



UOHSX00HCSD4

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0008/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-10995/2023/162

Brno 20. 3. 2023

V řízení o rozkladu ze dne 11. 1. 2023 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **TSS GRADE, a.s.**, IČO 35802723, se sídlem Dunajská 48, 811 08 Bratislava, Slovenská republika, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 22. 12. 2021 JUDr. Pavlem Zuskou, advokátem, ev. č. ČAK 18180, se sídlem Táborská 1000/23, 130 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0002/2022/VZ, ÚOHS-46852/2022/500 ze dne 27. 12. 2022 vydanému ve správním řízení zahájeném dne 31. 12. 2021 na návrh na přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Svazek obcí údolí Desné**, IČO 65497074, se sídlem Šumperská 775, 788 14 Rapotín, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 6. 1. 2022 JUDr. Jindřichem Vítkem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 09459, se sídlem Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Provoz a správa regionální dráhy č. 291 Šumperk - Kouty n. Desnou, Petrov n. Desnou - Sobotín**“ v koncesním řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 26. 8. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 8. 2021

pod ev. č. Z2021-031320 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31. 8. 2021 pod ev. č. 2021/S 168-440869,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 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 sp. zn. ÚOHS-S0002/2022/VZ, ÚOHS-46852/2022/500 ze dne 27. 12. 2022

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Průběh zadávacího řízení a správního řízení

1. Zadavatel – Svazek obcí údolí Desné, IČO 65497074, se sídlem Šumperská 775, 788 14 Rapotín, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 6. 1. 2022 JUDr. Jindřichem Vítkem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 09459, se sídlem Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha (dále jen „**zadavatel**“) – jakožto veřejný zadavatel ve smyslu zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) – zahájil podle zákona dne 26. 8. 2021 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění koncesní řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Provoz a správa regionální dráhy č. 291 Šumperk - Kouty n. Desnou, Petrov n. Desnou - Sobotín“, přičemž oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 8. 2021 pod ev. č. Z2021-031320 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 31. 8. 2021 pod ev. č. 2021/S 168-440869 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmět veřejné zakázky je dle čl. 2 zadávací dokumentace vymezen tak, že účelem koncese je v souladu s unijní a národní legislativou, zejména zákonem č. 266/1994 Sb., o dráhách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZoD**“), zajištění bezpečné provozuschopnosti a bezpečného a neomezeného provozování regionální dráhy č. 291 pro veřejnost v údolí řeky Desné po skončení platnosti a účinnosti aktuálních smluvních ujednání, tedy po 31. 12. 2021.
3. Zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek celkem 3 nabídky, a to nabídku vybraného dodavatele – SART-stavby a rekonstrukce a.s., IČO 25898671, se sídlem Uničovská 2944/1b, 787 01 Šumperk (dále jen „**vybraný dodavatel**“ nebo „**stávající provozovatel**“), nabídku navrhovatele a nabídku dodavatele IDS - Inženýrské a dopravní stavby Olomouc a.s., IČO 25869523, se sídlem Albertova 229/21, 779 00 Olomouc (dále jen „**účastník IDS**“).

4. Rozhodnutím o výběru dodavatele ze dne 8. 10. 2021 zadavatel rozhodl o výběru navrhovatele. Výzvou k předložení dokladů před uzavřením smlouvy ze dne 22. 11. 2021 vyzval zadavatel navrhovatele k předložení stanovených dokladů ve smyslu § 122 odst. 3 a odst. 5 zákona. Rozhodnutím o vyloučení vybraného dodavatele ze dne 7. 12. 2021 (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení navrhovatele**“) rozhodl zadavatel o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Dne 7. 12. 2021 rozhodl zadavatel rovněž o výběru vybraného dodavatele.
5. Dne 21. 12. 2021 podal navrhovatel proti svému vyloučení ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku námitky z téhož dne (dále jen „**námítky**“), které zadavatel rozhodnutím ze dne 23. 12. 2021 odmítl (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“). Zadavatel navrhovatele s předmětným rozhodnutím o námitkách vyrozuměl téhož dne. Proti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele podal navrhovatel návrh k Úřadu dne 31. 12. 2021.

II. Původní napadené rozhodnutí

6. Dne 30. 3. 2022 vydal Úřad rozhodnutí zn. ÚOHS-S0002/2022/VZ, č. j. ÚOHS-10961/2022/500 (dále jen „**původní rozhodnutí**“), jehož výrokem I rozhodl, že zadavatel postupoval v rozporu s § 6 odst. 1 ve spojení s § 122 odst. 7 písm. b) zákona, když vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku z důvodu nepředložení dokladů ve smyslu § 122 odst. 3 písm. b) zákona, konkrétně z důvodu nepředložení úředního povolení nebo osvědčení o bezpečnosti provozovatele dráhy regionální (dále jen „**osvědčení o bezpečnosti**“) dle čl. 11.6 zadávací dokumentace veřejné zakázky do dne 6. 12. 2021, ačkoli sám pro účely získání těchto dokladů neposkytl v témže článku zadávací dokumentace veřejné zakázky avizovanou „veškerou potřebnou součinnost“. Tento postup zadavatele se stal v souvislosti s vyloučením navrhovatele rozporným se zásadou přiměřenosti, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
7. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí a oznámení o vyloučení navrhovatele a všech následných úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, včetně rozhodnutí o novém výběru vybraného dodavatele ze dne 7. 12. 2021 a jeho oznámení z téhož dne.
8. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku dle § 263 odst. 8 zákona.
9. Výrokem IV napadeného rozhodnutí Úřad uložil povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
10. Úřad ve vydaném rozhodnutí učinil závěr, že v případě, že se zadavatel v rámci zadávacích podmínek zavázal k poskytnutí „veškeré potřebné součinnosti“ pro získání předmětných oprávnění, účastníci zadávacího řízení mohli legitimně očekávat, že rozsah poskytnuté součinnosti nebude omezen pouze na poskytnutí některých z dotčených dokladů, tj. pouze dokladů, jež má vlastník dráhy v danou chvíli sám k dispozici. Dle Úřadu však rozsah potřebné součinnosti spočívá v rozsahu faktického poskytnutí objektivně předvídané a nezbytné součinnosti, spočívající mj. i v poskytnutí dotčených dokladů tak, že ve výsledku bude reálně možné úřední povolení, resp. osvědčení o bezpečnosti získat. Z toho důvodu Úřad nepovažoval postup zadavatele v souvislosti s vyloučením navrhovatele jako souladný se zásadou přiměřenosti, když zadavatel pro účely získání dokladů dle § 122 odst. 3 písm. b) zákona,

tj. úředního povolení nebo osvědčení o bezpečnosti, nebyl zjevně schopen poskytnout a ve výsledku ani neposkytl včasou, v čl. 11.6 zadávací dokumentace avizovanou, veškerou potřebnou součinnost.

III. Zrušující rozhodnutí

11. V řízení o rozkladu ze dne 14. 4. 2022 proti původnímu rozhodnutí Úřadu, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem, předseda Úřadu rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-R0053/2022/VZ, č.j. ÚOHS-14230/2022/162 ze dne 24. 6. 2022 původní napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
12. Předseda Úřadu ve zrušujícím rozhodnutí dospěl k závěru, že nekonkrétní formulace výroku I původního napadeného rozhodnutí mu znemožňuje komplexní posouzení věci. Odůvodnění napadeného rozhodnutí vykazuje určité nedostatky stran posouzení otázky, zda zadavatel poskytnul navrhovateli dostatečnou součinnost, či nikoliv. Úřad případ v podstatě uchopil tím způsobem, že součinnost zadavatele byla nedostatečná proto, že se předmětné dokumenty k navrhovateli nakonec nedostaly. Napadené rozhodnutí proto vyznívá do jisté míry tak, že zadavatel byl povinen navrhovateli poskytnout všechny dokumenty, o které navrhovatel požádal. Úřad tedy opomenul podrobně posoudit, jakou míru aktivity v zadávacím řízení bylo v daném případě namíste požadovat po té které straně sporu. V napadeném rozhodnutí Úřad také neučinil dostatek skutkových zjištění, na jejichž základě by zadavateli bylo jednoznačně prokázáno, že postupoval v rozporu se zákonem.

