31Af 54/2012 - 443

ČESKÁ REPUBLIKA

R O Z S U D E K

J M É N E M R E P U B L I K Y

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové a soudců JUDr. Jarmily Ďáskové a Mgr. Petra Sedláka, v právní věci žalobkyně **ŠKODA TRANSPORTATION a.s.,** se sídlem Borská 2922/32, Plzeň – Jižní Předměstí, zastoupené Mgr. Radkem Pokorným, advokátem se sídlem Karolíny Světlé 301/8, Praha 1, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení **1. České dráhy, a.s.**, IČ: 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, Praha 1, zastoupené JUDr. Karlem Muzikářem, LL.M. (C.J.), advokátem se sídlem Křižovnické nám. 193/2, Praha 1, a **2. Siemens, s.r.o.**, se sídlem Siemensova 1, Praha 13, zastoupené JUDr. P. V., zaměstnankyní Siemens, s.r.o., s adresou pro doručování: Siemensova 1, 155 00 Praha 13, v řízení o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské ze dne 21.2.2012, č.j. ÚOHS-R215/2011/VZ-3094/2012/310/JSI/ASc,

t a k t o :

I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21.2.2012, č.j. ÚOHS-R215/2011/VZ-3094/2012/310/JSI/ASc, **s e z r u š u j e** a věc **s e v r a c í** žalovanému k dalšímu řízení.

II. Žalovaný **j e p o v i n e n** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení ve výši 14.616,- Kč, a to do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám Mgr. Radka Pokorného, advokáta se sídlem Karolíny Světlé 301/8, Praha 1.

O d ů v o d n ě n í :

I. PŘEDMĚT SOUDNÍHO ŘÍZENÍ

[1] Žalobce se žalobou doručenou zdejšímu soudu dne 24. 4. 2012 domáhá vydání rozsudku, kterým by bylo zrušeno rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 21. 2. 2012, č. j. ÚOHS-R215/2011/VZ-3094/2012/310/JSI/Asc, i jemu předcházejí rozhodnutí žalovaného ze dne 5. 9. 2011, č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-13132/2011/510/Hod, a věc byla vrácena žalovanému k dalšímu řízení. Obě rozhodnutí považuje za nezákonná a vydaná v rozporu s právními předpisy.

[2] Dne 26. 4. 2012 společnost České dráhy, a.s., IČ: 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, Praha 1, (dále jen „zadavatel“ nebo „České dráhy“) oznámila, že v daném řízení hodlá uplatňovat práva osoby zúčastněné na řízení ve smyslu ustanovení § 34 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „soudní řád správní“). Uvedla, že byla účastníkem správního řízení, ve kterém bylo vydáno napadené rozhodnutí. Konkrétně byly v tomto správním řízení přezkoumávány úkoly společnosti České dráhy jako zadavatele při zadávání veřejné zakázky.

[3] Dne 2. 8. 2012 také společnost Siemens, s.r.o., se sídlem Siemensova 1, Praha 13, oznámila, že v daném řízení hodlá uplatňovat práva osoby zúčastněné na řízení ve smyslu ustanovení § 34 soudního řádu správního. Zastupuje totiž společnost Siemens Aktiengesellschaft Österreich, se sídlem Siemensstrasse 90, Vídeň (dále jen „vybraný uchazeč“ nebo „Siemens“), která byla v daném zadávacím řízením uchazečem, jehož nabídku vybral zadavatel jako nejvhodnější.

II. STRUČNÉ SHRNUTÍ PRŮBĚHU SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

[4] Z konkrétních okolností přezkoumávané věci je pro přehlednost vhodné chronologicky zdůraznit následující skutečnosti:

[5] Zadavatel uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném ke dni uveřejnění oznámení (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“) v informačním systému o veřejných zakázkách dne 13. 6. 2011 pod evidenčním číslem 60061239 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 15. 6. 2011 pod evidenčním číslem 2011/S 113-186251 oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante,

týkající se veřejné zakázky „Dodávka 16 kusů netrakčních komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu“ (dále jen „veřejná zakázka“).

[6] V oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante zadavatel uvedl, že zakázka je zadávána v jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách.

[7] Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že výzvou k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel k jednání o podmínkách realizace veřejné zakázky vyzval obchodní společnost Siemens. Dne 9. 6. 2011 zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky uvedeného uchazeče.

[8] Proti záměru zadavatele uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem podala žalobkyně námitky, které zadavatel obdržel dne 27. 6. 2011 a kterým po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl. Vzhledem k tomu, že žalobkyně nepovažovala toto rozhodnutí za učinění v souladu se zákonem, podala k žalovanému ve smyslu ustanovení § 114 zákona o veřejných zakázkách dne 11. 7. 2011 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele.

[9] Rozhodnutím ze dne 5. 9. 2011, č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-13132/2011/51/Hod, (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“) žalovaný návrh žalobkyně na přezkoumání úkonů zadavatele zamítl, neboť nebyly zjištěny žádné důvody pro uložení nápravného opatření podle ustanovení § 118 odst. 1 nebo 2 zákona o veřejných zakázkách.

[10] Proti tomuto rozhodnutí podala žalobkyně dne 21. 9. 2011 rozklad, ve kterém namítala, že žalovaný nesprávně a neúplně zjistil skutkový stav, nesprávně jej právně posoudil, zejména splnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Dále namítala, že řízení bylo zatíženo procesními vadami. S ohledem na tyto vady navrhla, aby předseda žalovaného o podaném rozkladu rozhodl ve smyslu ustanovení § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění účinném ke dni rozhodování správního orgánu (dále jen „správní řád“), tedy, aby napadené rozhodnutí zrušil a věc mu vrátil k novému projednání.

[11] Rozhodnutím předsedy žalovaného ze dne 21. 2. 2012 bylo rozhodnutí žalovaného potvrzeno a podaný rozklad zamítnut. Proti tomuto rozhodnutí podala žalobkyně správní žalobu.

III. OBSAH SPRÁVNÍ ŽALOBY

[12] V podané žalobě žalobkyně namítá, že prvostupňovým i druhostupňovým rozhodnutím byla zkrácena na svých právech. Žalovaný i předseda žalovaného v rámci správního řízení dospěli k nesprávným skutkovým závěrům a věc nesprávně právně posoudili.

[13] Veškeré námitky lze stručně shrnout takto:

(a) rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost, neboť předseda žalovaného dospěl k závěru, že zadavatel je veřejným zadavatelem a veřejná zakázka byla podlimitní zakázkou, ačkoli ve skutečnosti jde o sektorového zadavatele a veřejná zakázka jednoznačně překračuje limity stanovené pro podlimitní zakázku;

(b) rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, neboť předseda žalovaného se nevypořádal se všemi námitkami, které byly uplatněny v rozkladu;

(c) rozhodnutí předsedy i jemu předcházející rozhodnutí žalovaného jsou založena na nesprávném a neúplném zjištění skutkových okolnosti;

(d) předmět veřejné zakázky byl vymezen diskriminačně, nestandardně a neopodstatněně;

(e) žalovaný i předseda žalovaného nesprávně posoudili naplnění podmínek ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách,

(f) žalovaný i předseda žalovaného nepostupovali v souladu se základními zásadami stanovenými v ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách,

(g) řízení předcházející vydání prvostupňového rozhodnutí trpělo zásadními vadami, když postupem žalovaného došlo k významnému zkrácení procesních práv žalobkyně a tyto vady mají za následek nezákonnost prvostupňového rozhodnutí a jej potvrzujícího rozhodnutí předsedy žalovaného.

[14] Postupem žalovaného a předsedy žalovaného mělo dojít k porušení ustanovení § 2 odst. 1 správního řádu, ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu, ustanovení § 50 odst. 2 správního řádu ve spojení s ustanovením § 52 správního řádu a v návaznosti na to i ustanovení § 3 správního řádu a ustanovení § 68 odst. 3 správního řádu.

III.A Námitka nepřezkoumatelnosti

[15] Dle žalobkyně je rozhodnutí předsedy žalovaného nepřezkoumatelné a zmatečné, neboť v bodě 43 napadeného rozhodnutí se uvádí, že „*veřejný zadavatel je oprávněn zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle tohoto písmene* [ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) – pozn. soudu] *pouze ve vztahu k podlimitní veřejné zakázce. Naposledy zmíněná podmínka, aby se jednalo o podlimitní veřejnou zakázku splněna byla, resp. o jejím splnění nebylo dosud ve správním řízení sporu.*“

[16] Žalobkyně s výše uvedeným závěrem nemůže souhlasit, neboť předpokládaná hodnota veřejné zakázky ve výši 200.465.900 eur vyplývající z oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante zveřejněného dne 13. 6. 2011 jednoznačně překračuje limity stanovené pro podlimitní veřejnou zakázku.

[17] Pokud tedy předseda žalovaného dospěl k závěru, že zadavatel je v daném případě veřejným zadavatelem, jak lze dovozovat z výše zmíněné citace, pak je jeho závěr o tom, že se jednalo o podlimitní veřejnou zakázku nesprávný a nezákonný.

[18] Žalovaný i předseda žalovaného byli přitom povinni přihlédnout ke všem skutečnostem relevantním pro posuzovaný případ z úřední povinnosti v souladu s ustanovením § 3 správního řádu, tj. postupovat tak, aby byl zjištěn stav věci, o kterém nejsou důvodné pochybnosti.

[19] Vzhledem k tomu, že v odůvodnění druhostupňového rozhodnutí se uvádí, že se jedná o podlimitní veřejnou zakázku a zadavatel je považován za veřejného zadavatele, je rozhodnutí předsedy žalovaného v tomto ohledu nepřezkoumatelné a zmatečné.

III.B Diskriminační vymezení předmětu veřejné zakázky

[20] Žalobkyně se domnívá, že zadavatel porušil zákon o veřejných zakázkách tím, že předmět veřejné zakázky vymezil diskriminačně, nestandardně a neopodstatněně, když:

- nedůvodně požadoval minimální konstrukční rychlost poptávaných souprav 230 km/h,
- požadavek na homologaci byl nepřiměřený a nestandardní, a
- soupravy Railjet ve specifikaci Rakouských spolkových drah (ÖBB) nesplňují požadavek na minimální kapacitu udávaný v zadávacích podmínkách.

[21] Dle žalobkyně argumentace předsedy žalovaného vyznívá tak, že zadavatel nemohl předmět plnění veřejné zakázky ovlivnit, ani samostatně stanovit jeho parametry, neboť se jedná o situaci, kdy zadavatel „*přistupuje k již existující, vyhlášené a zčásti dokonce realizované veřejné zakázce, jejíž podmínky nemohl v době vyhlášení nijak ovlivnit* […]". Dle žalobkyně je tato argumentace v rozporu s ustanovením § 6 zákona o veřejných zakázkách, když zájemce o veřejnou zakázku takto „diktoval" parametry plnění veřejné zakázky.

[22] Dle žalobkyně jde o zcela samostatnou veřejnou zakázku s odlišným předmětem plnění od původní zakázky Rakouských spolkových drah. Toto ostatně potvrzuje stanovisko žalovaného ze dne 21. 4. 2011, č. j. ÚOHS-D157/2011/VZ-6238/2011/510/Hod. Nejde tedy o žádné „přistoupení k jiné veřejné zakázce", které by umožňovalo jiný než standardní postup při vymezení předmětu veřejné zakázky.

[23] Dle žalobkyně zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky diskriminačním způsobem odpovídajícím pouze výrobku nabízenému společností Siemens, což uznává i žalovaný, když uvádí, že „*zadavatel nemohl ovlivnit ani samostatně stanovit parametry plnění*". V tomto ohledu žalobkyně připomíná rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 12. 2011, č. j. 62 Af 54/2010-106, ve kterém soud

mj. uvádí, že „*se nemůže ztotožnit s takovým pojetím vynakládání veřejných prostředků, kdy potřeba zadavatele vzniká až na základě aktuální nabídky, která se pro zadavatele jeví výhodnou.*“ Tento závěr je plně aplikovatelný na tento případ, kdy potřeba pořízení souprav Railjet ze strany zadavatele vznikla až v návaznosti na skutečnost, že původní odběratel (Rakouské spolkové dráhy) se rozhodl nevyužít opce na nákup 16 kusů souprav Railjet.

[24] Skutečnost, že potřeba 16 kusů souprav Railjet není ničím podložená a odůvodněná, vyplývá i z posudku Českého vysokého učení technické v Praze, Fakulty dopravní ze dne 27. 7. 2011 (dále jen „stanovisko FD ČVUT“). Navíc pokud by existoval dlouhodobější záměr takové jednotky pořídit, měl zadavatel dostatek času vypsat standardní výběrové řízení.

Požadavek na rychlost 230 km/h

[25] Žalovaný požadavek na rychlost vlakových souprav 230 km/h neshledal jako diskriminační s tím, že zadavateli nelze vyčítat, že tuto provozní rychlost umožňuje nebo v budoucnu umožní jen část tratí. Navíc lze předpokládat provoz souprav Railjet i po uplynutí jejich životnosti (20 let), kdy by měly být dobudovány další tratě. Žalovaný uvádí, že tento závěr podporují i stanovisko FD ČVUT a stanovisko Západočeské univerzity v Plzni, Fakulty strojní ze dne 29. 7. 2011 (dále jen „stanovisko FS ZČU“).

[26] Žalobkyně namítá, že zmíněné znalecké posudky potvrzují opak – diskriminační povahu požadavku na rychlost 230 km/h. S ohledem na plánované využití zadavatelem poptávaných souprav by bylo možné považovat ze nediskriminační požadavek na maximální rychlost 200-230 km/h.

[27] Žalobkyni zároveň není zřejmé, jak žalovaný bez bližšího zkoumání mohl dospět k závěru, že jednotky Railjet budou využitelné na nejmodernějších tratích, které teprve budou budovány. Dle žalobkyně jde spíše předpokládat, že po 20 letech (tj. životnost Railjetů dle žalobkyně) budou Railjety natolik technologicky zastaralé, že již nebudou na nových tratích využitelné; tím spíše, když jsou zastaralé již nyní. Žalovaný tedy dostatečně nezjistil skutkový stav věci a svůj závěr nedostatečně odůvodnil.

[28] Účelem požadavku na rychlost 230 km/h byla dle žalobkyně pouze přímá či nepřímá diskriminace dalších výrobců. Diskriminace při vymezení předmětu veřejné zakázky má podstatný dopad i na vyhodnocení cenové výhodnosti jako podmínky dle ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách.

