



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Radovana Havelce a soudců JUDr. Lenky Matyášové a Mgr. Ondřeje Mrákoty v právní věci žalobce **ŠKODA TRANSPORTATION a. s.**, se sídlem Plzeň, Borská 2922/32, zastoupeného Mgr. Radkem Pokorným, advokátem se sídlem Praha 1, Karoliny Světlé 301/8, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, **za účasti:** I. České dráhy, a. s., se sídlem Praha 1, Nábřeží L. Svobody 1222, zastoupené JUDr. Karlem Muzikářem, LL.M. (C.J.), advokátem se sídlem Praha 1, Křižovnické náměstí 193/2, II. Siemens Aktiengesellschaft Österreich, se sídlem Rakousko, Vídeň, Siemensstrasse 90, zastoupené JUDr. Janem Kotíkem, advokátem se sídlem Praha 1, U Prašné brány 1078/1, v řízení o kasačních stížnostech žalovaného a osob zúčastněných na řízení I. a II. proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 9. 4. 2013, č. j. 31 Af 54/2012 - 443,

t a k t o :

- I.** Kasační stížnosti **se zamítají.**
- II.** Osoby zúčastněné na řízení **nemají** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III.** Žalovaný a osoby zúčastněné na řízení I. a II. **jsou povinni** zaplatit žalobci na náhradu nákladů řízení každý částku 2743 Kč, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku, k rukám jeho zástupce.

O d ů v o d n ě n í :

Rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21. 2. 2012, č. j. ÚOHS-R215/2011/VZ-3094/2012/310/JSI/ASc (dále jen „rozhodnutí žalovaného“), byl, na základě ustanovení § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zamítnut rozklad žalobce proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „žalovaný“) ze dne 5. 9. 2011, č. j. ÚOHS-S275/2011/VZ-13132/2011/510/Hod, jímž byl podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), zamítnut návrh žalobce na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 a 2 ZVZ. Rozhodnutí žalovaného bylo napadeno u Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“) žalobou, kterou se žalobce domáhal jeho zrušení. Rozsudkem krajského soudu ze dne 9. 4. 2013, č. j. 31 Af 54/2012 - 443, bylo rozhodnutí žalovaného zrušeno a věc mu byla vrácena k dalšímu řízení.

Krajský soud se v odůvodnění svého rozsudku především zabýval aktivní legitimací žalobce a nenalezl důvody, pro které by nemělo být s žalobcem jednáno jako s účastníkem řízení. Jeho aktivní legitimaci odvodil z § 110 odst. 1 ZVZ a dále z 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 (dále jen „přezkumná směrnice“), podle nichž má být přezkumné řízení dostupné každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky a které v důsledku protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí. Dodal, že v případě, kdy se žalobce zadávacího řízení neúčastnil, je tento zájem dán tehdy, pokud podává proti postupu zadavatele, v jehož důsledku se nemohl zadávacího řízení zúčastnit, námitky; v daném případě se jednalo o námitky proti použití jednacích řízení bez uveřejnění. O zájmu na získání veřejné zakázky naproti tomu hovořit nelze, pokud dodavatel vůbec není oprávněn veřejnou zakázku získat např. proto, že nedisponuje potřebným živnostenským oprávněním. Krajský soud se tedy neztotožnil s takovým pojetím zájmu na získání veřejné zakázky, pokud by důkazem jeho existence muselo být předložení vlastní nabídky.

Dále se krajský soud vyjádřil k námitce nepřezkoumatelnosti bodu [43] rozhodnutí žalovaného, z něhož, dle názoru žalobce, nebylo bez pochybností patrné, zda je zadavatel (zde osoba zúčastněná na řízení I.) zadavatelem sektorovým (§ 2 odst. 6 ZVZ) či veřejným (§ 2 odst. 2 ZVZ), a dále, zda se jedná o podlimitní nebo nadlimitní veřejnou zakázku. Krajský soud uvedl, že z „*nešťastně zvolené formulace*“ v citovaném bodě skutečně lze dovodit, že se předseda žalovaného domníval, že se jedná o veřejnou zakázku podlimitní a že zadavatel je zadavatelem veřejným, přestože z jeho rozhodnutí jako celku není pochyb o tom, že k zadavateli přistupoval jako k zadavateli sektorovému a k jím zadané veřejné zakázce jako k veřejné zakázce nadlimitní. Krajský soud proto uzavřel, že v bodu [43] uvedená věta: „*Naposledy zmíněná podmínka, aby se jednalo o podlimitní veřejnou zakázku, splněna byla.*“, je pouze špatně formulovaným argumentem, že třetí podmínku použití jednacích řízení bez uveřejnění (tedy podmínku, aby se jednalo o veřejnou zakázku podlimitní, která v případě veřejného zadavatele přistupuje k předchozím dvěma podmínkám, jimiž jsou podstatně nižší cena než obvyklá tržní cena a časová omezenost nabídky) nebylo nutné splnit, a proto tedy, čistě formálně vzato, splněna byla. Krajský soud proto neshledal, že by tato vada měla vliv na zákonnost rozhodnutí žalovaného.

pokračování

Krajský soud se dále vyjádřil k situaci, kdy byl původní zadavatel - Rakouské spolkové dráhy (dále jen „ÖBB“) nahrazen zadavatelem novým, a to osobou zúčastněnou na řízení ad I. S odkazem na § 7 odst. 1 ZVZ dospěl k závěru, že nedošlo k situaci, kdy by se měnila pouze osoba zadavatele, ale přitom nedošlo k žádné změně v obsahu práv a povinností ve vztahu k vybranému uchazeči (zde osobě zúčastněné na řízení II.). Jelikož na realizaci veřejné zakázky měla být uzavřena samostatná nová smlouva na nové plnění, nešlo o pouhé přistoupení ke smlouvě již uzavřené mezi ÖBB a vybraným uchazečem. I kdyby záměna zadavatelů možná byla, zadavatel se v daném případě vydal cestou vypsání zcela nové veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Závěrem krajský soud k této žalobní námitce dodal, že předmětem přezkumu není a nemohla být veřejná zakázka s názvem „*Rekonfigurace netrakovních komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu*“, mj. proto, že byla vypsána až po vydání žalobou napadeného rozhodnutí. Ze stejného důvodu nemohl krajský soud posuzovat ani to, zda nedošlo k nepřípustnému dělení veřejných zakázek, a to s odkazem na ustanovení § 75 odst. 1 soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“), dle kterého vychází soud ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu; judikaturou dotvořené výjimky na souzenou věc nedopadají.

K namítanému porušení zásady zákazu diskriminace (§ 6 ZVZ) krajský soud uvedl, že se žalobce snaží vyvolat dojem, že v dané věci použité jednacím řízení bez uveřejnění [§ 21 odst. 1 písm. d) ZVZ] je nestandardní postup, který neměl být vůbec použit. S tímto názorem se však krajský soud neztotožnil, neboť ZVZ existenci a využívání tohoto druhu zadávacího řízení výslovně předpokládá. To, že v něm fakticky dochází k vyloučení hospodářské soutěže oslovením pouze jednoho zájemce, *ex definitione* nemůže být porušením § 6 ZVZ, jakkoli se toto ustanovení uplatní pro všechny druhy zadávacích řízení. Krajský soud shrnul rovněž další specifika jednacím řízení bez uveřejnění, a to jednak požadavek, aby bylo ustanovení § 23 ZVZ (upravující podmínky použití tohoto druhu zadávacího řízení) vykládáno restriktivně, jednak tíhu důkazního břemene ohledně existence okolností opravňujících k použití tohoto druhu zadávacího řízení v neprospěch toho, kdo se jich dovolává. Zkoumání, zda nedošlo k porušení zásady transparentnosti, se proto omezuje na posouzení, zda byly naplněny veškeré podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, neboť v opačném případě vždy dojde k diskriminaci všech dodavatelů. Krajský soud se proto námitkou porušení § 6 ZVZ nezabýval obecně a samostatně, ale v návaznosti na námitky mířící proti splnění podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, resp. proti způsobu vymezení předmětu veřejné zakázky.

K podmínce cenové výhodnosti nabídky pak krajský soud především uvedl, že ZVZ nestanoví, co se rozumí *cenou podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena* [§ 23 odst. 5 písm. e) ZVZ]. Jedná se tedy o neurčitý právní pojem, který musí být vyložen individuálně a s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem případu; soud pouze přezkoumá, zda žalovaný z mezí správního uvážení svévolně nevybočil. Pokud žalovaný shledal, že cenový rozdíl 38 % mezi cenou vlakových souprav ICx na straně jedné a souprav Railjet s lokomotivou na straně druhé tuto podmínku naplňuje, jeví se tato hranice jako legitimní. Shrnutí přitom obsah celkem pěti odborných stanovisek a jednoho znaleckého posudku a konstatoval, že v rámci zásady volného hodnocení důkazů přiznal vyšší důkazní hodnotu znaleckému posudku vypracovanému na žádost žalobce společností *Grant Thornton Valuation, a. s.* (dále jen „znalecký posudek GTV“), ze kterého vycházel také žalovaný;

jako jediný byl totiž opatřen znaleckou doložkou. Tento posudek přitom výrazně znevěrohodnil stanoviska předložená zadavatelem. Krajský soud naznal, že existují zásadní rozpory mezi odbornými stanovisky předloženými zadavatelem a žalobcem a že z nich nelze vyčíst odpověď na otázku, zda lze vůbec cenovou výhodnost objektivně zhodnotit jen za pomoci odborných vyjádření, tj. bez provedení průzkumu trhu. Dále uvedl, že žalovanému nic nebránilo opatřit nezávislý znalecký posudek (§ 56 správního řádu) nebo provést průzkum trhu. Žalovaný z odborných vyjádření vybral 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, ale nakonec porovnal cenovou výhodnost vlaků *Railjet* pouze s prvně jmenovanými, aniž by však tento postup přesvědčivě zdůvodnil. Krajský soud zejména upozornil, že pokud by byly porovnány ceny tureckých vlakových souprav *HT65000* a vlakových souprav *Railjet*, byla by cena posledně jmenovaných nižší jen o 6 %, což neimplikuje existenci *ceny podstatně nižší než je obvyklá tržní cena*. K tomu pro úplnost dodal, že požadavek na konstrukční rychlost jako diskriminační neshledal, umožňují-li některé tratě v Evropě provoz o této rychlosti. Přesto však podle mínění krajského soudu měl žalovaný cenově porovnávat i vlaky, jejichž konstrukční rychlost je jiná (nižší) než 230 km/h (například vlakové soupravy *JAVELIN 395* od výrobce HITACHI, jejichž konstrukční rychlost činí 225 km/h, což je oproti zadavatelem požadované konstrukční rychlosti zanedbatelný rozdíl), s tím, že by provedl nezbytné cenové korekce. Pro účely srovnání cen s jinými vlaky není nezbytně nutné, aby tyto referenční vlaky stoprocentně splňovaly všechny podmínky stanovené v zadávací dokumentaci, neboť ta vymezuje podmínky pro účast v soutěži, nikoli podmínky pro vymezení referenčních produktů pro účely zjišťování cenové výhodnosti ve smyslu § 23 odst. 5 písm. e) ZVZ. Dalším argumentem pro tento postup je také nedostatečně velký vzorek vlaků s konstrukční rychlostí 230 km/h. Není tedy nutné, aby nabídková cena byla porovnávána pouze s cenami produktů, které by mohly také být soutěženy, pokud takové produkty neexistují nebo jich není dostatek. Rozhodnutí o tom, které vlaky je mezi sebou možné srovnávat, je přitom otázkou odbornou, nikoli právní. Závěrem krajský soud žalovanému vytkl, že jako referenční produkt odmítl samotné jednotky *Railjet* vysoutěžené pro ÖBB v roce 2005. Podle názoru krajského soudu se jedná o nejvíce podobný produkt, a proto se srovnání s ním jeví jako nejvhodnější. Rozdílné časové období lze překonat za pomoci teorie časové hodnoty peněz. Správní orgány tak nepostavily na jisto, zda lze cenu vlakových souprav *Railjet* vysoutěženou v roce 2005 považovat za *cenu podstatně nižší než je obvyklá tržní cena*. Vzhledem k tomu, že se obě ceny prakticky shodují, lze podle názoru krajského soudu spíše předpokládat, že nabídková cena v přezkoumávaném zadávacím řízení je běžnou tržní cenou, nikoli mimořádnou cenovou nabídkou. Krajský soud proto uzavřel, že při zjišťování splnění podmínky cenové výhodnosti bylo porušeno ustanovení § 6 ZVZ a dále i § 3 správního řádu tím, že žalovaný nepostavil na jisto, zda byla splněna první podmínka pro použití ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) ZVZ.

V další části rozsudku se krajský soud zabýval naplněním druhé podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, a to časovou omezeností nabídky. I v tomto případě vyslovil, že ZVZ nedefinuje pojem „*velmi krátká doba*“, a proto je k naplnění této podmínky rovněž nutno přistupovat *ad hoc* v rámci správního uvážení. Omezil se však na závěr, že je nutno uznat námitky žalobce, že mu nebyly zpřístupněny důležité dokumenty, kterými byl prováděn důkaz k řešení skutkové a právní otázky o počátku a konci běhu

pokračování

lhůty, po kterou měla být nabídka vybraného uchazeče omezena. Tím byla žalobci upřena možnost vyjádřit se ke smlouvě mezi zadavatelem a vybraným uchazečem. Prodloužení nabídky do 30. 9. 2011 nemá přitom vliv na splnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění; pro posouzení existence těchto podmínek je rozhodný právní a skutkový stav v okamžiku zahájení zadávacího řízení. Lhůta navíc byla prodloužena právě z toho důvodu, že žalobce podal proti rozhodnutí zadavatele námitky.

V návaznosti na to se pak krajský soud vyjádřil k namítanému porušení procesních práv žalobce. Předně uvedl, že žalovaným zmiňovaná 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, jsou již překonána, neboť se týkají výkladu již neúčinného právního předpisu [§ 23 odst. 3 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, dále jen „starý správní řád“]. Oproti naposledy citovanému ustanovení platný a účinný § 38 odst. 6 správního řádu předpokládá, že z nahlížení do spisu budou vyloučeny části, které obsahují utajované informace nebo skutečnosti, na něž se vztahuje zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti, avšak s výjimkou vztahující se na ty části spisu, kterými se provádí důkaz. Ustanovení § 38 odst. 6 správního řádu tak oproti § 23 odst. 3 starého správního řádu zavádí procesní režim nahlížení i do těch částí spisu, které byly dříve z nahlížení vyloučeny, aby bylo v co nejširší míře zajištěno uplatňování práv účastníky řízení. Krajský soud nad rámec zákonné dikce dodal, že povinnost mlčenlivosti, která odůvodňuje vyloučení nahlížení do spisu, musí mít veřejnoprávní charakter, což o obchodním tajemství, kterého se zadavatel a vybraný uchazeč z pozice dalších účastníků správního řízení dovolávali, říci nelze. Připustil však, že zvláštní zákon může stanovit, aby z nahlížení do spisu byly vyloučeny i skutečnosti, na které se vztahuje povinnost mlčenlivosti založená na soukromoprávních vztazích, jak to má na mysli ustanovení § 122 odst. 3 ZVZ [pozn. Nejvyššího správního soudu: krajský soud zjevně mínil § 122 odst. 2 ZVZ, neboť odstavec 3 není v ustanovení § 122 ZVZ obsažen]. Účelem tohoto ustanovení však je ochrana obchodního tajemství ve vztahu ke třetím osobám, nikoli k účastníkům řízení. Z těchto úvah pak krajský soud vyvodil, že v zájmu práva na vyjádření ke všem prováděným důkazům je zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti prolomena v případě částí spisu, jimiž byl nebo bude prováděn důkaz, ovšem pouze ve prospěch účastníka řízení nebo jeho zástupce, a to za předpokladu, že bude prokazatelně poučen o následcích porušení této povinnosti. Krajský soud přitom měl za prokázané, že některými částmi spisu musel být prováděn důkaz (smlouva mezi vybraným uchazečem a ÖBB ze dne 24. 2. 2006, návrh smlouvy předložený vybraným uchazečem v jednacím řízení bez uveřejnění, dopis ÖBB ze dne 22. 12. 2010, atd.) a že utajení předmětného obchodního tajemství mohlo žalobce poškodit na jeho procesních právech natolik, aby to způsobilo nezákonnost rozhodnutí.

Proti tomuto rozsudku brojili žalovaní a osoby zúčastněné na řízení kasačními stížnostmi; jak žalovaný, tak osoby zúčastněné na řízení se ve svých kasačních stížnostech odkazují na důvody uvedené v ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s.

Žalovaný ve své kasační stížnosti předně namítá, že krajským soudem zmiňované rozpory mezi odbornými stanovisky jsou přirozeným důsledkem protichůdného postavení zadavatele a žalobce; není reálné očekávat předložení stanovisek, která by jejich postavení nepodporovala. Konstatování krajského soudu, že z odborných vyjádření nelze vyčíst

jednoznačnou odpověď na otázku, zda byla splněna první podmínka uvedená v § 23 odst. 5 písm. e) ZVZ, považuje žalovaný za irelevantní, neboť odpověď na tuto otázku je nutno hledat právě a jen v relevantní právní úpravě. Povinné provedení průzkumu trhu představuje extenzivní výklad ZVZ v neprospěch zadavatele, a proto mu nelze vytýkat, že svůj závěr o existenci *ceny podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena* založil na odborných stanoviscích, která byla vypracována před zahájením zadávacího řízení nezávislými třetími osobami, které nebyly dodavateli poptávaného plnění. Žalovaný připomíná, že záměr zadavatele uzavřít na plnění veřejné zakázky smlouvu s vybraným uchazečem, byl veřejně známou informací (včetně ceny); zpracovatelé odborných posouzení však, na rozdíl od potenciálních dodavatelů, neměli zájem na zkreslení předkládaných údajů. Žalovaný trvá na tom, že k tomu, aby dostal zásadě materiální pravdy, plně postačovalo vycházet z podkladů, které měl k dispozici. Totéž pak platí i ve vztahu ke zpracování vlastního nezávislého odborného posudku.

Dále žalovaný uvádí, že z obou dotčených rozhodnutí jednoznačně vyplývá, z jakých důvodů vlakové soupravy *Railjet* srovnával pouze s vlakovými soupravami *ICx*, a nikoli se soupravami *HT65000* (viz bod [94] prvostupňového rozhodnutí). Krajský soud nezohlednil doplnění těchto důvodů v rámci řízení o rozkladu, ač obě tato rozhodnutí tvoří jeden celek. Žalovaný odmítá taktéž výtku, že za účelem ověření existence *ceny podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena* porovnával pouze plnění, která si svými parametry co nejvíce odpovídají. Domnívá se, že porovnáváním neporovnatelného by stěží mohl získat relevantní údaje s dostatečnou vypovídací hodnotou; tím by založil svá rozhodnutí na nepravdivých informacích. V podrobnostech odkazuje na bod [59] svého rozhodnutí, v němž jako kritéria pro výběr referenčních produktů zvolil rychlost vlakové soupravy, dobu nákupu jednotek a místní hledisko. Pokud má krajský soud za to, že měly být porovnány i jiné produkty a pro účely tohoto porovnání provedeny „určité nezbytné cenové korekce“, nepodává současně, jakého charakteru a vzhledem k jakým parametrům by se tak mělo stát. Žalovaný v návaznosti na to namítá, že zohlednění ceny lokomotivy je naprosto jiný typ cenové korekce než například přepočtení ceny vzhledem k vyšší rychlosti vlakových souprav, a má za to, že takové korekce vůbec není možné provést. Odlišná konstrukční rychlost s sebou nese zcela odlišné konstrukční parametry (design a použitou technologii, materiály a technické vybavení) a neplatí tu jednoduchá přímá úměra „*čím vyšší rychlost, tím větší počet určitých součástí a tím vyšší cena*“. Totéž v podstatě platí i o provedení nezbytných korekcí u vlakové soupravy *JAVELIN 395*, které by musely spočívat v natolik podstatné změně parametrů, že by je nebyl schopen provést ani odborný znalec, ani konstruktér; o tom, že by se předmětem porovnání nakonec staly úplně jiné vlakové soupravy ani nemluvě. Žalovaný sice uznává, že konstrukční rychlost vlakových souprav *JAVELIN 395* je téměř totožná s konstrukční rychlostí vlakových souprav *Railjet*, přesto pokud zadavatel poptával vlakové soupravy o konstrukční rychlosti alespoň 230 km/h, je nutné tento parametr respektovat (nediskriminační charakter tohoto požadavku ostatně sám krajský soud uznal). Žalovaný tak uzavírá, že srovnání s obdobnými vlakovými soupravami je velice náročné proto, že nejsou k dispozici. To však krajský soud nebere v úvahu a jeho závěry se vyznačují vysokou mírou zobecňování a paušalizace.