IV. Napadené rozhodnutí

13. Dne 27. 12. 2022 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0002/2022/VZ, č. j. ÚOHS-46852/2022/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
14. Napadeným rozhodnutím Úřad zamítl návrh navrhovatele na uložení nápravného opatření zadavateli.
15. Úřad, vázán právním názorem předsedy Úřadu, se tak v rámci nového posouzení věci blíže zabýval úvahou, co je možno ještě v šetřeném případě chtít po navrhovateli a co už musí obstarat zadavatel.
16. Po novém posouzení postupu navrhovatele ve vztahu ke snaze získat úřední povolení Úřad shledal, že ačkoli navrhovatel započal činit úkony pro získání úředního povolení již v době před rozhodnutím o výběru navrhovatele, zaměřil se v této souvislosti pouze na získávání potřebných podkladů pro účely podání žádosti a vedení správního řízení ve věci rozhodnutí o vydání nového úředního povolení. Ačkoli si byl navrhovatel vědom, že nezbytnou podmínkou pro vydání úředního povolení je i zrušení úředního povolení stávajícího provozovatele dráhy, nevyvinul v tomto bodě potřebnou iniciativu tak, aby bylo ve výsledku možné v zadavatelem stanovené lhůtě očekávat vydání nového úředního povolení.
17. Úřad uvedl, že navrhovateli, jakožto žadateli o vydání osvědčení o bezpečnosti provozovatele dráhy, evidentně nic nebránilo v tom, aby se za dané situace o získání daného oprávnění alespoň pokusil, což neudělal. Úřad dospěl k závěru, že ani ve vztahu k osvědčení o bezpečnosti provozovatele dráhy nebylo prokázáno, že navrhovatel nebyl schopen včas toto oprávnění k provozování dráhy získat primárně v důsledku neposkytnutí součinnosti ze strany

zadavatele, tedy že vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení bylo zapříčiněno nezákonným postupem zadavatele.

18. S ohledem na vše výše uvedené Úřad uzavřel, že ve vztahu ani k jednomu z oprávnění, které navrhovatel zadavateli mohl předložit za účelem splnění požadavku ve smyslu § 122 odst. 3 písm. b) zákona, tj. ani k úřednímu povolení, ani k osvědčení o bezpečnosti provozovatele dráhy regionální, není možné učinit závěr, že právě v důsledku neposkytnutí avizované součinnosti ze strany zadavatele bylo navrhovateli znemožněno doložit ve stanovené lhůtě uvedené doklady a ve výsledku i zabráněno splnit podmínky pro to, aby s navrhovatelem bylo možné uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky. V šetřeném případě bylo dle Úřadu prokázáno, že naopak navrhovatel nebyl dostatečně aktivní, když nečinil veškeré možné a z jeho strany objektivně očekávatelné kroky pro to, aby se o včasné získání uvedených oprávnění k provozování dráhy dostupnými prostředky alespoň pokusil.

V. Rozklad navrhovatele

19. Dne 11. 1. 2023 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 27. 12. 2022. Rozklad byl tedy navrhovatelem podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu navrhovatele

20. Navrhovatel je přesvědčen, že napadené rozhodnutí je ve více částech nesprávné. Zejména má za to, že Úřad nesprávně posoudil otázku rozsahu součinnosti zadavatele, přičemž v rozporu se závěry Úřadu učiněnými v napadeném rozhodnutí, se navrhovatel domnívá, že zadavatel poskytl v některých případech součinnost toliko minimální. To však znamená, že součinnost nebyla poskytnuta v dostatečném rozsahu tak, jak si zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci.
21. K závěrům Úřadu ve vztahu k vydání úředního povolení navrhovatel uvedl, že ze zjištěného skutkového stavu jednoznačně vyplynulo, že lhůty stanovené zadavatelem byly reálné pouze za předpokladu, kdy by si zadavatel a navrhovatel byli maximálně vzájemně nápomocní. Jelikož zadavatel v určité fázi součinnost poskytnout odmítal, nemůže být navrhovateli přičítáno k tíži, že toto odmítnutí nepředpokládal a nečinil preventivní kroky.
22. Navrhovatel odkázal na svoji předchozí argumentaci ohledně povinnosti zajistit součinnost třetí osoby jako povinnosti zadavatele, ke které jej navrhovatel nemusel jakkoliv vyzývat, jelikož se jedná o obecnější povinnost plynoucí z principu rovného zacházení při zadávání veřejných zakázek, nikoliv z čl. 11.6. zadávací dokumentace. Navrhovatel v tomto ohledu odkázal na rozhodovací praxi Úřadu a správních soudů, s tou se však Úřad dle názoru navrhovatele ve svém rozhodnutí nevypořádal.
23. Navrhovatel poukázal na to, že mezi ním a zadavatelem byly co do možnosti iniciovat správní řízení o odebrání povolení současnému poskytovateli naprosto diametrální rozdíly. Zatímco zadavatel věděl, že současný provozovatel součinnost neposkytuje (jelikož by byl účastníkem správního řízení před Drážním úřadem), navrhovatel tuto skutečnost nevěděl a vědět nemohl. Navrhovatel opakovaně zdůraznil, že s ohledem na relevantní rozhodovací praxi Úřadu je povinností zadavatele zajistit součinnost třetí osoby, pokud je jí k řádnému dokončení zadávacího řízení třeba. Dle navrhovatele zadavatel nečinností v podstatě zajistil,

že navrhovatel nemohl zakázku získat a jediný, kdo měl reálnou možnost zakázku získat, byl současný provozovatel. Navrhovatel považuje tvrzení zadavatele, že od současného provozovatele nevyžadoval s ohledem na zásadu rovného zacházení součinnost, za zcela absurdní, jelikož současný provozovatel a jakýkoliv jiný dodavatel v postavení vybraného dodavatele právě z logiky věci nejsou v rovném postavení, jelikož na krocích současného poskytovatele je přímo závislé splnění zadávacích podmínek jakéhokoliv jiného vybraného dodavatele.

24. Navrhovatel dále označuje závěry Úřadu ohledně možnosti toho, že by získal současně oprávnění i osvědčení, za spekulativní, jelikož z vyjádření Drážního úřadu vyplývá, že o těchto dokumentech rozhoduje postupně. Ačkoliv to nevyplývá ze zákona, nelze klást navrhovateli k tíži, že nespolehal na to, že Drážní úřad bude postupovat zcela v rozporu s tím, jak běžně postupuje. Navrhovatel se však i přes to o získání osvědčení pokusil, avšak ani zde mu nebyla poskytnuta součinnost ze strany zadavatele. Pokud Úřad konstatuje, že navrhovatel se měl pokusit získat osvědčení tím, že podá návrh imperfektní, nerozumí navrhovatel, čeho by tím měl dosáhnout, neboť je zjevné, že takový návrh by byl zamítnut. Navrhovateli je tedy Úřadem přičítáno k tíži, že se nepokusil o zcela zjevně pouze spekulativní cestu pro nápravu nezákonného postupu zadavatele.
25. Navrhovatel současně poukázal na to, že beneficentem jeho vyloučení je současný provozovatel, který je nyní vybraným dodavatelem a který tak neposkytnutím součinnosti zajistil vyloučení navrhovatele a získání zakázky pro sebe.

Závěr rozkladu

26. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil napadené rozhodnutí a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

VI. Řízení o rozkladu

27. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

28. 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, byl podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále byla přezkoumána rovněž správnost napadeného rozhodnutí, ta však toliko v rozsahu námitek rozkladu. S přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat následující závěr.
29. Úřad napadeným rozhodnutím nerozhodl správně a v souladu se zákonem, přičemž námitky vznesené navrhovatelem v podaném rozkladu je možné považovat za důvodné. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které bylo napadené rozhodnutí zrušeno a věc byla vrácena Úřadu k novému posouzení.