Požadavek na homologaci

[29] Požadavek na homologaci již v době podání nabídky, tedy před podpisem smlouvy, považuje žalobkyně za diskriminační. U obdobných zakázek

v České republice i ve zbytku Evropy je takový požadavek zcela neobvyklý. I v tendru, ve kterém zvítězily Rakouské spolkové dráhy (ÖBB) byly podmínky nastaveny tak, že umožňovaly nabídnout soupravu, jejíž vývoj a homologace jsou realizovány až teprve před samotnou dodávkou zadavateli, a nikoli již v době podání nabídky.

[30] Žalovaný argumentuje tím, že se v daném případě jedná o přistoupení ke smlouvě, a tedy jinou situaci, než kdyby byl požadavek na homologaci stanoven ve zcela novém zadávacím řízení, u něhož by „*nebylo zřejmé, jaká nabídka (a potažmo která vlaková souprava) bude vybrána jako nejvhodnější*“ (odst. 51 žalobou napadeného rozhodnutí).

[31] Tento závěr žalovaného jednoznačně prokazuje diskriminační povahu tohoto požadavku a celého vymezení předmětu veřejné zakázky ze strany zadavatele, neboť je zřejmé, že byl formulován tak, aby jako nejvhodnější byla vybrána nabídka vybraného uchazeče (vlakové soupravy Railjet).

[32] Žalobkyně znovu zdůrazňuje, že se jedná o novou veřejnou zakázku, jejíž předmět nemůže být formulován diskriminačně tak, aby omezoval účast dalších možných uchazečů.

Požadavek na minimální kapacitu

[33] Ve vztahu k požadavku na minimální kapacitu žalobkyně v rozkladu tvrdila, že „*soupravy Railjet ve specifikaci ÖBB nesplňují požadavek na minimální kapacitu udávaný v zadávacích podmínkách*“, tj. že soupravy Railjet nemohly být vybrány.

[34] Žalovaný v odst. 51 napadaného rozhodnutí uvádí, že je irelevantní se zabývat tím, zda „*soupravy Railjet splňují požadavek ÖBB na minimální kapacitu*“ ve světle faktu, že se jednalo o veřejnou zakázku, která již byla vypsána jiným zadavatelem a že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže nemůže přezkoumávat jednání Rakouských spolkových drah (ÖBB).

[35] Skutečnost, že soupravy Railjet splňují požadavek ÖBB však žalobkyně vůbec nenamítala. Žalobkyně namítala, že pokud budou soupravy Railjet dodány v původní specifikaci pro Rakouské spolkové dráhy, pak nesplňují požadavek zadavatele na minimální kapacitu uvedený v zadávacích podmínkách. Žalovaný se tedy s touto námitkou vůbec nevypořádal.

Nezohlednění potřeby lokomotiv pro soupravy Railjet

[36] Žalobkyně namítá, že zadavatel nedisponuje vhodnými lokomotivami pro provoz jednotek Railjet a způsobem zadání veřejné zakázky si připravuje podmínky pro to, aby mohl uskutečnit další veřejnou zakázku na pořízení lokomotiv o

hodnotě mezi 1 až 2 mld. Kč v nestandardním a netransparentním typu zadávacího řízení. Takový postup je dle žalobkyně obcházením zákona.

[37] Zadavatel může koncipovat svou poptávku s přihlédnutím k existujícímu vozovému parku (podmínky tedy měl stanovit tak, aby mohl provozovat poptávané soupravy se stávajícími lokomotivami), a nikoli tak, že nejdříve pořídí vozy a teprve následně takto „uměle“ vytvořenou situací využije k zadání další veřejné zakázky.

[38] Zadavatel tímto postupem zakládá významnou budoucí diskriminaci ostatních dodavatelů lokomotiv (včetně žalobkyně), kterou je třeba zohlednit již nyní při posuzování diskriminačního charakteru předmětu veřejné zakázky.

III.C Cenová výhodnost nabídky

[39] Žalobkyně se domnívá, že nebyla splněna základní podmínka pro možnost postupu podle ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách, a to, že by zadavatel pořizoval zboží za cenu podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena.

[40] Závěr žalovaného o tom, že cena zakázky je podstatně nižší než obvyklá tržní cena, vychází z toho, že bylo obtížné najít na relevantním trhu srovnatelný produkt, který by se svými parametry alespoň převážně shodoval s parametry soupravy Railjet. Jedinou srovnatelnou jednotkou je podle žalovaného jednotka ICx. Žalovaný zároveň nezohlednil dodatečné náklady na uzpůsobení vlaků pro potřeby zadavatele. Srovnávat by se dle žalobkyně měly především ceny na sedadlo, které více vypovídají o pořizovacích nákladech.

Nezohlednění dodatečných nákladů

[41] Cenu pořizovaných souprav Railjet nelze považovat za konečnou, neboť nabízené vlakové soupravy neodpovídají technickým standardům (konkrétně se jedná o normy TSI neboli Technické specifikace interoperability), a rovněž bude třeba vlaky uzpůsobit specifickým požadavkům zadavatele, neboť původně byly určeny pro Rakouské spolkové dráhy (ÖBB).

[42] Žalovaný ve svém rozhodnutí uvedl, že „*tyto argumenty se netýkají ceny plnění pořizovaného zadavatelem*,“ ale jsou spojeny s užíváním předmětné zakázky, a zadavatel tak není povinen je zohlednit při výběru nejvhodnější nabídky, pokud zvolil jako kritérium nejnižší nabídkovou cenu.

[43] Dle žalobkyně byla argumentace žalovaného zjevně vyvrácena následným postupem zadavatele. Ten totiž prostřednictvím oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante ze dne 2. 2. 2012 uveřejnil svůj záměr zadat vybranému uchazeči zakázku na rekonfiguraci netrakčních jednotek získaných v rámci veřejné zakázky, o níž je vedeno toto řízení, a to opět postupem v jednacím řízení bez uveřejnění. Dle

oznámení o zadání zakázky ze dne 29. 3. 2012 tuto zakázku vybranému uchazeči skutečně zadal. Celková konečná cena zakázky na rekonfiguraci činí 15.852.000 eur. Použití tohoto postupu je odůvodněno ustanovením § 23 odst. 5 písm. b) zákona o veřejných zakázkách.

[44] Z uvedeného je dle žalobkyně zcela zřejmé, že úpravy, o nichž žalovaný tvrdí, že jsou spojeny s užíváním předmětné zakázky, jsou úpravy jednotek Railjet, se kterými musel zadavatel počítat již v době nákupu. Cena těchto úprav tedy musí být zohledněna při posuzování výhodnosti ceny ve smyslu ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách. Nelze tedy vycházet ze zadavatelem uváděné částky 200.465.900 eur, ale je nutné zohlednit minimálně i předpokládané náklady na úpravu vozů ve výši 15.852.000 eur.

[45] Závěr žalovaného o tom, že tyto náklady není nutné zohledňovat při hodnocení cenové výhodnosti, pokud bylo zvoleno hodnotící kritérium nejnižší nabídkové ceny, by mohl vést k tomu, že si zadavatel pořídí zboží, které neodpovídá jeho potřebám za údajně „výhodnou“ cenu a následně si objedná dodatečné úpravy a změny (opět za cenu, které nebude soutěžena) tak, aby zboží poté vyhovovalo jeho potřebám. Takový závěr je dle žalobkyně neudržitelný a nesprávný.

[46] Kroky zadavatele směrem k zadání další veřejné zakázky zároveň potvrzují odbornými posudky (stanovisko FD ČVUT) podložená tvrzení žalobkyně, že dodané soupravy nejsou bez úprav způsobilé k provozu.

[47] Jelikož žalobkyni není zřejmé, jaké konkrétní úpravy Railjetů si zadavatel nyní poptává, poukazuje na novinový článek „*Dráhy nafouknou Railjety. Zaplatí za ně ale 400 milionů navíc*“, ze kterého mimo jiné vyplývá, že má dojít ke snížení počtu dodávaných souprav z 16 na 15, změně počtu sedaček, ke změně počtu vozů v soupravě a dále k podstatným změnám v interiéru i konstrukci vozu.

[48] Dle žalobkyně je zřejmé, že s ohledem na tyto změny se zásadně mění ekonomika provozu těchto souprav i jednotková cena za soupravu, popř. jednotková cena za sedadlo. Cena za jednotku i cena za sedadlo musí být nutně méně výhodná v situaci, kdy se sníží počet souprav z 16 na 15, ale cena kontraktu se zvýší o dalších 15.852.000 eur.

[49] V důsledku zamýšlených úprav předmětu veřejné zakázky se nejen výrazně zvýší absolutní cena za předmět zakázky, ale současně se mění i situace a posouzení ceny jako podstatně nižší, přičemž tyto změny mohly a měly být zadavatelem předvídány již v okamžiku zadání veřejné zakázky.

Cena na sedadlo / cena soupravy

[50] Žalobkyně dále uvádí, že relevantním ukazatelem ceny u vlakových souprav je cena za sedadlo, nicméně žalovaný se k tomu vyjádřil tak, že předmětem nákupu jsou jednotlivé vlakové soupravy, a nikoli sedadla (přepočty na sedadlo mohou

být zavádějící, protože nezohledňují rozdíl mezi sedadly první a druhé třídy, případně sedadly v jídelních vozech). Žalobkyně ale dodává, že zadavatel se rozhodl prémiovou třídu neobjednat (zde žalobkyně vychází z výše uvedeného novinového článku). Žalobkyně trvá na tom, že cena za sedadlo je vhodným a obvyklým způsobem srovnání cen vlakových souprav, neboť lépe vypovídá o pořizovacích nákladech (pro srovnání s očekávanými příjmy).

Srovnání cenové výhodnosti s původní veřejnou zakázkou pro ÖBB

[51] Žalobkyně namítala, že pokud jsou soupravy Railjet nesrovnatelné s jinými produkty na trhu, pak je nezbytné brát jako cenu obvyklou cenu, za kterou jsou soupravy Railjet dodávány v obdobných kontraktech; takovým je dodání souprav Railjet Rakouským spolkovým drahám (ÖBB). Žalovaný se k této otázce vyjádřil v odst. 68 svého rozhodnutí, že za takovou cenu není možné považovat cenu dodávky z prvních 23 kusů (10,6 milionu eur), nýbrž cenu 12,6 milionu eur. Z rozhodnutí již ale nevyplývá, že tato cena je cenou podstatně nižší než cena tržní. Žalobkyně se domnívá, že tuto cenu je možné považovat za cenu tržní a nebyla tedy splněna podmínka podstatně nižší ceny ve smyslu ustanovení § 24 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách.

[52] Výhodnost ceny žalovaný dovozoval v odst. 66 svého rozhodnutí, kde se uvádí, že „*podstatné je to, že zadavatel zboží pořizoval za cenu, která byla vysoutěžena v roce 2005; podstatným argumentem, proč je tato cena nižší než cena téhož plnění, bylo-li by poptáváno a soutěženo v roce 2011, není ani tak cenový vývoj výrobků či inflace* […]*, jako skutečnost, že zadavateli byla v roce 2011 nabídnuta část plnění vysoutěženého v roce 2005 za tuto (tehdy) vysoutěženou cenu a že se zároveň jednalo o součást větší dodávky, v níž se valná část (zejména provozních) nákladů rozprostřela mezi vyšší počet vyráběných souprav.*“

[53] Žalobkyně se domnívá, že paušální náklady byly rozprostřeny pouze do první série dodávek Rakouským spolkovým drahám, a nikoli již na 16 kusů souprav nyní pořizovaných zadavatelem, které byly sjednány formou opce, kterou Rakouské spolkové dráhy nezamýšlely využít, a proto byly k dispozici pro nabídnutí zadavateli. Dle žalobkyně je nepravděpodobné, aby vybraný uchazeč nepokryl tyto náklady pro případ, kdy by opce nebyla využita.

[54] Ani samo tvrzení o údajném rozprostření paušálních nákladů mezi všechny jednotky neodůvodňuje závěr o tom, že cena nabízená zadavateli je cenou podstatně nižší, než by byla obvyklá cena 16 kusů jednotek Railjet. V tomto ohledu v napadaném rozhodnutí chybí jakákoli kvantifikace takového snížení. Žalovaný i jeho předseda v tomto ohledu vycházeli pouze z obecného tvrzení zadavatele a vybraného uchazeče.

Srovnání cenové výhodnosti s jinými vlakovými soupravami

[55] Žalobkyně v průběhu správního řízení předložila žalovanému i jeho předsedovi řadu příkladů pořízení srovnatelného plnění, ze kterých vyplývá, že cena za soupravy Railjet pořizované zadavatelem není podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena.

[56] Žalovaný a následně i jeho předseda dospěli dle žalobkyně k chybnému závěru, že soupravy Railjet lze srovnat pouze s pořízením jednotek ICx. Žalovaný sám uvádí, že ICx nepředstavují zcela stejný vzorek, neboť se jedná o trakční soupravu a zároveň soupravu vyšší kategorie, a tedy logicky vyšší ceny, přesto však byla srovnávána cena ICx s Railjety bez jakékoli korekce.

[57] Srovnání s jednotkami JAVELIN 395 od výrobce HITACHI bylo žalovaným odmítnuto i přesto, že rozdíl v jejich rychlosti je minimální (225 km/h oproti 230 km/h). Soupravy JAVELIN 395 jsou dle žalobkyně stejné kategorie jako soupravy Railjet; pro srovnání jsou tedy vhodnější než soupravy ICx. Cena u trakční soupravy JAVELIN 395 při pořízení v roce 2007 přepravcem London & South Eastern Railway přitom byla nižší než cena netrakční soupravy Railjet bez lokomotivy (10.135.000 eur vs. 12.529.000 eur za soupravu). V případě přepočítání ceny za sedadlo vychází JAVELIN 395 také cenově výhodnější (28.790 eur vs. 30.710 eur).

[58] Žalovaný vyloučil též srovnání s jednotkami CAF-HT65000 s odůvodněním, že neodpovídají předpisům EU a napájecím systémům kolejových vozidel v Evropě, přičemž i kdyby srovnání připustil, tak je cena vyšší než u souprav Railjet. Dle žalobkyně bylo úkolem žalovaného prověřit, zda a za jakou cenu je schopen dodat i jednotku odpovídají evropským předpisům a v tomto směru provést průzkum trhu. Navíc závěr o tom, že cena CAF-HT65000 je i po započtení nákladů na pořízení lokomotivy Taurus k pořizovací ceně Railjet vyšší, neprokazuje, že cena souprav Railjet je podstatně nižší než cena souprav CAF-HT65000, když rozdíl činí pouhých 6 % a navíc cena za sedadlo je naopak u CAF-HT65000 nižší.

