



UOHSX005GR88

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S757/2012/VZ-15188/2014/523/Krk/Mkb

Brno 18. července 2014

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 21. 12. 2012, jehož účastníkem je

- zadavatel – Výzkumný ústav železniční, a.s., IČO 27257258, se sídlem Novodvorská 1698, 142 01 Praha 4,

ve věci veřejné zakázky „Rekonstrukce svršku velkého železničního okruhu Zkušebního centra VUZ od km 6,800 do km 13,170“, jejíž oznámení o vyhlášení výběrového řízení bylo zveřejněno dne 2. 8. 2010 na centrální adrese pod evidenčním číslem 20000565/R a dne 4. 8. 2010 jako pravidelné předběžné oznámení v Úředním věstníku Evropské unie pod číslem 2010/S 149-230858,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Výzkumný ústav železniční, a.s., IČO 27257258, se sídlem Novodvorská 1698, 142 01 Praha 4 – se dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když veřejnou zakázku „Rekonstrukce svršku velkého železničního okruhu Zkušebního centra VUZ od km 6,800 do km 13,170“, jejíž oznámení o zakázce bylo zveřejněno dne 2. 8. 2010 na centrální adrese pod evidenčním číslem 20000565/R a dne 4. 8. 2010 jako pravidelné předběžné oznámení v Úředním věstníku Evropské unie pod číslem 2010/S 149-230858, nezadal v některém z v úvahu

případajících zadávacích řízení uvedených v § 21 odst. 1 citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a dne 11. 11. 2010 došlo k uzavření smlouvy.

I.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Výzkumný ústav železniční, a.s., IČO 27257258, se sídlem Novodvorská 1698, 142 01 Praha 4 – podle ustanovení §120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, **ukládá pokuta** ve výši

100 000 Kč (slovy sto tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a postup Úřadu před zahájením správního řízení

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“) obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatele – Výzkumný ústav železniční, a.s., IČO 27257258, se sídlem Novodvorská 1698, 142 01 Praha 4 (dále také „zadavatel“ či „Výzkumný ústav železniční“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce svršku velkého železničního okruhu Zkušebního centra VUZ od km 6,800 do km 13,170“ zadávané na základě oznámení o vyhlášení výběrového řízení zveřejněného dne 2. 8. 2010 na centrální adrese pod evidenčním číslem 20000565/R a dne 4. 8. 2010 jako pravidelné předběžné oznámení v Úředním věstníku Evropské unie pod číslem 2010/S 149-230858 (dále také „veřejná zakázka“).
2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal stanovisko a dokumentaci o uvedené veřejné zakázce. Po přezkoumání předložených podkladů Úřad získal pochybnosti o tom, zda zadavatel nebyl při zadávání předmětné zakázky v postavení veřejného zadavatele ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, a zda tedy neměl při jejím zadávání postupovat dle zákona o veřejných zakázkách, tj. zda zakázku neměl zadat v jednom ze zadávacích řízení upravených v ustanovení § 21 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Úřad získal pochybnost o tom, zda se tím, že tak neučinil, zadavatel nedopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Z uvedeného důvodu zahájil Úřad dne 20. 12. 2012 správní řízení z moci úřední.

II. Průběh správního řízení

3. Účastníkem správního řízení podle ustanovení § 116 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel.
4. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkovi řízení přípisem č. j. ÚOHS-S757/2012/VZ-24063/2012/523/DŘÍ ze dne 20. 12. 2012. Usnesením č. j. ÚOHS-S757/2012/VZ-24064/2012/523/DŘÍ ze dne 20. 12. 2012 Úřad účastníkovi řízení stanovil lhůty, ve kterých byl oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, vyjádřit své stanovisko v řízení, resp. vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí.

5. Usnesením č. j. ÚOHS-S757/2012/VZ-9407/2014/523/Krk ze dne 6. 5. 2014 vyzval Úřad zadavatele k:
- a. doručení dokladů, z nichž vyplývá výše a zdroj financování veřejné zakázky,
 - b. doručení dokladů, z nichž vyplývá výše a zdroj financování jeho provozu za roky 2010, 2011 a 2012,
 - c. doručení vysvětlení, které objasňuje postavení zadavatele na relevantním trhu při činnosti právnické osoby pověřené ke zkouškám drážních vozidel a k technickým prohlídkám a zkouškám určených technických zařízení podle zákona č. 266/1994 Sb., o drahách, ve znění pozdějších předpisů; především vysvětluje (ne)výlučnost činnosti zadavatele na českém trhu a evropském trhu a popisuje konkurenci, které byl zadavatel v této oblasti vystaven v letech 2009 – 2010,
 - d. doručení vysvětlení, které objasňuje postavení zadavatele na relevantním trhu při činnosti právnické osoby provozující akreditované zkušebnictví v oblasti kolejových vozidel a technických zařízení kolejových drah ve smyslu zákona č. 22/1997 Sb., o technických požadavcích na výrobky, ve znění pozdějších předpisů; především vysvětluje (ne)výlučnost činnosti zadavatele na českém trhu a evropském trhu a popisuje konkurenci, které byl zadavatel v této oblasti vystaven v letech 2009 – 2010,
 - e. doručení vysvětlení, které objasňuje postavení zadavatele na relevantním trhu při činnosti právnické osoby provozující činnost certifikačního orgánu provozujícího systémy certifikace výrobků ve smyslu zákona č. 22/1997 Sb., o technických požadavcích na výrobky, ve znění pozdějších předpisů; především vysvětluje (ne)výlučnost činnosti zadavatele na českém trhu a evropském trhu a popisuje konkurenci, které byl zadavatel v této oblasti vystaven v letech 2009 - 2010.

III. Vyjádření zadavatele ze dne 10. 1. 2013

6. Dne 11. 1. 2013 doručil zadavatel Úřadu přípis, jehož obsahem je vyjádření k zahájení správního řízení z moci úřední. V tomto uvádí, že jej není možno považovat za veřejného zadavatele ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách. Především zadavatel zdůrazňuje, že vystupuje jako standardní kapitálová společnost a smyslem jeho existence je výhradně podnikatelská činnost, kterou vykonává samostatně, vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku. Pokud by výsledkem této podnikatelské činnosti byla ztráta, nesl by ji zadavatel sám. Zadavatel tedy nebyl založen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, přičemž dodává, že ani v jeho zakladatelské listině není obsaženo žádné vyjádření o tom, že by byl založen za účelem uspokojování veřejných potřeb. Zadavatel nadto uvádí, že veškeré jeho podnikání vykazuje znaky podnikatelské činnosti výhradně průmyslové a obchodní povahy.
7. Zadavatel reaguje na obsah oznámení o zahájení správního řízení, v němž Úřad poukázal na okolnost, že na internetových stránkách Ministerstva dopravy je uvedeno, že zadavatel je jedinou osobou na území ČR, která má pověření k provádění zkušebního provozu drážních vozidel ve smyslu ustanovení § 43b odst. 3 zákona č. 266/1994 Sb., o drahách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o drahách“), z čehož dle zadavatele Úřad naznačoval monopolní postavení zadavatele, což by ve světle judikatury Soudního dvora Evropské unie

(dále také „Soudní dvůr“ nebo „SDEU“)¹, konkrétně rozsudku ze dne 10. dubna 2008, C-393/06, *Ing. Aigner*, Sb. rozh. I-02339 (dále jen „*Ing. Aigner*“, všechna citovaná rozhodnutí Soudního dvora jsou dostupná online na webu <http://curia.europa.eu>), znamenalo, že by na činnost zadavatele bylo možno nahlížet jako na uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu. Zadavatel k tomuto uvádí, že na týchž stránkách Ministerstva dopravy jsou uveřejněny podmínky pro vydání pověření právnické osoby k provádění zkoušek drážních vozidel ve smyslu ustanovení § 43b odst. 4 zákona o dráhách, přičemž o vydání takového pověření má možnost požádat (a získat jej) kterákoliv právnická osoba, disponující příslušným vybavením a odborným personálem.