VII. K právnímu posouzení daného případu

K důvodům zrušení původního rozhodnutí

30. Předseda Úřadu ve dříve vydaném zrušujícím rozhodnutí v bodu 43 dospěl k závěru, že : „*Úřad ovšem dostatečně nezohlednil míru péče, jakou každá jedna ze stran nynějšího sporu vynaložila na to, aby dokázala svým povinností dostát. Takové posouzení je přitom zásadní právě pro určení otázky, ve kterém časovém okamžiku, resp. kterým úkonem či opomenutím, nastalo prodlení zadavatele s plněním povinnosti poskytovat součinnost dle čl. 11.6 zadávací dokumentace. Jak totiž již bylo výše řečeno, příprava podkladů pro žádost o předmětná oprávnění byla primárně věcí navrhovatele. Součinnost je přitom v zadávací dokumentaci koncipována jako ‚potřebná‘, tedy nikoliv jako každá součinnost, o kterou dodavatel požádá. Úřad tedy bude muset na základě kvalifikované úvahy určit, na kterou žádost o součinnost již zadavatel musel dle zadávací dokumentace reagovat poskytnutím požadovaného dokumentu, neboť takovou součinnost navrhovatel skutečně ‚potřeboval‘.*“ Dále předseda Úřadu v bodu 44 zrušujícího rozhodnutí vymezil východiska pro další postup Úřadu v řízení takto: „*Předtím, než k tomu Úřad přistoupí, si však bude muset vyjasnit, jakou míru odpovědnosti za přípravu podkladů pro žádost o předmětné oprávnění lze klást na navrhovatele a jestli navrhovatel ve zdejším případě této odpovědnosti dostal. Taková úvaha pak povede k závěru, jakou spolupráci navrhovatel skutečně od zadavatele ‚potřeboval‘ a jaké činnosti si mohl a měl zajistit sám. Toto posouzení pak zase vyústí v závěr o tom, kterým konkrétním opomenutím zadavatel zákon porušil. To následně Úřad promítne do případného nového výroku svého rozhodnutí, pokud opětovně shledá, že k porušení zákona zadavatelem došlo. Při řešení první v tomto odstavci uvedené otázky, tedy jestli navrhovatel unesl svoji odpovědnost za přípravu podkladů pro žádost o předmětná oprávnění, Úřad zohlední to, co se mu vytýká v následující části tohoto rozhodnutí o rozkladu. V této otázce se totiž Úřad dopustil nesprávného právního posouzení věci.*“

31. Předseda Úřadu tedy na prvním místě Úřad zavázal k tomu, aby při novém posouzení věci posoudil, jakou míru odpovědnosti za přípravu podkladů pro vydání úředního povolení a osvědčení o bezpečnosti lze přičítat navrhovateli.

K posouzení odpovědnosti navrhovatele za přípravu podkladů

32. Mírou odpovědnosti navrhovatele se Úřad zabýval v napadeném rozhodnutí, přičemž jako východisko pro její posouzení provedl výklad zadávací podmínky stanovené v čl. 11. 6. zadávací dokumentace. S ohledem na skutečnost, že provedené posouzení se volně promítá do celého napadeného rozhodnutí, nepovažuje předseda Úřadu za účelné výslovně odkazovat na všechny konkrétní části napadeného rozhodnutí, když ze závěrů učiněných Úřadem vyplývá, že větší míra odpovědnosti leží na navrhovateli, který si měl opatřit úřední povolení.

33. K tomu Úřad nejprve dovodil, že podnět ke zrušení oprávnění pro stávajícího provozovatele dráhy může podat kdokoli, čímž je postavení navrhovatele i zadavatele ve vztahu k zahájení řízení dle Úřadu v zásadě stejné pouze s tím rozdílem, že zadavatel jako vlastník dráhy je pak zpravidla účastníkem takového řízení. Úřad v bodu 272 napadeného rozhodnutí uvedl: „*Úřad tedy v tomto kontextu k postupu zadavatele ve vztahu ke zrušení úředního povolení stávajícího provozovatele dráhy uvádí, že již z podstaty věci nelze po zadavateli požadovat, aby za účastníky zadávacího řízení sám činil úkony, jejichž uskutečnění náleží uchazeči o veřejnou zakázku, obzvláště, jedná-li se o úkony vedoucí ke splnění podmínky ve smyslu § 122*

odst. 3 písm. b) zákona. V šetřeném případě má dodavatel v pozici vybraného dodavatele předložením uvedených dokladů prokázat vlastní odbornost pro realizaci předmětu plnění, kdy musí být schopen získat požadované oprávnění k provozování dotčené regionální dráhy. Odvolává-li se přitom navrhovatel na to, že podstatnou skutečností v šetřeném případě bylo, že se zadavatel zavázal pro účely získání daného oprávnění poskytnout veškerou potřebnou součinnost, nelze i dle závěrů předsedy Úřadu akceptovat to, že by pouze na základě stanovené podmínky poskytnutí součinnosti ze strany zadavatele byla odpovědnost za získání požadovaného oprávnění paušálně přenesena na zadavatele. Úřad k právě uvedenému pro úplnost dodává, že zadavatel se přitom i v rámci stanovené podmínky v čl. 11.6 zadávací dokumentace zavázal k tomu, že danou součinnost poskytne na základě písemné žádosti zájemce, tedy nikoli, že by případné úkony činil z vlastní iniciativy.“ Dále Úřad v bodu 274 napadeného rozhodnutí Úřad uvedl: „Navrhovatel sám podnět za účelem včasného zahájení správního řízení ve věci zrušení úředního povolení stávajícího provozovatele dráhy, tak aby byl schopen získat své úřední povolení nejpozději ke dni 6. 12. 2021, nepodal, ačkoli k tomu byl příslušný, jak vyplývá ze stanoviska Drážního úřadu.“ Úřad proto v bodu 276 napadeného rozhodnutí dospěl k následujícímu závěru: „Jinými slovy řečeno, navrhovatel měl jakožto odborník ve svém oboru vyložit veškeré úsilí pro to, aby zajistil, popř. alespoň v rámci svých možností inicioval, splnění požadavků pro to, aby dané oprávnění mohlo být ve stanovené lhůtě vydáno.“ Úřad tedy v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že míra odpovědnosti za vydání či nevydání úředního povolení leží na navrhovateli, a to proto, že dle názoru Úřadu nevyňaložil veškeré úsilí pro to, aby mu bylo úřední povolení ve stanovené lhůtě vydáno.

34. Předseda Úřadu přezkoumal uvedené závěry Úřadu, přičemž předesílá, že se ztotožnil s dílčími závěry a zhodnocením provedených důkazů, jimiž se Úřad zabýval v bodech 254 až 271. Tím však shoda předsedy Úřadu se závěry Úřadu dovozenými v následujících bodech napadeného rozhodnutí končí, neboť konečný závěr, že míra odpovědnosti v tomto případě ležela výhradně či převážně na navrhovateli, považuje za závěr nesprávný.
35. Předseda Úřadu má za to, že pro učinění závěru o míře odpovědnosti navrhovatele a zadavatele nepostačuje pouze posoudit, kdo měl právo iniciovat řízení o zrušení oprávnění současného provozovatele dráhy, ale v první řadě, jaké měl který z účastníků zadávacího řízení povinnosti, a v druhé řadě, jestli měl objektivní možnost zařídit se tak, aby došlo ke kýženému výsledku, tedy k úspěšnému dokončení zadávacího řízení s navrhovatelem (jako vybraným dodavatelem). Současně nelze odhlédnout od toho, že pro dosažení uvedeného výsledku nepostačovalo pouze posoudit, kdo mohl zahájit příslušné správní řízení, ale rovněž to, zda a jakým způsobem mohl ovlivnit jeho výsledek.
36. Lze nepochybně souhlasit se závěrem Úřadu, že oprávnění podat podnět k zahájení předmětného správního řízení má kdokoli, tedy i navrhovatel. Ten by však, jak správně uvedl Úřad v napadeném rozhodnutí, i v případě, že by takový podnět podal, nebyl účastníkem tohoto správního řízení. Jeho možnost jakkoliv disponovat se správním řízením, činit důkazní návrhy či ovlivnit jeho výsledek svojí činností by tedy byla zcela nulová. Naproti tomu postavení zadavatele, jakožto účastníka takového správního řízení by byla zcela odlišná, neboť z hlediska postavení vlastníka dráhy by byl účastníkem daného správního řízení a mohl by ovlivnit jeho výsledek, a to bez ohledu na skutečnost, zda by bylo řízení vedeno na základě žádosti dosavadního provozovatele dráhy nebo bylo zahájeno na základě podnětu jakékoliv osoby. Tím předseda Úřadu nemá v úmyslu navodit dojem, že je to zadavatel, kdo měl podnět

