, není možné, aby se v případě sporných odborných otázek spoléhal pouze na vyjádření jedné ze stran, popř. si účelově vybíral z různých odborných vyjádření pouze určitá fakta.
112. Důkazní břemeno ohledně existence okolností opravňujících k použití jednacím řízením bez uveřejnění leží na tom, kdo se jich dovolává, tedy na zadavateli, který musí být schopen prokázat, že jím zvolený postup byl v souladu se zákonem. K porušení zákona o veřejných zakázkách tedy může dojít v případě, kdy zadavatel použití jednacím řízením bez uveřejnění řádně nezdůvodní, či jej použije nad rámec podmínek stanovených v § 23 zákona.

113. Zákon ve svém § 23 odst. 5 písm. e) vymezuje podmínky pro realizaci dotčeného jednacího řízení bez uveřejnění takto: (a) jde o zboží pořizované za cenu podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena, a (b) podstatně nižší cena je dodavatelem nabízena jen po velmi krátkou dobu.
114. Pokud jde o otázku podmínky uvedené shora pod písm. a), tedy, že předmětem veřejné zakázky je „zboží pořizované za cenu podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena“, byla v průběhu správního řízení, jehož předmětem byl přezkum postupů zadavatele v zadávacím řízení pro veřejnou zakázku, řešena mimo jiné otázkou, zda tato podstatně nižší cena byla v případě veřejné zakázky na dodávku vozů typu Railjet opravdu dána.
115. V průběhu správního řízení předložili jeho účastníci několik posudků (tři odborná vyjádření ze strany zadavatele, které byly následně doplněny o další dvě, a tři odborná vyjádření a jeden znalecký posudek ze strany navrhovatele). Mezi odbornými stanovisky předloženými zadavatelem a mezi těmi, které předložil navrhovatel, však existují zásadní rozpory, přičemž z nich nelze vyčíst ani jednoznačnou odpověď na otázku, zda je vůbec možné cenovou výhodnost (ve smyslu § 23 odst. 5 písm. e) zákona) objektivně zhodnotit pouze pomocí odborných vyjádření, např. tedy bez dalšího průzkumu trhu.
116. Aniž by si Úřad nechal zpracovat vlastní nezávislý znalecký posudek v souladu s § 56 správního řádu, resp. aniž by provedl průzkum trhu, na jehož základě by si o dané otázce mohl učinit úsudek, přistoupil Úřad k jednotlivým odborným stanoviskům tak, že z nich vybral pouze informace týkající se vlaků s konstrukční rychlostí vyšší než 230 km/h, čemuž odpovídaly dodávky vlaků typu ICx pro německé dráhy a vlaků typu HT65000 pro turecké dráhy. Nakonec Úřad provedl porovnání pořizovacích cen vozů typu Railjet pouze s vlaky typu ICx. Úřad však dostatečně a přesvědčivě neodůvodnil, proč do porovnání nebyly zařazeny i vlaky pro tureckého dopravce.
117. Vzhledem k tomu, že předmět veřejné zakázky představuje velice specifické plnění, pročez neexistuje dostatečně velký vzorek vlaků, které by odpovídaly podmínkám stanoveným zadávací dokumentací (např. podmínce konstrukční rychlosti 230 km/h), je nutné provést porovnání za účelem zjištění existence podstatně nižší ceny i s jinými vlaky, samozřejmě za pomoci určitých korekcí. Takové porovnání je ovšem otázkou odbornou, nikoli právní, i z tohoto důvodu se tedy jeví jako vhodné zadání zpracování vlastního znaleckého posudku. Otázkou zůstává, zda je možné takové korekce vůbec provést, tedy, zda by nešlo o srovnávání neporovnatelného plnění, i na tuto otázku by měl odpovědět znalec.
118. Pokud by provedení takového porovnání (za použití případných cenových korekcí ve smyslu rozsudku Krajského soudu) bylo skutečně možné, bylo by možné do něj zahrnout rovněž vlaky typu JAVELIN 395 (výrobce HITACHI), jak požadoval navrhovatel. Pokud by nebylo možné potřebné korekce pro účely porovnání provést, je nutné, aby Úřad ve svém rozhodnutí uvedl, z jakého důvodu takto postupovat nelze. Je totiž zřejmé, že v rámci porovnání vozů Railjet s vozy typu ICx určité korekce provedeny byly, přičemž z napadeného rozhodnutí nevyplývá, z jakého důvodu nepostupoval Úřad obdobným způsobem i v případě

vozů JAVELIN 395, příp. HT65000, či jiných typů vlaků, o nichž se zmiňovaly odborná stanoviska předložená v průběhu správního řízení jeho účastníky.