Žalovaný popírá i údajnou rozpornost rozhodnutí I. a II. stupně (bod [97] prvostupňového rozhodnutí a body [65] a [66] rozhodnutí žalovaného) a opětovně poukazuje na nutnost přistupovat k oběma rozhodnutím jako k jednomu celku. Srovnání

pokračování

vlakových souprav poptávaných zadavatelem s jednotkami, které nakoupily ÖBB, bylo v rámci správního řízení provedeno, nicméně pouze za účelem vypořádání argumentace rozdílností ceny, za niž hodlal předmět veřejné zakázky nakoupit zadavatel, oproti ceně, za kterou tyto soupravy nakoupily ÖBB.

K údajnému zkrácení procesních práv žalobce žalovaný uvádí, že v bodě [80] rozhodnutí objasnil, z jakého důvodu nemohlo vytýkaným postupem dojít ke zhoršení postavení žalobce ve správním řízení. Žalovaný trvá na tom, že informace, kterých se žalobce domáhal, jsou pouze okrajové ve vztahu k informacím a skutečnostem, které byly pro rozhodnutí určující, a dále, že (veřejně dostupné) podklady, na nichž byla rozhodnutí vystavěna, byly totožné s informacemi utajenými. Žalovaný nesouhlasí zejména se závěry krajského soudu uvedenými v odstavcích [239] a [240] rozsudku; procesní právo, které mělo být žalobci upřeno, svědčí jen tomu, o jehož věci se v řízení rozhoduje, tedy účastníku řízení. Pojem „účastník řízení“ je nutno vykládat restriktivně a v tomto zužujícím pojetí nenaplnuje žalobce (v pozici navrhovatele) znaky účastníka řízení, neboť o jeho právech a povinnostech v tomto řízení rozhodováno nebylo. V souvislosti s tvrzeným porušením procesních práv žalobce poukazuje žalovaný na rozsudek Soudního dvora Evropské unie (dále jen „Soudní dvůr“) ze dne 14. 2. 2008 ve věci *Varec SA v. Belgický stát* (C-450/06), v němž Soudní dvůr konstatoval, že k dosažení cíle, spočívajícího v otevření nenarušené hospodářské soutěže ve všech členských státech, je třeba, aby zadavatelé nezveřejňovali žádné informace týkající se řízení o zadávání veřejných zakázek, jejichž obsah by mohl být použit k narušení hospodářské soutěže, ať již v probíhajícím řízení, nebo v předchozích řízeních o zadání zakázky. Užitečný účinek této povinnosti zadavatelů by nemohl nastat mj. tehdy, pokud by musely být tyto informace bez omezení poskytnuty žalobci nebo dokonce jiným osobám. Soudní dvůr tím poukazoval na riziko podávání účelových návrhů, respektive žalob, jejichž cílem by nebylo získání veřejné zakázky, ale přístupu k nabídkám a k informacím pojmově zakládajícím obchodní tajemství ve smyslu § 17 obchodního zákoníku. V rámci přezkumného řízení proto musí mít příslušné orgány možnost rozhodnout, že některé informace obsažené ve spisech nebudou účastníkům řízení a jejich advokátům předány. Nad rámec této citace pak žalovaný upozorňuje na obsah odstavce 1 preambule směrnice Rady 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „zadávací směrnice“), z něhož vyplývá, že tato směrnice je založena na judikatuře Soudního dvora, a proto judikatura Soudního dvora je z hlediska svého obsahu fakticky právem.

Nesprávné posouzení právní otázky dopadá rovněž na odstavec [239] rozsudku. Smyslem povinnosti žalovaného podle § 122 odst. 2 ZVZ má podle krajského soudu být „ochrana obchodního tajemství zejména ve vztahu k třetím osobám (nikoli účastníkům řízení)“. Takový charakter dotčené povinnosti, představující ochranu vůči všem myslitelným narušitelům, však žalovaný nesdílí, neboť nevyplývá z žádného ustanovení. Z důvodové zprávy je patrné, že toto ustanovení má přispět k ochraně obchodního tajemství, přičemž výjimka se uplatní ve vztahu k řízení trestnímu.

Žalovaný závěrem své kasační stížnosti poukazuje na nesrozumitelnost odstavce [229] rozsudku, v němž krajský soud dospěl k závěru, že při zjišťování splnění podmínky cenové výhodnosti bylo porušeno ustanovení § 6 ZVZ. Toto ustanovení však dopadá

výhradně na postup zadavatele, nikoli na postup žalovaného. Pokud krajský soud zamýšlel toto tvrzení vztáhnout na zadavatele veřejné zakázky, z formulace odstavce [229] to nevyplývá. Nepřezkoumatelností jsou stíženy taktéž odstavce [235], respektive [238], v nichž krajský soud odkazuje na neexistující § 122 odst. 3 ZVZ.

Osoba zúčastněná na řízení I. (dále též jen „zadavatel“) ve své kasační stížnosti opětovně namítá nedostatek aktivní legitimace žalobce s tím, že není osobou oprávněnou k podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele. Z jeho strany nebyly naplněny dva podstatné předpoklady, a to zájem na získání veřejné zakázky a hrozba újmy (nebo její vznik) v důsledku domnělého porušení ZVZ. Krajský soud aktivní legitimaci bez náležité opory v ZVZ odvodil od skutečnosti, že žalobce již v minulosti zadavateli poskytoval plnění související s železniční dopravou. Zadavatel trvá na tom, že tyto dřívější dodávky nečiní z žalobce automaticky oprávněného, respektive hypotetického zájemce pro všechny další zakázky. Podstatné je, že žalobce v rozhodné době nedisponoval produktem, který by splňoval (podle krajského soudu navíc plně legitimní) požadavek na provozní rychlost 230 km/h, ale neměl ani zájem takový produkt nabízet; to žalobce dokonce sám potvrdil (viz prezentace k návrhu na přezkoumání úkonu zadavatele ze dne 11. 7. 2011 a prezentace s názvem „*Railjet pro České dráhy – Námitky Škody Transportation*“ ze dne 8. 8. 2011). Ani tvrzení žalobce, že teoreticky mohl mít zájem o jinou veřejnou zakázku (tedy takovou, v níž by nebyl stanoven požadavek na provozní rychlost minimálně 230 km/h), jeho aktivní legitimaci nezakládá. Podle zadavatele není splněna ani druhá podmínka pro aktivní legitimaci, tedy podmínka hrozící nebo vzniklé újmy. Zadavatel opakuje, že žalobce žádnou (ani teoretickou) možnost získat veřejnou zakázku neztratil, neboť ji nikdy neměl. Žalovaný proto měl návrh žalobce zamítnout podle § 118 odst. 4 písm. c) ZVZ. Na neoprávněnosti návrhu nemění nic ani to, že žalovaný žalobci přiznal více práv, než mu náleželo, a že s ním jednal jako s účastníkem správního řízení, neboť práva účastníka řízení nezískává a na svých veřejných subjektivních právech nemůže být zkrácen ten, s kým správní orgán jednal nesprávně jako s účastníkem řízení (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 12. 2005, č. j. 3 As 8/2005 - 118). Se shodnými žalobními námitkami se přitom krajský soud nevypořádal.

Zadavatel rovněž trvá na tom, že podle ZVZ vůbec postupovat nemusel (zadal-li veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, učinil tak z opatrnosti), protože se jednalo o převod části již vysoutěžené veřejné zakázky mezi dvěma sektorovými zadavateli; podstatu této transakce následně v podrobnostech popisuje. Shrnuje, že zadavatel vstoupil v rozsahu dodávky posledních 16 ks vlakových souprav do práv a povinností ÖBB vyplývajících ze smlouvy, kterou ÖBB uzavřela se společností Siemens Aktiengesellschaft Österreich, která má být, namísto společnosti Siemens, s. r. o., osobou zúčastněnou na řízení ad II. Krajský soud zjevně pochybil, založil-li svůj závěr, že se jedná o novou veřejnou zakázku, na ničím nepodloženém zjištění, že byla uzavřena nová smlouva, a dále, že se mění místo plnění veřejné zakázky. Zadavatel připomíná, že vstoupil do práv a povinností ÖBB na základě trojstranné smlouvy, na níž navazovala deklarace potvrzující vzájemná práva a povinnosti. Skutečnost, že nedošlo ke změně místa plnění, vyplývá například z dobrovolného oznámení o průhlednosti *ex ante*, které zadavatel zveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách. V této části proto považuje zadavatel napadený rozsudek za nepřezkoumatelný. Nad rámec výše uvedeného uvádí, že i v odborné literatuře se záměna zadavatelů na vnitrostátní úrovni připouští za předpokladu,

pokračování

že pravidla, která se na dané zadavatele ve vztahu k předmětné veřejné zakázce vztahují, jsou ekvivalentní, tedy pokud je ekvivalentní rozhodná právní úprava. O této ekvivalenci zadavatel nepochybuje, a to s ohledem na implementaci zadávací směrnice do právních řádů napříč Evropskou unií. Jedná se tedy o otázku výkladu a aplikace evropských zadávacích směrnic. Krajský soud v této souvislosti zcela opomněl vypořádat žalobní návrh na předložení předběžné otázky k Soudnímu dvoru; předložení těchto otázek zadavatel v kasační stížnosti zdejšímu soudu navrhuje a připomíná, že Nejvyšší správní soud, jakožto poslední instance, ve smyslu čl. 267 Smlouvy o fungování Evropské unie, má povinnost takovou otázku položit, pakliže by byla pro rozhodování podstatná. To v daném případě nastane vždy, až na případy, kdy by bylo rozhodnuto na základě jiného důvodu, pro který by žaloba musela být zamítnuta nebo odmítnuta.

Zadavatel se ve své kasační stížnosti dále obsáhle vyjadřuje k první podmínce pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, tedy k existenci *ceny podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena*. Má za to, že dokazování provedené žalovaným bylo mimořádně extenzivní a ve výsledku dostatečné. Za chybný označuje závěr krajského soudu, že žalovaný neosvětlil, proč z hlediska ceny porovnával vlakové soupravy *Railjet* pouze se soupravami *ICx*. Krajský soud, i přes proklamaci, že srovnání cen je zejména odbornou činností, nikoli právní, přistoupil k nepatřičnému přehodnocení odborných úvah žalovaného a pustil se do spekulací mj. v oblasti dopravně-technických parametrů železničních vozidel a možnosti jejich cenového porovnávání (viz např. odstavec [221] rozsudku), jakkoli správním soudům nepřísluší nahrazovat odborný a dostatečně zdůvodněný úsudek specializovaných orgánů státní správy. Tímto způsobem tedy soud vybočil z mezí přezkumu. Přisoudil-li krajský soud značnou váhu znaleckému posudku GTV, upozorňuje zadavatel, že tento posudek je zatížen řadou chyb a zkreslení, které jsou pravděpodobně důsledkem nedostatečné erudice jeho zpracovatele v oboru železniční dopravy. Tento posudek předně hodnotí produkty, které zadavatel nepoptával, a navíc neprovádí ani krajským soudem předpokládané korekce a (pravděpodobně účelově) opomíjí vlakové soupravy *ICx* pro Deutsche Bahn AG. Nekonzistentnost znaleckého posudku GTV, který sice potvrzuje vzájemnou srovnatelnost jednotek *Railjet* a *ICx*, přesto ale dospívá k závěru, že vlakové soupravy *Railjet* cenově výhodné nejsou, žalovaný překlenul svým přístupem k tomuto posudku. Zadavatel opětovně připomíná, že krajský soud zcela odhlédl od faktu, že pokud by zadavatel poptával jednotky *Railjet* mimo série 67 jednotek pro ÖBB, vztahovaly by se na takovou dodávku některé nové evropské normy, týkající se technické specifikace interoperability (TSI), což by vyvolalo nutnost změny konstrukce těchto jednotek, novou homologaci, prodloužení harmonogramu dodávek a s tím spojené navýšení ceny. Jinak řečeno, cenová výhodnost nabídky vybraného uchazeče spočívala také v tom, že se jedná o dodávku v rámci již běžícího projektu. I z tohoto důvodu nebylo třeba, aby žalovaný zjišťoval informace o tom, za kolik byl vybraný uchazeč v roce 2011 schopen dodat 16 vlakových souprav *Railjet*, nebo aby dopočítával cenu s přihlédnutím k inflaci. Mimořádná povaha ceny vyplývala i z časové omezenosti převzetí části již běžícího projektu, na který se, jak bylo uvedeno, neuplatnily všechny normy TSI; s touto skutečností se tedy krajský soud nevypořádal, a proto je jeho rozsudek nepřezkoumatelný. K prokázání existence *ceny podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena* zadavatel shrnuje, že analýzy provedené v odborných posudcích představují podstatně kvalitnější nástroj, než je průzkum trhu, mj. i proto, že nezávazně oslovení potenciální dodavatelé by zadavateli z různých důvodů (například proto, že v obchodních kruzích byla cena nabízená vybraným uchazečem

zadavateli již známa) nemuseli poskytnout informace pravdivé. Obdobně není důvodný ani názor, že měl žalovaný opatřit další znalecký posudek, protože cenová výhodnost vlakových souprav *Railjet* byla dostatečně prokázána důkazy založenými do spisu. Zadavatel zdůrazňuje, že jediným kritériem je v daném případě nabídková cena, nikoli ekonomická výhodnost nabídky či cena za sedadlo.

V závěru kasační stížnosti vyjadřuje zadavatel svůj nesouhlas se závěrem krajského soudu o zkrácení žalobce na jeho procesních právech tím, že mu žalovaný neumožnil nahlédnout do částí spisu, kterými se měl provádět důkaz. Zadavatel dává krajskému soudu za pravdu pouze v tom, že v daném případě dochází ke střetu práva na ochranu obchodního tajemství a procesního práva nahlížet do spisu, avšak již nesouhlasí s tím, aby právu na nahlížení do spisu byla přiznávána větší váha. Poukazuje v této souvislosti zejména na § 122 ZVZ, který žalovanému ukládá povinnost zachovat důvěrnost obchodního tajemství. Není však pravda, že toto ustanovení bylo formulováno pouze na ochranu obchodního tajemství ve vztahu ke třetím osobám. Dosavadní judikatura, kterou označil krajský soud za překonanou, vycházela z principu, že procesní právo na nahlížení do spisu je třeba vyvažovat oproti právu na ochranu obchodního tajemství. Tento přístup je aplikovatelný i ve vztahu k nyní platnému a účinnému § 38 odst. 6 správního řádu, což podtrhuje i zásada vyjádřená v § 2 odst. 3 správního řádu, podle kterého správní orgán šetří práva nabytá v dobré víře, jakož i oprávněné zájmy osob, jichž se činnost správního orgánu v jednotlivém případě dotýká. Nutnost vyvážit zájem na ochraně obchodního tajemství na straně jedné a princip kontradiktornosti (respektive právo na spravedlivý proces) na straně druhé, vyplývá i z rozsudku Soudního dvora ze dne 14. 2. 2008 ve věci *Varec SA v. Belgický stát* (C-450/06), jakkoli zadavatel samotný princip kontradiktornosti v přezkumném řízení zpochybňuje. V tomto rozsudku se mj. uvádí, že zásada kontradiktornosti řízení neposkytuje účastníkům žádný nárok na neomezený a absolutní přístup ke všem informacím týkajícím se dotčeného řízení. Z těchto důvodů je zadavatel stále přesvědčen o tom, že povinností žalovaného bylo přihlédnout k významné citlivosti a hodnotě údajů obsažených v dokumentech vybraného uchazeče, a to tím spíše, že subjekt, který se těchto informací dožadoval, byl jeho přímý konkurent, který navíc nebyl schopen danou veřejnou zakázku sám realizovat. Zpřístupněním chráněného obchodního tajemství žalobci by vznikla vybranému uchazeči škoda, jejíž náhradu by mohl vymáhat, a to s ohledem na citovanou judikaturu Soudního dvora pravděpodobně úspěšně. Zadavatel je přesvědčen, že žalobci žádná procesní práva upřena nebyla, o čemž svědčí nejen jeho rozsáhlá argumentace uplatněná ve správním a soudním řízení či podrobnost odůvodnění rozhodnutí žalovaného a jeho předsedy, ale i fakt, že by zpřístupnění požadovaných informací na výsledku správního řízení ničeho nezměnilo. Nejednalo by se navíc o procesní pochybení takové intenzity, aby mohlo mít za následek nezákonnost správních rozhodnutí.

Osoba zúčastněná na řízení II. (dále jen „vybraný uchazeč“) uvádí ve své kasační stížnosti shodné námitky jako osoba zúčastněná na řízení I., byť ve stručnější podobě, pouze s tím rozdílem, že se nijak nevyjadřuje k otázce, zda se v daném případě jednalo o novou veřejnou zakázku, nebo zda fakticky šlo o záměnu dvou zadavatelů.

Žalobce ke kasačním stížnostem především uvedl, že po celou dobu běhu správního řízení měl zájem na získání veřejné zakázky a tento zájem také tvrdil. Ke zpochybňované žalobní legitimaci odkazuje na § 110 odst. 1 ZVZ, podle něhož postačuje, že se jedná o

pokračování

dodavatele, který je schopen předmět veřejné zakázky potenciálně dodat. Tento fakt potvrzuje například podání ze dne 17. 8. 2011, z něhož vyplývá vůle žalobce k dodání vlakových souprav pro rychlost až 230 km/h, s variabilitou vnitřního uspořádání dle požadavků zadavatele. Žalobce proto trvá na diskriminačním vymezení předmětu veřejné zakázky a na neoprávněném užití jednacího řízení bez uveřejnění. K tvrzení, že žalobci nevznikla a ani nehrozila žádná škoda (i ve formě ušlého zisku), žalobce uvádí [s připomenutím čl. 1 odst. 3 přezkumné směrnice a rozsudku Soudního dvora ze dne 19. 6. 2003 ve věci *Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH a další v. Autobahnen- und Schnellstrassen-Finanzierungs-AG* (C-410/01)], že přezkumná směrnice nechala podrobnou úpravu přezkumného řízení na členských státech tak, aby bylo dostupné každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky a které vznikla nebo mohla vzniknout škoda domnělým porušením zákona; to nicméně nikoho nezmocňuje k výkladu pojmu „zájem na získání veřejné zakázky“ takovým způsobem, který by omezil účinnost této směrnice. Právo přezkumu proto náleží každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky a které v důsledku možného protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí škoda hrozí. Nad rámec výše uvedeného žalobce dodává, že právě realizaci jiných dodávek pro zadavatele vzal krajský soud za okolnost jednoznačně zakládající aktivní legitimaci žalobce. Bylo by v rozporu s principy zadávání veřejných zakázek zakládat aktivní legitimaci pouze na tom, zda žalobce vyrábí či dodává přesně určené a vymezené jednotky *Railjet*. Žalovaný ostatně s žalobcem jako s účastníkem řízení jednal, v souladu s vymezením okruhu účastníků řízení v ustanovení § 116 ZVZ.