podat, neboť takovou povinnost mu dle názoru předsedy Úřadu dovodit nelze. Současně má ovšem předseda Úřadu za to, že obdobně nelze takovou povinnost dovodit ani navrhovateli.

37. Podle § 17 odst. 2 a 3 ZoD platí:

(2) Provozovatel dráhy je povinen oznámit drážnímu správnímu úřadu všechny změny týkající se údajů a dokladů, které jsou stanoveny jako náležitosti žádosti o vydání úředního povolení podle § 15 a předložit o nich doklady do 30 dnů od vzniku změn. Drážní správní úřad podle okolností případu rozhodne o změně úředního povolení nebo rozhodne o zrušení úředního povolení.

(3) Drážní správní úřad na základě odůvodněné žádosti provozovatele dráhy rozhodne o změně úředního povolení, došlo-li ke změně skutečností, na základě kterých bylo rozhodováno o vydání úředního povolení.“ (pozn. ztučnění doplněno předsedou Úřadu)

38. Podle § 18 odst. 2 ZoD platí:

(2) Úřední povolení k provozování dráhy zaniká

a) rozhodnutím drážního správního úřadu o zrušení úředního povolení, jestliže provozovatel dráhy

1. přestal splňovat předpoklady pro vydání úředního povolení,
2. porušil ustanovení tohoto zákona,

3. podal návrh na zrušení úředního povolení k provozování dráhy,

b) uplynutím doby, na kterou bylo úřední povolení vydáno,

c) dnem zániku právnické osoby, která je držitelem úředního povolení,

d) uplynutím 30 dnů od smrti fyzické osoby, která je držitelem úředního povolení,

e) dnem zrušení dráhy.“ (pozn. ztučnění doplněno předsedou Úřadu)

39. Z výše citovaného znění zákona vyplývá, že povinnost k oznámení ztráty právního vztahu k dráze je stanovena samotnému provozovateli dráhy, a to dle § 17 odst. 2 ZoD. Ověření této skutečnosti rovněž bylo předmětem výzvy ke sdělení informací, na kterou Drážní úřad reagoval svým podáním ze dne 8. 8. 2022. V tomto podání k položené otázce Úřadu: „2) Odkud vyplývá případná povinnost podání žádosti o zrušení úředního povolení za stávajícího provozovatele dráhy v případě, kdy žádá o vydání úředního povolení provozovatel nový?“, uvedl následující: „Provozovatel dráhy má za povinnost podle § 17 odst. 2 zákona o dráhách oznámit Drážnímu úřadu všechny změny týkající se údajů a dokladů, které jsou stanoveny jako náležitosti rozhodnutí. Jedním z podkladů je také oznámení ztráty právního vztahu k dráze. V takovém případě provozovatel požádá o zrušení úředního povolení nebo podá podnět k zahájení správního řízení z moci úřední. Podmínky pro zrušení úředního povolení jsou stanoveny v § 18 zákona o dráhách.“

40. Je proto nepochybné, že primární povinnost podat žádost o zrušení úředního povolení leží na provozovateli dráhy. Nicméně je nutné na tomto místě upozornit na skutečnost, že taková povinnost je mu uložena za situace, kdy by ztratil právní vztah k dráze. To by v nyní řešeném okamžiku nastalo až k 1. 1. 2022, neboť smlouva o provozování dráhy se současným

provozovatelem byla účinná až do 31. 12. 2021. V § 17 odst. 2 ZoD je k podání žádosti provozovateli dráhy stanovena lhůta 30 dnů ode dne, kdy nastala rozhodná skutečnost, což by v daném případě znamenalo, že konec této lhůty připadne na 31. 1. 2022. Z provedených důkazů vyplývá, že současný provozovatel dráhy podal žádost o zrušení úředního povolení dne 29. 11. 2021, čímž učinil úkon ještě před tím, než mu lhůta pro podání žádosti vůbec začala běžet.

41. Za nutné považuje předseda Úřadu poukázat na skutečnost, že povinnost předložit informace podle § 17 odst. 2 ZoD není kromě provozovatele dráhy stanovena nikomu dalšímu. Nelze proto dovodit, že by navrhovatel měl povinnost, kterou by svým jednáním porušil. Nadto ovšem taková povinnost není stanovena ani zadavateli.
42. Ze zaslanych vyjádření Drážního úřadu ze dnů 8. 8. 2022 a 15. 9. 2022 nepochybně vyplývá, že možnost podat podnět k zahájení řízení o zrušení úředního povolení má kdokoliv. Ze strany Úřadu lze jistě navrhovateli do určité míry vytýkat, že nepodal podnět, avšak pouze z tohoto samotného důvodu nelze míru odpovědnosti za výsledek takového řízení, a tedy za úspěšné dokončení zadávacího řízení s původně vybraným dodavatelem, přenést zcela na navrhovatele tak, jak to učinil Úřad v napadeném rozhodnutí. Lze jistě po navrhovateli požadovat, aby dostal povinností, které by měl projeviti jako profesionál, nicméně ani takové dovození povinností nesmí být bezbřehé. Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že pokud navrhovatel mohl podat podnět a neučinil tak, lze výsledek ve formě jeho vyloučení ze zadávacího řízení přičítat toliko jemu. Je ovšem nutné mít v prvé řadě na paměti, že ZoD (ani jiný správní předpis) povinnost k podání podnětu nikomu neukládá ani uložit nemůže, neboť podání podnětu je sice prostředkem k zahájení správního řízení, ale z povahy věci představuje možnost, a nikoliv povinnost.
43. Úřad byl ve zrušujícím rozhodnutí zavázán k tomu, aby posoudil, zda navrhovatel zanedbal nějaké povinnosti, které mu byly zadávacími podmínkami či zákonem uloženy. Jak již bylo řečeno výše, ve vztahu k podání podnětu na zahájení řízení o zrušení úředního povolení mu povinnost dovodit nelze. Pokud tedy Úřad ze zjištěného skutkového stavu dovodil, že navrhovatel mohl, a tudíž i měl, podat podnět ke zrušení úředního povolení, a tím, že jej nepodal, neučinil veškeré kroky k tomu, aby úřední povolení získal, čímž odpovědnost za nevydání úředního rozhodnutí ve stanovené lhůtě leží právě na navrhovateli, je takový závěr nesprávný. Dovodit takovou povinnost z žádného právního předpisu, ani ze zadávací dokumentace nelze a nelze to činit ani ze zásady profesionality v tom smyslu, že by navrhovatel v případě napjatého harmonogramu zadávacího řízení měl povinnost podat podnět pro jistotu, že stávající provozovatel nesplní své povinnosti dle § 17 odst. 2 ZoD nebo že tak neučiní včas s ohledem na hladký průběh zadávacího řízení. Není jasné, na základě čeho by měl navrhovatel vytipovat vhodný okamžik k podání takového podnětu. Musel by patrně být schopen předvídat různé varianty postupu Drážního úřadu v závislosti na tom, jestli už došlo k výběru dodavatele, či nikoliv, a jak bude případně stávající provozovatel zpochybňovat výběr dodavatele. Od toho se totiž patrně odvíjí otázka časového průběhu řízení o zrušení stávajícího úředního povolení.
44. Pokud jde o argumentaci uvedenou ve vyjádření zadavatele k rozkladu stran toho, že námitka, že by snad zadavatel neposkytl navrhovateli veškerou možnou součinnost se zrušením stávajícího úředního povolení, není v návrhu na zahájení řízení obsažena, je třeba konstatovat, že Úřad v bodech 254-282 napadeného rozhodnutí řešil především otázku, zda pro zdárnou

realizaci zadávacího řízení učinil dost navrhovatel. Úřad nad rámec podaného návrhu nedochází k závěru, že by snad zadavatel porušil zákon.