[59] Žalovaný se rovněž dopustil chyby, když vyšel z nesprávné ceny na sedadlo u soupravy CAF-HT65000 (uvádí 44.153 eur), když ze znaleckého posudku společnosti Grant Thornton Valuation, a.s., ze dne 31. 7. 2011 (dále jen „znalecký posudek GTV“) vyplývá cena na sedadlo ve výši 42.960 eur, a žalobkyni není z rozhodnutí jasné, jak žalovaný k částce 44.153 eur dospěl. Cena na sedadlo u jednotky CAF-HT65000 je tak nižší než cena za sedadlo u jednotky Railjet i v situaci, kdy není zohledněno zvýšení ceny z důvodů rekonfigurace.

Průzkum trhu

[60] Žalobkyně se domnívá, že zadavatel, popř. žalovaný měl k tomu, aby byl schopný posoudit splnění podmínky cenové výhodnosti, provést průzkum trhu. Žalobkyně odkazuje na rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 21. 6. 2010, č. j.

ÚOHS-R157/2009/VZ-9046/2010/310/Asc, ze kterého vyplývá, že vhodným postupem pro ověření cenové výhodnosti nabídky je průzkum trhu.

[61] Žalovaný uvedl, že ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách nestanoví obligatorní postup pro ověření cenové výhodnosti. Posouzení na základě odborných posudků je způsobem rovnocenným průzkumem trhu. Citované rozhodnutí se navíc vztahovalo na automobily, které jsou běžně dostupným zbožím.

[62] Žalobkyně namítá, že v případě vlakových souprav je průzkum trhu proveditelný (stejně jako v případě automobilů), neboť na trhu existuje více výrobců a na jejich pořízení jsou pravidelně vypisována výběrová řízení. Jedná se tedy také o běžně dostupné zboží.

[63] Žalobkyně také uvádí, že posouzení na základě odborných posudků nemusí být objektivní. Navíc v situaci, kdy žalobkyně předložila tři odborné posudky, které údajnou výhodnost ceny dle posudků zpracovaných pro zadavatele prokazatelně zpochybňují.

[64] I když ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách nestanoví způsob prokázání cenové výhodnosti, je vzhledem k využití restriktivního zadávacího řízení zejména na zadavateli, aby tuto skutečnost prokázal. Ostatně i Krajský soud v Brně v rozhodnutí ze dne 6. 12. 2011, č. j. 62 Af 54/2010-106 uvedl k otázce průzkumu trhu při aplikaci ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách, že „*břemeno prokázání splnění podmínek podle § 23 odst. 5 písm. e) ZVZ* [zákona o veřejných zakázkách – pozn. soudu] *by skutečně leželo na žalobci* [zadavateli – pozn. soudu]*, byť výslovně stanovenou povinnost k provádění průzkumu trhu žalobce neměl, jednalo se o jediný způsob, jak obvyklou tržní cenu zjistit.*“ Průzkum trhu je tedy jediným způsobem, jak tržní cenu zjistit.

[65] Navíc je zřejmé, že odborné posudky předložené zadavatelem cenovou výhodnost nijak neprokazují. Vzhledem k existenci odborných posudků s odlišnými závěry ve vztahu k cenové výhodnosti má žalobkyně za to, že žalovaný měl ve správním řízení opatřit jako podklad pro rozhodnutí znalecký posudek ve smyslu ustanovení § 56 správního řádu, případně provést průzkum trhu. Správní orgány totiž mají povinnost zjistit skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti ve smyslu ustanovení § 3 správního řádu.

III.D Časová omezenost nabídky

[66] Žalobkyně se domnívá, že ani další podmínka pro použití jednacího bez uveřejnění nebyla splněna, a to časová omezenost nabídky ve smyslu ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách.

[67] Dle žalovaného byla právně závazná nabídka učiněna zadavateli až 7. 6. 2011, neboť pro vstup do smluvního vztahu byl nezbytný souhlas Rakouských spolkových drah (ÖBB) a vybraný uchazeč předtím nemohl se zadavatelem závazně

jednat o podmínkách realizace dodávky. Zadavatel pak musel vycházet z časového omezení trvání nabídky do 30. 6. 2011, což vylučovalo použití jiného druhu zadávacího řízení. Prodloužení nabídky do 30. 9. 2011 pak není relevantní, neboť se o ní zadavatel dozvěděl až po zahájení jednacího řízení bez uveřejnění, a současně trvá, že je cena nabízena po velmi krátkou dobu.

Počátek běhu lhůty

[68] Žalobkyně trvá na tom, že z bodu 5 vyjádření vybraného uchazeče ze dne 3. 8. 2011 vyplývá, že ÖBB dne 22. 12. 2010 písemným oznámením odstoupily od smlouvy s vybraným uchazečem v části dodávky na 16 kusů souprav Railjet, a to s výhradou neúčinnosti tohoto odstoupení v případě, že právo na uskutečnění dodávky bude využito zadavatelem.

[69] Z této skutečnosti je zjevné, že ÖBB projevily svůj souhlas s převzetím dodávky 16 kusů souprav Railjet již nejpozději tímto odstoupením dne 22. 12. 2010. Pokud tento souhlas byl dále deklarován v jejich dopise ze dne 7. 6. 2011, pak se jednalo pouze o potvrzení dřívějšího souhlasu.

[70] Uvedené skutečnosti musejí rovněž jednoznačně vyplývat z příslušných smluvních ujednání mezi vybraným uchazečem a ÖBB. Tyto dokumenty však žalobkyni v rozporu s ustanovením § 38 odst. 6 správního řádu nebyly zpřístupněny.

[71] Dopis ze dne 7. 6. 2011 nemůže být právně nijak relevantní, neboť zadavatel mohl a musel již před tímto datem znát podmínky nabídky vybraného uchazeče, když jeho nabídka musela být s ohledem na výše uvedené učiněna vybraným uchazečem za stejných podmínek jako pro ÖBB. Vybraný uchazeč tak mohl se zadavatelem fakticky jednat již nejpozději od prosince 2010, což vyplývá též z médií (viz vyjádření Petra Žaludy, generálního ředitele zadavatele v rozhovoru pro Český rozhlas 1 – Radiožurnál dne 22. 12. 2010 nebo článek „České dráhy vymýšlejí, jak získat bez tendru špičkové rakouské rychlovlaky“ ze dne 23. 12. 2010 publikovaném na serveru iDnes.cz).

Konec běhu lhůty

[72] Odůvodnění časového omezení nabídky do 30. 6. 2011, předložené zadavatelem a vybraným uchazečem, je dle žalobkyně účelové pouze ve snaze vyhovět podmínkám ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách. Není dáno žádnými objektivními skutečnostmi vztahujícími se k vybraným uchazečem nabízení ceně.

[73] Pokud žalovaný považuje odůvodnění zadavatele a vybraného uchazeče za dostačující, přičemž své úvahy opírá pouze o důvodné předpoklady (viz odst. 77 napadeného rozhodnutí), aniž by však dostatečně ověřil a zjistil relevantní skutečnosti, pak žalovaný zcela rezignoval na svou povinnost zjistit dostatečně skutkový stav.

[74] Žalovaný měl zjistit, z jakého důvodu by musela být přerušena výroba a kdy, zda by skutečně musely být ukončeny smlouvy ze subdodavateli a k jakému okamžiku, jaký konkrétní dopad na cenu by mělo údajné přerušení výroby atd.

[75] Dle žalobkyně výroba neměla skončit dříve než do konce února 2012, tj. zadavatelem a vybraným uchazečem uváděné časové omezení do 30. 6. 2011 není pravdivé. Jde přitom o zcela zásadní otázku pro posouzení naplnění podmínky dle ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách.

[76] Žalobkyně zmiňuje, že ji netíží důkazní břemeno, aby prokázala, že až do konce února 2012 výroba jednotek Railjet nebyla přerušena, ale naopak, že bylo úkolem žalovaného prověřit tvrzení vybraného uchazeče a zadavatele, kteří musí prokázat, že jsou naplněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Pokud zadavatel prokazoval časové omezení zcela obecně a vágně, bylo úkolem žalovaného zajistit si dostatečné podklady. Za tímto účelem je vybaven pravomocí vyžadovat od účastníků řízení informace a podklady.

[77] Žalobkyně zpochybňuje závěr žalovaného o tom, že pokud nebylo ve správním řízení postaveno na jisto, zda některý ze subjektů jednal účelově, musí postupovat dle zásady in dubio pro reo. Je totiž povinností zadavatele najisto prokázat splnění podmínek ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách.

[78] V souvislosti s novou veřejnou zakázkou na rekonfiguraci souprav Railjet, žalobkyně poukazuje, že pokud dne 2. 2. 2012 zadavatel oznámil, že předmět veřejné zakázky je třeba podstatně upravit, pak toto ještě více zpochybňuje onu tvrzenou velmi krátkou dobu, po kterou měla být podstatně nižší cena dodavatelem nabízena.

[79] Skutečnost, že nabídka nebyla omezena po velmi krátkou dobu z žádných objektivních důvodů, ale pouze účelově, dle žalobkyně vyplývá také z toho, že ani do konce března 2012 zadavatel danou zakázku nerealizoval. To potvrzují novinový článek „Dráhy nafouknou railjety. Zaplatí za ně ale 400 milionů navíc“ ze dne 2. 2. 2012 nebo novinový článek „Viaggio Komfort pro České dráhy: podepsán dodatek smlouvy“ ze dne 2. 4. 2012.

[80] Je tedy zjevné, že vybranému uchazeči dosud nevznikly žádné dodatečné náklady, nedošlo k přerušení nebo zastavení výroby a neexistují ani jiné důvody, proč by měla být taková nabídka časově omezena na kratší dobu.

Délka časově omezené nabídky

[81] Už doba nejméně 6 měsíců (od prosince 2010 do 30. 6. 2011), resp. 9 měsíců (od prosince 2010 do 30. 9. 2011, dokdy byla nabídka prodloužena) byla dostatečná k tomu, aby na zadání veřejné zakázky zadavatel uskutečnil standardní výběrové řízení. To platí o to více v situaci, kdy veřejná zakázka v dubnu 2012, tj.

téměř 1 rok a 4 měsíce po vzniku této údajně jedinečné, neopakovatelné a časově velmi omezené nabídky ještě vůbec nebyla realizována.

[82] Ze znaleckého posudku GTV vyplývá, že celková doba trvání standardní veřejné zakázky na srovnatelné plnění je cca 6 měsíců, tj. mnohem menší doba, než jakou měl k dispozici zadavatel.

III.E Procesní vady

[83] Žalobkyně namítá, že správní řízení bylo zatíženo vadami, které způsobují nezákonnost rozhodnutí. Konkrétně se jedná o nezpřístupnění pro řízení podstatných dokumentů ve správním spise, kterými byl prováděn důkaz, s ohledem na nutnost ochrany obchodního tajemství.

[84] Žalovaný k této námitce uvádí, že sice nezpřístupnil některé dokumenty nebo jejich části, ale že část odůvodnění, která se o tyto informace opírá, je vyargumentována tak, že žalobkyně je schopna si z nich učinit představu o obsahu a povaze utajovaných částí spisu. Tento postup je v souladu s rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 1. 2005, č. j. 2 A 13/2002-424, a usnesením Ústavního soudu ze dne 10. 11. 2004, sp. zn. II. ÚS 419/04.

[85] Žalobkyně namítá, že uváděná rozhodnutí Nejvyššího správního a Ústavního soudu se týkají výkladu ustanovení § 23 odst. 3 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „starý správní řád“). Nová právní úprava v ustanovení § 38 odst. 6 správního řádu se totiž podstatně liší.

[86] Ustanovení § 38 odst. 6 správního řádu stanoví, že z nahlížení do spisu jsou vyloučeny ty jeho části, které obsahují utajované informace nebo skutečnosti, na něž se vztahuje zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti, tj. neobsahuje zmínku o ochraně hospodářského (obchodního) tajemství jako tomu bylo v ustanovení § 23 odst. 3 starého správního řádu. Ustanovení § 38 odst. 6 správního řádu se tedy na obchodní tajemství vůbec nevztahuje. Obchodní tajemství je institutem soukromého práva, naproti tomu právní vztahy v rámci správního řízení mají veřejnoprávní povahu. Účastník řízení tak při nahlížení do spisu obsahujícího obchodní tajemství nemusí mít souhlas osoby, která s tímto tajemstvím může nakládat.

[87] Navíc žalovaný opomíjí druhou část ustanovení § 38 odst. 6 správního řádu, kterou ustanovení § 23 odst. 3 starého správního řádu vůbec neobsahovalo, která stanoví, že z nahlížení do spisu nemohou být vyloučeny ty části spisu, kterými se provádí důkaz. V tomto ohledu § 38 odst. 6 správního řádu uvádí, že do takových částí spisu však může nahlížet pouze účastník řízení nebo jeho zástupce za předpokladu, že jsou předem seznámeni s následky porušení povinnosti mlčenlivosti o těchto skutečnostech a že o poučení je sepsán protokol, který podepíší.

[88] Nový správní řád tedy oproti tomu starému zavádí procesní režim nahlížení i do těch částí spisu, které byly podle původního správního řádu z nahlížení vyloučeny, aby v co nejširší míře zajistil uplatnění práv účastníky řízení.

[89] Žalovaný žalobkyni vytýká, že v rámci správního řízení několikrát dostatečně nekonkretizovala určité jí namítané skutečnosti, přičemž ovšem díky neumožnění přístupu k některým dokumentům nebo jejich částem takovou konkretizaci fakticky znemožnil. Žalobkyně se tedy domnívá, že tato procesní vada mohla způsobit nezákonnost samotného rozhodnutí.

IV. VYJÁDŘENÍ ŽALOVANÉHO

[90] Žalovaný v písemném vyjádření k žalobě ze dne 22. 5. 2012 navrhl, aby soud žalobu v celém rozsahu zamítl. Uvedl k tomu, že případ posoudil ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil všechny písemné podklady, z čehož vyplynulo, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu dříve vydaného prvostupňového rozhodnutí žalovaného.