Ve shodě s rozsudkem krajského soudu prezentuje dále žalobce názor, že se v daném případě nemohlo jednat o pouhou změnu zadavatele, respektive že zadavatel vůbec nemusel danou veřejnou zakázku zadávat v některém druhu zadávacího řízení. Výklad připouštějící volné a netransparentní překupování opčních práv v rámci smluv uzavíraných při veřejných zakázkách by mohl vést k předchozím domluvám zadavatelů, v jejichž důsledku se dodavatelé nebudou moci ucházet o tuto zakázku i u dalšího zadavatele, což je neslučitelné s cíli, které sleduje právní úprava zadávacích směrnic (rozvoj vnitřního trhu a nenarušená konkurence mezi podniky). Upozorňuje však, že není schopen svou argumentaci k této problematice v podrobnostech rozvést, protože mu dosud nebyly zpřístupněny relevantní smlouvy mezi zadavatelem, respektive ÖBB, a vybraným uchazečem. S odkazem na rozsudek Soudního dvora ze dne 19. 6. 2008 ve věci *Presstext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich* (C-454/06) dospívá žalobce k závěru, že i kdyby byla teze o možnosti převzetí části veřejné zakázky možná a v souladu s právem, pak u nyní přezkoumávané veřejné zakázky došlo k podstatným změnám, které by jinak umožnily připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně zainteresováni na veřejné zakázce. Změna zadavatelů, které se osoby zúčastněné na řízení dovolávají, tak není ničím jiným než samostatnou a nezávislou veřejnou zakázkou, kterou je nutné zadat v některém druhu zadávacího řízení. Nad rámec výše uvedeného žalobce opětovně poukazuje na rozdíl ve vymezení předmětu plnění podle oznámení o zadání přezkoumávané veřejné zakázky a předmětu plnění podle smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem ve znění pozdějších změn a dodatků, a to zejména proto, že zadavatel dodatečně (a nepřipustně) rozdělil požadované plnění. Skutečně realizované nákupy nejprve sedmi a poté osmi souprav *Railjet* nelze odvozovat od původní veřejné zakázky na 16 ks souprav jednotek *Railjet* a nelze je ani realizovat v rámci jednoho zadávacího řízení.

Stran cenové výhodnosti plnění trvá žalobce na tom, že nebyla splněna podmínka existence *ceny podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena*. Je to přitom zadavatel, koho stíhalo důkazní břemeno splnění podmínek pro postup podle § 23 odst. 5 písm. e) ZVZ. Cenová srovnání nabízené vlakové soupravy se soupravami konkurenčními byla zpochybněna, stejně jako byly zpochybněny odborné posudky; žalovaný navíc nijak nezdůvodnil, proč akcentoval posudky předložené zadavatelem, a to za situace, kdy mezi odbornými posouzeními existovaly zásadní rozpory. Žalobce se proto ztotožňuje s krajským soudem i v tom, že mělo dojít ke zpracování průzkumu trhu, případně srovnání více vlakových souprav při provedení nezbytných korekcí. Bylo povinností žalovaného nalézt více než jen jeden referenční produkt; z pouhého konstatování, že vlakové soupravy *HT65000* byly vyrobeny pro turecký trh, nevyplývá, že nebyly vyrobeny s předepsanou kvalitou podle příslušných směrnic [kvalitu těchto vlakových souprav ostatně potvrdil i znalecký posudek č. 06-03/2013, zpracovaný z podnětu žalobce Ing. Martinou Hábovou, Ph.D., znalcem v oboru ekonomika, odvětví ceny a odhady se zvláštní specializací oceňování podniku (dále jen „znalecký posudek Ing. Martiny Hábové, Ph.D.“)]. Krajský soud přitom neoktrojoval žalovanému žádný povinný postup, ale zavázal ho pouze k dostatečnému a přesvědčivému zjištění skutkového stavu. Žalobce tedy plně souhlasí s krajským soudem v tom, že si žalovaný vybral z předložených odborných stanovisek jen ty části, které bez opodstatněného důvodu vyhodnotil jako přesvědčivější a pravdivější, aniž by však byl schopen své počinání přesvědčivě zdůvodnit. Ohrazuje se přitom proti domněnce žalovaného, že instituce, které na jeho popud zpracovávaly znalecký posudek, mohly mít zájem na zkreslení výsledku v jeho prospěch. Rezignace na objektivní zjištění skutkového stavu věci měla za následek porušení § 3 správního řádu; tento nedostatek je o to markantnější, že od zjištění poměru nabídkové ceny k obvyklé tržní ceně se odvíjí závěr o tom, zda zadavatel použil jednací řízení bez uveřejnění oprávněně. Obdobně jako krajský soud nabyl i žalobce dojmu, že cena vysoutěžená v rámci zadávacího řízení je běžnou tržní cenou, nikoli mimořádnou cenovou nabídkou. To ostatně potvrzuje i závěr znaleckého posudku Ing. Martiny Hábové, Ph.D., v němž je porovnávána (a korigována) cena vlakových souprav *JAVELIN 395* a *HT65000* vůči ceně vlakových souprav *Railjet*. Na tom nemění nic ani skutečnost, že na zakoupené jednotky *Railjet* se nevztahují nové evropské normy týkající se technické specifikace interoperability (TSI). Případný vliv norem TSI na cenu jednotek *Railjet* totiž nijak neprokazuje, že by cena, za kterou tyto jednotky měl pořídit zadavatel, byla podstatně nižší než cena tržní. Potřebné cenové korekce tedy lze reálně provést, přičemž ovšem krajský soud po žalovaném nepožadoval, aby se sám pouštěl do vědecky a matematicky přesných cenových srovnání jednotlivých vlakových souprav.

Nadto nebyla splněna ani druhá podmínka pro postup podle § 23 odst. 5 písm. e) ZVZ, tj. *časová omezenost* cenové nabídky. Ze zmíněného posudku vyplývá, že k několikaměsíčnímu přerušení výroby nakonec stejně došlo, jelikož i po podpisu smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem v roce 2011 zadavatel několikrát zpochybnil svůj záměr nákup vlakových souprav uskutečnit. Teprve v srpnu roku 2012 dozorčí rada zadavatele schválila záměr nákupu prvních sedmi souprav, a tudíž stejného výsledku by se dosáhlo i v případě, kdy by rozhodnutí o nákupu přišlo o 3 až 12 měsíců později, neboť indexy cen rozhodujících komponentů se zásadně nezměnily a dodavatelé komponentů původně počítali s dodávkami pro 67 souprav. Ve znaleckém posudku byla porovnána mj. také doba, po kterou by trvalo standardní zadání veřejné zakázky (cca 6 měsíců), s dobou,

pokračování

po kterou trvalo přezkoumávané zadávací řízení (taktéž 6 měsíců a dále dalších 9 měsíců po prodloužení). Nabídku vybraného uchazeče proto nelze považovat za *časově omezenou*; fakt, že si toho byl vědom i zadavatel v době zadání veřejné zakázky, prokazuje řada důkazů, které žalobce ve správním řízení předložil.

Žalobce se ztotožňuje rovněž se závěrem krajského soudu, že mu byla v řízení před žalovaným upřena procesní práva tím, že mu nebylo umožněno nahlédnout do částí spisu, jimiž byl prováděn důkaz; na tom nic nemění ani (neopodstatněná) domněnka, že by nahlédnutí do spisu ničeho nezměnilo na výsledku řízení, neboť zneprístupněné informace měly mít, z pohledu zjišťování skutkového stavu věci, toliko marginální význam. Pokud snad žalovaný vycházel z informací, které byly běžné dostupné, nevidí racionální důvod pro odmítnutí žádosti o nahlížení do příslušné části spisu. Sdílí také názor, že povinnost mlčenlivosti, kvůli které je vyloučeno nahlížení do části spisu, musí mít veřejnoprávní povahu, což obchodní tajemství nemá. V souvislosti s opakovanými odkazy na rozsudek Soudního dvora ze dne 14. 2. 2008 ve věci *Varec SA v. Belgický stát* (C-450/06) uvádí, že odkazy citované zadavatelem a vybraným uchazečem jsou účelově vytrženy z kontextu, zejména s přihlédnutím ke stanovisku Generální advokátky. Žalobce je stále přesvědčen, že dokumenty ze spisu, k nimž žádal přístup, byl prováděn důkaz, čemuž nasvědčují například body [18], [28] a [68] rozhodnutí žalovaného a bod [107] prvostupňového rozhodnutí. Byla-li žalobci upřena možnost vyjádřit se k těmto pro věc rozhodným podkladům, nutně to má vliv na zákonnost a přezkoumatelnost obou rozhodnutí. Žalobce přitom nežádal zpřístupnění všech informací vztahujících se k přezkoumávanému zadávacímu řízení, ale jen o možnost vyjádřit se k provedeným důkazům. Žalovaný evidentně nerozlišuje mezi ochranou obchodního tajemství obecně (vůči všem osobám) a jeho ochranou v rámci institutu nahlížení do spisu, respektive seznámení se s podklady rozhodnutí (ve vztahu k účastníkům správního řízení).

Žalobce konečně nesouhlasí ani s tvrzenou nepřezkoumatelností rozsudku krajského soudu, jak ji namítá žalovaný; v obecné rovině odkazuje na ustálené pojetí nepřezkoumatelnosti v judikatuře Nejvyššího správního soudu a dále v konkrétní rovině podává, proč, podle jeho názoru, odstavce [229], [235] a [238] napadeného rozsudku nepřezkoumatelností stíženy nejsou (závěr žalovaného, že je porušení § 6 ZVZ vytýkáno právě jemu, je naprosto zavádějící; uvedení neexistujícího odstavce § 122 ZVZ je pouhou chybou v psaní).

Žalovaný ve svém vyjádření ke kasačním stížnostem osob zúčastněných na řízení konstatoval, že se plně ztotožňuje s jejich právním hodnocením věci, a to jak v názoru na dostatečnost provedeného dokazování, tak v přístupu k procesním právům žalobce. Obě kasační stížnosti tak plně podporují procesní postoj žalovaného v řízení před zdejším soudem.

Zadavatel zaslal k vyjádření žalobce repliku, v níž nad rámec již dříve formulovaných stížnostních námitek uvádí výhrady ke znaleckému posudku Ing. Martiny Hábové, Ph.D. Upozorňuje především na dikci § 82 odst. 4 správního řádu, které je projevem zásady koncentrace správního řízení a které omezuje možnost předkládání nových důkazů v odvolacím řízení, pokud účastník nic nebránilo tyto důkazy předložit již v řízení prvostupňovém. Obdobně i § 77 odst. 2 s. ř. s. brání tomu, aby účastník řízení

hojil v řízení před správními soudy svou nedostatečnou procesní aktivitu ve správním řízení, neboť přezkum ve správním soudnictví nelze chápat jako další instanci správního řízení.

Kromě toho však vykazuje předložený znalecký posudek i věcné vady a nesplňuje náležitosti na něj kladené příslušnými právními předpisy. První věcnou vadou je nedostatek odborné erudice znalkyně v oboru *kolejová doprava*. Ten sice měla znalkyně překonat „konzultací s technickými odborníky“, nicméně jména těchto osob ve znaleckém posudku neidentifikuje, ač to požaduje § 10 odst. 2 zákona č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o znalcích“). To vede zadavatele k domněnce, že znalkyně pouze převzala závěry technických pracovníků žalobce. Znalecká doložka dále neobsahuje označení seznamu, v němž je znalkyně zapsána, a není umístěna na poslední straně posudku. Znalkyně v mnoha ohledech vybočuje z rámce své znalecké činnosti a pouští se do posouzení právních otázek (například tím, že za *cenu podstatně nižší, než je obvyklá tržní cena* považuje cenu o 20 % nižší než je cena tržní). V návaznosti na tento dílčí závěr provedla znalkyně srovnání ceny, za niž jednotky *Railjet* v roce 2005 pořídily ÖBB s cenami vlakových souprav *JAVELIN 395* a *HT65000*, přestože takové srovnání je pro účely tohoto řízení naprosto irelevantní (na místě bylo posoudit cenovou výhodnost vlakových souprav *Railjet* v roce 2011). Znalecký posudek nezohlednil ani některé specifické aspekty dodávky vlakových souprav *JAVELIN 395* v souvislosti s pořádáním olympijských her v Londýně v roce 2012; tyto specifické aspekty se odrazily i v pořizovací ceně. Dalším důvodem, který vylučuje vzájemnou porovnatelnost, jsou některé technické parametry, které souvisejí s podmínkami, za nichž jsou tyto vlakové soupravy provozovány, ať již se jedná o požadavky na klimatickou odolnost, bezpečnost a elektromagnetickou kompatibilitu, či fakt, že jsou provozovány na trati s pouhým jedním napětím či koncipovány jako regionální vlaky s jízdní dobou do 60 minut. I ve vztahu ke druhé podmínce, tj. *časové omezenosti nabídky*, provedla znalkyně právní hodnocení věci, a to navíc na základě chybných presumpcí, plynoucích z neznalosti okolností, za nichž jednání mezi zadavatelem, vybraným uchazečem a ÖBB ohledně dodání 16 ks jednotek *Railjet* probíhalo. Znalkyně navíc porovnávala délku zadávacího řízení na soupravy *Railjet* s „obvyklou“ délkou zadávacích řízení na „obdobný“ předmět plnění, avšak tuto analýzu staví na dvou zakázkách na dodání vlaků, aniž by uvedla bližší identifikační údaje o těchto zadávacích řízeních. Zadavatel naproti tomu poukazuje na zadávací řízení v Polsku na dodávku 20 rychlovlaků *Pendolino* o provozní rychlosti až 250 km/h, které trvalo bezmála 3 roky. Znalkyně také nepřipustně přehodnocuje obchodní potřeby zadavatele tím, že zpochybňuje požadavek na konstrukční rychlost 230 km/h, kterou potvrdil jako legitimní i krajský soud, a porovnává cenu za sedadlo, ačkoli je třeba vycházet z ceny vlakových jednotek jako celku, nikoli z odvozeného cenového parametru. Ve svém posudku používá hypotetické cenové konstrukce (přepočítávací poměr, který má reflektovat rozdíl mezi trakčními a netrakčními jednotkami), aniž by přesvědčivě vysvětlila, o co tyto konstrukce opírá, a aby (pravděpodobně vědoma si jejich neudržitelnosti) od nich posléze ustoupila a k jednotkám *Railjet* připočítala cenu za pořízení nové lokomotivy *Siemens Taurus 1216*. Zadavatel však již mnohokrát namítal, že existují i jiné varianty, jak k soupravám *Railjet* opatřit nezbytná hnací vozidla (využití starších lokomotiv z vozového parku nebo pronájem). Zadavatel dále namítá, že znalkyně účelově manipuluje s číselnými údaji o inflaci a pohybech měnových kurzů tak, aby ceny jednotek *JAVELIN 395* a *HT65000* byly prezentovány v lepším světle, a odkazuje zejména

pokračování

na nesrozumitelné tabulky č. 2 na straně 16, č. 4 na straně 21 a č. 5 na straně 26 znaleckého posudku. Tyto věcné chyby činí provedené výpočty nepoužitelnými, nehledě na to, že porovnávání jednotek *Railjet* a jednotek *JAVELIN 395* či *HT65000* není možné i z dalších, výše opakovaně předestřených, důvodů. Zadavatel k replice připojuje vlastní cenové porovnání jednotek *Railjet* s jinými vlakovými soupravami a znovu poukazuje na nejnovější evropské normy TSI, které se na dodávku vlakových souprav *Railjet* nevztahovaly. Dle jeho názoru si žalobce musí být vědom toho, že povinnost tyto normy aplikovat vyvolává značné změny ve vybavení a konfiguraci kolejových vozidel; za paradoxní považuje, že právě povinností aplikovat nejnovější normy TSI odůvodňuje žalobce v jiné věci prodlení s dodávkou lokomotiv řady 380. Ke zpochybňované *časové omezenosti nabídky* (v návaznosti na dílčí závěr znaleckého posudku, podle kterého měl zadavatel potvrdit odběr jednotek *Railjet* až v srpnu roku 2012) zadavatel uvádí, že oprávnění odstoupit od smlouvy, pokud by se zadavateli nepodařilo pro jednotky *Railjet* nalézt obchodní nasazení, neznamená, že by nabídka nebyla časově omezená; jedná se čistě jen o přenesení části obchodního rizika na vybraného uchazeče. Zadavatel se dále znovu vyjadřuje k problematice provádění dokazování a prezentuje svůj názor, že žalovaný si byl oprávněn učinit odborné závěry v principu sám a že zpracování znaleckého posudku v přezkoumávané věci nutné nebylo.

Posléze zadavatel zdejšímu soudu předložil revizní znalecký posudek Vysoké školy báňské – Technické univerzity Ostrava, Fakulty strojní, Institutu dopravy ze dne 5. 12. 2013 vypracovaný doc. Ing. Janem Famfulíkem, Ph.D. (dále jen „revizní znalecký posudek“), který podrobně reviduje analýzy a závěry posudku Ing. Martiny Hábové, Ph.D., a potvrzuje *mimořádnou cenovou výhodnost* nabídky vybraného uchazeče, a tudíž i oprávnění zadavatele poptat předmětné plnění v jednacím řízení bez uveřejnění. V revizním znaleckém posudku je mj. zpochybňován přepočet cen s přihlédnutím k inflaci a detailně napadán způsob ocenění lokomotiv *Taurus* i jednotlivých vlakových souprav, s nimiž byly jednotky *Railjet* porovnávány; výpočty a závěry posudku Ing. Martiny Hábové, Ph.D., tak revizní znalecký posudek označuje za účelové, manipulativní a nepřezkoumatelné.

Žalobce, v návaznosti na zadavatelovu repliku, nad rámec již dříve uplatněných stanovisek uvedl, že ačkoli nijak nerozporuje názor, že v této fázi řízení je již nepřípustné předkládat jakékoli nové důkazy, nic to nemění na tom, že znalecký posudek Ing. Martiny Hábové, Ph.D., byl do spisu založen především v reakci na stále se opakující námitky zadavatele o naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění a v reakci na závěry napadeného rozsudku o nedostatečném skutkovém zjištění otázky *cenové výhodnosti* nabídky vybraného uchazeče. Ve zmiňovaném posudku je nejenom ilustrováno, proč nemohlo k naplnění těchto podmínek dojít, ale i to, že důsledné cenové porovnání s využitím ekonomických metod a korekcí provést lze. Následující část vyjádření žalobce k replice zadavatele se v podrobnostech týká problematiky referenčních produktů (kdy je žalobce přesvědčen o přípustnosti porovnání jednotek *Railjet* s jednotkami *JAVELIN 395* a *HT65000*), požadavků na normy TSI (argumentaci zadavatele označuje žalobce jako účelovou), ke způsobu vymezení předmětu veřejné zakázky (žalobce trvá na tom, že toto vymezení bylo netransparentní a diskriminační) a k důkaznímu břemenu o podmínkách použití jednacího řízení bez uveřejnění, které dopadá na zadavatele. S odkazem na důvodovou zprávu k ZVZ vyjadřuje žalobce názor, že by tento druh zadávacího řízení

neměl být zneužíván pro dodávky zboží představující dlouhodobou investici v hodnotě několika miliard Kč, ale pouze příležitostně a výjimečně pro koupi zboží každodenní potřeby. Navíc, jak vyplývá i z posudku Ing. Martiny Hábové, Ph.D., cena vysoutěžená ÖBB v roce 2006 se pohybuje spíše na úrovni trhu, a proto ani „*převzetí dodávek pro ÖBB*“ za stejnou cenu nelze považovat za *cenu podstatně nižší než je obvyklá tržní cena*. Je-li hlavním cílem zadávacího procesu hospodárné vynakládání veřejných prostředků (§ 6 ZVZ), tím spíše by měl zadavatel postavit na jisto, že ke splnění podmínek podle § 23 odst. 5 písm. e) ZVZ došlo; to vše při vědomí restriktivních podmínek pro použití jednacích řízení bez uveřejnění. V další části svého vyjádření polemizuje žalobce se splněním podmínky *časové omezenosti nabídky* vybraného uchazeče. Uvádí, že ze skutečnosti, že byla nabídka potvrzena teprve po více jak roce po podpisu smlouvy o dodání jednotek *Railjet*, nevyplývá, že se jednalo o *časově omezenou nabídku*. Ochota převzetí obchodního rizika ze strany vybraného uchazeče naopak představuje indicii, že nabídka časově omezená nebyla; bylo by překvapující, kdyby vybraný uchazeč nabídku omezil v rozsahu tří týdnů, ale poté by celý rok v nejistotě vyčkával, zda se jí zadavatel rozhodne využít. Jakkoli tedy žalobce souhlasí s krajským soudem v tom, že žalovaný nesprávně vyhodnotil důkazy vztahující se k podmínce *cenové výhodnosti* nabídky, je přesvědčen, že se téhož nesprávného postupu dopustil i vzhledem ke splnění podmínky druhé. Žalobcem předkládané důkazy, ač byly pořízeny (vznikly) teprve po uveřejnění oznámení o dobrovolné průhlednosti *ex ante*, respektive po vydání rozhodnutí zadavatele, se vztahují k době před rozhodnutím zadavatele a prokazují, že se o *časově omezenou nabídku* nejednalo a že si toho dokonce byl již tehdy zadavatel plně vědom. Závěrem svého vyjádření prezentuje žalobce přesvědčení, že ve chvíli, kdy byla předložena protichůdná odborná stanoviska, si měl žalovaný nechat zpracovat znalecký posudek, a opětovně poukazuje na znalecký posudek Ing. Martiny Hábové, Ph.D., který, na rozdíl od zadavatele, ve věci předložil.