8. Zadavatel dodává, že se o monopolní postavení nejedná, neboť je k provádění zkoušek drážních vozidel dle ustanovení § 43 odst. 4 zákona o dráhách v ČR pověřeno více právnických osob, z nichž některé mají srovnatelnou či větší velikost, disponují zkušební laboratoří a odborně způsobilým personálem. Zahraniční zákazníci zadavatele, kteří v inkriminované době tvořili podstatnou část klientely zadavatele, měli možnost zadat provedení zkušebního provozu v rámci členských států Evropské unie a jako příklad zde zadavatel uvádí Testovací středisko Wegberg-Wildenrath v SRN. Úvaha o existenci monopolu dle zadavatele nemůže obstát, neboť se nejedná o skutečnou absenci soutěže na trhu a rozsudek SDEU *Ing. Aigner* na skutkový stav předmětné věci nedopadá.
9. Zadavatel naopak poukazuje na argumentaci, svědčící o absenci definičního znaku „uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou či obchodní povahu“, uvedenou v rozsudku 62 Ca 13/2008 Krajského soudu v Brně ze dne 15. 4. 2010, ve věci THERMAL-F, a.s. proti Úřadu (rozsudek dostupný online na webu <http://www.nssoud.cz>), lze mutatis mutandis, vztáhnout právě na veškerou podnikatelskou činnost zadavatele. Zadavatel rovněž odkazuje na rozsudek SDEU ze dne 16. 10. 2003, *Komise proti Španělskému království*, C- 283/00, Recueil, s. -11697, v němž se konstatuje mimo jiné, že „z ustálené rozhodovací praxe vyplývá, že při určování, zda v určitém případě existuje veřejný zájem nemající obchodní či průmyslovou povahu, musejí být vzaty v úvahu relevantní právní i skutkové okolnosti, jako například okolnosti v době založení (zřízení) a podmínky, za nichž příslušný subjekt vykonává svoji činnost, mimo jiné případná absence soutěže na příslušném trhu, skutečnost, zda primárním cílem není vytvářet zisk skutečnost, že příslušný subjekt nenese riziko spojené s příslušnou činností“.
10. Zadavatel proto zastává názor, že nenaplnil definiční znak uspokojování potřeb ve veřejném zájmu neobchodní nebo neprůmyslové povahy, stanovený zákonem pro veřejného zadavatele.
11. Zadavatel je toho názoru, že z důvodu nedostatku pasivní věcné legitimace nemůže být účastníkem tohoto správního řízení, vzhledem k tomu, že při vyhlášení předmětného výběrového řízení neměl povinnost postupovat podle zákona a nemohl jej tedy svými úkony porušit. Dle zadavatele skutková podstata správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách nebyla naplněna a tudíž by mělo být správní řízení, které bylo zahájeno z moci úřední, podle ustanovení § 117a písm. d) zákona o veřejných zakázkách zastaveno.

¹ Pokud je v textu zmiňována rozhodovací praxe Soudního dvora Evropské unie, vždy se tím myslí rozhodovací praxe Soudního dvora, nikoliv Tribunálu či Soudu pro veřejnou službu.

IV. Vyjádření zadavatele ze dne 17. 1. 2013

12. Dne 17. 1. 2013 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, ve kterém uvádí, že České dráhy, a.s., jako jediný akcionář zadavatele, v inkriminované době naplňoval znaky sektorového zadavatele, popř. dotovaného zadavatele, ale nenaplňovaly znaky pojmu „veřejný zadavatel“ a dále chyběly skutkové okolnosti, které by potvrdily závěr, že jmenovaný subjekt naplňoval potřeby veřejného zájmu, které neměly průmyslovou nebo obchodní povahu. Veškeré činnosti, zapsané v rozhodné době v obchodním rejstříku jako předmět podnikání, vykonávala společnost České dráhy, a.s. jako standardní kapitálová společnost za účelem dosažení zisku.
13. Dále zadavatel poukazuje na skutečnost, že vztahy vzniklé ze smluv o veřejných službách, v rámci hlavní činnosti zadavatele provozování železniční dopravy, byly uzavírány podle zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů a řídily se tak ustanoveními obchodního zákoníku, neboť se nejednalo o veřejnoprávní smlouvy.
14. Zadavatel také uvádí, že pokud společnost České dráhy, a.s., podnikala i v jiných oborech, než je provozování veřejné železniční dopravy, pak se jednalo opětovně o podnikání, které nenaplňovalo znaky pojmu „*uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu.*“

V. Vyjádření zadavatele ze dne 14. 5. 2014

15. V tomto vyjádření zadavatel uvedl, že základním zdrojem financování jeho provozu v letech 2010 - 2012 byly tržby za poskytování služeb. Odběrateli služeb zadavatele jsou podle jeho vyjádření zadavatele významní tuzemští a evropští výrobci kolejových vozidel a dále výrobci kolejových vozidel mimo EU. Zdrojem financování zadavatele podle jeho vyjádření nejsou a nebyly veřejné zdroje.
16. Činnost zadavatele jako osoby pověřené Ministerstvem dopravy podle zákona o drahách ke zkouškám určených technických zařízení podle zákona o drahách provozuje zadavatel podle svého vyjádření v konkurenčním prostředí existujícím na relevantním trhu v České republice. Konkurenty zadavatele podle jeho vyjádření jsou ŠKODA TRANSPORTATION a.s., se sídlem Borovská 2922/32, 301 28 Plzeň, VÚKV a.s. se sídlem Bucharova 1314/8, Praha 5, ZKV s.r.o. se sídlem Wolkerova 2766, 272 01 Kladno. Předmětná činnost podle zadavatele vykazuje znaky nevýlučnosti na českém trhu.
17. Dále zadavatel uvedl, že „*reálná možnost účastníka jako akreditované zkušební laboratoře č. 1462 s oprávněním ke zkouškám kolejových vozidel a jejich komponentů, drážních zařízení a materiálů, je výrazně limitována konkurencí dalších zkušebních laboratoří z ČR i ze států Evropské unie, které mají akreditaci udělenou podle evropské normy EN ISO/IEC 17 025. Akreditovaná zkušební laboratoř účastníka provádí činnost na základě této akreditace jak na území ČR, tak v jiných zemích Evropské unie.*“ Zadavateli podle jeho slov konkurují další akreditované laboratoře, zejména: v ČR - ŠKODA TRANSPORTATION a.s., se sídlem Borovská 2922/32, 301 28 Plzeň, VÚKV a.s. se sídlem Bucharova 1314/8, Praha 5, v zahraničí – DB Systemtechnik GmbH se sídlem Völckerstr. 5, 580939 München, dále ÖBB – Infrastructure AG Research and Development (R&D), Pratestern 3, 1020 Wien a ŽELEZNICE SLOVENSKEJ REPUBLIKY, VÝZKUMNÝ A VÝVOJOVÝ ÚSTAV ŽELEZNIC, Hviezdoslavova 31,

010 02 Žilina. Předmětná činnost tedy podle zadavatele vykazuje známky nevýlučnosti na českém i zahraničním trhu.

18. Konkurenčnímu prostředí podléhá zadavatel podle svého vyjádření dále jako provozovatel certifikačního orgánu provozujícího systémy certifikace výrobků ve smyslu zákona č. 22/1997 Sb., o technických požadavcích na výrobky, ve znění pozdějších předpisů. Hlavními konkurenty zadavatel při realizaci této činnosti jsou: Technický a zkušební ústav technický Praha, s.p., Certifikační orgán na výrobky, se sídlem Prosecká 811/76a, 190 00 Praha 9 – Prosek, TÜV SÜD Czech s.r.o., se sídlem Novodvorská 994, 142 21 Praha 4, TÜV NORD Czech, s.r.o., se sídlem Pod Hájkem 406/1, 180 00 Praha 8, České vysoké učení technické v Praze, Certifikační orgán pro výrobky při Fakultě dopravní, sídlem Konviktská 20, 110 00 Praha 1, EUROSIGNAL a.s., se sídlem Mstětice 34, 250 91 Zeleneč. Předmětná činnosti podle zadavatele opět vykazuje známky nevýlučnosti jak na českém, tak zahraničním trhu.
19. Přílohou vyjádření jsou další dokumenty, jejichž předložení požadoval Úřad v usnesení ÚOHS-S757/2012/VZ-9407/2014/523/Krk ze dne 6. 5. 2014.

IV. Závěry Úřadu

20. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a následujících ustanovení zákona o veřejných zakázkách případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména pak dokumentace o veřejné zakázce a vyjádření zadavatele, dospěl k závěru, že zadavatel byl při zadávání předmětné veřejné zakázky v postavení veřejného zadavatele, a měl tedy při jejím zadávání povinnost zadat tuto veřejnou zakázku v některém ze zadávacích řízení uvedených v § 21 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

21. Podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách je veřejným zadavatelem i jiná právnická osoba [odlišná od osob uvedených v písm. a)-c) citovaného ustanovení], pokud (1) byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a (2) je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorním či kontrolním orgánu.
22. Pokud má být osoba považována za veřejného zadavatele, je nutné, aby naplnila definici znaků některého ze zadavatelů podle ustanovení § 2 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. U Výzkumného ústavu železničního Úřad posoudil, zda se nejedná o zadavatele podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, s ohledem na fakt, že Výzkumný ústav železniční zjevně nenaplnuje ani jednu z definic veřejného zadavatele podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) až c) zákona o veřejných zakázkách. Dle zvažovaného ustanovení zákona o veřejných zakázkách musí subjekt splnit následující podmínky, za kterých bude považován za veřejného zadavatele podle zákona:
 - a. musí se jednat o právnickou osobu, a zároveň
 - b. musí být založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, přičemž tyto potřeby nemohou mít průmyslovou nebo obchodní povahu, a zároveň

- c. musí být
- i. financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo
 - ii. ovládána státem či jiným veřejným zadavatelem nebo
 - iii. stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu,
- přičemž podmínky sub. a) až c) musí být naplněny kumulativně a u podmínek sub. c) i. až c) iii. postačí, pokud budou naplněny alternativně.