[91] Žalovaný uvedl, že aby mohlo být použito jednací řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách, musí jít (1) o zboží pořizované za cenu podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena, a (2) podstatně nižší cena je dodavatelem nabízena jen po velmi krátkou dobu. Dle žalovaného byly obě tyto podmínky splněny. Žalovaný dále odkázal na napadené rozhodnutí a k jednotlivým námitkám uvedl následující:

Námitka nepřezkoumatelnosti

[92] Námitce žalobkyně, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky jednoznačně překračuje limity stanovené podlimitní zakázku, nelze přisvědčit, neboť podmínka, aby se jednalo o podlimitní zakázku je v ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách stanovena pouze pro veřejného zadavatele. V daném případě se ale jedná o sektorového zadavatele.

Diskriminační vymezení předmětu veřejné zakázky

[93] Žalovaný upozorňuje, že se jednalo o jednací řízení bez uveřejnění, tedy o specifickou situaci. Využití tohoto ustanovení předpokládá, že se bude jednat o smluvní vztah, do kterého vstoupí zadavatel s konkrétním vybraným dodavatelem, aniž by byl zadavatel povinen předem oslovit více zájemců. Půjde tedy o omezený počet dodavatelů, případně jen o jediného dodavatele jako v tomto případě (viz ustanovení § 34 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách). Jen stěží tedy mohlo dojít k diskriminaci ostatních dodavatelů, kteří své zboží nenabízejí aktuálně za výhodnou

cenu. Námitky týkající se zadávacích podmínek jsou z tohoto důvodu irelevantní. Stejně tak nemohlo dojít k porušení ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách.

[94] Na požadavky zadavatele týkající se předmětu veřejné zakázky je nutno nahlížet v kontextu specifik přezkoumávaného jednacího řízení bez uveřejnění. Způsob vymezení předmětu plnění je zcela v kompetenci zadavatele. V tomto případě se navíc jednalo o jakési přistoupení k již vyhlášení a zčásti realizované veřejné zakázce, a tudíž vymezený předmět plnění již nebylo v moci zadavatele ovlivnit či změnit.

[95] K námitce nezohlednění potřeby lokomotiv žalovaný konstatoval, že ve správním řízení nevyšla najevo potřeba lokomotiv, neboť z vyjádření zadavatele vyplývá, že v současné době disponuje 7 pronajatými lokomotivami Taurus, které jsou plně kompatibilní se soupravami Railjet. V případě potřeby by si mohl zadavatel další lokomotivy pronajmout, upravit stávající vozový park nebo pořídit nové lokomotivy, přičemž toto výběrové řízení by nebylo a priori diskriminační, neboť by tato poptávka byla koncipována s ohledem na stávající vozový park, jak to dělají všichni zadavatelé. V této souvislosti odkazuje žalovaný na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152.

Cenová výhodnost nabídky

[96] V daném případě se jedná o dodávku zboží, u kterého je velmi obtížné porovnat jeho cenu, a to vzhledem ke specifickým podmínkám v jednotlivých zemích, druzích vlakových souprav, těžko odhadnutelnému cenovému vývoji v čase atd. Zákon o veřejných zakázkách rovněž nikde nestanoví, co se rozumí „cenou podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena“, a proto slovo „podstatně“ nelze přiřadit ke konkrétní procentuální hodnotě.

[97] Při srovnání cen vzal žalovaný v úvahu soupravu ICx od výrobce Siemens (ve variantě konstrukční rychlosti 250 km/h), byť se nejedná o zcela shodný výrobek. Hlavní rozdíl oproti soupravě Railjet je zejména ten, že se jedná o trakční soupravu, tudíž k pohonu ICx není nutno pořizovat lokomotivu. Také je nutné připustit, že se jedná o soupravu vyšší kategorie, neboť její varianta dosahuje maximální rychlosti až 249 km/h. Z provedeného srovnání bylo zjištěno, že souprava Railjet včetně lokomotivy Taurus vychází cca o 38 % levněji než cena jednotky ICx.

[98] Průzkum trhu podle žalovaného není obligatorním postupem před použitím jednacího řízení bez uveřejnění. Z dokumentace o veřejné zakázce i vyjádření zadavatele v průběhu správního řízení vyplývá, že se zadavatel otázkou splnění podmínek jednacího řízení bez uveřejnění zabýval, a to zejména před jeho zahájením zajistil tři posudky vysokých škol.

Časová omezenost nabídky

[99] Obdobně jako v případě „ceny podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena“ není v zákoně definováno, co se rozumí „velmi krátkou dobou“. Právně závazná nabídka byla zadavateli učiněna 7. 6. 2011 a byla omezena datem 30. 6. 2011. Prodloužení lhůty do 30. 9. 2011 nemá vliv na posouzení podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění.

[100] Nelze bez dalšího dovozovat, že již v prosinci roku 2010, kdy ÖBB odstoupila od smlouvy na dodávku 16 kusů souprav Railjet od vybraného uchazeče, byla ze strany vybraného uchazeče vůči zadavateli učiněna právně závazná nabídka. Podle čl. 14.10 smlouvy ze dne 24. 2. 2006 mezi ÖBB a vybraným uchazečem je pro vstup do smluvního vztahu daných dvou subjektů nezbytný souhlas všech smluvních stran. Nelze tudíž mít za to, že zadavatel mohl zavazujícím způsobem s vybraným uchazečem jednat o podmínkách realizace dodávky, k níž byla oprávněna ÖBB předtím než tato společnost vyslovila souhlas s přistoupením třetí strany do existujícího smluvního vztahu. V té době navíc nebylo najisto postaveno, zda cena bude pro zadavatele skutečně vhodná a mimořádně výhodná, což si musel nejprve ověřit.

Procesní vady

[101] Žalovaný se domnívá, že postupoval procesně správně, neboť podle ustanovení § 122 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách dozví-li se Úřad pro ochranu hospodářské soutěže skutečnost, která je předmětem obchodního tajemství, je povinen učinit opatření, aby obchodní tajemství nebylo porušeno.

[102] Žalovaný uvádí, že posoudil obsah spisu a dospěl k závěru, že nahlížením do těchto dokumentů by mohlo dojít k porušení práva na ochranu obchodního tajemství vybraného uchazeče a zadavatele. Dále odkázal na usnesení Ústavního soudu, sp. zn. II. ÚS 419/04, které se vztahuje k ustanovení § 23 odst. 3 starého správního řádu, ale vzhledem k obdobnému znění ustanovení § 38 odst. 6 správního řádu je použitelné též na novou právní úpravu.

[103] Žalovaný se domnívá, že utajení předmětného obchodního tajemství nemohlo žalobkyni poškodit na jejich právech natolik, aby to způsobilo nezákonnost rozhodnutí.

V. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE

[104] Dne 14. 6. 2012 se k věci vyjádřil zadavatel. Je přesvědčen, že žalobou napadené rozhodnutí, jakož i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí žalovaného vycházejí z řádně zjištěného skutkového stavu a byla vydána v souladu se zákonem, a navrhuje tedy, aby soud žalobu zamítl.

Zadavatel nezadával novou veřejnou zakázku

[105] Na úvod zadavatel uvádí, že v případě předmětné veřejné zakázky se jednalo po právní stránce o pouhou změnu odběratele, kdy jeden sektorový zadavatel (Rakouské spolkové dráhy) byl v rámci již vysoutěžené veřejné zakázky nahrazen jiným (Českými dráhami). Zakázka přitom byla původním zadavatelem vysoutěžena za podmínek odpovídajících zákonu o veřejných zakázkách. Nejedná se tedy o novou veřejnou zakázku a zadavatel vůbec nemusel postupoval podle zákona o veřejných zakázkách. Činil tak pouze z vlastní opatrnosti.

[106] Zadavatel uvádí, že záměna v osobách zadavatelů na vnitrostátní úrovni bez nutnosti nového zadávacího řízení se běžně připouští za předpokladu, že se nemění věcný obsah zakázky a že pravidla, která se na dané zadavatele vztahují, jsou ekvivalentní. Je-li záměna zadavatelů možná na vnitrostátní úrovni, pak musí být možná též i mezi stejným typem zadavatelů z různých členských států EU. Česká i rakouská právní úprava zadávání veřejných zakázek musí být v jádru stejná, neboť obě vychází z evropské legislativy. Opakování zadávacího řízení není efektivní; jde o zbytečné plýtvání veřejnými zdroji, což je v rozporu se smyslem zákona o veřejných zakázkách.

Žalobkyně postrádá žalobní legitimaci

[107] Zadavatel se domnívá, že žalobkyně nebyla osobou oprávněnou k podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, neboť nemá zájem na získání veřejné zakázky a nehrozí jí žádná újma. Dle zadavatele žalobkyně nedisponuje produktem, který by odpovídal jeho obchodním potřebám a požadavkům. Žalobkyně se snaží pouze o to, aby zadavatel své potřeby „přehodnotil“.

[108] Jelikož bylo řízení před žalovaným zahájeno na návrh žalobkyně jakožto osoby, která nesplňovala podmínky podle ustanovení § 110 odst. 1 ve spojení s ustanovením § 113 zákona o veřejných zakázkách, měl být její návrh zamítnut podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách.

[109] Dle zadavatele tedy žalobkyně nemohla být zkrácena na svých veřejných subjektivních právech, a proto nemůže být aktivně legitimovanou k podání žaloby.

Dostatečné odůvodnění

[110] Zadavatel uvádí, že námitka nepřezkoumatelnosti nemůže být důvodná. Uvádí, že správní řízení je třeba vnímat jako jeden celek a případné drobné nepřesnosti v odůvodnění je třeba vykládat v souvislostech. Tvrzení žalobkyně o nepřezkoumatelnosti jsou nedůvodná a účelová. Mezi účastníky řízení nebylo sporu o

tom, že zadavatel byl sektorovým zadavatelem. Odkaz na zadavatele jakožto veřejného zadavatele je zřejmou nesprávností v psaní, která nic nemění ne nezákonnosti.

Vymezení veřejné zakázky

[111] Zadavatel tvrdí, že námitkami týkajícími se předmětu veřejné zakázky se žalobkyně nepřípustně snaží přehodnocovat jeho obchodní a provozní potřeby. Vymezení předmětu zakázky je totiž úkolem zadavatele, který reflektuje své vlastní potřeby a úsudky. Zadavatel také uvádí, že ani žalovaný ani soudy nemohou přezkoumávat jeho obchodní požadavky (vymezení předmětu veřejné zakázky).

[112] K tomu zadavatel uvádí rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 30. 5. 2005, č. j. 31 Ca 83/2004-36, ve kterém soud dovodil, že „*orgán dohledu, stejně jako soud v rámci správního soudnictví, posuzují toliko zákonnost postupu zadavatelů při zadávání veřejných zakázek, tedy soulad jejich rozhodnutí s literou zákona. Jakkoli se může rozhodnutí zadavatele nebo jiný relevantní úkon jevit jako neefektivní či dokonce iracionální, orgán dohledu, stejně jako soud, nemohou tyto skutečnosti ve svém rozhodování zohlednit.*“

[113] Zadavatel uvádí, že se rozhodl nakoupit Railjety za účelem udržení své konkurenceschopnosti v mezinárodní dálkově dopravě. Vymezení veřejné zakázky tak nemohlo být diskriminační. Diskriminace by, dle slov zadavatele s odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-161, mohla nastat, pouze pokud by požadavky byly vskutku excesivní a jasně vybočující z oprávněných potřeb dané zakázky. Technická specifikace (např. požadavek na rychlost) je dle zadavatele opodstatněná přinejmenším vzhledem k tomu, že měl v plánu jednotky Railjet využívat na dálkové relace do Německa i Rakouska.

[114] Tvrzení o údajném diskriminačním vymezení veřejné zakázky je naprosto nelogické i z povahy daného zadávacího řízení. V případě jednacího řízení bez uveřejnění totiž zadavatel nepoptává obecně určené zboží, ale projevuje zájem o zcela konkrétní zboží, které je nabízeno za podstatně nižší cenu. Diskriminace je tak z povahy věci vyloučena.

Splnění podmínek pro jednací řízení bez uveřejnění

[115] Největší pozornost věnoval zadavatel obhajobě tvrzení, že byly splněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění.

[116] Podle zadavatele byl předmět nabízen za cenu podstatně nižší než cenu obvyklou, což vyplývá z důkazů založených ve správním spise, zejména z odborného stanoviska Fakulty strojní Vysoké školy báňské – Technické univerzity Ostrava ze dne 23. 5. 2011 (dále jen „stanovisko FS VŠB“), stanoviska vypracovaného Fakultou strojní Českého vysokého učení technického v Praze ze dne 12. 5. 2011 (dále jen „stanovisko FS ČVUT“), odborného posouzení Strojníckej fakulty Žilinskej univerzity

v Žilině ze dne 23. 5. 2011 (dále jen „stanovisko FS ŽU“), stanoviska Fakulty strojní Vysoké školy báňské – Technické univerzity Ostrava ze dne 8. 8. 2011 (dále jen „druhé stanovisko FS VŠB“), odborného stanoviska Strojníckej fakulty Žilinskej univerzity v Žilině ze dne 8. 8. 2011 (dále jen „druhé stanovisko FS ŽU“) a tabulky zobrazující srovnání nabízené ceny s cenami na trhu (příloha č. 38 k vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 1. 9. 2011).

[117] Zadavatel uvádí, že odborné posudky jsou kvalitnějším nástrojem než průzkum trhu a že nebyl povinen průzkum trhu provést. Domnívá se, že ani námitka, že žalovaný měl sám pořídit další důkaz (znalecký posudek) není důvodná, neboť výše uvedená odborná vyjádření dostatečně prokazují, že šlo o cenu podstatně nižší než cenu obvyklou na trhu.

[118] Zadavatel dále uvádí, že správnímu soudu nepřísluší přehodnocovat odborný úsudek žalovaného o tom, s kterými konkrétními produkty budou soupravy Railjet porovnávány. Správní soud by měl, dle zadavatele, hodnotit pouze odůvodnění napadeného rozhodnutí, které je ovšem dostatečné a přezkoumatelné.

[119] Ani ostatní námitky týkající se cenové výhodnosti (nezohlednění dodatečných nákladů, srovnání cenové výhodnosti s původní veřejnou zakázkou pro ÖBB) nepovažuje zadavatel za důvodné, neboť nejsou relevantní pro zodpovězení základní otázky, zda byly naplněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách.