Zadavatel poté zaslal k vyjádření žalobce v pořadí druhou repliku. Neuvádí v ní ale žádné nové skutečnosti či argumenty mimo těch, se kterými zdejší soud seznámil již ve svých dřívějších podáních. V zásadě se znovu omezuje na zpochybnění znaleckého posudku Ing. Martiny Hábové, Ph.D., a to jednak z hlediska jeho procesní přípustnosti jako důkazu, jednak z hlediska jeho věcných a formálních vad. Opětovně poukazuje na odborná stanoviska, která si nechal vypracovat před zadáním veřejné zakázky, čímž dokazuje svůj obezřetný postup a snahu učinit maximum pro to, aby dostál požadavkům ZVZ. Uvádí dále, že ze ZVZ nelze ani v nejmenším dovodit, že by jednacím řízením bez uveřejnění bylo určeno pouze pro příležitostné nákupy zboží každodenní potřeby. Trvá na tom, že nelze porovnávat vlakové soupravy *Railjet* s vlakovými soupravami *HT65000* a *JAVELIN 395* a že je třeba přihlížet k normám TSI (a z nich vyplývající nutné homologaci vlakových souprav), které mají vliv na cenovou výhodnost nabídky (což žalobce nečiní). Stejně tak zůstává zadavatel přesvědčen, že námitka o diskriminačním a netransparentním způsobu zadání veřejné zakázky směřuje k nepřípustnému přehodnocení jeho obchodního úsudku. Obě podmínky pro postup podle § 23 odst. 5 písm. e) ZVZ pokládá tedy zadavatel za splněné.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek v rozsahu podaných kasačních stížností (§ 109 odst. 3, věta před středníkem s. ř. s.) a z důvodů v nich uvedených (§ 109 odst. 4, věta před středníkem s. ř. s.). Ve věci přitom rozhodl bez nařízení jednání za podmínek vyplývajících z § 109 odst. 2, věty první s. ř. s.

pokračování

Kasační stížnosti nejsou důvodné.

Před vlastním vypořádáním kasačních námitek je nutné upozornit, že krajský soud v záhlaví napadeného rozsudku nesprávně označil osobu zúčastněnou na řízení ad 2. (v řízení o kasační stížnosti osoba zúčastněná na řízení II.). Namísto společnosti *Siemens Aktiengesellschaft Österreich*, s níž zadavatel uzavřel smlouvu na dodávku 16 ks vlakových souprav, uvedl krajský soud ve svém rozsudku společnost *Siemens, s. r. o.*, která však v řízení před krajským soudem byla v období od 1. 1. 2012 do 31. 12. 2013 pouhým zmocněným zástupcem tohoto vybraného uchazeče (jeho jménem jednala pověřená zaměstnankyně JUDr. P. V.). Nejvyšší správní soud nicméně zmíněný nedostatek považuje za pouhou zjevnou nesprávnost, kterou lze bez potíží odstranit postupem podle § 54 odst. 4 s. ř. s., tedy i jen neformální opravou rozsudku, neboť nejde o opravu výroku (k tomu srov. například usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 3 As 102/2013 - 28; všechna rozhodnutí zdejšího soudu jsou dostupná z www.nssoud.cz). Při zkoumání míry potenciálního dopadu této vady do sféry procesních práv účastníků vyšel zdejší soud z úvahy, že žádnému z účastníků nemohla vzniknout rozumná pochybnost o tom, že vybraným uchazečem (a tedy osobou zúčastněnou na řízení) byla právě společnost *Siemens Aktiengesellschaft Österreich*, o čemž svědčí především skutečnost, že ji účastníci ve svých kasačních stížnostech i předcházejících podáních jako osobu zúčastněnou (v řízení před krajským soudem), respektive jako účastníka řízení (v řízení před kasačním soudem) správně označují. Jde tedy evidentně jen o zjevný omyl krajského soudu při vyhotovování rozsudku a nejedná se proto o natolik závažnou vadu, aby nutně musela vyústit ve zrušení napadeného rozsudku (viz například rozsudek zdejšího soudu ze dne 27. 4. 2011, č. j. 2 As 17/2011 - 117).

Společnou námitkou všech kasačních stížností je námitka nepřezkoumatelnosti napadeného rozsudku, respektive dílčích částí jeho odůvodnění [§ 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.]. Z povahy věci se Nejvyšší správní soud zabýval nejprve těmito námitkami, neboť zpravidla teprve poté, dospěje-li k závěru, že napadené rozhodnutí přezkoumatelné je, se může zabývat dalšími stížnostními námitkami (viz například rozsudek zdejšího soudu ze dne 8. 3. 2005, č. j. 3 As 6/2004 - 105, publikovaný pod č. 617/2005 Sb. NSS).

Problematickou nepřezkoumatelnosti (nejen) soudních rozhodnutí se zdejší soud zabýval v řadě svých dřívějších rozhodnutí (viz například rozsudky ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003 - 75, ze dne 29. 7. 2004, č. j. 4 As 5/2003 - 52, ze dne 18. 10. 2005, č. j. 1 Afs 135/2004 - 73, č. 787/2006 Sb. NSS, ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005 - 44, č. 689/2005 Sb. NSS, ze dne 25. 5. 2006, č. j. 2 Afs 154/2005 - 245, a ze dne 17. 1. 2008, č. j. 5 As 29/2007 - 64). V těchto rozhodnutích vyložil, že za nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost lze považovat takové rozhodnutí soudu, z jehož výroku nelze zjistit, jak vůbec soud rozhodl, tj. zda žalobu zamítl, odmítl, nebo jí vyhověl, případně, jehož výrok je vnitřně rozporný. Do této kategorie spadají i případy, kdy nelze rozeznat, co je výrok a co odůvodnění, kdo jsou účastníci řízení a kdo byl rozhodnutím zavázán. O nepřezkoumatelnosti pro nesrozumitelnost lze hovořit také tehdy, je-li odůvodnění rozhodnutí soudu vystavěno na rozdílných a vnitřně rozporných právních hodnoceních téhož skutkového stavu (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 1. 2008, č. j. 4 Azs 94/2007 - 107). Co se týče nepřezkoumatelnosti rozhodnutí pro nedostatek důvodů,

pod tento termín spadají nedostatky důvodů skutkových. Bude se typicky jednat o případy, kdy soud opřel rozhodovací důvody o skutečnosti v řízení nezjišťované, případně zjištěné v rozporu se zákonem, anebo kdy není zřejmé, zda vůbec nějaké důkazy v řízení byly provedeny.

Do kategorie nepřezkoumatelnosti rozhodnutí pro nesrozumitelnost lze nepochybně podřadit námitky nesrozumitelnosti bodů [229] a [235], respektive bodu [238], napadeného rozsudku. V bodě [229] krajský soud uvedl, že „*při zjišťování splnění podmínky cenové výhodnosti bylo porušeno ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách*“, přičemž ve větě bezprostředně následující konstatoval, že: „*[ž]alovaný nepostavil na jisto, zda byla splněna první podmínka ustanovení § 23 odst. 5 písm. e) zákona o veřejných zakázkách, čímž došlo k porušení § 3 správního řádu.*“ Nejvyšší správní soud při posouzení srozumitelnosti této části odůvodnění dospěl k závěru, že první věta, v níž krajský soud hovoří o porušení § 6 ZVZ, aniž by konkretizoval subjekt, který se měl porušení tohoto ustanovení dopustit, sama o sobě nesrozumitelná není; v kontextu následující věty, v níž se soud zabýval pochybením žalovaného při zjišťování existence podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, však užitá argumentace může mít vskutku poněkud matoucí vliv. S ohledem na bezprostřední návaznost obou vět může legitimně vyvstat otázka, zda neadresná formulace ve větě první nemá směřovat k závěru, že se porušení zásad transparentnosti a zákazu diskriminace dopustil žalovaný. Jelikož však napadený rozsudek nic takového explicitně neříká (a to ani na jiném místě odůvodnění) a takový závěr by byl nelogický a *prima vista* rozporný s dikcí § 6 ZVZ, které povinnost postupovat v duchu těchto zásad ukládá jednoznačně zadavateli (zde osobě zúčastněné na řízení I.), a nikoli orgánu dohledu (žalovanému), lze bez rozumných pochybností dovodit, že porušení povinnosti uvedené v ustanovení § 6 ZVZ je krajským soudem přičítáno zadavateli a nikoli žalovanému. Použití trpného slovesného rodu namísto rodu činného, v daném kontextu jistě nebylo vhodné, nemohlo však založit natolik zásadní nejasnost či nejednoznačnost, aby dosáhla intenzity nepřezkoumatelnosti rozhodnutí pro nesrozumitelnost.

Nesrozumitelnost má dle žalovaného dále spočívat v odkazu krajského soudu na neexistující § 122 odst. 3 ZVZ, neboť ustanovení § 122 ZVZ mělo od samého počátku své platnosti a účinnosti odstavce pouze dva a žádná dosud provedená novela na tom ničeho nezměnila. Poukaz žalovaného na zmiňovanou úpravu je zcela správný; v projednávané věci je však podstatné, že ani samostatně (viz bod [238] odůvodnění, v němž krajský soud sice nesprávně odkazuje na § 122 odst. 3 ZVZ, ale poté doslovně cituje text § 122 odst. 2 ZVZ), ani v celkovém kontextu nevzbuzuje odůvodnění napadeného rozsudku nejistotu v otázce, kterého odstavce § 122 se krajský soud dovolává. Pochybnosti naznačené v kasačních stížnostech tedy stěžovatelům objektivně vzniknout nemohly.

Další námitky, formulované jako námitky nepřezkoumatelnosti, stojí na výhradách ke způsobu, jakým krajský soud vypořádal některé argumenty. Zde je nutno připustit, že soudní praxe často kolísá v tom, jak na takové deficitní odůvodnění (jsou-li zjištěna) nahlížet. Přestože nepřezkoumatelnost rozhodnutí pro nedostatek důvodů je (jak již bylo výše uvedeno) pojmově spjata s nedostatečností skutkových důvodů, o něž se takové rozhodnutí opírá, v praxi jsou takové vady správními soudy často označovány za nepřezkoumatelnost. Tato judikатурní nejednotnost ovšem pro věcné posouzení jednotlivých námitek, představujících se jako důvody nepřezkoumatelnosti (pro

pokračování

nedostatek důvodů), nemůže mít žádný vliv; ostatně nepřezkoumatelnost je jen jednou z forem procesních pochybení, která mohou vyvolat nezákonnost rozhodnutí [srov. § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.]; lze tak nepochybně vycházet z toho, že případné opomenutí vypořádat některé žalobní námitky je jednou z forem procesního pochybení, bez nutnosti dovozovat, zda má v konkrétním případě podobu nepřezkoumatelnosti.

K otázce, jaké minimální kvality má vykazovat odůvodnění rozhodnutí, se zdejší soud vyslovil například v rozsudku ze dne 28. 5. 2009, č. j. 9 Afs 70/2008 – 130, kde uvedl, že „[p]řestože je třeba na povinnosti dostatečného odůvodnění rozhodnutí z hlediska ústavních principů důsledně trvat, nemůže být chápána zcela dogmaticky. Rozsah této povinnosti se totiž může měnit podle povahy rozhodnutí a musí být posuzován ve světle okolností každého jednotlivého případu. Zároveň tento závazek nemůže být chápán tak, že vyžaduje za všech okolností podrobnou odpověď na každý jednotlivý argument účastníka.“ Obdobně se z rozsudku ze dne 25. 3. 2010, č. j. 5 Afs 25/2009 – 98, publikovaném pod č. 2070/2010 Sb. NSS, podává, že „[s]oud, který se vypořádává s (...) argumentací, ji nemůže jen pro nesprávnost odmítnout, ale musí také uvést, v čem konkrétně její nesprávnost spočívá (...) Na druhou stranu podle ustálené judikatury nelze povinnost soudu řádně odůvodnit rozhodnutí chápat tak, že musí být na každý argument strany podrobně reagováno.“ Pohledem této judikatury lze konstatovat, že odůvodnění rozsudku krajského soudu, i přes výhrady stěžovatelů, ob stojí.

Pokud je krajskému soudu vytýkáno, že se dostatečně nevypořádal s otázkou legitimace žalobce k podání návrhu podle § 114 ZVZ, respektive žaloby, zde měl soud především rezignovat na vypořádání důkazu prezentací „Railjet pro České dráhy – Námitky Škody Transportation“, vyhotovené žalobcem dne 8. 8. 2011, která má potvrzovat, že žalobce nebyl ani hypoteticky schopen nabídnout zadavateli vlakové soupravy s požadovanými parametry (jmenovitě s konstrukční rychlostí 230 km/h). S tímto názorem se Nejvyšší správní soud neztotožňuje. Co se týče aktivní legitimace k podání žaloby, tu krajský soud dovodil přinejmenším z postavení žalobce jako účastníka předchozího správního řízení (bod [138]); jeho argumentaci lze pouze vytknout, že zde nedokázal na příslušné ustanovení soudního řádu správního, které právě takovou žalobní legitimaci předpokládá (§ 65 odst. 2 s. ř. s.). Zcela konzistentně pak krajský soud pokračoval úvahou, proč považuje žalobce za účastníka řízení vedeného před žalovaným nejen z hlediska formálního, ale i materiálního. Přestože se osoby zúčastněné na řízení domnívají, že se některým jejich dílčím argumentům nedostalo ze strany krajského soudu dostatečné odezvy, podstatné je, že z bodů [139] až [147] jsou plně seznatelné důvody, které krajský soud dovedl k závěru, že žalobce byl, z hlediska hmotného práva, oprávněn ve věci vyvolat přezkumné řízení a účastnit se ho v postavení účastníka. Za klíčovou lze označit zejména úvahu, že po žalobci nebylo možné spravedlivě požadovat, aby prokázal zájem na získání veřejné zakázky předložením vlastní nabídky vlakových souprav, jestliže mu účast v takovém tendru nebyla umožněna; tento názor pak krajský soud podpořil odkazem na rozsudek Soudního dvora ve věci C-230/02. Z odůvodnění rozsudku je tak evidentní, že požadavek, aby žalobce prokázal, že je schopen zadavateli dodat poptávané plnění, krajský soud, s ohledem na okolnosti daného případu, odmítl jako nepřiměřený a neopodstatněný; nevypořádal-li se tedy s obsahem shora zmiňovaných listin, nejde, ve světle shora zmiňované judikatury, o nedostatek odůvodnění jeho rozhodnutí. Jako důvodnou neshledal zdejší soud ani související námitku rozpornosti odůvodnění

napadeného rozsudku, v němž má krajský soud na jedné straně připouštět možnost, aby se proti postupu zadavatele bránil i dodavatel, který ani hypoteticky nebyl schopen dodat zboží podle zadavatelem stanovených parametrů, při současném konstatování, že požadavek na konstrukční rychlost poptávaných souprav 230 km/h nebyl v dané věci diskriminačním. Nejvyšší správní soud neshledal, že by prvně uvedený závěr byl v takto kategorické podobě krajským soudem vysloven (v bodě [145] odůvodnění je nedostatek legitimace k vyvolání přezkumného řízení vymezen naopak negativně), tím méně pak lze hovořit o tom, že by uvedené závěry na sobě jakkoli závisely (podmiňovaly se anebo se vylučovaly). Není tak důvod hovořit o rozpornosti, a z ní pramenící nesrozumitelnosti, závěrů napadeného rozsudku. O tom, zda jsou závěry krajského soudu o aktivní legitimaci žalobce skutečně věcně správné a udržitelné, bude podrobněji pojednáno v rámci vypořádání kasačního důvodu podle ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.

Napadený rozsudek má být nepřezkoumatelný také v části, týkající se opakovaně předestřené právní otázky, zda se v přezkoumávaném případě mohlo jednat (jen) o záměnu zadavatelů, nebo představoval-li zvolený postup fakticky nové zadávací řízení; krajský soud údajně nevypořádal všechna relevantní tvrzení a všechny navržené důkazy. Nejvyšší správní soud k tomu konstatuje, že se krajský soud uvedenou problematikou zabýval v bodech [160] až [171] napadeného rozsudku. Jakkoli je opět možné připustit, že naprosto detailně nereagoval na všechny jednotlivé (a dlužno dodat, nadmíru početné) dílčí argumenty účastníků řízení, opět nezbývá než konstatovat, že z odůvodnění napadeného rozsudku je bez pochybností srozumitelné, jakými úvahami byl soud veden a do jakých závěrů tyto úvahy nakonec konkludovaly. Je tak především zřejmé, že krajský soud vyšel z definice veřejné zakázky podle § 7 odst. 1 ZVZ a v daném konkrétním případě naznal, že oproti smluvnímu vztahu mezi ÖBB a vybraným uchazečem se smlouva uzavřená mezi zadavatelem a vybraným uchazečem vyznačovala i změnou obsahu práv a povinností smluvních stran. Nadto, jako další podstatnou skutečnost při svém rozhodování reflektoval, že zadavatel vypsal zcela novou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. Způsob formulace této námitky v kasační stížnosti tak spíše naznačuje, že se jedná fakticky o nesouhlas s právním hodnocením věci krajským soudem, který pochopitelně může být i důsledkem toho, že soud, dle názoru stěžovatelů, sice rozhodné skutkové okolnosti (tj. obsah výše uvedených smluv) v úvahu vzal, ale nesprávně je vyhodnotil. Věcně se tedy opět jedná o stížnostní námitku svým obsahem podřaditelnou pod ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s., nikoli pod § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.