23. Úřad nejprve obecně vyložil jednotlivé podmínky, které je nutné zkoumat před tím, než bude postaveno najisto, že konkrétní osoba je veřejným zadavatelem podle stanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, a následně aplikoval vyloženou právní úpravu na skutkové okolnosti projednávané věci – tedy přezkoumal, zda Výzkumný ústav železniční naplňuje jednotlivé podmínky pro to, aby mohl být považován za veřejného zadavatele ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách.
24. Předně Úřad poznamenává, že ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách je transpozicí směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „Směrnice“), konkrétně jejího ustanovení čl. 1 odst. 9, dle kterého *„se veřejnoprávním subjektem rozumí jakýkoli subjekt, založený nebo zřízený za zvláštním účelem uspokojování potřeb obecného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu; který má právní subjektivitu a je financován převážně státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty; nebo je těmito orgány řízen; nebo je v jeho správním, řídicím nebo dozorčím orgánu více než polovina členů jmenována státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty“*.
25. S ohledem na tuto skutečnost Úřad v následujícím přezkumu interpretoval ustanovení zákona o veřejných zakázkách s ohledem na úpravu práva EU, především pak s ohledem na konstantní rozhodovací praxi Soudního dvora.

K podmínce právnické osoby

26. K první podmínce ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách Úřad obecně uvádí, že právní řád rozlišuje účastníky právních vztahů na fyzické a právnické osoby, podle ustanovení § 7 a násl. (fyzické osoby) a § 18 a násl. (právnické osoby) zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, platný v době zahájení zadávacího řízení (rozlišení na fyzické a právnické osoby je zachováno i v zákoně č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, konkrétně v ustanovení § 18). Veřejným zadavatelem podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) může být pouze právní osoba ve smyslu § 18 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník.
27. V projednávané věci je zřejmé, že Výzkumný ústav železniční, který má právní formu akciové společnosti, je právní osobou a Úřad tedy považuje tuto podmínku za splněnou.

K podmínce uspokojování potřeb veřejného zájmu nemajících průmyslovou nebo obchodní povahu

28. Ohledně druhé podmínky ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, tedy že právní osoba musí být založena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, přičemž tyto potřeby nemohou mít průmyslovou nebo obchodní povahu, Úřad

poznává, že obsahuje neurčité právní pojmy, jejichž vyjasnění bude předmětem dalšího výkladu Úřadu. Jedná se o pojmy „za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu“, které nemají „průmyslovou nebo obchodní povahu“. Úřad k tomuto doplňuje, že v souladu s rozhodnutím Soudního dvora Evropské unie ze dne 10. 11. 1996, *BFI Holding*, C-360/96, Recueil, s. I-06821 (dále jen „*BFI Holding*“) rozlišuje Úřad „potřeby veřejného zájmu, které mají průmyslovou a obchodní povahu“ a „potřeby veřejného zájmu, které nemají průmyslovou a obchodní povahu“ (srov. rozsudek *BFI Holding*, odst. 35. a 36.).

29. Pojem „potřeby veřejného zájmu, které nemají průmyslovou a obchodní povahu“ je dále dle výkladu Soudního dvora třeba interpretovat zcela nezávisle na právu členského státu. Jak Soudní dvůr uvedl ve svém rozhodnutí ze dne 27. 2. 2003, *Adolf Truley GmbH*, C-373/00, Recueil, s. I-01931, jedná se o svébytný pojem práva EU.
30. Úřad dodává, že konstantní rozhodovací praxe českých soudů se k této problematice několikrát vyjádřila. Úřad však poznamenává, že judikaturní závěry z rozhodovací praxe českých soudů jsou natolik obecné, že samy o sobě obstojí i při jejich aplikaci v rámci interpretace práva EU, a to z toho důvodu, že nejsou navázány na žádný skutkový ani právní stav, který by představoval specifický prvek českého právního řádu, znemožňující závěry českých soudů v této problematice zevšeobecnit. Ostatně, rozhodovací praxe českých soudů vychází z velké části z rozhodovací praxe Soudního dvora.
31. Z rozhodnutí Soudního dvora ze dne 12. 12. 2002, *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft*, C-470/99, Recueil, I-11617 plyne, že při posouzení, zda byl subjekt založen za účelem uspokojovat potřeby veřejného zájmu, které nemají průmyslovou a obchodní povahu, je potřeba hodnotit jeho aktuální činnost. Nepostačí tedy, že předmětné znaky této činnosti bude subjekt naplňovat při svém vzniku, ale musí je naplňovat v době zadávání předmětné veřejné zakázky. Zároveň je pro posuzování konkrétního případu irelevantní, pokud nebyl subjekt založen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou a obchodní povahu, pokud tyto potřeby uspokojuje v době zadávání přezkoumávané veřejné zakázky.
32. Pro přezkum naplnění podmínek ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) bod 1. zákona o veřejných zakázkách (respektive čl. 1 odst. 9 Směrnice) z obsahového hlediska Úřad dodává, že Soudní dvůr vyložil několik podmínek, které pomohou při identifikaci potřeb veřejného zájmu, nemajících průmyslovou a obchodní povahu. Úřad považuje za důležité zdůraznit, že rozhodovací praxe SDEU je v tomto ohledu zaměřena vždy na konkrétní subjekt a postavení tohoto subjektu na relevantním trhu. Soudní dvůr nemá ve své rozhodovací praxi zaveden žádný „test“ který by formou algoritmu jasně stanovoval, jaké podmínky musí subjekt naplňovat, aby bylo možné jej podřadit pod příslušné ustanovení Směrnice, respektive pod ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) bod 1. zákona. Naopak je potřeba vždy vycházet z konkrétních vztahů na relevantním segmentu trhu a individuálně, s ohledem na specifika konkrétního projednávaného případu rozhodnout, zda k naplnění této podmínky došlo. Úřad proto nejprve vyložil základní argumentační postupy, které jsou patrné z rozhodovací praxe Soudního dvora a následně tyto závěry aplikoval na konkrétní skutkový stav, zjištěný ze spisového materiálu.
33. Ohledně samotného obsahového posouzení naplnění zákonné podmínky Úřad prvně poznamenává, že posouzení činnosti předmětného subjektu musí být především posouzením

po stránce materiální. Nestačí vycházet pouze z formálních dokumentů (zakladatelských listin či stanov společnosti), ale musí být přezkoumáno reálné postavení subjektu v hospodářských vztazích, a dále musí být analyzován segment trhu, na kterém subjekt působí a jeho postavení na tomto relevantním trhu. Úřad tedy zkoumal naplnění podmínky po stránce materiální, nikoliv pouze po stránce formální a dodává, že pouze na základě tohoto posouzení je možné učinit závěr, zda lze činnost subjektu podřadit pod ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) bod 1. zákona o veřejných zakázkách.

34. Dále je potřeba konstatovat, že status zadavatele není závislý na relativní důležitosti, kterou má činnost uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, v rámci veškeré činnosti daného subjektu (srov. rozsudek SDEU *BFI Holding*), postačí tedy, že subjekt vykonává tuto činnost jako okrajovou část své činnosti. Z rozhodnutí Soudního dvora ze dne 15. 1. 1998, *Strohal Rotationsdruck GesmbH*, C-44/96, Recueil, I-00073, vyplývá, že v případech, kdy určitý subjekt vykonává částečně činnost sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu a současně i jinou běžnou obchodní činnost, je považován za zadavatele veřejných zakázek v plném rozsahu své činnosti. Úřadu tedy pro konstatování, že subjekt naplnil podmínku ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) bod 1. zákona o veřejných zakázkách postačí, pokud zjistí, že pouze minimální část činnosti subjektu představuje uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu.
35. Dále Úřad v obecné rovině načrtl, jak je nutno interpretovat samotný pojem potřeb veřejného zájmu, které nemají obchodní a průmyslovou povahu. Úřad vycházel z rozhodnutí SDEU ze dne 22. 5. 2003, ve věci C-18/01, *Ritta Korhonen*, Recueil, s. I-5321 (dále jen jako „*Ritta Korhonen*“), dle kterého rozhodující orgán posoudí, zda přezkoumávaný subjekt naplňuje požadavek na výkon činnosti ve veřejném zájmu, a dále, zda tato činnost ve veřejném zájmu nemá obchodní a průmyslovou povahu (srov. rozsudek SDEU *Ritta Korhonen*, odst. 40.). Ke stejným závěrům se přiklonil i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 31. 5. 2011, č. j. 1 Afs 98/2010 – 399 (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. 1 Afs 98/2010 – 399 odst. 34., dostupný online na webu <http://www.nssoud.cz>).
36. Potřeby veřejného zájmu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu jsou chápány jako potřeby, které jsou uspokojovány jinak, než dostupností zboží a služeb na trhu, a které se stát, z důvodu obecného zájmu, rozhodl poskytovat sám, nebo nad kterými si přeje udržet rozhodující vliv, jako dovodil SDEU ve svém *Ing. Aigner*. Dále Úřad dodává, že k identifikaci poskytovatele takto vymezených potřeb není rozhodující jeho právní forma (může jít také o soukromoprávní subjekty, např. korporace), ale pouze povaha této služby samotné (srov. rozsudek SDEU *BFI Holding*). SDEU k tomuto pravidlu však dodává, že právní forma poskytovatele představuje jeden z identifikátorů, který rozhodující orgán (v tomto případě Úřad) musí brát na zřetel.
37. Při výkladu pojmu „veřejný zájem“ vzal Úřad v úvahu především závěry Nejvyššího správního soudu a Ústavního soudu, které tyto soudy ve své rozhodovací praxi učinily.
38. Pojem „veřejný zájem“ se stal předmětem výkladu v rozhodovací praxi Ústavního soudu. Ten ve svém nálezu ze dne 28. 3. 1996, sp. zn. I. ÚS 198/95, č. 23/1996 Sb. ÚS (dostupný online na webu <http://nalus.usoud.cz>) konstatoval, že „[p]ojem „veřejný zájem“ je třeba chápat jako takový zájem, který by bylo možno označit za obecný či obecně prospěšný