[120] Dále se zadavatel vyjadřuje k tomu, zda byla nabídka podstatně nižší ceny omezena na velmi krátkou dobu. Zadavatel se domnívá, že tomu tak bylo, neboť nelze tvrdit, že právně závazná nabídka mu byla učiněna již v prosinci 2010. V té době zadavatel ještě nevěděl, zda mu ze strany společnosti Siemens budou jednotky Railjet, o které zrovna ztratily ÖBB zájem, nabídnuty. Souhlas byl udělen až 7. 6. 2011.

[121] Zadavatel dále uvádí, že datum 30. 6. 2011 jako okamžik omezení nabídky společnosti Siemens nebylo určeno snahou naplnit podmínky pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění, ale bylo stanoveno společností ÖBB (viz dopis ÖBB ze dne 22. 12. 2010 – příloha č. 26 k vyjádření zadavatele ze dne 3. 8. 2011). K následnému prodloužení lhůty do 30. 9. 2011 nelze přihlížet, protože k němu došlo kvůli podání námitek žalobkyně, přičemž splnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění je třeba posuzovat podle okolností panujících v době zahájení příslušného řízení.

[122] Zadavatel uvádí, že při výkladu ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách je třeba zohlednit účel zákona, kterým je hospodárné nakládání s veřejnými prostředky. Existence mimořádné nabídky v daném případě nebyla obecným trendem na trhu, tj. nejednalo se o slevu, kterou by obdobné mohli poskytovat jiní dodavatelé, ale šlo o unikátní příležitost vyplývající z možnosti vstupu zadavatele do již rozběhlého projektu mezi ÖBB a Siemensem.

Postup zadavatele po vydání napadeného rozhodnutí je irelevantní

[123] Zadavatel uvádí, že veškeré námitky související se skutečnostmi, které nastaly po vydání žalobou napadeného rozhodnutí, jsou irelevantní. Tyto námitky totiž směřující proti jinému, zcela separátnímu zadávacímu řízení s názvem „Rekonfigurace netrakčních komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu“.

Procesní otázky

[124] Zadavatel nejdříve uvádí, že jelikož žalobkyně nebyla oprávněným účastníkem správního řízení, nemohlo dojít ke zkrácení jejích procesních práv. I tak jsou ale žalobní námitky týkající se procesního postupu nedůvodné.

[125] Není pravda, že by nový správní řád, oproti starému, neposkytoval žádnou ochranu obchodnímu tajemství. Žalobkyně pomíjí, že ustanovení § 38 odst. 6 správního řádu hovoří o ochraně skutečností, na něž se vztahuje zákonem uznaná povinnost mlčenlivosti. Takovou povinnost lze najít přinejmenším v ustanovení § 122 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Citovou povinnost chránit obchodní tajemství pak podtrhuje zásada vyjádřena v ustanovení § 2 odst. 3 správního řádu.

[126] Pro úplnost zadavatel uvádí, že právní názor, vyjádřený v rozsudku Vrchního soudu v Olomouci ze dne 30. 8. 1999, č. j. 2 A 4/99-46, byl již dávno překonán. K tomu uvádí rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 10. 2008, č. j. 7 Afs 40/2007-111, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 1. 2005, č. j. 2 A 13/2002-424, , rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 4. 2004, č. j. 2 A 10/2002, rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 10. 11. 2004, sp. zn. II. ÚS 419/04 a rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 11. 7. 2007, sp. zn. II. ÚS 192/05.

[127] K namítanému nedostatečnému odůvodnění zadavatel uvádí, že žalovaný provedl dostatek důkazů pro objasnění věci, vč. všech odborných posouzení a posudků předložených žalobkyní. Žalovaný vycházel zejména z relevantního srovnání ceny mezi jednotkami Railjet a ICx. Důvody, proč tak učinil, jsou v napadeném rozhodnutí podrobně vyloženy.

VI. DALŠÍ VYJÁDŘENÍ ÚČASTNÍKŮ A OSOB ZÚČASTNĚNÝCH NA ŘÍZENÍ

[128] K vyjádření žalovaného se vyjádřila žalobkyně replikou ze dne 16. 4. 2012, ve které zopakovala veškeré své žalobní námitky. Zdůraznila zejména, že ve správním řízení neproběhlo žádné dokazování týkající se časové omezenosti nabídky vybraného uchazeče. Dle názoru žalobkyně je nepochybné, že pokud smlouva na realizaci veřejné zakázky ke dni 16. 4. 2012 nebyla dosud realizována, a pokud umožňuje zadavateli od této smlouvy bez jakýchkoli sankcí odstoupit, popř. předmět plnění zásadním způsobem měnit a opakovaně prodlužovat platnost nabídky při zachování ceny, pak nemohly existovat žádné objektivní důvody pro časové omezení

nabídky vybraného uchazeče ke dni 30. 6. 2011, popř. k prodlouženému termínu do 30. 9. 2011. Své tvrzení dokládá čtyřmi novinovými články (tři se serveru iDnes, jeden z iHNed).

[129] V replice se žalobkyně vyjádřila také k vyjádření zadavatele. Nesouhlasí s argumentací, že by zadavatel nemusel postupovat podle zákona o veřejných zakázkách, neboť nešlo o novou veřejnou zakázku. Stejně tak nesouhlasí s tvrzením, že není aktivně legitimována k podání žaloby. Dále opakuje svou žalobní argumentaci týkající se diskriminačního vymezení předmětu veřejné zakázky, nesplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění a porušení procesních práv týkajících se znepřístupnění některých částí spisu.

[130] K tvrzení zadavatele, že nelze přihlížet ke skutečnostem, které nastaly po skončení předmětného zadávacího řízení, tj. skutečnostem souvisejícím s vypsáním další veřejné zakázky „Rekonfigurace netrakčních komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu“ a následnému vývoji v nákupu Railjetů a pozdějším novinovým článkům, uvádí, že námitky týkající se nezohlednění dodatečných nákladů a časová neomezenost nabídky byly namítány již v průběhu správního řízení a následný postup zadavatele (vypsání další veřejné zakázky, prodloužení lhůty do 30. 9. 2011 atd.) tyto argumenty pouze potvrdil.

[131] Na repliku žalobkyně reagoval dne 31. 8. 2012 zadavatel. V převážné míře pouze zopakoval své argumenty, které již sdělil ve svém vyjádření ze dne 13. 6. 2012. Nově navrhl, že pokud by měl soud pochybnosti o otázce, zda se nejednalo o novou veřejnou zakázku, přerušit řízení a obrátit se na Soudní dvůr Evropské unie s předběžnou otázkou podle čl. 267 Smlouvy o fungování Evropské unie. Jedná se totiž o otázku výkladu evropských zadávacích směrnic, zejména směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/17/ES, o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb.

[132] K návrhu na položení předběžné otázky se dne 16. 10. 2012 vyjádřila žalobkyně tak, že položení předběžné otázky Soudnímu dvoru Evropské unie a přerušení řízení nepřichází v úvahu, neboť jde pouze o snahu zadavatele oddálit meritorní rozhodnutí ve věci. V tomto vyjádření žalobkyně zároveň vyslovila souhlas s rozhodnutím ve věci bez nařízení ústního jednání ve smyslu ustanovení § 51 odst. 1 soudního řádu správního.

[133] Na předchozí vyjádření dne 4. 1. 2013 opět reagoval zadavatel. Opakuje, že žalobkyně není legitimována k podání žaloby, že námitky proti vymezení předmětu zakázky jsou nepřípustné, že žalovaný správně posoudil, že byly splněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, že by měla být položena předběžná otázka k Soudnímu dvoru Evropské unii a že nedošlo k žádnému zkrácení procesních práv žalobkyně.

VII. Posouzení věci Krajským soudem v Brně

[134] Žaloba byla podána v zákonné dvouměsíční lhůtě podle ustanovení § 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „soudní řád správní“), osobou k tomu oprávněnou podle ustanovení § 65 odst. 1 soudního řádu správního a jde o žalobu přípustnou ve smyslu ustanovení § 65, § 68 a § 70 soudního řádu správního.

[135] Soud přezkoumal napadené rozhodnutí, vázán rozsahem a důvody, které žalobkyně uplatnila v žalobě (ustanovení § 75 odst. 2 soudního řádu správního). Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 soudního řádu správního). Dospěl k závěru, že žaloba je důvodná. V souladu s ustanovením § 51 odst. 1 soudního řádu správního bylo rozhodnuto o věci samé bez nařízení jednání, poté, kdy účastníci řízení s takovým postupem vyslovili souhlas.

VII.A K aktivní žalobní legitimaci žalobkyně

[136] Nejprve se soud zabýval otázkou aktivní žalobní legitimace žalobkyně, neboť zadavatel ji ve svých vyjádřeních zpochybňoval.

[137] Podle ustanovení § 65 odst. 1 soudního řádu správního kdo tvrdí, že byl na svých právech zkrácen přímo nebo v důsledku porušení svých práv v předcházejícím řízení úkonem správního orgánu, jímž se zakládají, mění, ruší nebo závazně určují jeho práva nebo povinnosti, může se žalobou domáhat zrušení takového rozhodnutí, popřípadě vyslovení jeho nicotnosti, nestanoví-li tento nebo zvláštní zákon jinak.

[138] Žalovaný s žalobkyní jednal jako s účastnicí správního řízení, které bylo zahájeno na základě písemného návrhu žalobkyně podle ustanovení § 110 ve spojení s ustanovením § 114 zákona o veřejných zakázkách. Žalobkyně tedy mohla být zkrácena minimálně na svých procesních právech, a proto je aktivně legitimována k podání žaloby.

[139] Soud zároveň dodává, že nenalezl důvody, proč by s žalobkyní nemělo být jednáno jako s účastníci řízení, tak jak tvrdil zadavatel.

[140] Čl. 1 odst. 3 směrnice Rady č. 89/665/EHS, o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce, říká, že členské státy zajistí, aby přezkumné řízení bylo dostupné podle podrobných pravidel, která mohou stanovit členské státy, každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky na dodávky nebo stavební práce a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí. Členské státy mohou zejména požadovat, aby osoba usilující o přezkum nejprve oznámila zadavateli domnělé protiprávní jednání a svůj záměr podat návrh na přezkum.

[141] Podle ustanovení § 110 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh může kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, zadavateli podat zdůvodněné námitky.

[142] Žalobkyně své námitky podala zadavateli dne 27. 6. 2011 a v nich zdůvodnila, v čem spatřuje újmu na svých právech [nenaplnění podmínek pro postup podle ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách v důsledku čehož se žalobkyně nemohla účastnit tendru].

[143] Předpokladem podání námitek proti postupu zadavatele je domnělé porušení zákona o veřejných zakázkách ze strany zadavatele, v jehož důsledku hrozí nebo již vznikla dodavateli újma na jeho právech. V případě, kdy se stěžovatel neúčastnil zadávacího řízení, je tento zájem dán zejména tehdy, pokud stěžovatel podává námitky proti postupu, v jehož důsledku se nemohl zadávacího řízení účastnit. Tak se tomu stalo také v daném případě. Námitky žalobkyně směřovaly zejména proti použití jednacího řízení bez uveřejnění, které bylo vedeno pouze s jedním dodavatelem (Siemensem).

[144] K tomu, zda podmínka hrozící nebo vzniklé újmy byla splněna, soud vycházel také z rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15. 7. 2010, č. j. R158/2009/VZ-10447/2010/310-Asc, kde se uvádí: „*Co se týče vyjádření újmy, lze souhlasit s navrhovatelem (a potažmo i s napadeným rozhodnutím), že v zásadě postačí, aby byla prokázána alespoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat. Pro úplnost dodávám, že újma je pojmem širším, a tedy v sobě může zahrnovat jak materiální a v daný okamžik vyčíslitelnou škodu, tak škodu, jejíž výši je obtížné či nemožné v okamžiku podání námitek přesně stanovit, a to zejména proto, že v raných stadiích zadávacího řízení před hodnocením nabídek může být přinejmenším obtížné určit, zda by stěžovatelova nabídka vůbec mohla být vybrána jako nejvhodnější.*“

[145] Zájem na získání určité veřejné zakázky by naopak neměl přicházet v úvahu v případech, kdy je nepochybné, že dodavatel zakázku není vůbec oprávněn plnit, například tehdy, pokud nemá potřebné živnostenské nebo jiné veřejnoprávní povolení k plnění veřejné zakázky. Tak tomu v daném případě ale není. Z obecně dostupných zdrojů, zejména zpráv z médií, je navíc známo, že žalobkyně v minulosti již pro zadavatele poskytovala plnění související s železniční dopravou. Tato skutečnost vyplývá též ze správního spisu. Podmínka, že žalobkyně má alespoň hypotetický zájem na získání veřejné zakázky, tedy byla splněna.

[146] Bylo by příliš požadovat po žalobkyni, která je dle svých tvrzení postižena diskriminačním použitím jednacího řízení bez uveřejnění, aby prokázala svůj zájem na získání veřejné zakázky tak, že by de facto musela předložit vlastní nabídku vlaků v daném zadávacím řízení před tím, než by se mohla bránit v přezkumném

řízení,“ (srov. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 12. 2. 2004 ve věci C-230/02, Grossmann Air Service).

[147] Dne 1. 7. 2011 bylo žalobkyni zasláno zamítavé rozhodnutí o námitkách. Žalobkyně tak byla oprávněna podat návrh podle na přezkoumání úkonů zadavatele k žalovanému ve smyslu ustanovení § 114 zákona o veřejných zakázkách. Tento návrh podala včas, a proto s ní žalovaný v souladu se zákonem jednal jako s účastnicí řízení.

VII.B K námitce nepřezkoumatelnosti

[148] Dále se soud zabýval námitkou nepřezkoumatelnosti, neboť z ustálené judikatury správních soudů vyplývá, že pokud by soud dospěl k závěru, že určité rozhodnutí je nepřezkoumatelné, pak se zpravidla nemůže zabývat dalšími námitkami.