K povinnosti navrhovatele předložit doklady ve lhůtě stanovené zadavatelem

45. Při posuzování splnění povinností navrhovatele nelze přehlédnout, že výběr dodavatele zadavatel učinil dne 8. 10. 2021. Navrhovatel podal žádost o vydání úředního povolení Drážnímu úřadu dne 12. 10. 2021. Navrhovatel tak žádost podal druhý pracovní den poté, co zadavatel rozhodl o jeho výběru. Nutným podkladem pro vydání úředního povolení byly další doklady, které navrhovatel na základě výzvy Drážnímu úřadu v součinnosti se zadavatelem předložil. Z časové souslednosti těchto kroků vyplývá, že doklady, k jejichž doložení byl navrhovatel vyzván a k nimž mohl poskytnout součinnost zadavatel, byly navrhovateli předloženy nejpozději dne 9. 11. 2021 (viz bod 259 a 260 napadeného rozhodnutí). Nelze si rovněž nepovšimnout, že kroky nutné k získání úředního povolení navrhovatel činil ještě před samotným výběrem, což vyplývá z provedených důkazů a Úřad tuto skutečnost nepominul (viz bod 256 napadeného rozhodnutí).

46. Podle § 15 ZoD platí:

„(1) Žádost o vydání úředního povolení musí obsahovat:

a) obchodní firmu nebo název a sídlo osoby, která hodlá provozovat dráhu, jde-li o právnickou osobu, jméno, popřípadě jména, příjmení a bydliště osoby nebo osob, které jsou členy jejího statutárního orgánu, a identifikační číslo osoby (dále jen „identifikační číslo“), bylo-li přiděleno, anebo obchodní firmu nebo jméno, popřípadě jména, a příjmení, trvalý pobyt a rodné číslo osoby, která hodlá provozovat dráhu, jde-li o fyzickou osobu, a je-li ustanoven odpovědný zástupce, též údaje týkající se jeho osoby,

b) označení vlastníka dráhy,

c) označení dráhy a její popis, včetně určení začátku a konce dráhy, místa styku vzájemně zaústěných drah a stavební délku dráhy.

(2) Žádost o vydání úředního povolení musí být doložena:

a) výpisem z obchodního rejstříku, jde-li již o zapsanou právnickou osobu, je-li žadatelem právnická osoba, nebo dokladem prokazujícím založení právnické osoby,

b) písemným dokladem o existenci smluvního vztahu mezi žadatelem a odpovědným zástupcem, byl-li ustanoven, je-li žadatelem fyzická osoba,

c) dokladem prokazujícím odbornou způsobilost fyzické osoby nebo dokladem prokazujícím odbornou způsobilost odpovědného zástupce, je-li ustanoven, je-li žadatelem fyzická osoba, nebo dokladem prokazujícím odbornou způsobilost alespoň jednoho z členů statutárního orgánu, je-li žadatelem právnická osoba,

d) dokladem osvědčujícím vlastnictví žadatele k dráze nebo dokladem osvědčujícím právní vztah žadatele k dráze, pokud není žadatel jejím vlastníkem,

e) dokladem prokazujícím technickou způsobilost dráhy k jejímu provozování,

f) doklady prokazujícími finanční způsobilost, jedná-li se o žadatele, který hodlá provozovat dráhu celostátní nebo dráhu regionální,

g) dokladem o zaplacení správního poplatku.“

47. Z Úřadem provedeného dokazování, které blíže vymezil v bodech 254 až 271 ve vztahu k úřednímu povolení, vyplývá, že navrhovatel předložil Drážnímu úřadu veškeré podklady, které § 15 ZoD vyžaduje jako povinnou součást žádosti o vydání úředního povolení a které mohl mít v daný okamžik k dispozici. Je nutné také výslovně uvést, že § 15 ZoD nestanovuje povinnost k tomu, aby součástí žádosti o vydání úředního povolení byla žádost či podnět ke zrušení dosavadního úředního povolení, což je ostatně úkon, ke kterému by v případě žádosti nebyl oprávněn a v případě podnětu naopak povinen. Lze proto dospět k závěru, že navrhovatel bez zbytečného odkladu od rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele podal žádost k vydání úředního povolení a v součinnosti se zadavatelem činil kroky nutné k získání úředního povolení.

K časovému rámci zadávacího řízení

48. Zadavatel navrhovatele vyzval dne 22. 11. 2021 k předložení dokladů před uzavřením smlouvy ve smyslu § 122 odst. 3 zákona, přičemž mu k tomu stanovil lhůtu do 6. 12. 2021. Vzhledem k tomu, že navrhovatel požadované doklady nepředložil, neboť jimi nedisponoval, zadavatel rozhodl dne 7. 12. 2021 o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení.
49. Je nepochybné, že pro posouzení všech okolností daného případu je nutné zohlednit rovněž jeho celkový časový rámeček. Z provedeného dokazování vyplývá, že od okamžiku výběru dodavatele dne 8. 10. 2021 do okamžiku předpokládaného počátku účinnosti smlouvy na veřejnou zakázku dne 1. 1. 2022, měl navrhovatel více než 60 dní na to, aby získal úřední povolení, k jehož vydání má Drážní úřad lhůtu 60 dnů ode dne doručení žádosti (srov. § 16 odst. 1 ZoD), to však platí pro žádost, která je úplná, tedy k ní jsou doloženy všechny dokumenty stanovené v § 15 ZoD. Ačkoliv se tento časový rámeček může jevit na první pohled jako dostatečný, je nepochybné, že k okamžiku rozhodnutí o výběru navrhovatel všemi těmito dokumenty nedisponoval a disponovat ani nemohl, neboť některé z nich, jako např. doklad prokazující právní vztah k dráze, nemohly z povahy věci být vytvořeny dříve, než došlo k rozhodnutí o výběru. Z provedeného dokazování ovšem vyplývá, že zadavatel navrhovateli některé z dokladů, které potřeboval k získání úředního povolení, předložil na základě jeho žádosti až dne 9. 11. 2021. Současně je zřejmé, že žádost o zrušení úředního povolení byla stávajícím provozovatelem dráhy podána k Drážnímu úřadu dne 29. 11. 2021, přičemž jak vyplývá z vyjádření samotného Drážního úřadu ze dne 8. 8. 2022, lhůta pro vyřízení takové žádosti činí 30 dnů (to ovšem za předpokladu, že je řízení zahájeno na žádost), přičemž po dobu řízení o zrušení dosavadního úředního povolení může dojít k přerušení řízení o žádosti k vydání „nového“ úředního povolení za účelem posouzení předběžné otázky dle § 64 správního řádu (obdobně viz vyjádření Drážního úřadu ze dne 15. 9. 2022). Pokud by tedy Drážní úřad měl postupovat ve stanovených lhůtách, pak by nejpozději do 29. 12. 2021 měl rozhodnout o zrušení „dosavadního“ úředního povolení a následně pokračovat v řízení o žádosti k vydání „nového“ úředního povolení, přičemž lhůta k rozhodnutí by byla prodloužena o dobu, po kterou by bylo řízení přerušeno. Za takového stavu si lze jen stěží představit, že by navrhovatel měl reálnou možnost získat potřebná povolení ve lhůtě stanovené zadavatelem, tedy do 6. 12. 2021, a lze dokonce předpokládat, že je velmi nepravděpodobné, že by navrhovatel měl možnost je získat do okamžiku předpokládané účinnosti smlouvy na veřejnou zakázku.