zájem“, přičemž tento výklad Ústavního soudu aproboval pro oblast zadávání veřejných zakázek s ohledem na výklad ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí ze dne 10. 9. 2009, č. j. 9 Afs 111/2008-91 (rozsudek dostupný online na webu <http://www.nssoud.cz>).

39. Druhý pojem, „obchodní a průmyslová povaha“ se stal také předmětem výkladu ze strany českých soudů. Nejvyšší správní soud v již zmiňovaném rozhodnutí č. j. 9 Afs 111/2008-91 konstatoval, že *„v případě zjištění, že subjekt vykonává svou činnost v hospodářské soutěži, je nutno zvážit všechny další relevantní právní a skutkové okolnosti, které hypotézu potřeb majících obchodní či průmyslovou povahu potvrdí, či vyvrátí. V souvislosti s tím je nutno především posoudit, za jakým primárním účelem je činnost subjektu vykonávána a podle jakých kritérií se při své činnosti rozhoduje. Jednalo-li by se o účel dosažení zisku a kritéria ekonomická, má zdejší soud za to, že je jen velmi málo pravděpodobné, aby potřeby, jež uspokojuje, měly jinou než průmyslovou či obchodní povahu. Okolnost, že subjekt svou činnost provozuje výlučně za účelem zisku, je skutečností, jež je nutno při úvaze o jeho charakteru v souvislosti se statutem veřejného zadavatele vždy zohlednit, (...)“*
40. Úřad k podmínce výkonu potřeb veřejného zájmu, které nemají obchodní a průmyslovou povahu, uzavírá, že se jedná o takové potřeby, které zadavatel vykonává jako obecně prospěšné, respektive naplňující obecně prospěšné cíle, a zároveň není výkon těchto služeb prováděn primárně za účelem zisku a zadavatel se při jejich výkonu neřídí převážně ekonomickými kritérii.
41. V souladu s těmito základními zásadami posouzení příslušných ustanovení Směrnice a zákona o veřejných zakázkách Úřad následně přezkoumal naplnění podmínek ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách Výzkumným ústavem železničním.
42. Úřad uzavírá, že v šetřeném případě posuzoval postavení Výzkumného ústavu železničního s ohledem na jeho aktuální pozici na relevantním trhu a s ohledem na jeho reálně vykonávanou činnost, přičemž zkoumal, zda v jakémkoliv rozsahu vykonával v době zadávání veřejné zakázky činnost vedoucí k uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou a obchodní povahu. Úřad při posouzení přihlédl z hlediska časového k tomu, zda tyto potřeby naplňoval Výzkumný ústav železniční v době zadávání veřejné zakázky a zda tyto potřeby byly naplněny z hlediska obsahového po materiální stránce, nehledě na to, jaký objem tyto služby v činnosti zadavatele představují, a zda představují služby, které jsou uspokojovány jinak, než dostupností zboží a služeb na trhu, a které se stát, z důvodu obecného zájmu, rozhodl poskytovat sám, nebo nad kterými si přeje udržet rozhodující vliv.
43. Úřad shledal, že Výzkumný ústav železniční podmínky veřejného zadavatele ve smyslu stanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách splňuje. Ke svému závěru uvádí Úřad následující.
44. Úřad při přezkumu postavení Výzkumného ústavu železničního vycházel ze stanov platných v době zadávání veřejné zakázky, tedy dle stanov vložených do sbírky listin sp. zn. B 10025 vedené u Městského soudu v Praze dne 11. 11. 2009 pod čísl. listiny B 10025/SL 36 (dále jen „Stanovy“).

45. Dle ustanovení čl. 3 odst. 1 Stanov je „[p]ředmětem podnikání společnosti činnost právnické osoby pověřené ke zkouškám určených technických zařízení podle zákona č. 266/1994 Sb. o drahách, ve znění pozdějších předpisů“.
46. Dle ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách [dle platného znění se jedná o ustanovení § 43b odst. 4 zákona o dráhách] „[d]rážní správní úřad může požadovat provedení zkušebního provozu drážního vozidla s cílem ověřit shodu provozních vlastností s požadavky podle odstavce 2 písm. c) [zákona č. 266/1994 Sb., o drahách, ve znění pozdějších předpisů, pozn. Úřadu]; v takovém případě stanoví jeho obsah a rozsah. Zkušební provoz drážního vozidla zajišťuje žadatel na svůj náklad u právnické osoby pověřené Ministerstvem dopravy.“
47. Dle ustanovení § 43b odst. 2 písm. c) zákona o drahách [dle platného znění se jedná o ustanovení § 43b odst. 3 písm. d) zákona o dráhách] „[k] žádosti o schválení typu drážního vozidla nebo vydání průkazu způsobilosti drážního vozidla podle odstavce 1 [zákona č. 266/1994 Sb., o drahách, ve znění pozdějších předpisů, pozn. Úřadu] přikládá žadatel doklad o technických a provozních vlastnostech prokazující, že drážní vozidlo je v souladu se zabezpečovacím zařízením, trakčním vedením, s rozchodem koleje, průjezdnými průřezy, s maximální povolenou hmotností na nápravu a jinými omezeními dráhy celostátní a regionální.“
48. Úřad dále dodává, že Výzkumný ústav železniční byl v době zadávání veřejné zakázky jedinou právnickou osobou, která byla v České republice pověřena podle ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách (a je jí stále). Úřad pro konstatování tohoto závěru odkazuje na webové stránky Ministerstva dopravy, kde je veřejně dostupný seznam právnických osob, kterým bylo vydáno toto pověření². Jediným pověřeným subjektem dle tohoto seznamu byl a je (platí do 31. 12. 2015) Výzkumný ústav železniční. Pro úplnost je vhodné dodat, že dle čl. 5 bodu 1) Podmínek pro pověřování právnických osob podle § 43 odst. 4 zákona č. 266/1994 Sb., o drahách, ve znění pozdějších předpisů, k provádění zkoušek drážních vozidel a pro pověřování právnických osob podle § 60 odst. 1 písm. c) vyhlášky č. 173/1995 Sb., kterou se vydává dopravní řád drah, ve znění pozdějších předpisů, k provádění technicko-bezpečnostních zkoušek, byla a je právnická osoba pověřována maximálně na dobu 5 let. Tyto podmínky nabyly účinnosti 11. 6. 2006 a nebyly dosud měněny.
49. Úřad uzavírá, že ze všech uvedených zjištění plyne, že Výzkumný ústav železniční v podstatě vykonává monopol na výkon zkušebního provozu drážního vozidla. Smyslem zkušebního provozu je zajistit na základě spolehlivých a objektivních metod (certifikace) soulad kolejového vozidla, potenciálně uváděného do provozu na území České republiky, s právními a technickými požadavky, které český právní řád na tato vozidla klade, především s ohledem na jejich způsobilost k provozu a zajištění bezpečnosti v dopravě. Z uvedeného je zřejmé, že v rozhodné době předmětný subjekt při zajišťování zkušebnictví dle § 43b odst. 3 zákona o drahách, nepůsobil v hospodářské soutěži za standardních tržních podmínek.
50. K povaze předmětné činnosti jako činnosti ve veřejném zájmu uvádí Úřad následující. Veřejný zájem, jak bylo dovozeno výše, je s ohledem na závěry, plynoucí z rozhodovací praxe Ústavního soudu a Nejvyššího správního soudu, takový zájem, který je obecně prospěšný

² Web Ministerstva dopravy, dostupný na http://www.mdcz.cz/cs/Drazni_doprava/Seznam_pravnickych_osob/Seznam+pravnickych+osob.htm (citováno 29. 4. 2014)

(srov. bod 38. tohoto rozhodnutí), tedy přesahující jednotlivé partikulární zájmy a mířící k naplnění zájmu, který lze definovat jako veřejný statek (public good). Do této kategorie spadají i ty potřeby, které se z důvodů spojených s obecným zájmem rozhodne stát uspokojovat sám nebo si nad jejich upokojováním ponechal rozhodující vliv. Zajištění bezpečnosti provozu kolejových vozidel, a bezpečnosti dopravy obecně, což je zájem, který výkon posuzované činnosti naplňuje, lze dle názoru Úřadu jednoznačně označit jako zájem veřejný, přesahující jednotlivé partikulární zájmy a mířící k naplnění zájmu, který lze definovat jako veřejný statek (public good), k tomu více rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 10. února 2009, C-110/05, *Komise proti Italské republice*, Sb. rozh. s. I-00519.