[149] Žalobkyně namítala, že rozhodnutí žalovaného je nepřezkoumatelné a zmatečné, neboť v bodě 43 napadeného rozhodnutí se uvádí, že „*veřejný zadavatel je oprávněn zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle tohoto písmene* [ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) – pozn. soudu] *pouze ve vztahu k podlimitní veřejné zakázce. Naposledy zmíněná podmínka, aby se jednalo o podlimitní veřejnou zakázku splněna byla, resp. o jejím splnění nebylo dosud ve správním řízení sporu.“*

[150] Z oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante zveřejněného dne 13. 6. 2011 vyplývá, že se jedná o veřejnou na dodávky (koupě) o hodnotě 200.465.900 eur bez DPH. Oznámení zveřejnil zadavatel, jehož hlavním předmětem činnosti jsou železniční služby a na něhož se vztahuje směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/17/ES, o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb. V příloze D tohoto oznámení se pak uvádí, že „*zadavatel v daném zadávacím řízení vystupuje jakožto sektorový zadavatel v souvislosti s relevantní činností dle § 4 odst. 1 písm. f) ZVZ* [zákona o veřejných zakázkách – pozn. soudu]*, tj. činností související s poskytováním a provozováním dopravních sítí poskytujících službu veřejnosti v oblasti drážní dopravy.*“ České dráhy jsou také výslovně zmíněny v příloze IV (Zadavatelé v oblasti železničních služeb) směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/17/ES.

[151] Soud má tedy za prokázané, že zadavatel je sektorovým zadavatelem ve smyslu ustanovení § 2 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách.

[152] Podle ustanovení § 7 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách se veřejné zakázky podle výše jejich předpokládané hodnoty dělí na nadlimitní veřejné zakázky, podlimitní veřejné zakázky a veřejné zakázky malého rozsahu. Rozdělení na jednotlivé kategorie veřejných zakázek podle výše jejich předpokládané hodnoty má vliv především na následný postup zadavatele v samotném zadávacím řízení.

[153] Podle ustanovení § 12 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách se nadlimitní veřejnou zakázkou rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota

bez daně z přidané hodnoty dosáhne nejméně finančního limitu stanoveného prováděcím právním předpisem pro jednotlivé kategorie zadavatelů a druhy veřejných zakázek, případně kategorie dodávek nebo služeb. Tímto prováděcím právním předpisem je nařízení vlády č. 77/2008 Sb., o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořizovaného Českou republikou - Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou měnu.

[154] Finanční limit podle ustanovení § 12 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách činí v případě veřejných zakázek na dodávky 10.020.000 Kč pro zadavatele uvedené v ustanovení § 2 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách

[155] Dle ustanovení § 12 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách se podlimitní veřejnou zakázkou rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota činí v případě veřejné zakázky na dodávky nebo veřejné zakázky na služby nejméně 2.000.000 Kč bez daně z přidané hodnoty.

[156] Soud tedy dospěl k závěru, že daná veřejná zakázka není podlimitní veřejnou zakázkou, ale naopak nadlimitní veřejnou zakázkou.

[157] Z nešťastně zvolené formulace v bodě 43 odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí lze skutečně dovodit, že daná zakázka byla zakázkou podlimitní a že předseda žalovaného se domníval, že zadavatel byl veřejným zadavatelem, což ale není pravda, jak soud dovodil v bodech [151] a [156].

[158] Předseda žalovaného totiž nesprávně vyložil podmínky jednacího řízení bez uveřejnění. V případě sektorového zadavatele jsou dány pouze dvě podmínky: (1) podstatně nižší cena (2) nabízená po krátkou dobu. V případě veřejného zadavatele pak přibývá třetí podmínka, že musí jít o podlimitní veřejnou zakázku. Třetí podmínka tedy v daném případě vůbec nemusela být splněna, neboť zadavatel nebyl veřejným zadavatelem, a v odůvodnění tedy nemělo být uvedeno, že „*naposledy zmíněná podmínka, aby se jednalo o podlimitní veřejnou zakázku, splněna byla.*“

[159] Správní řízení je ale třeba vnímat v souvislostech jako jeden celek a obdobně je třeba číst odůvodnění správního rozhodnutí. V kontextu celého správního řízení, kde se otázka, zda šlo o veřejného či sektorového zadavatele, popř. podlimitní nebo nadlimitní veřejnou zakázku, vůbec neřešila, je zřejmé, že věta v bodě 43 napadeného rozhodnutí je pouze špatně formulovaným argumentem, že třetí podmínku vůbec nebylo nutné splnit, a proto tedy, čistě formálně vzato, splněna byla. Taková vada zcela jistě nemá vliv na zákonnost rozhodnutí.

VII.C K vymezení veřejné zakázky

[160] Dále se soud zabýval otázkou, zda se skutečně jednalo o novou veřejnou zakázku, jak tvrdí žalobkyně, nebo šlo o pouhou změnu odběratele, kdy jeden

sektorový zadavatel byl v rámci již vysoutěžené zakázky nahrazen jiným, jak tvrdil zadavatel.

[161] Podle ustanovení § 7 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách je veřejnou zakázkou zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle zákona o veřejných zakázkách, musí být realizována na základě písemné smlouvy.

[162] Pojem veřejná zakázka v sobě tedy zahrnuje několik pojmových znaků, které musí být kumulativně naplněny, aby se skutečně jednalo o veřejnou zakázku tak, jak ji definuje zákon.

[163] Základním pojmovým znakem je, že každá veřejná zakázka musí být realizována na podkladě smluvního vztahu. Smluvními stranami tohoto vztahu jsou vždy zadavatel (lhostejno zda veřejný či sektorový) na straně jedné a dodavatel na straně druhé, kteří mezi sebou uzavřou smlouvu, jejímž předmětem musí být poskytnutí určitých dodávek, služeb či stavebních prací.

[164] V daném případě nedochází k situaci, kdy by se měnila pouze osoba zadavatele, ale přitom nedošlo k žádné změně obsahu práv a povinností mezi ním a Siemensem. Na realizaci zakázky měla být uzavřena samostatná nová smlouva. Nešlo o pouhé přistoupení k již uzavřené smlouvě mezi ÖBB a vybraným uchazečem (nahrazení smluvní strany). Co do rozsahu i místa plnění se mělo jednat o zcela nové plnění. Předmět plnění (poskytnutí určitých dodávek, služeb či stavebních prací) je přitom dalším z definičních znaků veřejné zakázky.

[165] Soud tedy souhlasí se stanoviskem žalovaného ze dne 21. 4. 2011, č. j. ÚOHS-D157/2011/VZ-6238/2011/510/Hod, a po zvážení základních definičních znaků veřejné zakázky dospěl k závěru, že na předmětnou veřejnou zakázku je nutné nahlížet jako na novou a samostatnou veřejnou zakázku.

[166] Nad rámec výše uvedeného soud uvádí, že i pokud by postup změny zadavatelů u této veřejné zakázky byl možný, zadavatel se pro něj nerozhodl a zvolil postup vypsání zcela nové veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, která byla předmětem soudního přezkumu (v rámci přezkumu žalobou napadeného rozhodnutí).

[167] V této souvislosti by soud chtěl zdůraznit, že předmětem přezkumu byla výhradně veřejné zakázka „Dodávka 16 kusů netrakčních komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu“, nikoli zakázka „Rekonfigurace netrakčních komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu“.

[168] Zakázka „Rekonfigurace netrakčních komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu“ byla vypsána až po vydání žalobou napadeného rozhodnutí, přičemž podle ustanovení § 75 odst. 1 soudního řádu správního vychází soud při přezkoumání rozhodnutí ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního

orgánu. Pokud by krajský soud rozhodl podle skutkového stavu existujícího v době vydání svého rozsudku, tedy nikoliv podle skutkového stavu, který byl v době rozhodnutí žalovaného, mohlo by to dle okolností vést ke zrušení takového rozsudku kasačním soudem. To v závislosti na tom, zda toto pochybení mělo vliv na zákonnost rozhodnutí ve věci samé (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2008, č. j. 8 Afs 32/2008-59, nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 7. 2008, č. j. 1 Afs 89/2008-76).

[169] Judikaturou dotvořené výjimky z aplikace ustanovení § 75 odst. 1 soudního řádu správního pokrývají jen velmi úzkou oblast, kde to vyžadují mezinárodní a evropské závazky České republiky nebo specifika přechodu z totalitárního na demokratický stát (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 4. 2011, č. j. 5 Azs 3/2011-131, nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 3. 2008, č. j. 3 Ads 126/2007-37). Žádná výjimka z aplikace ustanovení § 75 odst. 1 soudního řádu správního však na právě řešený případ nedopadá.

[170] Soud tedy veškeré námitky vztahující se k zakázce „Rekonfigurace netrakčních komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu“ odmítl. Soud nemůže posuzovat ani otázku, zda nedošlo k nepřípustnému dělení veřejných zakázek, neboť tato otázka nebyla předmětem správního řízení, jenž bylo přezkoumáváno. Žalovaný ani předseda žalovaného v době svého rozhodování o další veřejné zakázce na rekonfiguraci jednotek Railjet nemohli vědět.

[171] Soud tedy nemohl přihlédnout k důkazům, které neexistovaly v době vydání žalobou napadeného rozhodnutí; stejně tak správní orgán mohl vycházet pouze ze skutkového a právního stavu v okamžiku, kdy zadavatel prováděl volbu příslušného typu řízení. Pro posouzení přípustnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění je zásadně rozhodný právní a skutkový stav v okamžiku zahájení zadávacího řízení, tedy v okamžiku, kdy zadavatel provádí volbu příslušného typu řízení (srov. rozsudek Evropského soudního dvora ve věci Komise proti Francouzské republice ze dne 5. 10. 2000, vedený pod sp. zn. C-337/98).

VII.D K zásadě zákazu diskriminace u jednacího řízení bez uveřejnění

[172] Velká část žalobních námitek směřovala na porušení ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách, zejména zásady diskriminace. Jednalo se o různé žalobní námitky, ale odkaz na ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách byl všem společný. Soud tedy nejprve odůvodní, jak s ustanovením § 6 zákona o veřejných zakázkách a zásadou zákazu diskriminace v daném případě naložil.

[173] Jednací řízení bez uveřejnění je výjimečný způsob zadání veřejné zakázky, kdy je sice veřejná zakázka zadána v zadávacím řízení podle zákona o veřejných zakázkách, ale vzhledem k povaze tohoto řízení je omezena, popř. zcela vyloučena hospodářská soutěž o takovou veřejnou zakázku.

[174] Jednací řízení bez uveřejnění tedy představuje svojí povahou výjimečný postup zadavatele, který je zadavatel oprávněn použít výlučně za naplnění zákonem taxativně stanovených podmínek. Je tomu tak zejména z toho důvodu, že pro tento druh zadávacího řízení neplatí zákonná povinnost uveřejnit jeho zahájení vůči neomezenému počtu potencionálních dodavatelů. Zadavatel tedy oslovuje pouze předem určené subjekty a z povahy věci tak musí dojít k omezení hospodářské soutěže.

[175] Specifikum jednacího řízení bez uveřejnění spočívá dále v tom, že pro toto řízení neplatí tak striktní procesní pravidla jako pro ostatní typy zadávacích řízení. Jednací řízení se totiž v mnoha ohledech podobá běžné soukromoprávní kontraktační proceduře.

[176] Toto jsou zřejmě důvody, pro které je jednací řízení bez uveřejnění považováno v očích odborné i laické veřejnosti za nejméně transparentní druh zadávacího řízení, s nejnižší mírou vnější kontroly a hospodářské soutěže.

[177] Žalobkyně se ve všech svých vyjádřeních snažila vyvolat dojem, že jednací řízení bez uveřejnění je zcela nestandardní postup, který neměl být použit, neboť jeho použitím, oslovením pouze jediného uchazeče a vyloučením hospodářské soutěže muselo nutně dojít k porušení ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách, tedy základních zásad pro zadávací řízení.

[178] Tento názor musí soud již v počátku své argumentace odmítnout. Jednací řízení bez uveřejnění je dle ustanovení § 21 zákona o veřejných zakázkách jedním z druhů zadávacích řízení. 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 ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách ex definitione.

[179] V daném případě se ovšem mění výklad ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách, které nelze vykládat stejně jako např. v klasickém otevřeném zadávacím řízení. Zkoumání otázky, zda nedošlo k porušení zásady transparentnosti se zužuje zejména na posouzení otázky, zda byly naplněny veškeré podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění a zda zadavatel jejich splnění bez sebemenších pochybností prokázal. V tomto je nutné spatřovat transparentnost daného zadávacího řízení.

[180] V tomto duchu je také nutné vykládat zásadu zákazu diskriminace. Na první pohled se může zdát, a zadavatel to také uvádí ve svém vyjádření ze dne 13. 6. 2012, že diskriminaci lze pojmově v daném řízení zcela vyloučit, neboť celé zadávací řízení je vedeno pouze s jedním dodavatelem. Jakákoli diskriminace tedy nepřipadá v úvahu. Soud se s tímto názorem neztotožňuje. Ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách se uplatní pro všechny typy zadávacích řízení. Pro vyloučení aplikace ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách v jednacím řízení bez uveřejnění nejde v právním řádě nalézt zákonnou oporu. I důvodová zpráva zmiňuje, že „*veřejný a*

dotovaný zadavatel jsou povinni dodržovat zásady v plném rozsahu, bez ohledu na to, zda zadávají veřejné zakázky nadlimitní, podlimitní či veřejné zakázky malého rozsahu. Sektorový zadavatel je povinen se řídit zásadami pouze tehdy, zadává-li nadlimitní veřejné zakázky či aplikuje-li jiná zákonná ustanovení týkající se nadlimitních veřejných zakázek. Výjimkou v tomto ohledu je veřejný zadavatel, který vykonává rovněž některou z relevantních činností uvedenou v § 4. Pro tohoto zadavatele platí zásady v obdobném rozsahu jako pro veřejného či dotovaného zadavatele.“

[181] Neoprávněné využití jednacího řízení bez uveřejnění je 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).

[182] Je ovšem pravda, že ryze formalistická a příliš přísná aplikace zákazu diskriminace by mohla vést až v absolutní zákaz využívání jednacího řízení bez uveřejnění s jedním dodavatelem, neboť v daném typu řízení vždy dochází k celkovému omezení hospodářské soutěže. Takový výklad by byl ale zcela absurdní.

[183] Evropský soudní dvůr dovodil, že princip nediskriminace je třeba aplikovat na všechny fáze zadávacího řízení, a tedy nejen od fáze, kdy uchazeč podá nabídku (srov. rozsudek ze dne 5. 10. 2000 ve věci C-16/98, Komise proti Francouzské republice).