119. Jak uvedl Krajský soud ve svém rozsudku, „v případě, že jde o velmi specifický předmět plnění veřejné zakázky, jakým jednotky Railjet zcela jistě jsou, a je nutné porovnat jeho cenu s produkty podobnými, není nezbytně nutné, aby cena byla porovnána pouze s dalšími produkty, které by mohly být také soutěženy, tedy splňují veškeré podmínky v zadávací dokumentaci, pokud takové produkty neexistují, popř. jich je velmi málo. V takovém případě je nutné porovnávat i s dalšími blízkými produkty a cenu modifikovat – počítat, o kolik by takové produkty byly dražší, pokud by veškeré zadávací podmínky byly splněny, nebo je nutné provést další důkazy (nezávislý znalecký posudek, průzkum trhu atd.). Jenom tak je možné zajistit dostatečný vzorek referenčních produktů pro to, aby mohlo být učiněno kvalitní porovnání cenové výhodnosti, přičemž důkazní břemeno tíží zadavatele, popř. Úřad, rozhodně ne navrhovatele“ (viz bod 223 rozsudku).
120. S otázkou zjišťování existence podstatně nižší ceny souvisí i možnost porovnání pořizovací ceny vozů Railjet, které tvoří předmět veřejné zakázky, s cenou, za niž tyto vozy (ovšem v jiném množství) pořídila ÖBB. Z napadeného rozhodnutí vyplývá, že toto porovnání bylo provedeno pouze podpůrně, a že se nemůže jednat o rozhodující argument. V napadeném rozhodnutí však není dostatečným způsobem objasněno, z jakého důvodu byla tato otázka posouzena právě tímto způsobem, když se může jevit, že porovnání s totožnými vozy je pro daný účel nejvhodnější. Jestliže tomuto porovnání bránilo pouze rozdílné časové období, pak by bylo možno tento problém překlenout, a to na základě teorie časové hodnoty peněz pomocí metod sloužících k porovnání hodnoty dvou či více peněžních částek z různých časových období (výše úrokové míry, inflace, popř. dalších ukazatelů, je obecně známa), jak uvedl Krajský soud ve svém rozsudku.
121. Z napadeného rozhodnutí rovněž nevyplývá, zda pořizovací cenu plnění pro ÖBB v rámci veřejné zakázky na dodávku 67 kusů vozů RailJet z roku 2005, je skutečně možné považovat za cenu podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena. Vzhledem k tomu, že cena, za kterou pořídila jednotky Railjet ÖBB, a cena, za kterou je pořizoval zadavatel, jsou prakticky stejné, je zodpovězení této otázky podstatné, přičemž i z napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad považoval za důležité, že předmět veřejné zakázky byl pořizován za cenu, která byla ze strany ÖBB vysoutěžená v roce 2005.
122. Závěrem k této problematice konstatuji, že v napadeném rozhodnutí není postaveno na jisto, zda byla splněna první podmínka § 23 odst. 5 písm. e) zákona (existence ceny podstatně nižší než je obvyklá tržní cena, za níž je poptávané plnění nabízeno), čímž došlo k porušení zásady materiální pravdy zakotvené v § 3 správního řádu, tedy zásady zjištění stavu věci bez důvodných pochybností. Vzhledem k tomu, že skutkový stav, který vzal Úřad za základ napadeného rozhodnutí, je v tomto ohledu v rozporu s obsahem spisu a nemá v něm oporu, bude nutné v novém řízení provést rozsáhlé a zásadní doplnění ve smyslu shora uvedeného.
123. Dále platí, že pokud Úřad neumožnil navrhovateli nahlížet do těch částí spisu, jimiž byl prováděn důkaz, mohl být navrhovatel zkrácen na svých procesních právech. Ačkoli zákon

ve svém § 122 uvádí, že dozví-li se Úřad skutečnost, která je předmětem obchodního tajemství, je povinen učinit opatření, aby obchodní tajemství nebylo porušeno, existuje k tomuto ustanovení zákona *lex specialis* v podobě § 38 odst. 6 správního řádu. Toto ustanovení správního řádu prolamuje ochranu obchodního tajemství obsaženého v těch částí spisu, které sice obsahují utajované informace nebo skutečnosti, na něž se vztahuje zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti, zároveň se však jedná o ty části spisu, jimiž byl nebo bude prováděn důkaz.