50. I v případě, že by navrhovatel měl k okamžiku rozhodnutí o výběru k dispozici všechny dokumenty, které jsou povinnou součástí žádosti o úřední povolení dle § 15 ZoD, a současně by postupoval tak, jak mu naznačil Úřad v napadeném rozhodnutí, tedy že by podal podnět k zahájení řízení z moci úřední ve věci zrušení úředního povolení dosavadního provozovatele dráhy, nebylo by mu přesto nijak zaručeno, že by ke dni 6. 12. 2021 měl požadované doklady k dispozici. S ohledem na výše naznačené, při současném zohlednění toho, že na vyřízení podnětu má Drážní úřad v souladu s § 42 správního řádu 30 dní, a pokud by shledal důvody pro zahájení řízení z moci úřední, pak má dle § 71 správního řádu lhůtu dalších 30 dní, pak v takovém případě nelze přesně vyčíslit, s jakým časovým horizontem zrušení stávajícího povolení by mohl navrhovatel počítat. To závisí na okamžiku zahájení řízení o zrušení stávajícího povolení z moci úřední a na průběhu takového řízení. I kdyby bylo řízení z moci úřední zahájeno prakticky ihned po podání podnětu, stále platí zmíněná 30denní lhůta pro vydání rozhodnutí. Z toho důvodu by patrně nebylo v možnostech navrhovatele doklady požadované zadávací dokumentací získat ve lhůtě stanovené zadavatelem.
51. Ani při zohlednění časového rámce, v němž by navrhovatel mohl podat podnět ke zrušení úředního povolení, jak mu klade k tíži Úřad v napadeném rozhodnutí, by nebylo možno zabránit tomu, aby byl navrhovatel ze zadávacího řízení vyloučen z týchž důvodů, tedy pro nepředložení požadovaných dokumentů. I z tohoto důvodu lze považovat závěr Úřadu o míře odpovědnosti navrhovatele a dovození, že navrhovatel nepodnikl veškeré kroky k získání úředního povolení, za závěr nesprávný, přičemž tak napadené rozhodnutí je v této části nezákonné.
52. Předseda Úřadu si je vědom toho, že navrhovatel v podaném návrhu nevznášel námitky proti lhůtě, která mu pro opatření podkladů v zadávacím řízení zbývala, nicméně zasazení všech úkonů navrhovatele, které učinil po výběru dodavatele, do časového rámce bylo nezbytné pro dokreslení situace, v níž se navrhovatel nacházel, a pro posouzení toho, zda by i Úřadem navrhovaný postup vedl k očekávanému výsledku, a tedy, že by s navrhovatelem jako vítězným uchazečem byla uzavřena smlouva na veřejnou zakázku.
53. S ohledem na zde uvedené je nepochybné, že aby bylo úřední povolení navrhovateli v zadavatelem stanovené lhůtě vydáno, muselo by být výsledkem výrazného zkrácení lhůt pro vydání rozhodnutí, a tedy v zásadě by tak bylo výsledkem náhody. Takový postup v zadávacím řízení ovšem neodpovídá principu právní jistoty účastníků, kterým by měla být zachována minimálně taková lhůta, aby mohli reálně získat doklady požadované zadavatelem. To se ovšem v daném případě nestalo, neboť i kdyby všechny podklady měl navrhovatel k dispozici již dne 8. 10. 2021 a podal by ještě téhož dne žádost o vydání úředního povolení, a současně by dosavadní provozovatel dráhy rovněž dne 8. 10. 2021 podal žádost o zrušení úředního povolení, skončila by lhůta pro vydání úředního povolení navrhovateli nejdříve dne 7. 1. 2022. Pokud by bylo vedeno řízení o zrušení úředního povolení z moci úřední (na podnět), bylo by ještě obtížnější přesně stanovit časový rámec vyřízení celé věci.
54. Takový výpočet vychází z varianty, která by z hlediska dodržení zákonných lhůt představovala nejrychlejší cestu k získání úředního povolení, při němž by časová osa vypadala následovně.
- K datu 8. 10. 2021 by byly učiněny tyto úkony:
- a) rozhodnutí o výběru dodavatele

b) podání žádosti navrhovatelem o vydání úředního povolení (okamžik zahájení správního řízení, na jehož vyřízení má Drážní úřad 60 dní – viz § 16 odst. 1 ZoD)

c) podání žádosti stávajícího provozovatele dráhy o zrušení úředního povolení (okamžik zahájení řízení zahájení, na jehož vyřízení má Drážní úřad 30 dní – viz § 71 správního řádu)

d) přerušení řízení o žádosti navrhovatele na vydání úředního povolení do doby zrušení dříve vydaného úředního povolení stávajícímu provozovateli (jakožto předběžné otázky – viz vyjádření Drážního úřadu ze dne 15. 9. 2022 bod 5, resp. vyjádření Drážního úřadu ze dne 8. 8. 2022).

Lhůta pro vyřízení žádosti stávajícího provozovatele by tak skončila dne 8. 11. 2021 a Drážní úřad by mohl pokračovat v přerušném řízení o vydání úředního povolení navrhovateli, přičemž by pak 60denní lhůta skončila dne 7. 1. 2022.

55. K tomu předseda Úřadu uvádí, že takový propočet lhůty platí za situace, kdy by byla poskytnuta maximální možná součinnost ze strany stávajícího provozovatele. V každém jiném případě by došlo k prodloužení této lhůty, a to v případě podání podnětu navrhovatelem o dalších 30 dní. Lze rovněž uvažovat o tom, že by stávající provozovatel mohl v takovém případě podat odvolání proti rozhodnutí o zrušení úředního povolení či klást jiné překážky v řízení. Takové úvahy jsou však již v rovině zcela hypotetické, proto se jimi předseda Úřadu dále nezabýval. Dále je třeba poznamenat, že si lze představit, že by Drážní úřad – ačkoliv se to s ohledem na jeho vyjádření nejeví jako pravděpodobné – nepřerušoval řízení o žádosti o nové úřední povolení. V takovém případě by však bylo rovněž třeba velmi vstřícného postupu stávajícího provozovatele, aby úřední povolení pro navrhovatele bylo vydáno do 6. 12. 2021.
56. Po posouzení celkového časového rámce tedy vyvstává otázka, zda v samotném zadávacím řízení byly pro uchazeče o veřejnou zakázku vytvořeny takové podmínky, aby ji mohli reálně získat. Jak vyplývá z výše uvedených úvah a z provedeného dokazování, v rámci kterého Úřad jednotlivé úkony účastníků zadávacího řízení podrobně analyzoval, jádrem problému není některý konkrétní úkon zadavatele či navrhovatele, který by byl opožděný a u kterého by bylo možno najisto postavit, kdy nejpozději měl být učiněn, aby zadávací řízení proběhlo hladce, ale spíše celkové těsné nastavení časového rozvržení zadávacího řízení, které ve spojení s tím, že zrušení stávajícího povolení je především v rukách stávajícího provozovatele dráhy (a ten na zrušení tohoto povolení logicky zájem nemá). Podávání podnětů ke zrušení stávajícího povolení je nástrojem v takto těsně časově nastaveném zadávacím řízení spíše neúčinným. Ačkoliv nelze vyloučit, že Drážní úřad rozhodne v řízení zahájeném z moci úřední rychle, nelze také vyloučit, že rozhodne až na konci lhůt, které mu plynou z právních předpisů. Navrhovatel průběh takového řízení nemůže ani svojí procesní aktivitou ovlivnit, neboť nebude jeho účastníkem. Patrně jediný způsob, jakým by tomu zadavatel mohl předejít, je ošetření povinnosti podat žádost o zrušení stávajícího úředního povolení ve smluvních podmínkách se stávajícím provozovatelem dráhy. Pokud tak neučiní, je otázkou, zda se taková situace nedostává do konfliktu se zásadou hospodárného nakládání s veřejnými prostředky a zajištění soutěžního prostředí. Úspěch zadávacího řízení totiž za takových okolností může stávající provozovatel dráhy značným způsobem ovlivnit, například pokud podá žádost o zrušení stávajícího úředního povolení ke konci stanovené lhůty.