51. Úřad shrnuje, že výkon zkušebního provozu drážního vozidla dle ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách představuje potřebu veřejného zájmu. Dále Úřad přistoupil k posouzení, zda je tento veřejný zájem zájmem nemajícím obchodní a průmyslovou povahu.
52. Jak Úřad uvedl výše, zajištění bezpečnosti dopravy v rámci kolejových vozidel, které Výzkumný ústav železniční vykonává prostřednictvím zkušebnictví v oblasti provozu drážních vozidel, je v rámci České republiky zajištěno výhradně prostřednictvím Výzkumného ústavu železničního. Úřad tedy konstatuje, že Výzkumný ústav železniční není na poli výkonu zkušebnictví na základě pověření podle ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách vystaven konkurenci a nepohybuje se v běžném tržním prostředí, kde by musel zvažovat ekonomická rizika. Naopak, Výzkumný ústav železniční je jedinou akreditovanou osobou, na kterou se potenciální uchazeči o provedení zkušebního provozu drážního vozidla s cílem ověřit shodu provozních vlastností s požadavky podle ustanovení § 43b odst. 2 písm. c) zákona o drahách, mohou obrátit.
53. Neexistence konkurence při zkušebnictví podle ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách, a zároveň požadavek zákona na existenci akreditované osoby, která byla v předmětném roce 2010 (toto platí dosud) schopná toto zkušebnictví zajistit, vedou Úřad k závěru, že povaha této činnosti, vykonávané Výzkumným ústavem železničním, byla ve veřejném zájmu, a neměla obchodní a průmyslovou povahu.
54. S ohledem na výše uvedené závěry SDEU Úřad uvádí, že nezáleží na tom, jaký poměr je mezi výkonem činnosti sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají obchodní a průmyslovou povahu a další činností zadavatele. Úřadu stačí pro účely určení postavení Výzkumného ústavu železničního jako zadavatele podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) bod 1. zákona o veřejných zakázkách prokázat, že některá z činností vykonávaných Výzkumným ústavem železničním tuto definici naplňuje. Nahraje roli, zda se jedná o činnost hlavní či pouze vedlejší, či zda zadavatel vykonává ještě další činnosti, které již definici zákona o veřejných zakázkách nesplňují.
55. K tvrzení zadavatele, že je v oblasti zkušebnictví podle zákona o drahách vystaven konkurenci, uvádí Úřad následující. Zákon o drahách zná několik druhů zkušebnictví, kterými jsou pověřeny jednotlivé subjekty, které následně zkušebnictví provádějí. Sem patří zkušebnictví podle ustanovení § 43 odst. 4 zákona o drahách, podle ustanovení § 43a odst. 4 zákona o drahách, podle ustanovení § 47 odst. 4 zákona o drahách a také zkušebnictví podle ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách [dle nyní účinného znění se jedná o ustanovení § 43b odst. 4 zákona o drahách], které bylo předmětem přezkumu ze strany Úřadu, jak je uvedeno výše.

56. Úřad tedy konstatuje, že uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají obchodní a průmyslovou povahu, představuje pouze výkon zkušebnictví podle ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách, nikoliv výkon jiného druhu zkušebnictví podle zákona o drahách. Pouze v tomto konkrétním okruhu zkušební činnosti, kterou Výzkumný ústav železniční podle zákona o drahách vykonává, spatřuje Úřad naplnění zákonné definice dle ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) bodu 1. zákona o veřejných zakázkách. Úřad přitom v žádném případě nerozporuje, že v ostatních oblastech zkušebnictví podle zákona o drahách je Výzkumný ústav železniční vystaven konkurenci jiných akreditovaných subjektů, a tedy že se jedná o činnost, sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu, které mají obchodní nebo průmyslovou povahu. Na základě těchto argumentů tedy Úřad posoudil námitku zadavatele jako nedůvodnou.
57. K námitce zadavatele, ohledně existence zahraniční konkurence v oblasti zkušebnictví podle ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách uvádí Úřad následující. Podle předmětného ustanovení zákona o drahách drážní správní úřad může požadovat provedení zkušebního provozu drážního vozidla s cílem ověřit shodu provozních vlastností s požadavky zákona. Zkušební provoz drážního vozidla zajišťuje žadatel na svůj náklad u právnické osoby pověřené Ministerstvem dopravy, přičemž jak již Úřad uvedl výše, jedinou osobu, která je na základě tohoto ustanovení zákona o drahách pověřena Ministerstvem dopravy je Výzkumný ústav železniční. Samotný fakt, že zkušebnictví provádí i zahraniční subjekty je dle názoru Úřadu irelevantní, protože žádný z těchto zahraničních subjektů nemá pověření Ministerstva dopravy podle ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách a případné výsledky zkušebnictví u zahraničních osob nejsou uznatelné na základě ustanovení § 43b odst. 3. zákona o drahách, protože zahraniční laboratoře nesplňují podmínku pověření ze strany Ministerstva dopravy, jak to předpokládá zákon o drahách. Z těchto důvodů shledal Úřad námitku zadavatele za nedůvodnou.
58. K námitce zadavatele, že možnost získat pověření ke zkušebnictví podle ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách má teoreticky každý, kdo splní požadované podmínky, uvádí Úřad následující. Zadavatel v tomto odkazuje na závěry SDEU, učiněné v rozsudku *Ing. Aigner*, přičemž konstatuje, že certifikaci pro zkušebnictví podle ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách může získat každý a Výzkumný ústav železniční tedy nemá v této oblasti trvalý monopol.
59. Úřad konstatuje, že tuto námitku zadavatele shledal nedůvodnou, právě s odkazem na závěry Soudního dvora Evropské unie učiněné ve věci *Ing. Aigner*, kde SDEU konstatoval, že „[j]e v tomto ohledu lhostejné, že uvedené potřeby jsou nebo by mohly být uspokojovány rovněž soukromými podniky. Podstatné je, že se jedná o potřeby, které se stát či regionální nebo místní orgány z důvodu obecného zájmu obvykle rozhodne uspokojovat sám nebo nad kterými si zamýšlí ponechat určitý rozhodující vliv“ (srov. rozhodnutí *Ing. Aigner*, odst. 40, a dále *BFI Holding*, odst. 44., 47., 51. a 53., a dále rozsudek SDEU C-223/99 a C-260/99, *Agorà a Excelsior*, Recueil, s. I-3605, odst. 37., 38. a 41.).
60. Úřad tedy konstatuje, že ačkoliv existuje teoretická možnost, že jiný subjekt, než Výzkumný ústav železniční získá certifikát ke zkušebnictví podle ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách, stát, respektive jiný veřejný zadavatel (společnost České dráhy, a.s.), považuje zkušebnictví podle ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách za natolik důležitou činnost, že si prostřednictvím existence Výzkumného ústavu železničního zajistil, aby tato činnost

byla stále vykonávána. Výkon této činnosti je pro stát, respektive pro jiného veřejného zadavatele, důležitý s ohledem na fakt, že zákon o drahách přímo počítá s tím, že akreditovaná osoba bude v ČR působit, protože pouze tak může být naplněn účel příslušného ustanovení, kterým je ověření souladu vlastností drážního vozidla se zákonem o drahách (viz ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách). Je tedy zřejmé, že v praxi je Výzkumný ústav železniční jedinou akreditovanou osobou, přičemž zákon o drahách předpokládá existenci alespoň jedné akreditované osoby. Úřad tedy konstatuje, že zkušebnictví podle ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách je natolik zásadní činností, předpokládanou zákonem, že je zřejmé, že stát, popřípadě jiný veřejný zadavatel, si prostřednictvím Výzkumného ústavu železničního zajistil provoz tohoto zkušebnictví, avšak připustil účast i jiných subjektů. Tato potenciální možnost však nemá vliv na fakt, že stát, popřípadě jiný veřejný zadavatel, drží rozhodující postavení Výzkumného ústavu železničního, aby byla zajištěna dostupnost akreditované osoby podle ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách a tedy, aby existoval vždy alespoň jeden subjekt, který je schopen tuto činnost vykonávat.