124. Krajský soud je přesvědčen, že určitými částmi spisu byl prováděn důkaz (např. smlouva uzavřená mezi vybraným uchazečem a ÖBB ze dne 24. 2. 2006, návrh smlouvy předložený vybraným uchazečem v jednacím řízení bez uveřejnění, dopis Rakouských spolkových drah ze dne 22. 12. 2010, atd.), nicméně z průběhu správního řízení vyplývá, že navrhovateli do těchto částí spisu nebylo dovoleno nahlédnout. V této souvislosti je třeba zmínit rovněž čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, podle kterého má každý právo, aby se mohl vyjádřit ke všem prováděným důkazům. Jak uvedl Krajský soud ve svém rozsudku, *„vyloučení z nahlížení do těch částí spisu, které obsahují utajované informace nebo skutečnosti, na něž se vztahuje zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti, je v zájmu tohoto ústavně zakotveného práva na vyjádření se ke všem prováděným důkazům prolomeno v případě částí spisu, jimiž byl nebo bude prováděn důkaz, ovšem pouze ve prospěch účastníka řízení nebo jeho zástupce, a to za předpokladu, že jsou předem seznámeni s následky porušení povinnosti mlčenlivosti o těchto skutečnostech a že o tomto poučení je sepsán protokol, který podepíší“*.

XI. Závěr

125. Z dosavadního průběhu správního řízení a dále z rozsudku Krajského soudu vplynuly určité závěry, které jsou shrnuty v tomto rozhodnutí, a jimiž je Úřad v dalším řízení vázán. Vzhledem k tomu, že kasační stížnost, kterou Úřad proti rozsudku Krajského soudu podal k Nejvyššímu správnímu soudu, nemá v souladu s § 107 soudního řádu správního odkladný účinek, je dle § 54 odst. 5 soudního řádu správního rozsudek Krajského soudu pravomocný. V případě, že by však Nejvyšší správní soud rozhodl tak, že je kasační stížnost Úřadu důvodná, a rozsudek Krajského soudu v Brně by byl zrušen, zruším i toto své rozhodnutí.
126. Veřejná zakázka, jejíž zadávání je nyní přezkoumáváno, představuje novou a samostatnou veřejnou zakázku.
127. Vzhledem k tomu, že veřejná zakázka byla zadávána v režimu jednacích řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 5 písm. e) zákona, je nezbytné přezkoumat, zda byly naplněny všechny podmínky, které zákon stanoví pro jeho realizaci. Pokud by tomu tak nebylo, jednalo by se o neoprávněné využití tohoto druhu zadávacího řízení, čímž by došlo k porušení zásady zakazu diskriminace ze strany zadavatele.
128. Důkazní břemeno ohledně existence naplnění podmínek dle § 23 odst. 5 písm. e) zákona leží na tom, kdo se jich dovolává, tedy na zadavateli. Pokud je jejich naplnění zpochybňováno, je na Úřadu, aby jejich splnění postavil na jisto, a to i za pomoci vlastního dokazování, pokud se v průběhu správního řízení ukáže jeho nezbytnost.

129. V situaci, kdy mezi jednotlivými odbornými vyjádřeními, která Úřadu předkládali účastníci řízení v průběhu správního řízení, existují zásadní rozpory, jeví se jako nejvhodnější řešení zadání vypracování vlastního nezávislého znaleckého posudku, který by Úřadu zodpověděl sporné otázky odborného charakteru. Tento znalecký posudek by se měl vyrovnat s otázkou, zda je možné existenci cenové výhodnosti, resp. podstatně nižší ceny (jakožto jedné z podmínek dle § 23 odst. 5 písm. e) zákona), konstatovat pouze na základě předložených odborných vyjádření, nebo zda je nutné provést průzkum relevantního trhu. Dále by se měl tento posudek zabývat porovnáním poptávaných vozů typu Railjet s ostatními vozy, které jsou zmiňovány v předložených odborných vyjádřeních, a to z hlediska toho, zda je takové porovnání vůbec možné, zda je za účelem jeho provedení nutné a zároveň možné provádět určité korekce, jak je navrhuje Krajský soud ve svém rozsudku, a zda z takového porovnání vyplývá, že v případě vozů typu Railjet byla dána podstatně nižší cena. V této souvislosti by měla být znalcem zodpovězena i otázka týkající se ceny, za níž pořídila vlaky typu Railjet ÖBB, zda se v tomto případě jednalo o cenu, kterou je možné považovat za podstatně nižší, než je obvyklá cena na trhu.
130. Pokud Úřad dospěl k závěru, že cenový rozdíl ve výši 38 % lze považovat za dostatečný pro konstatování, že v souvislosti s vozy typu Railjet existovala podstatně nižší cena, jedná se o otázku správního uvážení Úřadu, z jehož mezí Úřad nevybočil, přičemž hranice cenového rozdílu, pro konstatování existence podstatně nižší ceny ve smyslu § 23 odst. 5 písm. e) zákona, pohybující se mezi 30 až 40 %, je dle Krajského soudu legitimní.
131. Požadavek zadavatele na rychlost 230 km/h poptávaných vozů nebyl shledán jako diskriminační, neboť platí, že pokud zadavatel hodlá tyto vlakové soupravy provozovat i na tratích umožňující provoz s touto rychlostí, lze tento požadavek na předmět veřejné zakázky považovat za legitimní. Zároveň platí, že jde o obchodní rozhodnutí zadavatele, jehož správní i soudní přezkum je vyloučený.
132. Co se týče otázky časové omezenosti nabídky ve smyslu § 23 odst. 5 písm. e) zákona, platí, že ačkoli byla nabídka vybraného uchazeče prodloužena do 30. 9. 2011, nemělo toto prodloužení vliv na splnění podmínek použití jednacím řízení bez uveřejnění, neboť rozhodný právní a skutkový stav je ten, který existoval v okamžiku zahájení zadávacího řízení. K prodloužení nabídky navíc došlo z důvodu, že navrhovatel podal námitky proti rozhodnutí zadavatele.
133. Úřad dále přezkoumá, zda mohlo v průběhu správního řízení dojít ke zkrácení procesních práv navrhovatele, pokud mu nebylo umožněno nahlížet do těch částí spisu, jimiž byl dle Krajského soudu prováděn důkaz. Dle rozsudku Krajského soudu platí, že tato otázka se týká zejména smlouvy uzavřené mezi vybraným uchazečem a ÖBB ze dne 24. 2. 2006, návrhu smlouvy předloženého vybraným uchazečem v jednacím řízení bez uveřejnění a dopisu ÖBB ze dne 22. 12. 2010. Ze strany Úřadu bude tedy ověřeno, zda tyto dokumenty skutečně obsahují obchodní tajemství, a pokud ano, zda jimi byly či budou prováděny důkazy ve správním řízení. Pokud by tomu tak skutečně bylo, bude Úřad z důvodu vázanosti závěry Krajského soudu, vyjádřeními v jeho pravomocném rozsudku, povinen navrhovateli umožnit do těchto částí spisu (jimiž bude prováděn důkaz) nahlédnout.