Krajský soud podle mínění zadavatele opomněl ve svém rozsudku vypořádat také další, pro věc zcela zásadní, skutečnost, a to, že mimořádná povaha nabídkové ceny byla zapříčiněna tím, že se jednalo o „časově omezenou možnost převzetí části již běžícího projektu mezi společnostmi Siemens a ÖBB, na který se neuplatnily všechny normy TSI, jejichž implementace by poptávané vlakové soupravy značně prodražila“ (viz bod [33] kasační stížnosti zadavatele). Takto formulovaná námitka se může na první pohled jevit tak, že zadavatel fakticky predikuje (či staví do vzájemné relace) splnění obou podmínek pro postup podle § 23 odst. 5 písm. e) ZVZ. Zmínka o časové omezenosti nabídky však má podle názoru zdejšího soudu v daném kontextu poněkud jiný význam. V zásadě se jedná o další aspekt nabídkové ceny, který (podle názoru zadavatele) měl být při komplexním posouzení *mimořádné výhodnosti nabídkové ceny* vzat v úvahu. Opět však nelze nechat bez povšimnutí fakt, že krajský soud stran splnění podmínky mimořádné cenové výhodnosti

pokračování

nabídky vybraného uchazeče shledal, že žalovaný nezjistil řádně skutkový stav věci a že je nutné provést rozsáhlé a zásadní doplnění důkazů (viz body [198] až [229] odůvodnění napadeného rozsudku). Mimo jiné z tohoto důvodu se omezil na zrušení rozkladového rozhodnutí a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení. Je tedy na místě znovu odkázat na rozsudek zdejšího soudu ze dne 25. 3. 2010, č. j. 5 Afs 25/2009 – 98, publikovaný pod č. 2070/2010 Sb. NSS, který přezkoumatelnost soudního rozhodnutí nepodmiňuje naprosto detailním vypořádáním každé dílčí žalobní argumentace, je-li v kontextu rozhodnutí jako celku patrný závěr o hlavní námitce, s níž se tato argumentace pojí. I kdyby však zadavatel tuto námitku zamýšlel jinak (tedy pokud by výše citovanou větou skutečně vyjadřoval jistotu o existenci *časové omezenosti nabídky*), pak kasační soud připomíná, že důvodem, pro který se krajský soud problematikou časové omezenosti nabídky nezabýval, bylo zjištění, že žalovaný ve svém rozhodnutí sice odůvodnil, do kdy byla nabídka vybraného uchazeče časově omezena, avšak žalobci neumožnil nahlédnout do těch částí spisu, kterými byl důkaz časové omezenosti nabídky prováděn (viz bod [232] odůvodnění napadeného rozsudku). Ačkoli se tedy krajský soud ve svém rozsudku výslovně nevyjádřil k žalobnímu tvrzení, že „*mimořádně nízká nabídková cena byla podmíněna časovou omezeností nabídky vybraného uchazeče*“, tedy ke vzájemné závislosti mimořádně nízké nabídkové ceny a časové omezenosti nabídky, je zřejmé, že se podrobně a v míře, v jaké to vůbec bylo v návaznosti na procesní postup žalovaného možné, zabýval shora naznačenými dílčími otázkami alespoň jednotlivě.

K namítanému opomenutí návrhu na položení předběžné otázky k Soudnímu dvoru dle čl. 267 Smlouvy o fungování Evropské unie, který byl zadavatelem vznesen v řízení před krajským soudem, je třeba předně připomenout, že povinnost řádného odůvodnění soudního rozhodnutí se z povahy věci pojí s žalobními námitkami, nikoli s tvrzeními obsaženými ve vyjádřeních dalších účastníků řízení (potažmo osob zúčastněných na řízení) k žalobě. I kdyby tedy krajský soud nereagoval na všechny argumenty uvedené osobou zúčastněnou na řízení I. (zadavatelem), nezatížil by své rozhodnutí vadou nepřezkoumatelnosti. To ovšem neznamená, že na procesní návrhy účastníků (osob zúčastněných) vznášené v průběhu soudního řízení (kam bezpochyby patří i návrh, aby krajský soud položil Soudnímu dvoru předběžnou otázku týkající se přípustnosti záměny zadavatelů z různých členských států Evropské unie), soud reagovat nemusí. Krajský soud měl na předmětný návrh alespoň ve stručné podobě zareagovat, a pokud tak neučinil, je jeho postup zatížen procesní vadou, byť nikoliv ve formě nepřezkoumatelnosti finálního rozhodnutí. Aby se však jednalo o vadu předpokládanou ustanovením § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s., je nutné, aby vykazovala určitou intenzitu, implikující nezákonnost následně vydaného rozhodnutí ve věci samé (viz dikce zmiňovaného ustanovení s. ř. s.). O natolik intenzivní vadu se typicky nejedná, pokud lze dovodit, že by výrok rozhodnutí byl stejný i za situace, kdyby k vadě řízení vůbec nedošlo (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 10. 2005, č. j. 6 Ads 57/2004 - 59). Opačná interpretace, dle které by měl kasační soud přistoupit ke zrušení rozhodnutí v případě existence jakéhokoliv, byť sebemenšího formálního nedostatku, a to bez ohledu na míru jeho potenciálního zásahu do hmotně právní sféry účastníků řízení (respektive osob na řízení zúčastněných), se ocitá v extrémním rozporu s principy spravedlnosti; konkrétním příkladem takového rozporu je přepjatý formalismus soudního rozhodování (srov. například nálezy Ústavního soudu ze dne 2. 3. 2000, sp. zn. III. ÚS 269/99).

Při posouzení, zda v nyní projednávané věci mohla mít shora popsaná vada za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé, zdejší soud vychází z dikce druhého a třetího odstavce čl. 267 Smlouvy o fungování Evropské unie. Z nich vyplývá, že vyvstane-li otázka platnosti a výkladu aktů přijatých orgány Evropské unie při jednání před soudem členského státu, jehož rozhodnutí nelze napadnout opravnými prostředky podle vnitrostátního práva, je tento soud povinen obrátit se na Soudní dvůr s žádostí o rozhodnutí o předběžné otázce. Vyvstane-li však taková otázka před (jiným) soudem členského státu než posledně jmenovaným, může tento soud, považuje-li rozhodnutí o této otázce za nezbytné k vynesení svého rozsudku, požádat Soudní dvůr o rozhodnutí o této otázce. Krajský soud tedy jednoznačně není soudem, který je povinen předběžnou otázku Soudnímu dvoru položit; to jej nicméně nezabavuje povinnosti srozumitelně odůvodnit, proč tak neučinil.

Zdejší soud se proto v prvé řadě zaměřil na zkoumání, zda lze důvody, pro které krajský soud nepřistoupil k předložení předběžné otázky Soudnímu dvoru, vyčíst z napadeného rozsudku alespoň nepřímou, tj. z celkového kontextu jeho odůvodnění. Z bodu [161] až [166] odůvodnění tohoto rozsudku vyplývá, že krajský soud při posouzení problematiky přípustnosti záměny osoby zadavatele argumentačně vyšel z ustanovení § 7 odst. 1 ZVZ, které definuje pojem „*veřejná zakázka*“. Zejména v bodě [164] uvedl, že každá veřejná zakázka musí být realizována na podkladě smluvního vztahu, jehož stranami jsou vždy zadavatel a dodavatel a jehož předmětem je poskytnutí určitých dodávek, služeb nebo stavebních prací. V daném případě krajský soud naznačil, že nedošlo k situaci, kdy by se změnila pouze osoba zadavatele, ale nedošlo zároveň ke změně obsahu práv a povinností mezi zadavatelem a osobou zúčastněnou na řízení II. Dalším důkazem, že v daném případě nešlo o pouhé přistoupení k již uzavřené smlouvě mezi ÖBB a vybraným uchazečem (respektive k nahrazení smluvní strany), byla pro krajský soud skutečnost, že na realizaci veřejné zakázky měla být uzavřena samostatná, nová smlouva. Co do rozsahu i místa plnění se pak mělo jednat o plnění zcela nové; předmět plnění je přitom dalším z definičních znaků veřejné zakázky. Z takto koncipovaného (i když poměrně stručného) odůvodnění je tedy zřejmé, že krajský soud dospěl k závěru, že o (pouhou) záměnu zadavatelů v daném konkrétním případě pojmově vůbec nemůže jít, a proto odpověď na otázku, zda je na poli českého práva a práva EU taková cese teoreticky možná, očividně považoval za irelevantní. Nejvyšší správní soud je proto v druhé fázi nucen posoudit, zda má takový závěr své opodstatnění, a to tím spíše, že návrh na položení předběžné otázky Soudnímu dvoru byl zadavatelem opětovně vznesen v řízení o kasační stížnosti.

Nejvyšší správní soud akceptuje teoretická východiska, pro která krajský soud odmítl nahlížet na jednání zadavatele, vybraného uchazeče a ÖBB (tj. na uzavření trojstranné smlouvy mezi zadavatelem, ÖBB a vybraným uchazečem a na ně navazující uzavření dvoustranné smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem) jako na pouhou změnu subjektů původní smlouvy, uzavřené mezi ÖBB (jako původním zadavatelem) a vybraným uchazečem dne 26. 1. 2006. Z právní argumentace použité krajským soudem v bodech [163] a [164] odůvodnění lze vyvodit, že krajský soud při výkladu pojmu „*smluvní vztah*“ reflektoval vedle § 7 odst. 1 ZVZ i právní úpravu změny závazků, obsaženou v tehdy platném a účinném zákoně č. 40/1964 Sb., občanský zákoník. Situace, kdy kterákoli smluvní strana převede jako postupitel svá práva a povinnosti ze smlouvy nebo z její části třetí osobě (změna v osobě věřitele – postoupení pohledávky,

pokračování

nebo dlužníka – převzetí dluhu nebo přistoupení k závazku) mají společné to, že se obsah závazku bez dalšího nemění; ke změně dochází jen u smluvních stran. Ten, kdo do stávajícího smluvního vztahu vstupuje (přistupuje), přebírá práva a povinnosti stávající smluvní strany ve stavu, v jakém v době záměny (přistoupení) existovaly; plní, respektive přijímá plnění stejným způsobem, jako by tomu bylo u původní smluvní strany (předmět plnění, místo i doba splnění závazku nejsou převzetím dluhu dotčeny). Od změny v subjektech závazkového vztahu je nutno odlišovat změny v jeho obsahu. Bylo-li, s ohledem na zásadu smluvní volnosti (kterou byl občanský zákoník ovládán), možné i jen částečné postoupení pohledávky, převzetí dluhu či přistoupení k závazku, mohl se obsah závazku změnit nejen „kvalitativně“, ale i „kvantitativně“. O posledně zmiňovaný případ by se mělo jednat v nyní posuzované věci. Skutečnost, že se změnil (zmenšil) rozsah plnění (namísto původních 67 ks se stalo předmětem nové smlouvy pouze 16 ks vlakových souprav *Railjet*), je tedy nepochybně změnou v obsahu závazku, sama o sobě však nemusí znamenat, že jde o plně zcela nové, jak dovodil krajský soud. O změnu smlouvy co do „kvality“ plnění by se však zcela jistě jednalo, pokud by novou smlouvou došlo například ke změně místa plnění.

Právě odpověď na otázku, zda se v daném konkrétním případě změnil obsah původní smlouvy ze dne 26. 1. 2006 (stran místa plnění), tak, jak ji v napadeném rozsudku prezentoval krajský soud, již ale bez výhrad přijmout nelze. Z opakovaně zmíněného bodu [164] odůvodnění není především vůbec patrné, co vedlo krajský soud k závěru, že ke změně místa plnění skutečně došlo, tedy o která ustanovení výše citovaných smluv se krajský soud v tomto úsudku opírá. Posouzení věci komplikuje i skutečnost, že obě smlouvy jsou uzavřeny podle rakouského práva, k jehož výkladu není zdejší soud ani soud krajský povolán, jakkoli tato skutečnost sama o sobě nemusí mít za následek popření správnosti výše shrnutých teoretických východisek. I když se nutně nabízí otázka, proč by zadavatel a vybraný uchazeč uzavírali novou smlouvu, kdyby obsah původní smlouvy zůstal stejný, ničeho to nemění na tom, že odůvodnění, proč se v daném konkrétním případě nemohlo jednat jen o záměnu dvou zadavatelů z různých členských států EU, není dostatečné. Důvodem, pro který Nejvyšší správní soud, přes nyní vytýkaný deficit odůvodnění, nepřistoupil ke zrušení napadeného rozsudku pro nepřezkoumatelnost, je skutečnost, že již samotnou záměnu zadavatelů z různých členských států EU považuje za pojmově vyloučenou (viz dále). Zrušení rozsudku a vrácení věci krajskému soudu k novému řízení by tak bylo v rozporu s principem ekonomie řízení, neboť z důvodů výše i dále předestřených by na procesním postavení účastníků řízení nemohla ničeho změnit ani precizněji provedená komparace dotčených smluv.

Nejvyšší správní soud, jak již naznačil výše, považuje hypotetickou možnost intrakomunitární, respektive nyní intraunijní, záměny zadavatelů za pojmově vyloučenou, a to již s ohledem na základní principy, na nichž přezkumné řízení stojí. Při vědomí těchto principů nelze zejména připustit, aby se žalovaný, jako orgán dohledu, vzdal pravomoci přezkoumat jednání subjektu, který podléhá osobní působnosti ZVZ, jinými slovy, aby rezignoval na možnost přezkumu zákonnosti kontraktačního procesu, při němž zadavatel (ať už veřejný, sektorový či dotovaný) vynakládá peněžní prostředky z veřejných rozpočtů ČR [blíže viz osobní působnost ZVZ, vymezená v § 2 ZVZ, a úzce navazující na základní zásady zadávacího řízení vymezené v § 6 ZVZ, na definici veřejné zakázky, obsažené v § 7 odst. 1 ZVZ, či pojem *zadávání*, definovaný v § 17 písm. k) ZVZ]. Posouzení zákonnosti

úkonů „českého“ zadavatele může z povahy věci proběhnout jen a pouze v mezích českého práva veřejných zakázek, neboť orgán dohledu není oprávněn jiný zadávací právní předpis (tedy cizozemskou veřejnoprávní úpravu) aplikovat. Důsledkem připuštění konceptu „intraunijní záměny zadavatelů“ by byla faktická možnost úniku „českého“ veřejného zadavatele z dosahu českého ZVZ, a z toho vyplývající nemožnost českého orgánu dohledu nad dodržováním ZVZ účinně dohlížet. „Český zadavatel“ (§ 2 ZVZ) by se odvolával na zadávací řízení, kterého se již účastnil (nebo měl účastnit) zadavatel zahraniční podle práva daného státu, a orgán dohledu by v případě pochybností o zákonnosti postupu tohoto zahraničního zadavatele takový zadávací proces vůbec nemohl přezkoumat (nemluvě již o možnosti reparace nezákonného postupu či o přijetí opatření k potrestání zahraničního zadavatele). Postup zahraničního zadavatele by sice mohl být revidován ze strany zahraničního orgánu dohledu, na takový případný postup by ovšem žalovaný nemohl mít žádný přímý vliv. I pro případ, že by bylo orgánem dohledu státu zadavatele prokázáno porušení zahraniční zadávací právní úpravy, stěží by mohly důsledky tohoto porušení dopadat na „českého“ zadavatele, ač na něj byla práva a povinnosti z (protiprávně) uzavřené zadávací smlouvy cedována či jinak postoupena. Nežádoucím důsledkem intraunijní záměny zadavatelů by tak bylo vyloučení přezkumné pravomoci českého orgánu dohledu vůči subjektu, který, jak již bylo zdůrazněno, vynakládá finanční prostředky z veřejných rozpočtů České republiky (což je hlavním důvodem veřejnoprávní reglementace takového postupu), a právě s ohledem na tento fakt si při tom nemůže počínat libovolně.

Na tomto závěru nemůže ničeho změnit ani argumentace zadavatele odkazem na harmonizaci zadávacích právních předpisů na unijní úrovni (viz přezkumná směrnice, zadávací směrnice a tzv. „sektorová“ směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. 3. 2004, o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb). Směrnice, jako sekundární předpis práva EU, je podle čl. 288 Smlouvy o fungování Evropské unie definována jako předpis *závazný pro každý stát, kterému je určen, pokud jde o výsledek, jehož má být dosaženo, přičemž volba formy a prostředků se ponechává vnitrostátním orgánům*. Je tedy na jednotlivých členských státech, jakým způsobem obsah jednotlivých směrnic do svých právních řádů transponují, potažmo implementují; podstatné je, že dostojí výsledku, kterého je směrnicí zamýšleno. Jinými slovy, cílová právní norma (tedy unijním právem zamýšlená pravidla chování) musí být promítnuta do právního předpisu, který bude vydán příslušným orgánem členského státu s normotvornou pravomocí, přičemž její účel a obsah bude předurčen právě obsahem příslušné směrnice, která je prvotním legislativním důvodem vzniku cílové vnitrostátní právní úpravy. Transpozice směrnic do vnitrostátního práva tedy nemá nutně za následek přijetí zcela identických vnitrostátních právních úprav v dané oblasti. Z uvedeného důvodu se zdejšímu soudu jeví argument zadavatele, že v řádném zadávacím procesu proběhlo i zadání veřejné zakázky pro ÖBB, jako zavádějící, neboť skutečnost, že ÖBB dostala pravidlům pro zadávání veřejných zakázek podle rakouského práva, neznamená automaticky, že by v hypotetické pozici českého veřejného zadavatele dostala při zadávání veřejné zakázky na 67 ks vlakových souprav *Railjet* bezesbytku také požadavkům ZVZ.

Co se tedy týče návrhu na položení předběžné otázky Soudnímu dvoru, který zadavatel opětovně vznesl i v řízení o kasační stížnosti, lze uzavřít, že takový postup není

pokračování

především namísto za situace, kdy interpretace unijního práva je pro vnitrostátní soud natolik zřejmá, že neponechává prostor pro žádnou rozumnou pochybnost o způsobu jeho aplikace (zde aplikace nepřímé, ve smyslu povinnosti eurokonformního výkladu ZVZ). Nejde-li o tento případ (*acte clair*), stejný účinek jako položení předběžné otázky Soudnímu dvoru může mít z hlediska mezí povinnosti stanovené čl. 267 Smlouvy i judikatura Soudního dvora, zabývající se daným právním problémem (*acte éclairé*). Pouze v těchto případech se může vnitrostátní soud zdržet položení předběžné otázky Soudnímu dvoru a je oprávněn právo EU aplikovat na vlastní zodpovědnost [srov. rozsudek Soudního dvora ze dne 6. 10. 1982 ve věci *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v. Ministry of Health* (C-283/81)]. O případ prvně zmiňovaný jde i v nyní posuzované věci, kdy zdejší soud o nepřipustnosti záměny zadavatelů na unijní úrovni nenabyl žádnou rozumnou pochybnost, a to za situace, kdy směrnice takový postup nepředpokládají (ale ani nevylučují) a současně výklad připouštějící záměnu zadavatelů zjevně odporuje samotnému smyslu úpravy dohledu nad veřejnými zakázkami. Pro úplnost je však třeba žalovaného upozornit, že rozsudek Soudního dvora ze dne 19. 6. 2008 ve věci *Presstext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund) a další* (C-454/06) citovaný v bodu [118] prvostupňového rozhodnutí, dopadá pouze na situace, kdy dochází k záměně dodavatele [tedy k nahrazení „smluvní strany, které zadavatel původně zadal veřejnou zakázku, novou smluvní stranou“; viz bod 40 tohoto rozsudku]. Obecně platná pravidla, která by se snad měla týkat i situace, kdy dochází k záměně zadavatele, rozhodně z bodů 40 až 52 tohoto rozsudku, na které žalovaný odkazuje, neplynou; tento rozsudek tak nemůže představovat v otázce přípustnosti záměny zadavatele z různých členských států EU *acte éclairé*, jak byl popsán výše.

Dále se Nejvyšší správní soud zabýval námitkami nesprávného právního posouzení věci krajským soudem [§ 109 odst. 1 písm. a) s. ř. s.].

Na prvním místě je třeba postavit na jisto, zda byl žalobce osobou (věcně) aktivně legitimovanou k podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele dle § 114 ZVZ, potažmo k podání správní žaloby. Zdejší soud, ve shodě se soudem krajským, při posouzení této otázky vyšel ze znění § 110 odst. 1 ZVZ, ve spojení s čl. 1 odst. 3 přezkumné směrnice. Z dikcí obou výše citovaných ustanovení vyplývá, že navrhovatelem podle § 114 ZVZ se může stát každá osoba (kterýkoli dodavatel), která: 1) měla nebo má zájem na získání veřejné zakázky, a 2) v důsledku tvrzeného protiprávního jednání zadavatele jí hrozí nebo vznikla újma na jejích právech.

Výkladem čl. 1 odst. 3 přezkumné směrnice, respektive výkladem pojmu „zájem na získání určité veřejné zakázky“ („*an interest in obtaining a particular contract*“) se Soudní dvůr skutečně zabýval v žalobcem zmíněném rozsudku ze dne 19. 6. 2003 ve věci *Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH a další v. Autobahnen- und Schnellstrassen-Finanzierungs-AG* (C-410/01). Dospěl v něm k závěru, že ačkoli přezkumná směrnice výslovně zmocňuje členské státy stanovit podrobná pravidla, podle nichž má být přístup k přezkumnému řízení umožněn každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky a které v důsledku protiprávního jednání zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jejích právech, neznamená to, že by pojem „zájem na získání určité veřejné zakázky“ mohl být vykládán způsobem, který omezuje účinnost (tj. efektivitu) přezkumné směrnice. Z tohoto rozsudku Soudního dvora je ovšem patrné, že dotčení efektivitu přezkumné směrnice mělo

mít původ v tehdy účinné rakouské právní úpravě, která uchazeči či zájemci ukládala, aby se před samotným přezkumným řízením předpokládaným přezkumnou směrnicí obrátil na tzv. smírčí komisi (*Bundes-Vergabekontrollkommission*). Tento rozdíl ve skutkovém pozadí věci proto činí závěry uvedeného rozsudku pro souzenou věc jen stěží použitelnými.