61. S ohledem na výše uvedené a s odkazem na závěry Soudního dvora Evropské unie ve věci *Ing. Aigner* proto Úřad shledal námitku zadavatele, týkající se možnosti získat pověření ke zkušebnictví podle ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách i jinými subjekty, za nedůvodnou.
62. K námitce zadavatele, že vystupuje jako standardní kapitálová společnost a smyslem jeho existence je výhradně podnikatelská činnost, kterou vykonává samostatně, vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku Úřad uvádí, že samotná právní forma společnosti není pro určení naplnění definice veřejného zadavatele určující. Úřad odkazuje na rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie *BFI Holding*, dle kterého mohou být potřeby veřejného zájmu, které nemají obchodní a průmyslovou povahu, uspokojovány i soukromoprávními osobami, které mají postavení podnikatele (srov. rozhodnutí *BFI Holding*, odst. 53). Samotný fakt, že je Výzkumný ústav železniční podnikatelem, nic nemění na tom, že určitá výšeč jeho činnosti naplňuje definici uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají obchodní a průmyslovou povahu. Úřad tedy shledal tuto námitku zadavatele jako nedůvodnou.
63. K námitce zadavatele, že na právě projednávaný případ lze obdobně vztáhnou závěry rozsudku 62 Ca 13/2008 Krajského soudu v Brně ze dne 15. 4. 2010, ve věci THERMAL-F, a.s. proti Úřadu, který byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 10. 2010 č. j. 9 Afs 74/2010 – 254 (oba rozsudky dostupné online na webu <http://www.nssoud.cz>), Úřad konstatuje následující. Krajský soud v Brně v tomto rozhodnutí vyšel z obecných závěrů a z konstantní rozhodovací praxe Soudního dvora, přičemž ze stejných zásad a judikátů SDEU vycházel ve své argumentaci i Úřad v tomto rozhodnutí. Závěr, který Krajský soud v Brně v předmětném rozsudku učinil, spočívá v konstatování, že pouhý fakt, že jediným akcionářem posuzovaného subjektu je stát (popřípadě jiný veřejný zadavatel) automaticky neznamená, že posuzovaný subjekt vykonává automaticky činnost, sloužící uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají obchodní a průmyslovou povahu. Úřad konstatuje, že tento závěr Krajského soudu v Brně není v rozporu s jeho předchozí argumentací – Úřad dovedl naplnění této podmínky na základě podrobné argumentace, kdy se zabýval celkovým postavením Výzkumného ústavu železničního na relevantním trhu a jednoznačně

identifikoval, kterou činnost považuje za činnost naplňující definici ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) bodu 1. zákona o veřejných zakázkách. Naplnění této podmínky Úřad nedovodil pouze ze skutečnosti, že je Výzkumný ústav železniční ovládán jiným veřejným zadavatelem (jak bude uvedeno dále). Ohledně konkrétních závěrů Krajského soudu v Brně, učiněných v tomto rozhodnutí, které se týkají povahy společnosti THERMAL-F, a.s. jako veřejného zadavatele, Úřad konstatuje, že je nelze na právě projednávaný případ vztáhnout. Společnost THERMAL-F, a.s. je nestátním zdravotnickým zařízením podle ustanovení § 2 odst. 1 zákona č. 160/1992 Sb., o zdravotní péči v nestátních zdravotnických zařízeních, ve znění pozdějších předpisů, přičemž soudy nazvaly, že výkon této činnosti představuje výkon činnosti, sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu, které mají obchodní a průmyslovou povahu. Úřad však neshledal žádnou paralelu mezi touto činností a zkušebnictvím podle ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách a z toho důvodu naznal, že zjištění soudů ohledně společnosti THERMAL-F, a.s. nelze vztáhnout na skutkové okolnosti projednávaného případu. Úřad poukazuje na nutnost aplikovat obecná pravidla ohledně ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) bodu 1. zákona o veřejných zakázkách vždy s ohledem na konkrétní případ, přičemž je potřeba vždy posuzovat postavení konkrétním subjektu na konkrétním relevantním trhu (srov. bod 32. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z těchto důvodů shledal Úřad námitku zadavatele jako nedůvodnou.

64. K argumentaci zadavatele ohledně rozhodnutí SDEU ze dne 16. 10. 2003, *Komise proti Španělskému království*, C- 283/00, Recueil, s. -11697, uvádí Úřad následující. Úřad konstatuje, že obecné závěry SDEU učiněné v tomto rozsudku jsou v souladu s přechozí argumentací Úřadu. Rozsudek SDEU je v souladu s celkovým přístupem Soudního dvora k problematice určení subjektu jako veřejného zadavatele a Úřad výše náležitě odůvodnil, proč považuje Výzkumný ústav železniční za veřejného zadavatele právě s ohledem na tyto principy, pramenící z rozhodovací praxe SDEU. Úřad proto naznal, že jeho argumentace je v souladu se závěry, které učinil SDEU v rozsudku uváděném zadavatelem.
65. Úřad uzavírá, že Výzkumný ústav železniční naplňuje podmínku ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) bodu 1. zákona o veřejných zakázkách, tedy že právnická osoba musí být založena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, přičemž tyto potřeby nemohou mít průmyslovou nebo obchodní povahu, tím, že provádí zkušebnictví na základě pověření podle ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách. Úřad tak považuje i druhou podmínku pro určení toho, zda je subjekt veřejným zadavatelem ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, za splněnou.

K podmínce financování či ovládání státem nebo jiným veřejným zadavatelem

66. K třetí podmínce § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, tedy že subjekt musí být financován převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo ovládán státem či jiným veřejným zadavatelem nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jeho statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu, uvádí Úřad následující.
67. Předně je potřeba konstatovat, že splnění podmínek v ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) bodu 2. zákona o veřejných zakázkách je alternativní, tedy postačí, pokud Úřad prokáže naplnění pouze jedné ze tří podmínek. K tomu Úřad uvádí, že v případě Výzkumného úřadu železničního přezkoumal, zda je ovládán jiným veřejným zadavatelem.

68. Dle údajů z obchodního rejstříku je jediným akcionářem společnosti Výzkumný ústav železniční, a.s. společnost České dráhy, a.s. (dále také jako „České dráhy“ či „ČD“). Úřad proto konstatuje, že Výzkumný ústav železniční, jako dceřiná společnost České dráhy, je ovládán touto společností a dále přezkoumal, zda je společnost ČD veřejným zadavatelem ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, přičemž dospěl k závěru, že České dráhy jsou veřejným zadavatelem podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách.
69. Úřad při přezkumu postavení společnosti České dráhy vycházel z obecných závěrů, které učinil při přezkumu postavení účastníka řízení a odkazuje tedy na bod 26. odůvodnění tohoto rozhodnutí (právnícká osoba), na body 28. – 40. odůvodnění tohoto rozhodnutí (potřeby veřejného zájmu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu) a na body 66. a 67. odůvodnění tohoto rozhodnutí (ovládání státem či jiným veřejným zadavatelem). Úřad pro přehlednost dodává, že dle ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách musí subjekt splnit následující podmínky, za kterých bude považován za veřejného zadavatele podle zákona:
- a. musí se jednat o právnickou osobu, a zároveň
 - b. musí být založena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, přičemž tyto potřeby nemohou mít průmyslovou nebo obchodní povahu, a zároveň
 - c. musí být
 - i. financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo
 - ii. ovládána státem či jiným veřejným zadavatelem nebo
 - iii. stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu,přičemž podmínky sub. a) až c) musí být naplněny kumulativně a u podmínek sub. c) i. až c) iii. postačí, pokud budou naplněny alternativně.
70. K první zákonné podmínce v projednávané věci Úřad uvádí, že je zřejmé, že společnost České dráhy, která má právní formu akciové společnosti, je právnickou osobou a Úřad tedy považuje první podmínku za splněnou.
71. Ohledně druhé podmínky § 2 odst. 2 písm. d) zákona, tedy že právnická osoba musí být založena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, přičemž tyto potřeby nemohou mít průmyslovou nebo obchodní povahu, Úřad uvádí ve vztahu ke společnosti České dráhy následující.
72. Dle ustanovení § 1 odst. 1 písm. a) zákona č. 77/2002 Sb., o akciové společnosti České dráhy, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ČD“) *„[t]ento zákon upravuje způsob zřízení a činnost akciové společnosti České dráhy“.*
73. Dle ustanovení § 17 odst. 1 zákona o ČD *„[z]a stavu nebezpečí, stavu ohrožení státu, nouzového stavu nebo válečného stavu je akciová společnost České dráhy povinna zabezpečovat provozování železniční dopravy v souladu s potřebami obrany státu a potřebami systému hospodářských opatření pro krizové stavy.“*