134. Dne 25. 7. 2013 obdržel Úřad podání navrhovatele, jehož obsah tvoří shrnutí argumentace ve věci a návrh na uložení zákazu plnění smlouvy. V první řadě navrhovatel uvádí, že zadavatel není oprávněn na základě smlouvy uzavřené na plnění předmětu veřejné zakázky pořídit žádné jednotky Railjet, neboť toto plnění nebylo zadavatelem pořízeno postupem dle zákona. Dále navrhovatel odkazuje na Oznámení o dobrovolné průhlednosti EX ANTE ze dne 2. 2. 2012, jímž zadavatel uveřejnil svůj úmysl zadat vybranému uchazeči zakázku na rekonfiguraci netrakovních jednotek, které tvoří předmět veřejné zakázky. Oznámení o zadání této druhé veřejné zakázky bylo zadavatelem uveřejněno dne 29. 3. 2012.
135. Z tohoto podání navrhovatele dále vyplývá, že zadavatel měl smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky po jejím uzavření upravit tak, že namísto 16 sedmivozových jednotek (112 vagónů) má být dodáno 15 souprav, z toho 8 osmivozových a 7 sedmivozových (celekem 113 vagónů) ve změněné konfiguraci. Navrhovatel namítá, že předmět veřejné zakázky je zcela odlišný od rozsahu, kvality a způsobu dodání (včetně způsobu financování) jednotek Railjet dle smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem. Dle navrhovatele se jedná o nepřípustnou podstatnou změnu uzavřené smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky, jejímž důsledkem je skutečnost, že zadavatel pořizuje plnění jiného charakteru, které by mělo být zadáno postupem dle zákona. Nákup sedmi a následně osmi souprav jednotek Railjet je tedy nutno považovat za samostatné veřejné zakázky, které jsou nezávislé na původní veřejné zakázce.
136. Navrhovatel je dále přesvědčen, že v daném případě jsou splněny všechny podmínky zákona pro uložení zákazu plnění smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem.
137. Vzhledem k tomu, že na základě tohoto rozhodnutí dochází ke zrušení napadeného rozhodnutí, a Úřad se bude celou věcí zabývat znovu, nebylo by účelné, abych se v tomto rozhodnutí k obsahu shora uvedeného podání vyjadřoval, či o nich rozhodoval. Z tohoto důvodu bude nezbytné, aby se Úřad při vydání svého rozhodnutí zabýval i skutečnostmi uvedenými navrhovatelem v tomto podání.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Mgr. Radek Pokorný, advokát Advokátní kanceláře Pokorný, Wagner & spol., Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha 1
2. JUDr. Karel Muzikář, LL.M., advokátem WEIL, GOTSHAL & MANGES s. r. o., advokátní kancelář, se sídlem Křižovnické nám. 193/2, 110 00 Praha 1
3. Siemens, s.r.o., Siemensova 1, 155 00 Praha 13

Vypraveno dne

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