Nejvyšší správní soud proto reflektoval jiné rozsudky Soudního dvora, v nichž Soudní dvůr připustil takovou interpretaci čl. 1 odst. 3 přezkumné směrnice, podle které je přezkumné řízení zpřístupněno osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky, jedině tehdy, pokud jí v důsledku domnělého protiprávního jednání zadavatele vznikla nebo hrozí újma na jejích právech [viz rozsudek Soudního dvora ze dne 19. 6. 2003 ve věci *Werner Hackermüller v. Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) und Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum* (C-249/01)]. Obdobně vyznívá i rozsudek ze dne 12. 2. 2004 ve věci *Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG v. Republik Österreich* (C-230/02), v němž Soudní dvůr konstatoval, že čl. 1 odst. 3 přezkumné směrnice nevylučuje, aby byl uchazeč nebo zájemce o veřejnou zakázku poté, co došlo k výběru nejvhodnější nabídky, považován za osobu, která ztratila právo na přístup k přezkumnému řízení z toho důvodu, že se neúčastnil zadávacího řízení proto, že nebyl schopen zajistit veškeré zadavatelem poptávané plnění, neboť zadávací podmínky údajně obsahovaly diskriminační požadavky, aniž by se však (před rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky) domáhal přezkumu těchto údajně diskriminačních zadávacích podmínek orgánem dohledu.

V návaznosti na právě citovanou judikaturu Soudního dvora proto pokládá Nejvyšší správní soud za plně legitimní, aby dodavatel, který se domáhá přezkumu úkonů zadavatele v zadávacím řízení, prokázal, že měl reálný zájem na získání předmětné veřejné zakázky a že mu tvrzeným porušením zákona hrozí nebo vznikla újma na jeho právech. Nelze však ustrnout na přístupu, že jediným akceptovatelným projevem zájmu na získání veřejné zakázky je vyzvednutí zadávací dokumentace (a)nebo podání nabídky (účast v soutěži), neboť ani za těmito kroky zájem na získání veřejné zakázky ve všech případech spolehlivě nestojí. Stejně tak není důvod trvat na tom, aby byla tvrzená újma, respektive škoda v materiálním (*damnum emergens et lucrum cessans*) či nemateriálním smyslu uchazečem či zájemcem vyčíslena, a to zejména proto, že v raných stádiích zadávacího řízení, před hodnocením nabídek, lze mnohdy jen obtížně odhadnout, zda by jeho nabídka vůbec mohla být vybrána jako nejvhodnější. Lze tedy v nejobecnější rovině shrnout, že smyslem § 110 odst. 1 ZVZ a čl. 1 odst. 3 přezkumné směrnice je umožnit z věcného i osobního hlediska pokud možno co nejširší přístup k přezkumnému řízení, nicméně při současné snaze eliminovat návrhy, které jsou očividně obstrukční anebo šikanózní, případně z materiálního hlediska opožděné proto, že si dodavatel svých práv v době, kdy bylo ještě možné proti postupu zadavatele účinně zakročit, nehleděl (přestože mu tak velí minimálně obecná právní zásada *vigilantibus iura scripta sunt*). Tato výchozí vysoce obecná a teoretická teze nicméně musí nalézt svou praktickou aplikaci vždy při zohlednění specifík jednotlivých druhů zadávacích řízení.

Jednací řízení bez uveřejnění tradičně představuje druh zadávacího řízení s nejnižší mírou transparentnosti, vnější kontroly a hospodářské soutěže. I z tohoto důvodu právní úprava ZVZ i zadávacích směrnic omezuje možnosti jeho využití a taktéž judikatura

pokračování

Soudního dvora se ustálila na výkladu, že právní úpravu jednacího řízení bez uveřejnění nelze vykládat jinak než restriktivně [srov. rozsudky ze dne 10. 3. 1987 ve věci *Commission v. Italy* (C-199/85), ze dne 17. 11. 1993 ve věci *Commission v. Spain* (C-71/92), či ze dne 14. 9. 2004 ve věci *Commission v. Italy* (C-385/02)]. Platí rovněž, že je to zadavatel, kdo nese důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro jeho použití (tamtéž). Zákaz rozšiřujícího výkladu pro použití jednacího řízení bez uveřejnění vyplývá z jeho povahy, která se v mnoha ohledech shoduje s běžnou soukromoprávní kontraktační procedurou, v níž vstupuje subjekt do smluvního vztahu s konkrétním vybraným dodavatelem, aniž by byl povinen předem oslovit více zájemců.

Za předpokladu, že by veřejná zakázka na dodávku 16 ks vlakových souprav *Railjet* byla zadávána například v otevřeném či užším řízení, které by již ze své podstaty umožňovalo účast širšího okruhu potenciálních dodavatelů, bylo by zcela na místě zaujmout přísnější přístup ke splnění podmínek vyjádřených v § 110 odst. 1 ZVZ (čl. 1 odst. 3 přezkumné směrnice) ze strany navrhovatele (zde žalobce). Jinak je tomu ale v jednacím řízení bez uveřejnění, které, jak již bylo uvedeno, vykazuje rysy běžné kontraktační procedury, ať již v tom, že je zadavatelem selektivně osloven jeden dodavatel (eventuelně několik dodavatelů), s nímž (s nimiž) jsou posléze samostatně vyjednávány podmínky plnění budoucí smlouvy na realizaci předmětu veřejné zakázky, tak i v tom, že celá zadávací procedura probíhá z časového hlediska „koncentrovaně“. Skutečnost, že se vyjednané podmínky plnění mohou oprávněně jevit jako „šité těmto uchazečům na míru“, plyne z povahy tohoto zadávacího řízení jako takového, čehož si byli vědomi český i evropský zákonodárce, když do ustanovení § 23 (srov. čl. 31 zadávací směrnice) vložili uzavřený výčet situací, v nichž je obhajitelné poptávat předmět veřejné zakázky u konkrétního dodavatele. Toto specifikum reflektoval i krajský soud v napadeném rozsudku, když námitku, že oslovením pouze jednoho zájemce byla vyloučena hospodářská soutěž, odmítl s tím, že tento důsledek vyplývá z povahy jednacího řízení bez uveřejnění jako takového. Pokud by tedy žalovaný a krajský soud trvali na tom, že k iniciaci správního řízení o přezkumu úkonů zadavatele (k podání návrhu podle § 114 ZVZ) je nutné, aby žalobce podal nabídku v jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoli v něm nefiguruje v pozici onoho jediného zadavatelem osloveného dodavatele, přezkum úkonů zadavatele by vůbec nebyl možný. Není-li jiným osobám, než vyzvanému uchazeči, umožněno podat nabídku, vedl by výše popsáný striktní přístup k prokázání zájmu na získání veřejné zakázky k neudržitelnému závěru, že kromě zadavatelem přímo osloveného uchazeče by fakticky neexistovala žádná jiná osoba, která by mohla postup zadavatele napadnout.

V souzené věci zadavatel oslovil pouze jediného dodavatele, a to osobu zúčastněnou na řízení II. Jak již bylo naznačeno, fáze zadávacího řízení, typické pro ostatní, transparentnější druhy zadávacích řízení (jako lhůta pro vyzvednutí zadávací dokumentace, lhůta pro podání nabídek, atp.), probíhaly neveřejně a v poměrně krátkém časovém intervalu (výzva k podání nabídky v jednacím řízení bez uveřejnění byla osobě zúčastněné na řízení II. odeslána dne 6. 6. 2011 a rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky zadavatel učinil dne 9. 6. 2011). Právě s ohledem na tuto skutečnost nelze žalobci spravedlivě vytýkat, že diskriminační charakter zadávacích podmínek (zejména zadavatelem požadovaný parametr na minimální konstrukční rychlost vlakových souprav) napadl teprve dne 27. 6. 2011, tj. 18 dní po výběru nabídky, neboť z povahy tohoto typu

zadávacího řízení se postup, ve smyslu ustanovení § 110 odst. 3 ZVZ (tj. podání námitek do pěti dnů od konce lhůty pro podání nabídek), zásadně nemůže uplatnit. Nejvyšší správní soud proto, s ohledem na shora popsany specifický průběh přezkoumávaného zadávacího řízení, neshledal, že by přístup žalobce nasvědčoval tomu, že o veřejnou zakázku reálný zájem neměl a že přezkumné řízení inicioval plně či převážně z obstrukčních motivů.

Z hlediska věcné aktivní legitimace nepokládá zdejší soud za rozhodující ani to, zda byl žalobce schopen jednoznačně prokázat, že v danou dobu mohl reálně zadavateli poskytnout poptávané plnění, zcela v intencích všech jeho požadavků. V první řadě je třeba zdůraznit, že při vědomí různorodosti poptávaných předmětů plnění se v zadávacích řízeních (až na věcně opodstatněné výjimky) automaticky nepředpokládá, že potenciální dodavatel disponuje poptávaným zbožím „skladem“, a tedy myšlenka, že by snad nutnou podmínkou účasti v zadávacím řízení měla být vždy schopnost okamžité reakce dodavatele na poptávku zadavatele, není udržitelná. Nelze dokonce ani říci, že takovou nutnou podmínkou je vždy dispozice veškeré technologie k výrobě poptávaného zboží či rozsah výrobních kapacit; i tento deficit může být dodavatel schopen překonat například pořízením některých potřebných strojů, osvojením nutných technologických postupů, apod., samozřejmě s přihlédnutím k tomu, že v některých případech tu existuje oprávněná potřeba zadavatele mít zboží nebo služby k dispozici v konkrétní dobu, která takový postup neumožňuje. V nyní posuzované věci o alespoň potenciální schopnosti žalobce poskytnout zadavateli jím poptávané plnění Nejvyšší správní soud, ve shodě s krajským soudem, nepochybuje, neboť není sporu o tom, že žalobce je v oblasti železniční dopravy dlouhodobě etablovaným subjektem, u kterého nelze bez dalšího vyloučit, že by byl schopen podat, pokud by k tomu dostal příležitost, srovnatelnou nabídku jako vybraný uchazeč. Pokud by Nejvyšší správní soud trval na tom, že jako jedinou potenciálně v úvahu připadající konkurenční nabídku lze akceptovat toliko nabídku vlakových souprav o konstrukční rychlosti 230 km/h, nebo vyšší, ignoroval by tím nejen široké pojetí přístupu k přezkumnému řízení, k němuž se přihlásil výše, ale fakticky by přehlížel i skutečnost, že právě požadavek na uvedenou minimální konstrukční rychlost pokládal žalobce za diskriminační, a tudíž atakující základní principy veřejného zadávání, deklarované pro všechny druhy veřejných zakázek v § 6 ZVZ, což ho samo o sobě opravňovalo k podání námitek proti zadávacím podmínkám, a zejména pak k podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele. Z těchto důvodů zdejší soud považuje zadavatelem navržené důkazy o neschopnosti žalobce podat konkurenceschopnou nabídku (prezentace k návrhu na přezkoumání úkonu zadavatele ze dne 11. 7. 2011 a prezentace s názvem „*Railjet pro České dráhy – Námitky Škody Transportation*“ ze dne 8. 8. 2011) za irelevantní. Nadto nelze přehlédnout, že podle § 34 odst. 4 ZVZ je zadavatel v rámci jednání v jednacím řízení bez uveřejnění oprávněn dohodnout s vyzvanými zájemci i jiné podmínky plnění veřejné zakázky, než které byly uvedeny ve výzvě k jednání či v zadávací dokumentaci (tedy například i korekci požadované konstrukční rychlosti), pokud změna podmínek plnění veřejné zakázky i nadále splňuje všechny předpoklady pro použití jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 ZVZ.

Nad rámec uvedeného lze dodat, že argumentace krajského soudu, ale i žalovaného a osob zúčastněných na řízení, *de facto* naráží na problematiku prokazování kvalifikace uchazeče podle § 51 an. ZVZ; splnění kvalifikačních předpokladů ze strany osloveného uchazeče (eventuelně uchazečů), jakožto podmínky pro následné posouzení a hodnocení

pokračování

nabídky, však zadavatel nekontroluje v jednacím řízení bez uveřejnění, jde-li o případy uvedené mj. v § 23 odst. 5 písm. c) až e) ZVZ, tedy ani v případě nyní přezkoumávaném (blíže viz § 51 odst. 3 ZVZ).

Jádrem kasační stížnosti však jsou především námitky stěžovatelů proti závěru krajského soudu, že žalovaný přesvědčivě nezdůvodnil svůj závěr o existenci první podmínky pro přípustnost použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 5 písm. e) ZVZ, tedy existenci *ceny podstatně nižší než je obvyklá tržní cena*. K těmto námitkám zdejší soud předně uvádí, že lze bez výhrad aprobovat dílčí závěr krajského soudu, že pojem „*cena podstatně nižší než je obvyklá tržní cena*“ představuje neurčitý právní pojem, který je nutno podrobit výkladu. Na rozdíl od krajského soudu se však Nejvyšší správní soud nedomnívá, že jde o případ, kdy je neurčitý právní pojem kombinován se správním uvážením. Při interpretaci neurčitých právních pojmů jde o posouzení, zda zjištěný skutkový vztah patří do rozsahu takového pojmu; uvážení správního orgánu se tak zaměřuje na konkrétní skutkovou podstatu a její hodnocení, zatímco při aplikaci správního uvážení je úvaha orientována na způsob užití právního následku (viz například rozsudek tohoto soudu ze dne 19. 7. 2004, č. j. 5 Azs 105/2004 - 72, ze dne 11. 8. 2006). Úkolem žalovaného tedy bylo určit, co se shora uvedeným pojmem rozumí, tj. v konkrétním případě posoudit, jak velký rozdíl mezi cenou nabídnutou vybraným uchazečem a obvyklou cenou stejného nebo srovnatelného produktu na relevantním trhu (zjednodušeně řečeno „referenční cenou“) lze pro závěr o existenci (*nabídkové*) *ceny podstatně nižší než je obvyklá tržní cena* ještě akceptovat. Jeví-li se přitom krajskému soudu rozdíl 30 – 40 % těchto cen jako dostatečný, může se zdejší soud bez potíží s jeho názorem ztotožnit.

Podstatně problematičtější však v daném případě bylo nalézt produkt (produkty), s nímž (s nimiž) by bylo možné za účelem zjištění výše zmíněného cenového rozdílu poptávané vlakové soupravy *Railjet* porovnat. Jak správně konstatoval krajský soud, výběr tohoto „referenčního produktu“ je otázkou odbornou (technickou), nikoli právní (viz bod [220] napadeného rozsudku). Nejvyšší správní soud pak dodává, že čím výrazněji se technická stránka projevuje v charakteru posuzovaného produktu (předmětu veřejné zakázky), tím vyšší nároky je logicky nutno klást na odbornost žalovaného, respektive jeho pracovníků. Čím méně tedy je posuzovaný produkt pouhým běžně dostupným spotřebním zbožím a čím více prvků neobvyklosti, či dokonce výjimečnosti nese, tím vyšší odbornosti či speciálních znalostí je třeba pro nalezení produktu referenčního. Oprávněné úřední osoby žalovaného sice nepochybně disponují zcela odpovídajícím vzděláním v oboru ekonomie a práva, hlubokou odbornou erudici v oblasti drážní dopravy však od nich nelze spravedlivě očekávat.

Ze správního spisu je patrné, že žalovaný vyšel při svém rozhodování výhradně z odborných stanovisek (včetně znaleckého posudku GTV), které předložili účastníci řízení, a že k opatřování dalších důkazních prostředků sám aktivně nepřistoupil. Tomu by v zásadě nemuselo být nic na překážku, neboť povinnost správního orgánu opatřovat si důkazy z vlastní iniciativy je akcentována v řízeních zahajovaných *ex officio* (§ 50 odst. 3, věta druhá správního řádu), mezi něž přezkoumávané řízení o přezkumu úkonů zadavatele nepatřilo. V souzené věci však nastala situace, kdy žalovaný naznal, že si závěry odborných stanovisek vzájemně protirečí a že žádné z nich neposuzuje skutkový stav dostatečně

komplexně na to, aby bylo možné se o něj bez výhrad opřít jako o klíčový podklad správního rozhodnutí, ve smyslu § 50 odst. 1 správního řádu. Žalovaný tedy dospěl k pochybnostem o objektivitě a věcné správnosti těchto odborných stanovisek a přičetl je na vrub protichůdnému procesnímu postavení jejich předkladatelů. Z uvedeného důvodu k těmto stanoviskům přistupoval kriticky a pokusil se zjištěné rozpory a nedostatky odstranit sám. Takovému postupu by v zásadě opět nebylo možné nic vytknout, protože správní orgán nemá povinnost převzít závěry znaleckého posudku naprosto mechanicky a navíc zásada volného hodnocení důkazů (na rozdíl od tzv. legální teorie důkazní) mu velí přistupovat k důkazům tak, aby žádnému z nich *a priori* nebyla přisuzována nadřazená pozice. Zásada volného hodnocení důkazů však neznamená, že by bylo rozhodujícím orgánem (tj. žalovanému nebo soudu) dáno libovolně na výběr, které z provedených důkazů vyhodnotí, které nikoli, o které opře skutkové závěry a které opomene. Je tedy nutné odpovědně vážit, které důkazy je třeba provést a zda je potřebné stav dokazování doplnit, a v souvislosti s tím posuzovat, nakolik jsou návrhy stran na doplnění dokazování důvodné (což vyjádřil zdejší soud již například v rozsudku ze dne 13. 11. 2009, č. j. 5 As 29/2009 – 48). Nelze dále odhlédnout od faktu, že z odborných stanovisek jsou to zvláště znalecké posudky, které již ze své podstaty vykazují fakticky vyšší důkazní status, neboť osvětlují vysoce odborné otázky, k jejichž zodpovězení nemá rozhodující orgán (ať už žalovaný či soud) tak vysokou erudici jako právě znalec či znalecký ústav z toho kterého oboru (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 10. 2013, č. j. 7 Afs 86/2013 – 21). Odborná erudice přitom hrála v přezkoumávaném případě zvláště významnou roli, jak již bylo vyloženo.

Právě z naposledy uvedeného důvodu, a rovněž s přihlédnutím k akcentovanému principu kontradiktornosti (o němž bude v podrobnostech projednáno dále) v řízení podle § 114 ZVZ, není vhodné, aby se žalovaný případné nedostatky odborných stanovisek (zde zejména znaleckého posudku GTV), respektive rozpory mezi nimi, pokoušel překonat vlastními úpravami a korekcemi. Nejvyšší správní soud si je vědom toho, že žalovaný neměl k dispozici vícero stanovisek, které by měly charakter znaleckého posudku ve smyslu zákona o znalcích, a nebyl tak důvod pro postup, který popsal zdejší soud ve svém rozsudku ze dne 1. 7. 2010, č. j. 7 Afs 50/2010 - 60: *„[m]á-li k téže otázce správce daně k dispozici dva rovnocenné, ale co do závěru odlišné znalecké posudky, nepřísluší mu, aby sám bez dalšího uvážil, který z nich použije pro rozhodná skutková zjištění a který nikoliv. Naopak je povinen odstranit jejich vzájemné rozpory a nesrovnalosti, a to především prostřednictvím výsledku znalce, popřípadě znalců obou. Nevedly-li by tyto výpovědi k ozřejmění vzešlých nejasností, bylo by namístě přistoupit k dalšímu znaleckému zkoumání nebo reviznímu znaleckému posouzení.“* Přesto mu nesvědčila pozice odborného arbitra, který by byl oprávněn usuzovat, zda je znalecký posudek GTV správný (v konkrétní rovině, zda korektně provádí cenové srovnání vůči vhodnému referenčnímu produktu). Možnosti hodnocení znaleckého posudku, jako důkazního prostředku, se správnímu orgánu otevírají minimálně, a to jen pokud jde o jeho přesvědčivost, úplnost ve vztahu k zadání, jeho logické odůvodnění a (zejména) soulad s ostatními provedenými důkazy. Proto měl-li žalovaný z jakéhokoli důvodu pochybnosti o správnosti, byť i jen dílčích, závěrů znaleckého posudku, měl přistoupit k zadání znaleckého posudku nového, případně k vypracování znaleckého posudku revizního, a to v případě, kdy by se tento nový znalecký posudek od posudku GTV významně odchyloval ve svých závěrech. Opětovně je pak nutno zdůraznit, že žalovaný v žádném případě nebyl povinen závěry znaleckého

pokračování

posudku GTV mechanicky převzít, neboť ani znalecký posudek jako důkazní prostředek není automaticky nadřazen důkazním prostředkům jiným (a totéž platí také o důkazech z nich vyplývajících).