74. Dle ustanovení § 18 odst. 1 písm. a) zákona o ČD „[m]inisterstvo [Ministerstvo dopravy, pozn. Úřadu] *po projednání s Ministerstvem obrany vymezí prostředky a kapacity akciové společnosti České dráhy, které budou nezbytné pro plnění úkolů obrany státu a které nebudou podléhat povinnosti poskytnout věcné prostředky podle zvláštního právního předpisu*“
75. Dle ustanovení § 18 odst. 2 zákona o ČD „[k] plnění úkolů obrany státu mohou být akciové společnosti České dráhy uloženy závazky i ve prospěch spojeneckých ozbrojených sil, je-li to třeba ke splnění závazků České republiky z mezinárodních smluv, jimiž je vázána.“
76. Dle ustanovení § 18 odst. 3 zákona o ČD „[p]o vyhlášení stavu nebezpečí, nouzového stavu, stavu ohrožení státu nebo válečného stavu mohou být akciové společnosti České dráhy uloženy úkoly orgánem krizového řízení, jemuž zvláštní právní předpis určuje tuto působnost; tyto úkoly je akciová společnost České dráhy povinna bezodkladně splnit.“
77. Úřad uvádí, že s ohledem na výše citované zákonné povinnosti ČD, které prokazují, že společnost České dráhy má nezastupitelnou úlohu v případě společných spojeneckých vojenských operací při plnění závazků České republiky, pramenících z mezinárodních smluv a v případě vyhlášení stavu nebezpečí, nouzového stavu, stavu ohrožení státu a válečného stavu, je možné konstatovat, že společnost ČD vykonává činnost, jejímž účelem je uspokojování potřeb veřejného zájmu, přičemž tyto potřeby nemají průmyslovou nebo obchodní povahu.
78. Obrana státu, naplnění povinnosti, plynoucích z aliančních závazků ČR, stejně tak jako součinnost v případě výjimečných stavů jsou jednoznačně potřeby naplňující veřejný zájem ve smyslu obecného, či obecně prospěšného zájmu, přesahujícího zájmy jednotlivých partikulárních skupin a naplňující definici veřejného statku (public good). Stejně tak je zcela zřejmá absence obchodní a průmyslového povahy této činnosti, ČD nevykonávají tuto činnost v konkurenčním prostředí a jejich rozhodování zde není řízeno ekonomickými zájmy, naopak je koordinováno Ministerstvem dopravy a Ministerstvem obrany, která v rámci společnosti České dráhy vymezují kapacity, které společnost České dráhy na plnění těchto úkolů poskytne.
79. Ke stejnému závěru, ohledně postavení společnosti ČD jako veřejného zadavatele ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách dospěl Úřad i v rozhodnutí č. j. R039/2008/02-17578/2008/310-Hr ze dne 27. 8. 2008 (rozhodnutí dostupné online na webu <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti>), kde uvedl, že „[u]spokojování potřeb veřejného zájmu je pak nade vší pochybnost patrné z povinnosti zadavatele provozovat železniční dopravu za stavu nebezpečí, stavu ohrožení státu, nouzového nebo válečného stavu v souladu s potřebami obrany státu (viz § 17 odst. 1 zákona o ČD), plnit úkoly uložené orgánem krizového řízení po vyhlášení těchto stavů (§ 18 odst. 3 zákona o ČD) a závazků zadavatele ve prospěch spojeneckých ozbrojených sil (§ 18 odst. 2 zákona o ČD).“
80. K námitce zadavatele, že společnost České dráhy vykonává činnost v oblasti veřejné dopravy jako běžný podnikatel, Úřad uvádí, že toto tvrzení ve své argumentaci nerozporuje. Avšak jak dovodil, společnost ČD vykonává i činnost, která představuje uspokojování potřeb veřejného zájmu, a zároveň tyto potřeby nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, přičemž s odkazem na svoji předchozí argumentaci (viz bod 34. odůvodnění tohoto rozhodnutí) Úřad konstatuje, že není podstatné, jaký podíl představuje tato činnost v celkovém objemu

činnosti společnosti. Úřad tedy vzal za prokázané, že ČD vykonává (mimo jiné) i činnost, která představuje uspokojování potřeb veřejného zájmu, přičemž tyto potřeby nemají průmyslovou nebo obchodní povahu a shledal námitku zadavatele jako nedůvodnou.

81. K třetí podmínce § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, tedy že subjekt musí být financován převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo ovládán státem či jiným veřejným zadavatelem nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jeho statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu, uvádí Úřad ve vztahu ke společnosti České dráhy, že dle ustanovení § 3 odst. 1 zákona o ČD „[z]akladatelem akciové společnosti České dráhy je stát, jehož jménem jedná Ministerstvo dopravy“. Dále je dle výpisu z obchodního rejstříku Česká republika, která je zadavatelem podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jediným akcionářem společnosti České dráhy. Úřad má tedy za prokázané, že společnost České dráhy je ovládána státem.
82. S ohledem na výše uvedené Úřad uzavírá, že společnost České dráhy, která je jediným akcionářem Výzkumného ústavu železničního, je veřejným zadavatelem podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách.
83. K námitce zadavatele, že společnost České dráhy je zadavatelem sektorovým, Úřad uvádí následující. Ve své argumentaci Úřad nezpochybňuje, že společnost ČD je sektorovým zadavatelem ve smyslu ustanovení § 2 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách. Avšak jak Úřad dovodil výše, krom toho je i veřejným zadavatelem ve smyslu ustanovení § 2 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Úřad tedy vzal naplnění podmínky ovládnutí veřejným zadavatelem u Výzkumného ústavu železničního za splněnou, přičemž považuje za irelevantní, že ovládající osoba je zároveň sektorovým zadavatelem. Toto dvojí postavení ovládající osoby nemá žádný dopad na právní vztahy v rámci postavení osoby ovládané a ovládající, projevuje se pouze v případě zadávání zakázek ze strany společnosti České dráhy, přičemž tato činnost není předmětem tohoto správního řízení a Úřad nepovažuje za nutné se k postavení ČD jako sektorového a zároveň veřejného zadavatele dále vyjadřovat a shledal námitku zadavatele jako nedůvodnou.
84. Úřad na základě výše uvedeného konstatuje, že Výzkumný ústav železniční je ovládán jiným veřejným zadavatelem, a proto naplňuje podmínku financování či ovládnutí státem nebo jiným veřejným zadavatelem podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) bod 2. zákona o veřejných zakázkách.

Závěr k naplnění definice veřejného zadavatele

85. Závěrem Úřad konstatuje, že s ohledem na výše uvedené shledal, že Výzkumný ústav železniční je veřejným zadavatelem ve smyslu ustanovení § 2 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Výzkumný ústav železniční je jinou právnickou osobou podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, a to z toho důvodu, že je právnickou osobou, vykonávající činnost, sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu, přičemž tyto potřeby nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a zároveň je ovládán jiným veřejným zadavatelem.
86. Úřad dodává, že činnost, sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu, přičemž tyto potřeby nemohou mít průmyslovou nebo obchodní povahu, představuje akreditované

zkušebnictví podle ustanovení § 43b odst. 3 zákona o drahách. Dále Úřad dodává, že společnost České dráhy, která je stoprocentním vlastníkem Výzkumného ústavu železničního, je veřejným zadavatelem podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách.

87. Úřad uzavírá, že v šetřeném případě posuzoval postavení Výzkumného ústavu železničního jako veřejného zadavatele s ohledem na jeho pozici na relevantním trhu v době zadávání veřejné zakázky a s ohledem na jeho reálně vykonávanou činnost, přičemž zkoumal, zda v jakémkoliv rozsahu vykonával činnost vedoucí k uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou a obchodní povahu. Úřad při posouzení přihlédl z hlediska časového k tomu, zda tyto potřeby naplňoval Výzkumný ústav železniční v době zadávání veřejné zakázky a zda tyto potřeby byly naplněny z hlediska obsahového po materiální stránce, nehledě na to, jaký objem tyto služby v činnosti zadavatele představují a zda představují služby, které jsou uspokojovány jinak, než dostupností zboží a služeb na trhu, a které se stát, z důvodu obecného zájmu, rozhodl poskytovat sám, nebo nad kterými si přeje udržet rozhodující vliv, přičemž naznal, že Výzkumný ústav železniční je veřejným zadavatelem ve smyslu zákona o veřejných zakázkách.
88. Úřad proto dále posoudil soulad jednání zadavatele při zadání veřejné zakázky s ustanoveními zákona o veřejných zakázkách.