57. Předseda Úřadu nepřehlédl, že zadavatel v zadávací dokumentaci uchazeče nabádal k tomu, aby s ohledem na časovou tíseň jednali v dostatečném předstihu, aby si zajistili nutné podklady, a odkazoval na toto upozornění i v průběhu správního řízení. Takové prohlášení však zadavatele nezbujuje odpovědnosti za to, aby v zadávacím řízení vytvořil takové podmínky, které budou pro uchazeče reálně splnitelné, o čemž v nyní projednávaném případě vzniká důvodná pochybnost. Posouzení této otázky ovšem nenáleží předsedovi Úřadu v řízení o rozkladu, neboť v případě, že by takové posouzení provedl, naráželo by toto na zásadu dvojinstančnosti správního řízení a jeho důsledkem by mohlo být odnětí možnosti účastníkům proti takovému posouzení brojit řádnými opravnými prostředky. Úřad proto bude při svém dalším postupu povinen posoudit zde nastolenou otázku, a to v souvislostech, které jsou uvedeny dále v tomto rozhodnutí.

K posouzení postupu navrhovatele z hlediska získání osvědčení o bezpečnosti

58. Úřad přistoupil po zrušení původního rozhodnutí k přezkoumání postupu navrhovatele při opatřování osvědčení o bezpečnosti. Po posouzení zjištěného skutkového stavu, z nějž vyplývá, že navrhovatel žádost o vydání osvědčení o bezpečnosti k Drážnímu úřadu nepodal, Úřad v napadeném rozhodnutí v bodu 300 uvedl, že „(...) z výše popsaných skutečností vyplývá, že navrhovateli jakožto žadateli o vydání osvědčení o bezpečnosti provozovatele dráhy evidentně nic nebránilo v tom, aby se za stávající situace případně o získání daného oprávnění alespoň pokusil, kdy případná potřeba doložení konkrétních dokumentů by s ním jakožto s účastníkem správního řízení byla řešena vždy ze strany Drážního úřadu, a to i s ohledem na to, kterými relevantními dokumenty případně disponuje v této věci sám Drážní úřad.“ Tento dílčí závěr a jemu předcházející popis zjištěného skutkového stavu pak Úřad vyhodnotil v bodu 302 napadeného rozhodnutí takto: „Úřad tedy akcentuje, že nelze předvídat, zda by ve výsledku navrhovatel, za situace, kdy by podal žádost o vydání předmětného osvědčení, byl reálně schopen ve stanovené lhůtě osvědčení o bezpečnosti provozovatele dráhy získat. Navrhovatel však ani žádost o vydání tohoto oprávnění nepodal, tedy neinicioval zahájení správního řízení za účelem jeho vydání. Ačkoli tedy nelze vyloučit skutečnost, že by navrhovatel nebyl ve stanovené lhůtě schopen ani jinými prostředky (ať již prostřednictvím Drážního úřadu či ze strany stávajícího provozovatele dráhy, za situace, kdy by v průběhu vedeného správního řízení vyšlo najevo, že rozsah dokladů, který navrhovatel shromáždil, je nedostatečný) doklady potřebné pro vydání osvědčení o bezpečnosti provozovatele dráhy ve výsledku obstarat, podstatné je dle Úřadu zjištění, že navrhovatel se o možnost získání předmětného oprávnění ani reálně nepokusil, když nepodal u Drážního úřadu žádost o jeho vydání, ačkoli mu v tomto kroku nebránila ani případná nejistota ohledně rozsahu získaných podkladů.“
59. K tomu jako předseda Úřadu uvádím, že tento závěr nepovažuji za správný. Z obsahu provedených důkazů vyplývá, že zásadní překážkou pro podání řádné a úplné žádosti o vydání osvědčení byl chybějící seznam UTZ, který je dle § 23a ZoD (v rozhodném časovém znění) povinnou součástí podané žádosti. Tento seznam neměl k dispozici ani zadavatel, neboť jedinou osobou, která je povinna tento seznam mít, je podle ZoD provozovatel dráhy, jímž je ovšem stávající provozovatel. Ten však zadavateli na jeho žádost odmítl poskytnout součinnost a seznam UTZ nepředložil. To nebylo v rámci vedeného správního řízení sporné. Úřad pak při novém projednání věci požádal Drážní úřad o vyjádření, z něhož vyplynulo, že ani Drážní úřad sám nemá povinnost vést úplný a aktuální seznam UTZ k předmětné dráze, a

ačkoliv je možné, že některé z dokumentů má k dispozici v rámci své úřední činnosti, nemůže garantovat, že by takové dokumenty byly následně vyhodnoceny jako dostatečné pro vydání osvědčení o bezpečnosti navrhovatele.

60. Úřad v napadeném rozhodnutí dovozuje odpovědnost na straně navrhovatele z toho důvodu, že se ani nepokusil o získání osvědčení o bezpečnosti a že mu nic nebránilo žádost podat i bez seznamu UTZ, případně se mohl pokusit a jeho získání jinou cestou. Takový závěr však dle předsedy Úřadu neobstojí právě s ohledem na skutková zjištění, která vyplývají z odpovědí zaslaných Drážním úřadem ve dnech 8. 8. 2022 a 15. 9. 2022. Obdobně jako v případě posouzení ve vztahu k úřednímu povolení, avšak u osvědčení o bezpečnosti ještě silněji, zde výrazným způsobem do možnosti získání požadovaných podkladů zasahuje prvek nutné součinnosti se stávajícím provozovatelem dráhy. Dle názoru předsedy Úřadu bez takové součinnosti mohl navrhovatel při vynaložení veškeré snahy, kterou mu ukládá Úřad v napadeném rozhodnutí, získat toliko dílčí části seznamu UTZ bez jakékoliv jistoty o tom, zda jsou takové podklady kompletní a zda by tak skutečně vedly k vydání příslušného osvědčení.
61. Jak již předseda Úřadu dovedl v části vztahující se k úřednímu povolení, nestačí v tomto případě posoudit pouze to, zda navrhovatel měl k dispozici nějaké jiné nástroje, jak si dokumenty opatřit, ale také to, zda by i při vyvinutí maximálního úsilí takové podklady skutečně získal, a zda by výsledkem bylo vydání osvědčení o bezpečnosti. Takový závěr ovšem Úřad v napadeném rozhodnutí neučinil. Závěr Úřadu o tom, že odpovědnost za výsledek, tedy že navrhovatel se nepodařilo získat příslušné osvědčení, leží na straně navrhovatele, není závěrem správným, neboť okolnosti, které navrhovatel k získání osvědčení bránil, mu nelze přičítat k tíži.
62. Předseda Úřadu nadto uvádí, že považuje za důvodnou námitku navrhovatele, podle níž je nutné odmítnout závěry Úřadu v tom smyslu, že navrhovatel nic nebránilo podat příslušnou žádost i přesto, že si byl vědom toho, že nemá k dispozici veškeré podklady. V nyní probíhající řízení nelze spolehlivě prokázat, k jakému výsledku by takové podání vedlo, přičemž tak v této části lze dovození možného výsledku ze strany Úřadu skutečně považovat za spekulativní. Za situace, že si v podstatě nikdo nemůže být jist tím, jaké konkrétní doklady související s UTZ vlastně vznikly, nelze po dodavateli požadovat, aby o osvědčení o bezpečnosti žádal „naslepo“, a to ani s odkazem na zásadu profesionality. Současně se lze pozastavit nad situací, kdy zadavatel jako vlastník dráhy neprojevil žádný zájem o to, aby tyto dokumenty měl k dispozici a mohl s nimi v případě potřeby disponovat. Takový přístup zadavatele se z pohledu předsedy Úřadu nesesetká s povinností zadavatele postupovat s péčí řádného hospodáře, což však není předmětem posouzení daného případu.
63. Předseda Úřadu po přezkoumání napadeného rozhodnutí dospěl k závěru, že i v této části je napadené rozhodnutí nesprávné a nezákonné.