Nejvyšší správní soud tu pro úplnost odkazuje na již zmiňovaný rozsudek ze dne 1. 7. 2010, č. j. 7 Afs 50/2010 - 60, v němž uvedl, že „[r]ozpory a nesrovnalosti v uvedených znaleckých posudcích lze odstranit v první řadě prostřednictvím výsledku znalce, popřípadě znalců obou. Pokud by ani tyto výsledky nevedly k objasnění nejasností, bylo by namístě přistoupit k dalšímu znaleckému zkoumání nebo reviznímu znaleckému posouzení.“ V tomto rozsudku bylo odkázáno i na starší judikaturu civilních soudů (rozhodnutí publikované pod č. R 45/84 ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek), podle níž platí, že: „[p]okud měl soud při rozhodování k dispozici dva znalecké posudky s rozdílnými závěry o té samé otázce, musí je vyhodnotit v tom smyslu, který z nich a z jakých důvodů vezme za podklad svého rozhodnutí a z jakých důvodů nevychází ze závěrů druhého znaleckého posudku; pro tuto úvahu je zapotřebí vyslechnout oba znalce. Jestliže by ani takto nebylo možné odstranit rozpory v závěrech znaleckých posudků, je třeba dát tyto závěry přezkoumat jinému znalci, vědeckému ústavu nebo jiné instituci.“

Uvedené závěry lze přiměřeně vztáhnout i na podmínky, za nichž by byl prováděn případný průzkum trhu, zejména ve vztahu k odborné erudici subjektu, který by byl tímto úkolem pověřen. Lze sice plně souhlasit s kasačními námitkami, podle nichž ZVZ neukládá zadavateli povinnost provést průzkum trhu před tím, než přistoupí k zadání veřejné zakázky podle § 23 odst. 5 písm. e) ZVZ, stejně jako s námitkami, že ani pro žalovaného nepředstavuje průzkum trhu obligatorní procesní postup při dokazování podmínek předpokládaných citovaným ustanovením, nabízí se však nutně otázka, jakým jiným způsobem než právě průzkumem trhu je vůbec možné zjistit, jaké produkty byly v daném místě a čase na trhu k dispozici a za jakou cenu. Míra sofistikovanosti tohoto průzkumu trhu je opět podstatně ovlivněna charakterem poptávaného produktu; průzkumy trhu se tak mohou co do složitosti a odbornosti nacházet kdekoli v rozmezí detailních ekonomických analýz (i ve formě znaleckého posudku) na straně jedné, a nekomplikovaných úvah za použití prostého *sensus communis* na straně druhé. Podstatné je, jak již zdejší soud uvedl, že tímto způsobem mají být zjištěny informace o výrobcích či službách, které byly v daném místě a čase s to uspokojit poptávku zadavatele. Součástí průzkumu trhu, či na něj navazující úvahy však musí být právě i zhodnocení, které z nalezených produktů lze považovat za „referenční“ (přičemž není ani vyloučeno, aby se tímto referenčním produktem stal produkt původně ne plně vyhovující, bude-li v jeho konstrukci možné provést jednoduché a z hlediska ceny snadno vyčíslitelné úpravy nebo změny), což sice nutně nemusí vždy být otázkou vysoce odbornou, avšak v souzené věci tomu tak je.

Skutečnosti výše uvedené lze, ve vztahu k posouzení předmětné otázky krajským soudem, shrnout tak, že Nejvyšší správní soud souhlasí s názorem, vyjádřeným v bodě [213] odůvodnění napadeného rozsudku, a sice že v posuzovaném případě existovaly zásadní rozpory mezi odbornými vyjádřeními předloženými zadavatelem a žalobcem, a tudíž toliko na jejich základě nebylo možné podat jednoznačnou odpověď na otázku, zda byla *nabídková cena* vybraného uchazeče *podstatně nižší než obvyklá tržní cena*. Lze se také ztotožnit s názorem vysloveným v bodě [220] odůvodnění napadeného rozsudku, že

určení, které vlakové soupravy lze vzájemně porovnávat, je primárně otázkou odbornou, nikoli právní. Stejně tak se zdejší soud bez výhrad ztotožňuje s úvahou krajského soudu (viz bod [214] odůvodnění), že žalovanému k odstranění zjištěných rozporů v technických aspektech věci nic nebránilo opatřit si vlastní znalecký posudek, postupem podle § 56 správního řádu. Jinými slovy řečeno, důkazní břemeno splnění zákonných podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění stíhá zadavatele, a orgán dohledu by tak v tomto směru rozhodně neměl akceptovat jeho naprostou důkazní pasivitu (tu v nyní souzené věci zadavateli spravedlivě vytýkat nelze, neboť na jeho popud vypracovaná odborná stanoviska, i přes konstatované nedostatky, svědčí minimálně o snaze důkazní břemeno unést); na druhou stranu ovšem lze připustit, aby orgán dohledu podle potřeby doplnil důkazy sám, a to zejména tam, kde dospěl k důvodným pochybnostem o použitelnosti důkazních prostředků předložených účastníky.

V čem se Nejvyšší správní soud v hodnocení této otázky s krajským soudem neztotožňuje, je jím předestřená možnost žalovaného provádět v daném konkrétním případě samostatně nejenom výběr referenčního produktu, ale i případné „nezbytné cenové korekce“, pokud referenční produkt nebude co do technických parametrů plně odpovídat parametrům produktu poptávaného zadavatelem (viz zejména bod [218] odůvodnění napadeného rozsudku). Tento závěr především nekoresponduje výše konstatovaným závěrům, uvedeným v bodech [213] a [220] rozsudku, jejichž *ratio decidendi* směřuje k tomu, že určení referenčních produktů je v dané věci otázkou navýsost odbornou, a měla by být vyhrazena znaleckému posouzení. Jakkoli lze souhlasit s tím, že pro účely srovnávání cen není nezbytně nutné, aby referenční vlakové soupravy stoprocentně splňovaly všechny podmínky stanovené zadávací dokumentací (což principiálně nevylučuje zahrnout mezi referenční produkty vlakové soupravy společností CAF a HITACHI, které se požadavkům zadavatele velmi blíží), právě s ohledem na to, že výběr referenčního produktu vyžaduje v dané věci vysokou míru odborných (technických) znalostí, lze důvodně pochybovat, zda by žalovaný vůbec byl schopen tomuto nelehkému úkolu dostat. Touto erudicí zcela jistě nedisponuje ani zdejší soud, a proto se necítí být ani v nejmenším povolán podat účastníkům řízení odpověď na otázky, které vlakové soupravy by bylo možné považovat pro účely tohoto řízení za referenční a které nikoli, případně jakým způsobem lze za účelem porovnání rozhodujících parametrů transformovat „nereferenční“ vlakové soupravy na „referenční“ (tak, jak se o to pokouší krajský soud například v bodech [216], [220], [221] či [224] napadeného rozsudku). Ostatně i sám žalovaný ve své kasační stížnosti vyjadřuje pochybnosti o své odborné způsobilosti uspokojivě vyřešit, které referenční produkty je nutno vzít v úvahu, a jak případně korigovat rozdíly technických parametrů těchto referenčních produktů oproti vlakovým soupravám, které zadavateli nabídl vybraný uchazeč. Žalovaný přitom krajskému soudu přiléhavě vytýká, že stran doporučených nezbytných cenových korekcí ustrnul na obecných doporučeních, aniž by mu podal konkrétní a v praxi použitelný návod, jakým způsobem mají být tyto cenové či jiné korekce provedeny a čeho se mají týkat. Nejvyšší správní soud k této, v zásadě opodstatněné, výhradě dodává, že nedostatky navržených cenových korekcí nespátňuje ani tak v jejich nekonkrétnosti (například zmínka krajského soudu o teorii časové hodnoty peněz v bodu [224] bezesporu dostatečně určitá je), jako spíše v tom, že krajským soudem předestřená řešení předpokládají vysoce odborné technické znalosti, související zejména s otázkami technické konstrukce referenčních produktů, které by pravděpodobně žalovaný nebyl schopen samostatně náležitě vyhodnotit, i kdyby je měl k dispozici.

pokračování

Konečně ke znaleckým posudkům, které zadavatel a žalobce předložili v řízení o kasační stížnosti, je na místě uvést, že stávající systém soudního přezkumu správních rozhodnutí je založen na zásadě plné jurisdikce (viz například rozsudek tohoto soudu ze dne 23. 11. 2004, č. j. 5 Afs 14/2004 - 60, publikovaný pod č. 618/2005 Sb. NSS). Správní soudy tak v otázkách skutkových nejsou nutně odkázány jen na to, co bylo zjištěno v průběhu předcházejícího správního řízení a nemohou proto bez dalšího odmítnout provedení důkazů, směřují-li k prokázání skutkového stavu věci, který tu byl ke dni rozhodování druhostupňového správního orgánu. Jinými slovy, platí, že soud přezkoumává napadené správní rozhodnutí podle skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu (§ 75 odst. 1 s. ř. s.), avšak k objasnění tohoto stavu je oprávněn zopakovat nebo i doplnit důkazy provedené správním orgánem (§ 77 odst. 2 s. ř. s.). Nejvyšší správní soud nicméně v souzené věci shledal, kromě nedostatků při zjišťování existence podmínky *ceny podstatně nižší než je obvyklá tržní cena*, i jiný důvod, pro který rozhodnutí žalovaného neobstojí a pro které muselo být zrušeno (viz další část tohoto rozsudku, v níž bude o tomto druhém důvodu v podrobnostech pojednáno). Z uvedeného důvodu není účelné a hospodárné doplňovat dokazování předloženými znaleckými posudky, a to tím spíše, že nepanuje jistota, zda jsou vůbec schopny podat o skutkovém stavu komplexní a přesvědčivý obraz.

Lze tedy k této dílčí otázce uzavřít, že v dalším řízení bude na žalovaném, aby zajistil dostatečně odborné posouzení otázky, zda cena, za kterou pořídil zadavatel vlakové soupravy Railjet, byla *cenou podstatně nižší než je obvyklá tržní cena*, tedy aby za pomoci kvalifikovaného subjektu našel odpověď na otázku, jaké vlakové soupravy byly v daném místě a čase s to uspokojit poptávku zadavatele a které z nich mohou být případně pro účely tohoto řízení porovnávány s vlakovými soupravami *Railjet*. Při tomto hodnocení mohou být zohledněny i znalecké posudky Ing. Martiny Hábové, Ph.D. a doc. Ing. Jana Famfulíka, Ph.D., předložené v řízení o kasační stížnosti, pokud je účastníci správního řízení navrhnou provést jako důkazy. Jelikož totiž zdejší soud důkaz těmito posudky neprováděl, neuplatní se pravidlo vyplývající z ustanovení § 78 odst. 6 s. ř. s., dle kterého *zrušil-li soud rozhodnutí správního orgánu ve věci, v níž sám prováděl dokazování, zahrne správní orgán v dalším řízení tyto důkazy mezi podklady pro nové rozhodnutí*.

Pokud jde o v pořadí druhou podmínku pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 5 písm. e) ZVZ, tedy o prokázanou *časovou omezenost nabídky*, nejprve je třeba posoudit názor krajského soudu, že žalobce byl zkrácen na svých procesních právech tím, že mu žalovaný neumožnil nahlédnout do části spisu, která byla na popud osoby zúčastněné na řízení II. označena jako „*obchodní tajemství*“, ač jí byl v řízení před žalovaným prováděn důkaz, a to právě i ve vztahu k hodnocení splnění této zákonné podmínky. Pokud by se totiž Nejvyšší správní soud s tímto závěrem krajského soudu ztotožnil, bylo by předčasné hodnotit, zda byla nabídka vybraného uchazeče skutečně časově omezená, neboť by řádné dokazování ohledně naplnění této podmínky pro postup dle shora citovaného ustanovení ZVZ před žalovaným neproběhlo; věcné posouzení této otázky je přitom primárně věcí správního orgánu (žalovaného) a správní soudy jen přezkoumávají zákonnost jeho postupu.

Nejvyšší správní soud považuje za nutné nejprve konstatovat, že ZVZ neobsahuje samostatnou úpravu nahlížení do správního spisu. Uplatní se tedy úprava obecná, plynoucí z ustanovení § 38 správního řádu. V případě účastníků řízení je jejich právo nahlížet do správního spisu garantováno v § 38 odst. 1 správního řádu, dle kterého *účastníci a jejich zástupci mají právo nahlížet do spisu, a to i v případě, že je rozhodnutí ve věci již v právní moci*. Jediné omezení tohoto práva je (pro účastníky) zakotveno v § 38 odst. 6 správního řádu, dle kterého 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. Ustanovení odstavce 4 se nepoužije.

Pokud jde o zmiňovanou restrikcí z práva nahlížení do správního spisu, zdejší soud se zcela ztotožňuje s názorem krajského soudu, uvedeným v odst. [238] rozsudku, a sice že *povinnost mlčenlivosti*, coby důvod pro uplatnění této restrikce, musí mít z povahy věci veřejnoprávní charakter; ochranu obchodního tajemství tak do této kategorie zahrnout nelze. Ustanovení § 38 odst. 6 správního řádu tedy zpřístupnění obchodního tajemství účastníku řízení nebrání, není však vyloučeno, aby zvláštní zákon stanovil, že z nahlížení jsou vyloučeny i jeho části, požívající ochrany v rovině soukromoprávní. O takový případ jde právě u obchodního tajemství, jehož ochrana je správnímu orgánu (žalovanému) uložena ustanovením § 122 odst. 2 ZVZ (krajský soud omylem odkázal na neexistující odstavce třetí tohoto ustanovení). Pro úplnost je vhodné dodat, že *povinnost mlčenlivosti* je v obecné rovině upravena v ustanovení § 15 odst. 3 správního řádu, přičemž její konkrétní podoba v řízení vedeném dle ZVZ je definována ustanovením § 122 odst. 1 tohoto zákona; i z toho je zřejmé, že ochrana obchodního tajemství stojí mimo tuto kategorii výluky z nahlížení do správního spisu (blíže ke vztahu obecné a speciální úpravy povinnosti mlčenlivosti, coby důvodu odepření nahlížení do spisu, viz rozsudek tohoto soudu ze dne 27. 1. 2012, č. j. 2 Afs 5/2011 - 110).

Z ustanovení § 122 odst. 2 ZVZ se podává, že *dozví-li se Úřad skutečnost, která je předmětem obchodního tajemství, je povinen učinit opatření, aby obchodní tajemství nebylo porušeno*. Ochrana obchodního tajemství (zde účastníka řízení) je tedy v řízení před žalovaným garantována; způsob, jakým žalovaný tomuto požadavku dostojí, zákon neupravuje – jedním ze způsobů, jak lze porušení obchodního tajemství předejít, je nepochybně i vyloučení příslušných částí správního spisu z nahlížení dalším účastníkům (o třetích osobách zde není třeba uvažovat). Lze tedy uzavřít, že žalovaný je v řízení vedeném dle ZVZ oprávněn omezit účastníkovi řízení nahlížení do správního spisu z důvodu ochrany obchodního tajemství jiného subjektu; právním podkladem takového postupu je ustanovení § 122 odst. 2 ZVZ.

Požadavek zákona, aby žalovaný zajistil důvěrnost obchodního tajemství, stane-li se z nějaké příčiny součástí spisu (zde v řízení o přezkumu úkonů zadavatele), však nesmí být vykládán dogmaticky, tedy tak, že by vedl k popření práv jiných osob, zde konkrétně práva žalobce na efektivní výkon jeho procesních práv. K této problematice se výstižně vyjádřil Soudní dvůr v rozsudku ze dne 14. 2. 2008 ve věci *Varec SA v. Belgický stát* (C-450/06), na který poukazoval žalovaný. Z tohoto rozsudku se podává, že čl. 1 odst. 1 přezkumné směrnice musí být „*vykládán v tom smyslu, že orgán příslušný k přezkumu*

pokračování

stanovenému v uvedeném čl. 1 odst. 1 musí zajistit důvěrnost a právo na respektování obchodního tajemství u informací obsažených ve spisech, které mu jsou předány účastníky řízení v dané věci, zejména zadavatelem, a současně se může sám s těmito informacemi seznámit a takové informace zohlednit. Tomuto orgánu náleží, aby rozhodl, do jaké míry a za jakých podmínek je třeba zajistit důvěrnost a utajení těchto informací, s ohledem na požadavky účinné právní ochrany a dodržení práv obhajoby účastníků sporu, a za účelem zajištění, že v případě žaloby k soudu nebo opravného prostředku k jinému orgánu, který je soudem ve smyslu článku 234 ES, bude v celém řízení dodrženo právo na spravedlivý proces.“

Jestliže se citované rozhodnutí Soudního dvora vyjadřuje k řízení o přezkumu zadávacího procesu orgánem dohledu, a hovoří-li v tomto kontextu o „požadavku účinné právní ochrany a dodržení práv obhajoby účastníků sporu“, dává tím do značné míry odpověď na další sporné otázky, a sice jaká je povaha takového řízení (zda jde o řízení kontradiktorní) a vůči komu je právo na ochranu obchodního tajemství garantováno.

Nelze tedy souhlasit s názorem krajského soudu, vyjádřeným v bodě [239] napadeného rozsudku, dle kterého je účelem § 122 odst. 2 ZVZ ochrana obchodního tajemství především ve vztahu ke třetím osobám. Takovému výkladu nejenže nenásvědčuje dikce § 122 odst. 2 ZVZ, ale je protismyslná i v relaci k § 38 správního řádu, o nějž se při svém rozhodování opírá krajský soud. Ustanovení § 38 odst. 1 správního řádu (zakotvující právo nahlížet do spisu bez udání důvodů a bez omezení) totiž směřuje právě k účastníkům řízení a jejich zástupcům; jiným osobám správní orgán umožní nahlížení do spisu pouze tehdy, prokážou-li na nahlížení do spisu právní zájem nebo jiný vážný důvod a nebude-li tím současně porušeno právo některého z účastníků, popřípadě dalších dotčených osob anebo veřejný zájem (§ 38 odst. 2 správního řádu). Možnost odeprít nahlížení do spisu z důvodu zajištění ochrany obchodního tajemství (nejen účastníků řízení) osobám, které nejsou účastníky řízení, je tedy dána již samotným ustanovením § 38 odst. 2 správního řádu; § 122 odst. 2 ZVZ by tedy, pokud jde o tyto osoby, byl jen (nikoli nutným) rozvedením citovaného obecného pravidla plynoucího z obecného procesního předpisu – správního řádu.