[184] Zásada zákazu diskriminace se v daném případě projeví zejména v prvotní fázi zadávacího řízení při zkoumání otázky naplnění základních zákonných podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění – v daném případě zejména pro zodpovězení otázky, zda nebyl předmět veřejné zakázky vymezen záměrně tak úzce, aby při srovnávání ceny (pro účely zhodnocení cenové výhodnosti nabídky) nebyli určení výrobci z tohoto porovnání vyřazeni, a nebyli tak diskriminováni.

[185] Pokud by totiž podmínky pro jednací řízení bez uveřejnění nebyly splněny (cenu nebyla podstatně nižší než je obvyklá tržní cena), pak by se muselo konat klasické otevřené řízení, popř. jiný druh zadávacího řízení, kde by ovšem již nebyla omezena hospodářská soutěž tolik jako v jednacím řízení bez uveřejnění, a takového řízení by se mohli účastnit další zájemci.

[186] Jinými slovy, zkoumání podmínek daných ustanovením § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách (zejména otázky podstatně nižší ceny) je třeba vykládat s ohledem na zásadu zákazu diskriminace. Soud se tedy námitkami diskriminačního vymezení předmětu veřejné zakázky nezabýval samostatně, ale pouze v rámci námitek týkajících se splnění základních podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění.

[187] Ačkoli tedy základní zásady uvedené v ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách prostupují celým zákonem o veřejných zakázkách a řídí se jimi všechny druhy zadávacích řízení, jde zejména o argumentační a výkladová vodítka jiných právních norem. Samostatný normativní význam právních principů je značně omezený. Právní normu, o kterou soud opřel své rozhodnutí, lze nalézt v ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách; ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách bylo použito pouze k výkladu této normy.

VII.E Další interpretační zásady specifické pro jednací řízení bez uveřejnění

[188] Všechny výše zmíněné důvody, které vyvolávají dojem nestandardnosti jednacího řízení bez uveřejnění, mají vliv na aplikaci práva při použití tohoto druhu zadávacího řízení. Tuto právní úpravu nelze vykládat jinak než striktně, s čímž souhlasí žalobkyně i žalovaný.

[189] Taxativní výčet důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění je koncentrován v ustanovení § 23 zákona o veřejných zakázkách. Z jiných než zde stanovených důvodů nemůže být tento druh zadávacího řízení použit. Ustanovení § 23 zákona o veřejných zakázkách musí být vykládáno restriktivně. Důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění tedy nelze rozšiřovat soudním ani jiným nalézáním práva.

[190] Zákaz rozšiřujícího výkladu pro použití jednacího řízení bez uveřejnění vyplývá z judikatury Soudního dvora Evropské unie (srov. rozsudek ze dne 18. 5. 1995 ve věci C-57/94, Komise proti Italské republice; rozsudek ze dne 28. 10. 2002 ve věci C-385/02, Komise proti Italské republice; nebo rozsudek ze dne 10. 4. 2003 ve spojených věcech C-20/01 a 28/01, Komise proti Německé republice).

[191] I z další judikatury Soudního dvora Evropské unie, kterou ve svém rozhodnutí zmiňuje žalovaný, vyplývá povinnost restriktivního výkladu v případě použití jednacího řízení bez uveřejnění. Jedná se o věc C-199/85 (Komise proti Itálii) a věc C-71/92 (Komise proti Španělsku).

[192] Z výše uvedené judikatury dále vyplývá, že důkazní břemeno ohledně existence okolností opravňujících k použití jednacího řízení bez uveřejnění leží na tom, kdo se jich dovolává – v daném případě tedy na zadavateli. Je to dáno specifičností a výjimečností jednacího řízení bez uveřejnění. Zadavatel musí být schopen bez sebemenších pochybností prokázat, že jím zvolený postup byl v souladu se zákonem. Nadto je třeba konstatovat, že pokud došlo k přezkumu postupu zadavatele ze strany žalovaného, 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 z jedné ze stran, popř. si účelově vybrat z různých odborných vyjádření pouze ta fakta, která se jemu hodí.

[193] K porušení zákona o veřejných zakázkách tedy může dojít v případě, kdy zadavatel řádně nezdůvodní použití jednacího řízení bez uveřejnění či použije jednací řízení bez uveřejnění nad rámec podmínek stanovených v ustanovení § 23.

VII.F Ke splnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění

[194] Jádro sporu v daném případě spočívá v otázce splnění podmínek jednacího řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách.

[195] Podle ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách 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.

[196] Ustanovení § 23 zákona o veřejných zakázkách je transpozicí čl. 40 odst. 3 písm. j) směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/17/ES o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb, který říká, že zadavatel může použít řízení bez předchozí výzvy k účasti v soutěži pro příležitostné koupě, kdy je možné obstarat si dodávky využitím zvláště příznivých příležitostí dostupných po velmi krátkou dobu za ceny podstatně nižší, nežli jsou běžné tržní ceny.

[197] Z výše uvedeného lze tedy dovodit dvě základní podmínky: (a) podmínku cenové výhodnosti a (b) podmínku časové omezenosti takto výhodné nabídky. Obě podmínky byly žalobkyní zpochybněny.

Cenová výhodnost

[198] Co se týče otázky cenové výhodnosti, zákon o veřejných zakázkách nikde nestanoví, co se rozumí „cenou podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena“ např. procentuálním vyjádřením či jiným způsobem. Jde o neurčitý právní pojem, který musí být v každém případě vyložen individuálně s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem toho kterého případu.

[199] Rozhodnutí žalovaného ani navazující rozhodnutí předsedy žalovaného pojem „podstatně nižší ceny“ přesně nevymezilo (ostatně to ani není žádoucí), nicméně dospěli k závěru, že cenový rozdíl ve výši 38 % (mezi ICx a Railjety s lokomotivou) již lze považovat za dostatečný. Určení této hranice je správním uvážením žalovaného. Soud přezkoumá pouze, zda žalovaný svévolně nevybočil z mezí správního uvážení. V daném případě se tak nestalo. Hranice mezi 30 až 40 % se soudu v daném případě jeví jako legitimní.

[200] Zadavatel si za účelem zjištění cenové výhodnosti nechal zpracovat tři odborná vyjádření: stanovisko FS VŠB, stanovisko FS ČVUT a stanovisko FS ŽU.

[201] Ve stanovisku FS VŠB byla provedena SWOT analýza, ze které vyplynulo, že pro zajištění osobní dálkové dopravy na tratích tranzitních koridorů a navazujících úseků v zahraničí je nejvhodnější použití ucelených netrakčních jednotek. Poté byla zhodnocena nabídka jednotek Railjet. Cena 12,529 milionů eur je dle tohoto stanoviska podstatně nižší než obvyklá tržní cena.

[202] Ze stanoviska FS ČVUT vyplynulo, že cenu jednotek Railjet lze považovat za podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena. Výhodnost ceny je dána tím, že zadavateli je nabízeno zboží odpovídající jeho potřebám, a to v krátké době a s minimálními riziky.

[203] Ve stanovisku FS ŽU se uvádí, že cena je výhodnější oproti běžné tržní ceně, neboť jde o pokračování dodávky zabezpečené opcí a že jde o produkt funkčně ověřený, úspěšně provozovaný Rakouskými spolkovými drahami a schválený u nás, v Rakousku, v Německu i v Maďarsku.

[204] Žalobkyně předložila tři odborná vyjádření: stanovisko FD ČVUT, stanovisko FS ZČU a znalecký posudek GTV.

[205] Ze stanoviska FD ČVUT vyplynulo, že výhodnost nákupu nelze objektivně porovnat, protože neexistuje srovnatelná zakázka. Pro toto zhodnocení by měl zadavatel oslovit jednotlivé dodavatele a vyžádat si od nich konkrétní nabídky.

[206] Stanovisko FS ZČU dospělo k závěru, že cenu nelze považovat za výjimečnou, protože nelze provést srovnání s jiným výrobkem podobného typu od jiných výrobců. Nelze argumentovat tím, že 16 jednotek Railjet vyráběných jako součást 67kusové série bude mít výjimečně nízkou cenu.

[207] Z jediného znaleckého posudku, který byl ve věci proveden (ovšem na žádost žalobkyně), a sice z posudku GTV, vyplynulo, že „*porovnání s na trhu srovnatelnými produkty* (pro rychlost 200 – 250 km/h – pozn. soudu) *nedokazuje, že v případě nákupu 16 souprav RAILJET jedná o cenu podstatně nižší než je cena obvyklá tržní. Za podstatně nižší by mohla být dle zkušeností znalce označena cena o 20 – 30 % nižší, bez ohledu na to je však cena RAILJET minimálně srovnatelná s obdobnými produkty.* […] *V případě zúžení srovnatelných výrobků pouze na SIEMENS Viaggio je obvyklá tržní cena rovna ceně, kterou v průměru získali ÖBB, ta je však nižší než nyní získávají České dráhy. Cena pro České dráhy tak není nižší než obvyklá tržní a vůbec ne podstatně.*“

[208] Soud zde zdůrazňuje (v rámci zásady volného hodnocení důkazů), že znaleckému posudku přiznal 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 žalovaný (např. ceny jiných vlaků byly použity z tabulky uvedené v tomto posudku); žalovaný přesto ignoroval závěr tohoto posudku. Posudek GTV tak výrazně znevěrohodnil první tři odborná stanoviska předložená zadavatelem.

[209] Zadavatel nechal poté zpracovat další dvě odborná vyjádření, a sice druhé stanovisko FS VŠB a druhé stanovisko FS ŽU.

[210] Ve druhém stanovisku FS VŠB bylo konstatováno, že posudek FD ČVUT se nijak nevyjádřil k výhodnosti nabídky a ceny jednotek Railjet. Dále byly popřeny závěry stanoviska FS ZČU. Bylo konstatováno, že sice je pravda, že cena 16 ks jednotek Railjet pro zadavatele je mírně vyšší než cena 44 ks jednotek pro Rakouské spolkové dráhy, nicméně nárůst ceny je způsoben vlivem indexace základní ceny (jednotky dodávané později mají vyšší cenu). Na závěr byly popřeny též závěry znaleckého posudku GTV zejména z toho důvodu, že šlo o znalce z oboru ekonomika, nikoli z oboru dopravy.

[211] Stejně tak druhé stanovisko FS ŽU popírá závěry všech tří odborných vyjádření předložených žalobkyní. Též se zmiňuje o indexaci cen. V mnohém pouze odkazuje na předchozí stanovisko FS ŽU.

[212] Poslední dvě odborná vyjádření vyhodnotil soud jako vyjádření institucí, které se již jednou ve věci vyjadřovaly (v postatě stejně jako nyní) a nešlo ani tolik o vyjádření k základní otázce – k cenové výhodnosti, ale zejména k jiným odborným vyjádřením.

[213] Lze tedy uzavřít, že existují zásadní rozpory mezi odbornými vyjádřeními předloženými zadavatelem a žalobkyní. Z odborných vyjádření nelze vyčíst ani jednoznačnou odpověď na otázku, zda je vůbec možné cenovou výhodnost objektivně zhodnotit pouze pomocí odborných vyjádření, např. tedy bez dalšího průzkumu trhu.

[214] Ačkoli žalovanému nic nebránilo v tom, aby si opatřil vlastní nezávislý znalecký posudek postupem podle ustanovení § 56 správního řádu (za situace, kdy veškerá odborná vyjádření byla značně protichůdná), popř. aby byl proveden průzkum trhu, rozhodl se žalovaný 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.

[215] Zde je vhodné uvést, že samotný požadavek na rychlost 230 km/h není diskriminační, neboť je zřejmé, že pokud má zadavatel v plánu provozovat vlakové soupravy na tratích s touto rychlostí, přičemž v Evropě takové tratě jsou, lze tento požadavek považovat za legitimní. Jde o obchodní rozhodnutí zadavatele, jehož správní i soudní přezkum je vyloučený. „O*rgán dohledu, stejně jako soud v rámci správního soudnictví, posuzují toliko zákonnost postupu zadavatelů při zadávání veřejných zakázek, tedy soulad jejich rozhodnutí s literou zákona. Jakkoli se může rozhodnutí zadavatele nebo jiný relevantní úkon jevit jako neefektivní či dokonce iracionální, orgán dohledu, stejně jako soud, nemohou tyto skutečnosti ve svém*

rozhodování zohlednit,“ (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 30. 5. 2005, č. j. 31 Ca 83/2004-36).

[216] Srovnání s tureckými HT65000 žalovaný vyloučil, neboť „*vlakové soupravy pořizované v Turecku jsou provozovány na trati mimo Evropskou unii (trať Ankara – Istanbul)*“ (viz bod 94 prvostupňového rozhodnutí). Soudu se ovšem toto vyloučení nejeví důvodné, popř. dostatečně odůvodněné.

[217] Žalovaný 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.

[218] 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 nakonec nemělo být vůbec co porovnáváno. I mezi vlaky ICx a Railjet lze totiž nalézt určité rozdíly, jak na ně upozornila žalobkyně (např. že se jedná o trakční soupravu vyšší cenové kategorie). Žalovaný 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 žalovaný mohli v tomto ohledu navrhovat, 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 požadovala žalobkyně.

[219] Také je nutné upozornit, že pro účely srovnávání cen s jinými vlaky není nezbytně nutné, aby tyto referenční vlaky stoprocentně splňovaly všechny podmínky stanovené zadávací dokumentací (obzvlášť 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 o veřejných zakázkách. Toto samozřejmě neplatí obecně (ostatně závěry z rozsudků soudů řešících obdobnou problematiku nelze nikdy zobecňovat, neboť jde o akt aplikace práva, nikoli právní normu), ale pouze za podmínky, že jde o jednací řízení bez uveřejnění konané s jedním dodavatelem s natolik specifickým produktem, že by jinak došlo ke znemožnění srovnávání provést.

[220] Srovnávání cen je zejména odbornou činností. 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. Lze logicky předpokládat, že vlaky rychlejší budou dražší a vlaky pomalejší budou levnější (za předpokladu, že ostatní parametry vlaků jsou totožné). Pomalejší vlak však není nutné z porovnání zcela vyloučit tak, jak to učinil žalovaný. 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 o veřejných zakázkách (srov. zejména bod [183] tohoto rozsudku).