K nutné součinnosti třetí osoby

64. Předně předseda Úřadu předesílá, že problematika řešená v nyní projednávaném případě, je velmi složitá, neboť do celého procesu výměny provozovatelů dráhy výraznou měrou vstupuje prvek nutné součinnosti stávajícího provozovatele. Pokud nastane taková situace, jako v nyní řešeném případě, kdy „končící“ provozovatel dobrovolně neposkytne nutnou součinnost, stává se pro nového potenciálního provozovatele téměř nemožné, aby získal

příslušná oprávnění k provozování dráhy. Je tak namístě se rovněž zamyslet nad otázkou, jaké kroky k opatření nutných podkladů může podniknout zadavatel a jaké mohl podniknout navrhovatel. Je nepochybné, že na rozdíl od vlastníka dráhy, který je s dosavadním provozovatelem dráhy v právním vztahu, nemůže navrhovatel uplatňovat vůči stávajícímu provozovateli jakákoliv práva či vynucovat splnění povinností, které směřují k předložení dokladů. V rozhodovaném případě však nelze s jistotou a bez dalšího dovodit, že by stávající provozovatel byl povinen zadavateli seznam UTZ poskytnout, neboť takové skutečnosti zatím z provedeného dokazování nevyplývají. Lze však dovodit, že pokud zadavatel věděl (a jako vlastník dráhy vědět měl), že k vydání osvědčení o bezpečnosti nového provozovatele je nutné zajistit součinnost stávajícího provozovatele, pak takovou součinnost měl vhodnou formou zajistit již před zahájením samotného zadávacího řízení, resp. již při sjednání původního smluvního vztahu se stávajícím provozovatelem. Pokud tak neučinil je nutné zabývat se otázkou zákonnosti nastavení zadávacích podmínek ve vztahu k naplnění zásady zákazu diskriminace a rovnosti uchazečů ve smyslu § 6 zákona.

K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a dalšímu postupu Úřadu

65. Předseda Úřadu po přezkoumání napadeného rozhodnutí dospěl k závěru, že toto je nesprávné a nezákonné. Úřad sice vycházel z dodatečně zjištěného skutkového stavu, který si doplněním dokazování ve správním řízení zjistil, avšak následně se dopustil nesprávného posouzení tohoto zjištěného skutkového stavu. Zjištěný skutkový stav neodpovídá tomu, aby byla navrhovateli dovozena vyšší míra odpovědnosti za to, že nebyl schopen předložit doklady, které po něm zadavatel požadoval, neboť okolnosti které tomu bránily, ležely mimo sféru vlivu navrhovatele. Předseda Úřadu současně dospěl k závěru, že ani za situace, kdy by navrhovatel využil všech prostředků, které mu byly Úřadem předestřeny, nemohl mít jistotu v tom, že by požadované doklady skutečně získal, což je pro provedení posouzení míry odpovědnosti účastníků zásadní.
66. S ohledem na skutečnost, že napadené rozhodnutí bylo zrušeno a současně nenastaly důvody pro zastavení správního řízení, je věc vrácena Úřadu k novému posouzení.
67. Při novém posouzení bude na Úřadu, aby odpověděl na otázku, zda zadavatel svým postupem ponechal dostatečnou lhůtu pro to, aby uchazeči o veřejnou zakázku mohli naplnit podmínky stanovené zadávací dokumentací. Konkrétní okolnosti daného zadávacího řízení (zrušení původního úředního povolení je primárně v dispozici stávajícího provozovatele) vzbuzují pochybnosti, zda nedošlo k porušení § 36 odst. 1 zákona. Naprosto obdobnou pochybnost pak vzbuzuje situace, že je to právě stávající provozovatel, který jediný má v dispozici kompletní seznam UTZ a související dokumenty. Jsou zde tedy dány jasné indicie, že reálný úspěch zadávacího řízení (tj. vybrat ekonomicky nejvhodnější nabídku) je zcela v rukou stávajícího provozovatele dráhy, který na řádném průběhu soutěže o veřejnou zakázku nemá logicky ekonomický zájem a může výsledek zadávacího řízení ovlivnit tím, že určitý dokument neposkytne, nebo tím, že určitý úkon učiní v určitý okamžik.
68. Pokud Úřad dospěje k závěru, že posouzení této otázky nemůže učinit v rámci rozsahu tohoto správního řízení, které je vymezeno obsahem návrhu navrhovatele, bude muset rovněž posoudit, zda nejsou v takovém případě dány podmínky pro zahájení řízení z moci úřední ve věci přezkoumání postupu zadavatele v zadávacím řízení při nastavení podmínek zadávacího řízení.

69. Úřad bude muset při novém posouzení zvážit, i s ohledem na již zjištěné skutečnosti, jaké je postavení současného provozovatele dráhy, který jako jediný měl reálnou šanci ve zbývajících lhůtách doklady požadované zadavatelem získat a předložit, neboť některé dokumenty měl již k dispozici (seznam UTZ a související dokumentaci) a byl to především on, kdo mohl zásadním způsobem ovlivnit zrušení stávajícího úředního povolení. Nutnost takového posouzení je o to zásadnější za situace, kdy je to právě stávající dodavatel, na jehož vůli závisí, zda poskytne dokumenty, které má k dispozici pouze on, a zda učiní určité právní kroky, bez nichž ovšem žádný jiný z uchazečů nemá reálnou šanci uspět v zadávacím řízení, přičemž jeho nutná součinnost není zadavatelem ani zadávacími podmínkami nijak garantována. Současně by měl Úřad zvážit, jak se postavení stávajícího dodavatele promítlo do nastavení zadávacích podmínek.
70. Z obou rozhodnutí vydaných Úřadem vyplývá jednak snaha obou stran řízení dospět ke „společnému cíli“, tedy splnění všech podmínek pro vydání úředního povolení a osvědčení o bezpečnosti a jednak snaha Úřadu zjistit řádně skutkový stav věci. Je však nutno nyní posoudit, zda šlo vůbec o cíl, který byl objektivně splnitelný, byť to nebylo účastníky řízení namítáno. V zdejší věci jsou totiž dány silné indicie o tom, že stávající provozovatel může svojí aktivitou (nebo naopak pasivitou) ovlivnit výsledek nynějšího zadávacího řízení ve svůj prospěch. Za těchto okolností hrozí, že veškerá součinnost, kterou si navrhovatel a zadavatel vzájemně poskytují, může být ve výsledku zbytečná. Teprve skutková zjištění, která učinil Úřad při novém posouzení věci, totiž mohla dokreslit celý obraz průběhu zadávacího řízení a otevřela tak nové otázky, které dříve nevyvstaly, a nebylo tak nutné je posuzovat.

Shrnutí

71. Z obsahu podaného rozkladu vyplývá, že navrhovatel rozporoval správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí. Po přezkoumání napadeného rozhodnutí dospěl předseda Úřadu k závěru, že jsou námítky navrhovatele důvodné.

Závěr

Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval v souladu se zákonem a se správními předpisy, je třeba konstatovat, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému posouzení Úřadu, a proto bylo rozhodnuto tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí. Úřad bude při novém rozhodnutí ve věci vázán právními názory vyjádřenými v tomto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

JUDr. Jindřich Vítek, Ph.D., advokát, Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha
JUDr. Pavel Zuska, advokát, Táborská 1000/23, 130 00 Praha

Vypraveno dne

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