K porušení zákona o veřejných zakázkách

89. Úřad přezkoumal postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky a shledal spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. K tomuto konstatuje Úřad následující.
90. Podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách se „[z]adavatel dopustí deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.“
91. Podle ustanovení § 21 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách „[z]ákon upravuje tyto druhy zadávacích řízení
- a) otevřené řízení (§ 27),
 - b) užší řízení (§ 28),
 - c) jednací řízení s uveřejněním (§ 29),
 - d) jednací řízení bez uveřejnění (§ 34),
 - e) soutěžní dialog (§ 35),
 - f) zjednodušené podlimitní řízení (§ 38).“
92. Podle ustanovení § 21 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách může zadavatel „pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.“

93. Podle ustanovení § 21 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách může veřejný zadavatel „pro zadání veřejné zakázky použít za podmínek stanovených v § 24 soutěžní dialog a za podmínek podle § 25 zjednodušené podlimitní řízení.“
94. Zadavatel je při zadávání veřejné zakázky povinen zvolit jeden z uvedených druhů zadávacího řízení (za dodržení uvedených zákonných pravidel), přičemž druh zvoleného zadávacího řízení dále určuje zadavateli jeho práva a povinnosti vyplývající ze zákona a určuje postup pro zadávání veřejné zakázky v režimu zákona o veřejných zakázkách.
95. Úřad shledal, že zadavatel nepovažoval předmětnou veřejnou zakázku za veřejnou zakázku podle zákona o veřejných zakázkách, a to z toho důvodu, že se nepovažoval za veřejného zadavatele. Při uzavírání smlouvy na veřejnou zakázku proto nepostupoval v rámci žádného z uvedených zadávacích řízení. Zadavatel se zákonem o veřejných zakázkách neřídil v žádné kontraktační fázi (tj. předkontraktační či kontraktační).
96. Úřad dodává, že postup zadavatele zcela ignorující zákon mohl podstatně ovlivnit výběr nejvýhodnější nabídky, a to z důvodu eliminace zákonných pravidel, zajišťujících hospodářskou soutěž na straně dodavatelů (potenciálních uchazečů). V případě zadávání v režimu zákona o veřejných zakázkách by zadavatel musel dodržovat ustanovení zákona a potenciální uchazeči by měli zajištěná jasná a transparentní pravidla, kterými se zadávací řízení řídí. Pokud zadavatel nezadal veřejnou zakázku v režimu zákona, není vyloučeno, že některý z potenciálních dodavatelů se o veřejnou zakázku neucházel z důvodu absence jasně stanovených postupů pro zadávání.
97. Úřad konstatuje, že zadavatel uzavřel smlouvu na projednávanou veřejnou zakázku. Učinil tak dne 11. 11. 2010, když uzavřel smlouvu o dílo se sdružením Sdružení pro realizaci zakázky „Rekonstrukce svršku velkého železničního okruhu Zkušebního centra VUZ od km 6,800 do km 13,170“, založené společností Chládek a Tintěra, Pardubice, a.s., se sídlem K Vápence 2677, 530 02 Pardubice, a společností Traťová strojní společnost, a.s., se sídlem Jičínské 1605, 501 01 Hradec Králové (dále jen „vybraný uchazeč“).
98. Zadavatel nezvolil žádné z možných zadávacích řízení pro zadání veřejné zakázky „Rekonstrukce svršku velkého železničního okruhu Zkušebního centra VUZ od km 6,800 do km 13,170“, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvýhodnější nabídky a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Tímto jednáním spáchal zadavatel delikt podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.

V. Uložení sankce

99. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že veřejnou zakázku nezadal v některém z v úvahu připadajících zadávacích řízení uvedených v § 21 odst. 1 citovaného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dne 11. 11. 2010 došlo k uzavření smlouvy.
100. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, aniž by dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky a toto jednání mohlo mít vliv na výběr nejvýhodnější nabídky, čímž naplnil skutkovou podstatu správního deliktu ve smyslu ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, uložil Úřad zadavateli pokutu tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

101. Podle ustanovení § 121 odst. 3 zákona „[o]dpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.“
102. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ustanovení § 121 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Úřad konstatuje, že projednávaný správní delikt byl spáchán dne 11. 11. 2010, kdy zadavatel uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem. Ve vztahu k šetřené veřejné zakázce se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl dne 9. 12. 2010 z podnětu k přezkoumání úkonů zadavatele, který mu byl doručen. Správní řízení Úřad zahájil z moci úřední dne 21. 12. 2012. Z uvedeného údaje je tedy zřejmé, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
103. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se „[z]a správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).“
104. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, je dle smlouvy o dílo, ze dne 11. 11. 2010, uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, 82 907 618 Kč (včetně DPH). Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy po zaokrouhlení činí částku ve výši 4 145 381 Kč.
105. Podle § 121 odst. 2 zákona „[p]ři určení výměry pokuty právnické osobě se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.“
106. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6. 12. 2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná, nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. S požadavky soudu na řádné odůvodnění pokuty, obsažené ve výše citovaném rozsudku, se Úřad vypořádává následujícím způsobem.
107. Z hlediska závažnosti a následků vzal Úřad při stanovení výše pokuty v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem neumožnil účast dalších dodavatelů v zadávacím řízení podle zákona o veřejných zakázkách a narušil tak soutěžní prostředí (viz bod 96. Tohoto rozhodnutí), když uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by před uzavřením smlouvy provedl adekvátní zadávací řízení podle ustanovení § 21 zákona o veřejných zakázkách. Pochybení zadavatele je o to závažnější, že zadavatel vůbec nezvolil typ řízení pro zadávání veřejné zakázky, tedy při zadávání naprosto vyloučil aplikaci pravidel podle zákona o veřejných zakázkách.
108. Úřad dále posoudil přitěžující a polehčující okolnosti spáchání deliktu.
109. Úřad v projednávaném případě neshledal žádnou přitěžující okolnost.
110. Jako polehčující okolnost Úřad zohlednil především fakt, že zadavatel, ač nepostupoval podle zákona o veřejných zakázkách, učinil mnoho kroků, které přispěly k celkové větší

transparentnosti procesu uzavření smlouvy na projednávanou veřejnou zakázku a zcela tak nerezignoval na naplnění zásady transparentnosti. Úřad tyto skutečnosti spatřuje především v podobě dokumentace o veřejné zakázce, která byla vypracována v rámci Operačního programu podnikání a inovace a obsahuje tedy základní prvky, které jsou potřeba pro transparentní zadávání veřejné zakázky. Ve prospěch zadavatele také svědčí fakt, že uveřejnil oznámení o vyhlášení výběrového řízení, které bylo zveřejněno dne 2. 8. 2010 na centrální adrese pod evidenčním číslem 20000565/R a dne 4. 8. 2010 jako pravidelné předběžné oznámení v Úředním věstníku Evropské unie pod číslem 2010/S 149-230858.

111. Úřad však uvádí, že výše uvedená polehčující okolnost nemůže představovat nápravu protiprávního jednání zadavatele. Fakt, že zadavatel nepostupoval podle zákona o veřejných zakázkách, se projevil například v nemožnosti využití opravných prostředků proti postupu zadavatele uchazečem, které pro uchazeče plynou právě ze zákona o veřejných zakázkách.
112. Jako polehčující okolnost Úřad dále zohlednil, že projednávaná právní problematika (tedy postavení Výzkumného ústavu železničního jako veřejného zadavatele) nebyla Úřadem doposud řešena, přičemž se nejedná o zavedenou praxi při aplikaci zákona o veřejných zakázkách a rozhodnutí má tak precedenční povahu. Tato skutečnost se sejevila především v akcentu na preventivní charakter ukládané pokuty.
113. Úřad uzavírá, že delikt spáchaný zadavatelem je svým charakterem závažný. Úřad však při stanovení výše pokuty zohlednil velmi podstatné polehčující okolnosti, které následky spáchaného deliktu zmírňují. Z tohoto důvodu Úřad naznal, že celková společenská škodlivost správního deliktu zadavatele v projednávaném správním řízení nedosáhla přílišné intenzity, a proto se Úřad rozhodl udělit zadavateli pokutu při samé spodní hranici zákonného limitu.
114. Úřad se s ohledem na výše uvedené rozhodl udělit zadavateli pokutu ve výši 100 000 Kč, tedy pokutu při samé spodní hranici zákonné sazby, kterou představuje částka ve výši 4 145 381 Kč.
115. Při posuzování výše uložené pokuty vycházel Úřad z premisy, že pokuta uložená zadavateli za zjištěné porušení zákona má obecně plnit dvě základní funkce, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem a funkci preventivní, která směřuje k předcházení jeho porušování, resp. k jednání, které je s ním v souladu. Úřad pro úplnost dodává, že tyto dvě funkce nelze navzájem oddělit. Úřad však s ohledem na skutečnost, že celková společenská nebezpečnost správního deliktu zadavatele nedosáhla přílišné intenzity, a především s ohledem na precedenční charakter rozhodnutí o postavení Výzkumného ústavu železničního jako zadavatele podle ustanovení § 2 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, rozhodl zdůraznit spíše preventivní charakter pokuty a udělil pokutu relativně nízkou, v poměru k maximální možné sankci.
116. Úřad se dále zabýval povahou uložené pokuty a zkoumal, zda není ze strany Úřadu udílěna pokuta likvidační. V rámci této úvahy posoudil Úřad informace o hospodaření zadavatele, které vyplynuly ze správního spisu, a shledal, že s ohledem na objem finančních zdrojů, se kterými zadavatel ročně hospodaří (v rádech desítek milionů), nepředstavuje pokuta ve výši 100 000 Kč pokutu likvidační.

117. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť předmětná smlouva byla s vybraným uchazečem uzavřena a nápravy již tedy nelze dosáhnout. Z uvedeného důvodu uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
118. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

Výzkumný ústav železniční, a. s., Novodvorská 1698, 142 01 Praha 4

Vypraveno dne

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