[221] Z tohoto důvodu bylo možné učinit porovnání též s jednotkami JAVELIN 395 od výrobce HITACHI – opět ale z nezbytnými korekcemi, které by měl provést nejspíše znalec, pokud na to žalovaný nedisponuje dostatečnými odbornými kapacitami. Rozdíl v rychlosti mezi jednotkami Railjet (230 km/h) a JAVELIN 395 (225 km/h) je minimální, možná také nižší než rozdíl mezi konstrukční rychlostí Railjet (230 km/h) a ICx (230 km/h nebo 249 km/h) – záleží na tom, ke které variantě se cena vztahuje, neboť z rozhodnutí žalovaného toto není zřejmé; předseda žalovaného pak v bodě 62 svého rozhodnutí tvrdí, že byla použita varianta o konstrukční rychlosti 230 km/h, ačkoli toto tvrzení nemá oporu ve správním spise (žalovaný vyšel ze znaleckého posudku GTV, kde se však v tabulce č. 1 uvádí rychlost „230/249 km/h“).

[222] Je však zřejmé, že pokud bylo možné učinit srovnání s jednotkami ICx, zcela jistě bylo možné porovnat jednotky Railjet i s jednotkami JAVELIN 395, jak požadovala žalobkyně. To vyplývá ze skutečnosti, že žalovaný srovnání s jednotkami ICx provedl, ačkoli musel učinit cenové korekce, přičíst cenu lokomotivy (jednotky ICx jsou totiž jednotky netrakční, zatímco jednotky Railjet jsou jednotky trakční). U ostatních vlaků ale žalovaný (bez legitimního důvodu) porovnání s korekcemi neprovedl, ačkoli při obdobných cenových korekcích mu v tom nic nebránilo.

[223] Soud tento bod uzavírá tím, že 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 (v duchu výše zmíněných zásad – část E tohoto rozsudku) tíží zadavatele, popř. žalovaného, rozhodně ne žalobkyni.

[224] Soud se nespokojil ani s argumentací žalovaného, 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. Žalovaný nakonec toto srovnání podpůrně provedl s výhradou, že nemůže jít o rozhodující porovnání, aniž by ale vysvětlil proč. Pokud žalovaný ve svém rozhodnutí porovnával jednotky s co nejvíce podobným produktem, pak se toto srovnání (v duchu metodologie žalovaného) 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).

[225] Předseda žalovaného ve svém rozhodnutí o rozkladu uvedl, že žalovaný srovnával pouze ze soupravami ICx, nikoli s cenovou nabídkou pro Rakouské spolkové dráhy, což však z prvostupňového rozhodnutí žalovaného není zcela zřejmé (srov. odst. 65 a 66 rozhodnutí předsedy žalovaného a odst. 97 rozhodnutí žalovaného).

[226] Kromě toho podle přesvědčení 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 správních orgánů obou stupňů nepřezkoumatelná pro rozpornost mezi sebou navzájem.

[227] Podle žalovaného je podstatné, že zadavatel zboží pořizoval za cenu, která byla vysoutěžena v roce 2005 Rakouskými spolkovými drahami. Žalovaný ani předseda žalovaného ale nepostavili na jisto, zda lze cenu vysoutěženou v roce 2005 Rakouskými spolkovými drahami považovat za cenu podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena. Ze správního spisu skutečně vyplývá, že cena, za kterou kupovaly jednotky Railjet Rakouské spolkové dráhy, a cena, za kterou je pořizoval zadavatel, jsou prakticky stejné (s ohledem na klouzavě stanovenou cenu pomocí tzv. indexace cen, což je ale nutné pominout tak, jak to správně učinil žalovaný), to však ještě neznamená, že jednotky Railjet již tehdy byly vysoutěženy za cenu podstatně nižší. 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 jednací řízení bez uveřejnění).

[228] Námitky žalobkyně týkající se dodatečných nákladů, popř. tzv. ceny za sedadlo, se v novém řízení mohou rovněž jevit jako relevantní. Záleží však pouze na zadavateli, popř. žalovaném, jak se k posouzení cenové výhodnost postaví. Soud rozhodně nechce žalovaného zavazovat ke konkrétnímu postupu. Soud pouze konstatuje, že dosavadní zvolený postup byl nedostatečný. Dodatečné náklady a ceny za sedadlo mohou být zváženy právě např. v nezávislém znaleckém posudku, pokud by nebyl proveden relevantní průzkum trhu.

[229] Ve světle výše zmíněných zásad o přísném a restriktivním výkladu specifickém pro jednací řízení bez uveřejnění soud dospěl k závěru, že při zjišťování splnění podmínky cenové výhodnosti bylo porušeno ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách. Žalovaný nepostavil na jisto, zda byla splněna první podmínka ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách, čímž došlo k porušení ustanovení § 3 správního řádu – zásady zjištění skutkového stavu věci bez důvodných pochybností. Skutkový stav, který vzal správní orgán za základ napadeného

rozhodnutí, je v tomto ohledu v rozporu s obsahem spisu, nemá v něm oporu a vyžaduje rozsáhlé a zásadní doplnění.

Časová omezenost

[230] Žalovaný správně posoudil, že pojem „velmi krátká doba“ zákon o veřejných zakázkách nikde nedefinuje a nelze jej tedy obecně vymezit. Naplnění druhé podmínky je tedy také nutno posoudit vždy jen jednotlivě ve vztahu ke konkrétnímu případu po zvážení všech relevantních skutečností, přičemž jde opět o správní uvážení a soudu tak přísluší hodnotit pouze to, zda správní orgány svévolně nevybočily z mezí své diskreční pravomoci.

[231] Co se týče počátku běhu lhůty, soud uznává námitky žalobkyně, že jí nebyly zpřístupněny důležité dokumenty (smluvní ujednání mezi vybraným uchazečem a ÖBB, dopis ÖBB ze dne 22. 12 2010), kterými byl prováděn důkaz k řešení této skutkové i právní otázky. Viz dále v části G tohoto rozsudku.

[232] Výše uvedené platí i ve vztahu ke konci běhu lhůty. Žalovaný sice dostatečným způsobem odůvodnil, dokdy byla nabídka časově omezena a z jakých důkazů vycházel (z písemného vyjádření vybraného uchazeče ze dne 3. 8. 2001, z rozhodnutí zadavatele o námitkách žalobkyně, ze stanoviska vybraného uchazeče ze dne 9. 8. 2011, z dokumentu společnosti ÖBB ze dne 7. 6. 2011 a ze znění čl. 14.10 smlouvy uzavřené dne 24. 2. 2006), ale žalobkyně neměla ke všem těmto dokumentům zajištěný přístup. Neměla tedy možnost prostudovat např. smlouvu mezi vybraným uchazečem a ÖBB a vyjádřit se k ní.

[233] Soudu ovšem nic nebránilo zabývat se otázkou prodloužení nabídky do 30. 9. 2011. Dospěl k závěru, že toto prodloužení nemá vliv na splnění podmínek použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť pro posouzení přípustnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění je zásadně rozhodný právní a skutkový stav v okamžiku zahájení zadávacího řízení, tedy v okamžiku, kdy zadavatel provádí volbu příslušného typu řízení (srov. rozsudek Evropského soudního dvora ve věci Komise proti Francouzské republice ze dne 5. 10. 2000, vedený pod sp. zn. C-337/98). O prodloužení lhůty se zadavatel dozvěděl až později. Lhůta byla navíc prodloužena právě z toho důvodu, že žalobkyně podala námitky k rozhodnutí zadavatele.

VII.G K nahlížení do spisu

[234] K námitce žalobkyně, že jí nebylo umožněno nahlížení do podstatných dokumentů ve správním spise, kterými byl prováděn důkaz, soud nejprve uvádí, že posouzení, zda lze účastníkům správního řízení zpřístupnit skutečnosti označené jiným podnikatelským subjektem za obchodní tajemství, je svou podstatou střetem institutu soukromoprávního (práva na ochranu obchodního tajemství) a veřejnoprávního (práva hájit svá práva ve správním řízení), přičemž kompetence správního orgánu posuzovat,

co je obchodním tajemstvím, je výrazně omezena a představuje pouze možnost zhodnocení toho, zda konkrétní, podnikatelem uváděné skutečnosti jsou skutečně obchodní, výrobní či technické povahy související s podnikem, zda jsou v obchodních kruzích běžně dostupné a zda je podnikatel také odpovídajícím způsobem utajuje.

[235] Soud dal za pravdu žalobkyni v tom, že žalovaným zmiňované rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 1. 2005, č. j. 2 A 13/2002-424, a usnesení Ústavního soudu ze dne 10. 11. 2004, sp. zn. II. ÚS 419/04, se týkají výkladu ustanovení § 23 odst. 3 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „starý správní řád“). Nová právní úprava nahlížení do spisu v ustanovení § 38 odst. 6 správního řádu se podstatně liší. Soud tedy argumentaci touto judikaturou odmítl, obzvlášť za situace, kdy judikatura není v kontinentálním právním systému obecně závazná (vyjma specifických případů). Soud vycházel výhradně z platného ustanovení zákona upravujícího nahlížení do spisu (ustanovení § 38 odst. 6 správního řádu) a z ustanovení upravujícího ochranu obchodního tajemství v řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (ustanovení § 122 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách).

[236] Podle ustanovení § 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, do takových částí spisu však může nahlížet pouze účastník řízení nebo jeho zástupce za předpokladu, že jsou předem seznámeni s následky porušení povinnosti mlčenlivosti o těchto skutečnostech a že o poučení je sepsán protokol, který podepíší.

[237] Druhou část ustanovení § 38 odst. 6 správního řádu, která stanoví, že z nahlížení do spisu nemohou být vyloučeny ty části spisu, kterými se provádí důkaz, původní ustanovení § 23 odst. 3 starého správního řádu vůbec neobsahovalo. V tomto ohledu ustanovení § 38 odst. 6 správního řádu uvádí, že do takových částí spisu však může nahlížet pouze účastník řízení nebo jeho zástupce za předpokladu, že jsou předem seznámeni s následky porušení povinnosti mlčenlivosti o těchto skutečnostech a že o poučení je sepsán protokol, který podepíší. „Nový“ správní řád tedy oproti tomu „starému“ zavádí procesní režim nahlížení i do těch částí spisu, které byly dříve (podle původního správního řádu) z nahlížení vyloučeny, aby v co nejširší míře zajistil uplatnění práv pro účastníky řízení.

[238] Zároveň je nutné uvést, že povinnost mlčenlivosti, která odůvodňuje vyloučení z nahlížení do spisu, musí mít veřejnoprávní charakter. Za povinnost mlčenlivosti ve smyslu tohoto ustanovení tedy nelze považovat obchodní tajemství. Je-li tedy součástí spisu písemnost obsahující obchodní tajemství, není tato písemnost z nahlížení do spisu vyloučena. 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 zvlášním zákonem je právě zákon o veřejných zakázkách, který v ustanovení § 122 odst. 3 stanoví, že

dozví-li se Úřad pro ochranu hospodářské soutěže skutečnost, která je předmětem obchodního tajemství, je povinen učinit opatření, aby obchodní tajemství nebylo porušeno.

[239] Je ovšem nutné uvést, že účelem tohoto ustanovení zákona o veřejných zakázkách je ochrana obchodního tajemství zejména ve vztahu ke třetím osobám (nikoli k účastníkům řízení). Ustanovení upravuje povinnost mlčenlivosti zaměstnanců úřadu obecně. Nejde ovšem o právní úpravu dokazování ve správním řízení. Ustanovení § 38 odst. 6 správního řádu je tedy lex specialis k ustanovení § 122 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách.

[240] V této souvislosti je nutné zmínit 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, 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. V tomto případě však s právem nahlížet do spisu není spojeno právo činit si výpisy a právo na pořízení kopie spisu nebo jeho části (ustanovení § 38 odst. 6 in fine správního řádu).

[241] Soud má také za prokázané, že některými částmi spisu musel být prováděn důkaz (např. smlouva uzavřená mezi vybraným uchazečem a Rakouskými spolkovými drahami 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.)

[242] Není pravda, že utajení předmětného obchodního tajemství nemohlo žalobkyni poškodit na jejích právech natolik, aby to způsobilo nezákonnost rozhodnutí. Právo vyjádřit se ke všem důkazům je základním procesním oprávněním. Žalovanému a koneckonců i soudu tak chybělo vyjádření žalobkyně k podstatným dokumentům založeným ve správním spisu pro to, aby mohli kvalifikovaně a správně rozhodnout ve smyslu zásady „*nechť je slyšena i druhá strana*“.

[243] Též námitky zadavatele, že jelikož žalobkyně nebyla oprávněným účastníkem správního řízení, tak nemohlo dojít ke zkrácení jejích procesních práv, jsou liché, neboť jak již soud uvedl výše, žalobkyně byla po právu účastníkem správního řízení. Svědčilo jí tedy právo nahlížet do spisu a vyjádřit se ke všem provedeným důkazům.

[244] Soudu nezbylo než konstatovat, že žalobkyně byla zkrácena na svých procesních právech, když jí nebylo umožněno nahlížet do těch částí spisu, kterými byl prováděn důkaz a řízení tak bylo zatíženo podstatnou vadou.

VIII. SHRNUTÍ A NÁKLADY ŘÍZENÍ

[245] S ohledem na vše shora uvedené dospěl soud k závěru, že rozhodnutí předsedy žalovaného, jakož i řízení, které jeho vydání předcházelo, bylo zatíženo podstatnými vadami, nebyl dostatečně zjištěn skutkový stav věci a řízení trpělo i jinými, shora popsanými, procesními vadami. Soud proto zrušil napadené rozhodnutí z důvodů vyplývajících z ustanovení § 76 odst. 1 písm. b), c) soudního řádu správního a podle ustanovení § 78 odst. 4 též zákona věc vrátil předsedovi žalovaného k dalšímu řízení. V dalším řízení je žalovaný vázán právním názorem tohoto soudu (§ 78 odst. 5 s.ř.s.).

[246] Výrok o nákladech řízení má oporu v ustanovení § 60 odst. 1 soudního řádu správního, podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Úspěšné žalobkyni tak přísluší právo na náhradu nákladů řízení, které představuje odměna za právní zastoupení advokátem, a to za 4 úkony právní služby a 4x režijní paušál ve výši vyčíslené na částku 9.600 Kč, tj. 11.616 Kč vč. DPH, dále pak zaplacený soudní poplatek ve výši 3.000 Kč. Celkem tak náhrada nákladů řízení představuje částku 14.616,- Kč, kterou je žalovaný povinen zaplatit žalobkyni ve stanovené lhůtě třiceti dnů, k rukám právního zástupce žalobkyně.

P o u č e n í : Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Krajský soud v Brně dne 9. dubna 2013

JUDr. Jaroslava Skoumalová, v. r.
předsedkyně senátu