Pokud jde o druhou spornou otázku, tedy zda mělo řízení před žalovaným kontradiktorní povahu, potažmo do jaké míry by se taková povaha řízení promítla do práva účastníků na (obecně správním řádem předpokládaný) neomezený přístup ke všem informacím týkajícím se dotčeného řízení, je třeba uvést, že nejde o otázku, jejíž zodpovězení by mohlo cokoli na shora uvedených závěrech zvrátit. I přesto je však vhodné se k této kasačními stížnostmi nastolené otázce vyjádřit. Obecně totiž platí, že vykazuje-li řízení kontradiktorní povahu, musí mít jeho účastníci příležitost nejen předložit každý důkaz nutný k tomu, aby obhájili své nároky, ale také musí být seznámeni s každým důkazem nebo stanoviskem protistrany, jejichž účelem je ovlivnit konečné rozhodnutí, a musí mít možnost se k nim vyjádřit [viz rozsudky Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Nideröst-Huber proti Švýcarsku* ze dne 18. 2. 1997, Reports 1997-I, str. 108, § 24 a ve věci *Mantovanelli proti Francii* ze dne 18. 3. 1997, Reports 1997-II, str. 436, § 33, a dále rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 12. 2007, č. j. 2 Afs 91/2007 - 90; přestože se tato rozhodnutí vztahují k řízení soudnímu, závěry zde vyslovené mají obecnou platnost].

Má-li tedy zdejší soud odpovědět, zda se zásada kontradiktornosti ve výše uvedeném pojetí uplatní také v řízení o přezkumu úkonů zadavatele, je třeba připomenout, že žalovaný vede v režimu ZVZ dva typy řízení. Zaprvé jde o řízení zahajované podle § 114 ZVZ na písemný návrh, a to v zásadě proti všem úkonům zadavatele, které vylučují nebo by mohly vyloučit zásady stanovené v § 6 ZVZ. Zadruhé se jedná o řízení zahájené z moci úřední (§ 113 ZVZ), kdy indicie k jeho zahájení získává orgán dohledu na podkladě výsledků vlastního šetření, často iniciovaného podnětem fyzické či právnické osoby. Konstrukce ZVZ však není postavena na důsledném rozhraničení zásady dispoziční a oficiality, respektive zásady vyšetřovací a projednací, a proto není vyloučeno jejich prolínání (shodně uvážil i Vrchní soud v Olomouci ve svém rozhodnutí publikovaném pod č. SJS 681/2000, které se týkalo zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, přičemž tento závěr lze, s ohledem na podobnost základních rysů současné a dřívější právní úpravy, analogicky vztáhnout i na úpravu recentní). Přestože tedy ZVZ uvedené dva druhy řízení od sebe formálně neodlišuje, v ustanoveních dílu druhého hlavy druhé ZVZ lze vysledovat drobné rozdíly, jimiž se rozdíl výše uvedených dvou typů správního řízení projevuje. Namátkově se jedná například o ustanovení § 115 ZVZ, upravující kauci, pojmově spojenou pouze s řízením zahájeným na návrh, či § 116 ZVZ, vymezující různé okruhy účastníků řízení v návaznosti na způsob jeho zahájení. Lze tak konstatovat, že řízení zahajovaná na návrh uchazeče či zájemce o veřejnou zakázku vykazují některé rysy sporného řízení podle § 141 správního řádu (obdobně viz rozsudek zdejšího soudu ze dne 30. 5. 2013, č. j. 2 Afs 32/2012 - 33), v nichž se zásada kontradiktornosti uplatňuje podobným způsobem jako v řízení soudním.

Zahajuje-li tedy orgán dohledu správní řízení na návrh uchazeče nebo zájemce o veřejnou zakázku, v němž je tvrzeno porušení ZVZ ze strany zadavatele, je to minimálně zadavatel, kdo je vůči takovému navrhovateli v protichůdném postavení, a proto si také vůči němu hájí svou procesní pozici. Za tímto účelem má zadavatel zcela legitimní zájem na tom dozvědět se, jaká porušení ZVZ jsou mu kladena k tíži a proč (k tomu ostatně slouží již institut námitek podle § 110 ZVZ), stejně jako má právo se k těmto tvrzením vyjádřit a přesvědčit tak orgán dohledu (žalovaného), že postup při zadání veřejné zakázky byl v souladu se zákonem. Není tedy pochyb o tom, že zásada kontradiktornosti nachází v návrhovém řízení podle § 114 ZVZ svůj neoddiskutovatelný prostor. Otázkou zůstává, zda se v obdobně protichůdném postavení vůči navrhovateli nachází také vybraný uchazeč (tj. vítěz zadávacího řízení, s nímž zadavatel zamýšlí uzavřít smlouvu na poptávané plnění). Nejvyšší správní soud má za to, že přinejmenším stran té části návrhu, kterou navrhovatel míří proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky (například tím, že zpochybňuje splnění kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem, způsobilost jeho nabídky pro připuštění do fáze posouzení a hodnocení nabídek anebo její finální vyhodnocení jako nabídky nejvhodnější), se v protichůdném postavení vůči navrhovateli ocitá i vybraný uchazeč. V takových případech se musí zásada kontradiktornosti projevit i ve vztahu mezi nimi a každému z nich musí být dán prostor vyjádřit se k tvrzením strany druhé.

Výše uvedená teoretická východiska lze shrnout tak, že se v daném typu řízení žalovaný nemůže zříci své povinnosti zajistit důvěrnost obchodního tajemství v dokumentech, které mu jsou předány účastníky řízení, ať jde o zadavatele či jednotlivé zájemce či uchazeče o veřejnou zakázku. Jeho úkolem je vyřešit střet dvou protichůdných

pokračování

zájmů, kdy na straně jedné stojí ústavně zaručené právo účastníka řízení vyjádřit se ve své věci ke všem prováděným důkazům, ve smyslu čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, a na straně druhé právo jiného subjektu na ochranu jeho obchodního tajemství. Každé omezení práva nahlížet do spisu proto musí být proporcionální zájmu, který je odepřením tohoto práva chráněn (zde zájmu na ochraně obchodního tajemství některého z účastníků); k tomu srov. přiměřeně rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2009, č. j. 9 As 42/2009 – 124).

Promítnutí těchto závěrů do konkrétní roviny nyní posuzované věci především znamená povinnost žalovaného primárně posoudit, zda informace, které vybraný uchazeč za obchodní tajemství označil, skutečně obchodním tajemstvím jsou; co se rozumí obchodním tajemstvím, bylo vymezeno v ustanovení § 17 obchodního zákoníku, nyní viz ustanovení § 504 NOZ. Jen jsou-li splněny současně všechny znaky obchodního tajemství stanovené zákonem, mohou skutečnosti, které účastník řízení zamýšlí utajit, oprávněně požívat ochrany důvěrnosti ve smyslu shora vyloženém. V daném případě označil určité konkrétní části předložené dokumentace za obchodní tajemství vybraný uchazeč. Žalovaný však nebyl povinen, ale ani oprávněn, takto tvrzenou existenci obchodního tajemství automaticky přijmout; naopak mu svědčilo právo ověřit, zda se pojmově o obchodní tajemství vůbec jedná. Pokud by zjistil, že tomu tak není, logicky by ho vůbec nestíhala povinnost s dotčenými informacemi nakládat jako s obchodním tajemstvím. V opačném případě (tedy uzná-li, že se v daném případě o obchodní tajemství jedná) musí žalovaný (při respektování výše uvedených zásad a principů, na jejichž dodržování nelze v žádném případě rezignovat) přistoupit k posouzení, které konkrétní dílčí skutečnosti či informace jsou k provedení důkazu nutné. Při vědomí imperativu obsaženého v § 122 odst. 2 ZVZ musí postupovat tak, aby seznámení účastníka řízení s autentickým či plným zněním informace, která je obchodním tajemstvím (a kterou je prováděno dokazování) nevedlo k popření základního cíle obchodního tajemství a potažmo čl. 1 odst. 1 přezkumné směrnice tak, jak ji formuloval Soudní dvůr ve výše citovaném rozsudku ze dne 14. 2. 2008 ve věci *Varec SA v. Belgický stát* (C-450/06). Lze proto připustit, aby žalovaný, za účelem minimalizace rizika, že bude obchodní tajemství vyzraženo či zneužito, z nahlížení oddělil ty části podkladů, obsahující obchodní tajemství, které v rámci provádění důkazu není nezbytně nutné druhému účastníku řízení sdělovat (začerněním části textu, jeho agregací či anonymizací, atp.).

Stran způsobu, jakým žalovaný v dané věci vyřešil kolizi práva osoby zúčastněné na řízení II. na ochranu jejího obchodního tajemství a práva žalobce být seznámen s podklady pro rozhodnutí ve věci samé, dospěl Nejvyšší správní soud v zásadě ke shodnému závěru, jako krajský soud v napadeném rozsudku. Shledal tedy, že žalovaný dostatečně nevyhodnotil otázku, zda skutečně všechny skutečnosti označené osobou zúčastněnou jako obchodní tajemství reálně vykazují jeho zákonem předpokládané znaky, potažmo neprovedl dostatečnou analýzu, týkající se možnosti alespoň částečného zpřístupnění těchto informací žalobci. Pokud žalobci nebyla dána vůbec žádná možnost seznámit se s některými dokumenty, které se týkaly kontraktačního procesu mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, respektive mezi ÖBB a vybraným uchazečem, ač za jejich pomoci mělo být postaveno na jisto, zda byla nabídka vybraného uchazeče *časově omezená*, či nikoli, došlo ke zkrácení jeho procesních práv způsobem, který mohl mít vliv na zákonnost konečného rozhodnutí. Je přitom zcela lhostejné, zda mohl žalobce reálně

po seznámení se s těmito dokumenty dosáhnout lepšího procesního postavení. Pro úplnost zdejší soud uvádí, že nepojal pochybnost o tom, že minimálně smlouvou uzavřenou mezi vybraným uchazečem a ÖBB ze dne 24. 2. 2006 a dokumentem ÖBB ze dne 7. 6. 2011 ve správním řízení důkaz prováděn byl (viz body [105] a [107] prvostupňového rozhodnutí či bod [75] rozhodnutí žalovaného), stejně jako se zadavatel a vybraný uchazeč opakovaně odvolávali na dopis ÖBB ze dne 22. 12. 2010 ve svých vyjádřeních k věci.

Pokud jde o postup žalovaného v dalším řízení, shora vyslovené závěry rozhodně nelze interpretovat tak, že by měly být vyjmenované dokumenty žalobci bez dalšího zpřístupněny, respektive zpřístupněny bez potřebného přiměřeného omezení. Míra tohoto omezení, stejně jako volba způsobu vyvážení obou výše zmíněných protichůdných zájmů, však bude již plně na žalovaném, který při této úvaze bude respektovat výše vyložený princip proporcionality.

V návaznosti na uvedené zbývá dodat, že se zdejší soud neztotožnil ani s poměrně překvapivou argumentací žalovaného, že žalobce (v pozici navrhovatele) nenaplnuje znaky účastníka řízení, na kterého míří ustanovení § 38 odst. 1 správního řádu, a již jen proto mu právo na seznámení se s veškerým obsahem správního spisu nenáleží. Tvrdí-li žalovaný, že o právech a povinnostech navrhovatele (žalobce) v tomto řízení rozhodováno nebylo, a proto v řízení o přezkumu úkonů zadavatele „*nesplňuje znaky takového účastníka*“, jde o názor zcela neudržitelný. Je totiž nejen v rozporu se zcela jednoznačnou dikcí ustanovení § 116 ZVZ, podle něhož je *účastníkem řízení* zadavatel a *v řízení zahájeném na návrh též navrhovatel*, ale odporuje i dosavadní rozhodovací praxi žalovaného, která ani v nejmenším nenaznačuje, že by snad měl o účastenství navrhovatele v tomto typu řízení sebemenší pochybnosti. Zamýšlel-li snad žalovaný vyjádřit, že navrhovateli náleží, v porovnání s ostatními účastníky přezkumného řízení, méně procesních práv, lze s ním souhlasit pouze potud, že účastenství takového subjektu, založené mu zvláštním zákonem (ZVZ) jej, co do rozsahu práv, řadí do kategorie účastníků uvedených v ustanovení § 27 odst. 2 správního řádu, jak to předpokládá ustanovení § 27 odst. 3 tohoto zákona. Tito účastníci vskutku nemají zcela shodná procesní práva, jako účastníci definovaní v ustanovení § 27 odst. 1 správního řádu, zákon to však musí v jednotlivých případech vždy *expressis verbis* deklarovat (srov. například ustanovení § 84 odst. 1 *in fine* správního řádu). Jelikož ustanovení správního řádu upravující nahlížení účastníků řízení do správního spisu (§ 38 odst. 1) žádnou distinkci kategorie účastníků nepředpokládá, je evidentní, že toto právo svědčí ve stejném rozsahu všem účastníkům řízení.

Co se týče požadavku zadavatele na dodání vlakových souprav s konstrukční rychlostí 230 km/h, vzhledem k tomu, že uvedená námitka byla podrobně vypořádána jak žalovaným, tak krajským soudem, a že již nebyla samostatně vznesena v kasačních stížnostech, ale pouze okrajově připomínána žalobcem v jeho vyjádřeních, zdejší soud pouze stručně dodává, že ani on neshledal tento požadavek za diskriminační. Za podstatnou okolnost považuje to, že zadavatel zamýšlel provozovat poptávané vlakové soupravy i na tratích mimo Českou republiku, z nichž některé umožňují provoz o rychlosti až 230 km/h. Pokud žalovaný za důkaz tohoto záměru vzal požadavek zadavatele obsažený v *Příloze 1 Výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění*, dle kterého mají jednotky disponovat schválením pro provoz minimálně v České republice, Rakousku, Německu a Maďarsku s tím, že mají splňovat závazné požadavky vztažných vyhlášek UIC, evropských norem i ostatní legislativy Evropské unie i národní legislativy výše uvedených

pokračování

států, považuje jej zdejší soud za dostačující a přesvědčivý. Žalobce tento argument ostatně ani nevyvrací.

Konečně zdejší soud, ve shodě se soudem krajským, dodává, že předmětem přezkumu nemohla být veřejná zakázka s názvem „*Rekonfigurace netrakčních komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu*“, uveřejněná v informačním systému o veřejných zakázkách dne 30. 3. 2012 pod evidenčním číslem 206997. Nic však žalovanému nebrání, aby při novém posouzení věci zohlednil rovněž podstatné skutečnosti a okolnosti týkající se citované veřejné zakázky, které se jeví jako relevantní pro veřejnou zakázku nyní přezkoumávanou.

S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti je zřejmé, že Nejvyšší správní soud žádnou z podaných kasačních stížností neshledal důvodnou. Jelikož nosné důvody, které krajský soud vedly ke zrušení rozhodnutí žalovaného, z hlediska zákona plně obstojí, nezbylo zdejšímu soudu, než za podmínek vyplývajících z ustanovení § 110 odst. 1 *in fine* s. ř. s., rozsudkem tyto kasační stížnosti zamítnout. Nahrazena byla jen ne zcela přiléhavá dílčí právní argumentace napadeného rozsudku, která však na *ratio decidendi* tohoto rozsudku neměla zásadní vliv (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 4. 2009, č. j. 8 Afs 15/2007 - 75, publikované pod č. 1865/2009 Sb. NSS).

O náhradě nákladů tohoto řízení bylo rozhodnuto ve smyslu ustanovení § 60 odst. 1, věty první s. ř. s., ve spojení s ustanovením § 120 s. ř. s., dle kterého 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*. Vzhledem k tomu, že žalovaný byl v řízení o kasační stížnosti procesně neúspěšný, právo na náhradu nákladů řízení mu nenáleží. Co se týče osob zúčastněných na řízení, ty v dané věci podaly kasační stížnost, staly se tedy (vedle žalobce a žalovaného) *účastníkem řízení* o kasační stížnosti (viz ustanovení § 102 věty první s. ř. s. a § 105 odst. 1 s. ř. s.) a i v jejich případě je tak nutno rozhodnout o nákladech řízení ve smyslu jejich procesní úspěšnosti (srov. rozsudek zdejšího soudu ze dne 19. 1. 2010, č. j. 2 As 15/2009 - 242, publikovaný pod č. 2020/2010 Sb. NSS). Jelikož kasační stížnosti těchto osob byly zamítnuty (nebyly jimi tedy dosaženy zrušení rozsudku krajského soudu, jímž bylo vyhověno žalobci), je zřejmé, že ani v jejich případě nelze hovořit o procesní úspěšnosti a právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti jim tak nenáleží. Jediným procesně úspěšným účastníkem řízení před zdejším soudem tak zůstává žalobce, který má proti shora uvedeným neúspěšným účastníkům právo na náhradu nákladů řízení.

Žalobce uplatnil náklady odpovídající odměně za zastupování advokátem za tři úkony právní služby podle § 11 odst. 1 písm. a) a d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), a to převzetí a přípravu právního zastoupení, vyjádření ke kasační stížnosti žalovaného a vyjádření ke kasačním stížnostem osob zúčastněných na řízení, kdy za jeden úkon právní služby přísluší advokátu odměna ve výši 3100 Kč [§ 7, § 9 odst. 3 písm. f) advokátního tarifu]. Dále žalobce uplatnil nárok na náhradu hotových výdajů svého zástupce, které činí podle § 13 odst. 3 advokátního tarifu částku 300 Kč ke každému úkonu. Celkem tak žalobce náklady řízení vyčíslil na 10 200 Kč (plus odpovídající částku daně z přidané hodnoty). Nejvyšší správní soud nicméně zjistil, že Mgr. Radek Pokorný zastupoval

žalobce již v řízení před krajským soudem, a toto pokračující právní zastoupení nezavdalo důvod k opětovnému převzetí a přípravě zastupování v řízení před zdejší soudem; převzetí zastoupení, jakožto úkon právní služby, bylo již uplatněno v řízení před krajským soudem a odpovídající odměna byla žalobci napadeným rozsudkem přiznána. Právní zástupce žalobce nicméně ještě poté, co zaslal zdejšímu soudu uvedené vyúčtování odměny za právní zastupování, reagoval obsáhle na repliku osoby zúčastněné na řízení I., ač o vyjádření k této replice zdejšího soudem vyzván nebyl. V závěru této repliky uvedl, že navrhuje, aby Nejvyšší správní soud přiznal žalobci „*plnou náhradu nákladů řízení o kasačních stížnostech*“, z čehož lze usuzovat, že nárokuje i náhradu odměny za úkon právní služby – vyjádření k replice osoby zúčastněné na řízení I. Zdejší soud nicméně s ohledem na obsah tohoto vyjádření nedospěl k závěru, že se jedná o úkon, který byl k ochraně práv žalobce nezbytný, neboť uvedené vyjádření nepřináší do věci žádné nové skutečnosti nebo argumenty nad rámec těch, které už byly vzneseny a uplatněny dříve. Ve shodě s dřívější rozhodovací praxí se za podání, se kterým je spojen vznik nároku ustanoveného advokáta na mimosmluvní odměnu podle § 11 odst. 1 advokátního tarifu, považuje jen takové, z něhož vyplývají pro věc nové skutkové či právní okolnosti (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 7. 2010, č. j. 7 Afs 56/2010 - 59). Z uvedeného důvodu považoval zdejší soud za oprávněné náklady žalobce pouze odměnu za dva úkony právní služby podle § 11 odst. 1 písm. d) advokátního tarifu a s nimi související paušální náhradu hotových výdajů, tedy celkem 6800 Kč. Zástupce žalobce rovněž doložil, že je plátcem daně z přidané hodnoty. Podle § 57 odst. 2 s. ř. s. platí, že je-li zástupcem účastníka advokát, který je plátcem daně z přidané hodnoty, patří k nákladům řízení rovněž částka, která odpovídá příslušné sazbě daně, vypočtená z odměny za zastupování a z náhrad určených podle § 35 odst. 2 věty druhé; to samé platí i v případě, kdy je advokát společníkem právnické osoby zřízené podle zvláštních právních předpisů upravujících výkon advokacie a plátcem daně je tato právnická osoba. Tato daň činí v dané věci celkem 1428 Kč. Náklady řízení za právní zastoupení žalobce tak činí, včetně daně z přidané hodnoty, celkem 8228 Kč. Celková částka nákladů řízení byla následně rozdělena rovným dílem mezi jednotlivé stěžovatele, kteří byli zavázáni k jejich samostatné úhradě, neboť z jejich procesního postavení v tomto řízení nelze dovodit existenci nerozlučných práv a povinností.

P o u č e n í: Proti tomuto rozhodnutí **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 30. května 2014

Mgr. Radovan Havelc
předseda senátu