



UOHSX0061PUJ

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S603/2013/VZ-12356/2014/524/MŠa

Brno 10. června 2014

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 2. 10. 2013 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – České dráhy, a.s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222/12, 110 15 Praha 1, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci č. 6256 ze dne 17. 10. 2013 Mgr. Jakubem Kotrbou, advokátem, ev. č. ČAK 9161, Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r.o., IČO 28505913, se sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1,
- navrhovatel – ŠKODA TRANSPORTATION a.s., IČO 62623753, se sídlem Borská 2922/32, 301 00 Plzeň – Jižní Předměstí, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 29. 5. 2013 advokátní kanceláří Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., IČO 24225029, se sídlem Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha 1,
- vybraný uchazeč – Österreichische Bundesbahnen - Produktion GmbH (dříve Österreichische Bundesbahnen - Traktion GmbH), se sídlem Langaugergasse 1, A 1150 Vídeň, Rakousko, zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Obchodním soudem ve Vídni, registrační číslo FN 249666 g, člen skupiny ÖBB, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 14. 4. 2014 JUDr. Vladimírem Chýským, advokátem, ev. č. ČAK 10418, advokátní kancelář Chýský Lorenc, advokáti, s.r.o., IČO 02458110, se sídlem Žerotínova 1132/34, 130 00 Praha 3,

ve věci uložení zákazu plnění smlouvy, kterou dle navrhovatele – ŠKODA TRANSPORTATION a. s., IČO 62623753, se sídlem Borská 2922/32, 301 00 Plzeň – Jižní Předměstí – zadavatel – České

dráhy, a. s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1 – uzavřel, na období od počátku účinnosti aktuálního jízdního řádu, tedy ode dne 15. 12. 2013, se společností Österreichische Bundesbahnen – Holding Aktiengesellschaft, se sídlem Wienerbergstrasse 11, A 1100 Vídeň, Rakousko, resp. s osobou náležející do stejného podnikatelského uskupení či jinou třetí osobou, a která se týká úplatného pořízení (zajištění) trakčních kolejových vozidel typu ES64U4 vyráběných společností Siemens Aktiengesellschaft Österreich, se sídlem Siemensstrasse 90, A 1210 Vídeň, Rakousko a provozovaných společností Österreichische Bundesbahnen – Holding Aktiengesellschaft, se sídlem Wienerbergstrasse 11, A 1100 Vídeň, Rakousko, pod označením Taurus, a ve věci možného spáchání správních deliktů podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona a ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona při uzavření shora uvedené smlouvy,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – České dráhy, a. s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1 – 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 veřejnou zakázku vymezenou obsahem „Přílohy 1 k Dohodě o proběhu lokomotiv“ uzavřené dne 26. 2. 2014, se zpětnou platností na období od 15. 12. 2013 do 28. 2. 2014, mezi zadavatelem a vybraným uchazečem – Österreichische Bundesbahnen - Produktion GmbH (dříve Österreichische Bundesbahnen - Traktion GmbH), se sídlem Langaugergasse 1, A 1150 Vídeň, Rakousko, zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Obchodním soudem ve Vídni, registrační číslo FN 249666 g, člen skupiny ÖBB – nezadal v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacího řízení dle ustanovení § 21 citovaného zákona, ačkoliv pro postup dle citovaného zákona byly dány důvody, čímž zároveň porušil zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace zakotvené v ustanovení § 6 odst. 1 citovaného zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a již došlo k uzavření smlouvy.

II.

Zadavatel – České dráhy, a. s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1 – se dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že uzavřel s vybraným uchazečem – Österreichische Bundesbahnen - Produktion GmbH (dříve Österreichische Bundesbahnen - Traktion GmbH), se sídlem Langaugergasse 1, A 1150 Vídeň, Rakousko, zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Obchodním soudem ve Vídni, registrační číslo FN 249666 g, člen skupiny ÖBB – smlouvu na veřejnou zakázku vymezenou obsahem „Přílohy 1 k Dohodě o proběhu lokomotiv“ uzavřené dne 26. 2. 2014, se zpětnou platností na období od 15. 12. 2013 do 28. 2. 2014, bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle ustanovení § 146 odst. 1 citovaného zákona, ačkoli byl podle citovaného zákona povinen toto oznámení uveřejnit.

III.

Zadavatel – České dráhy, a. s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1 – 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 veřejnou zakázku vymezenou obsahem „Přílohy 1 k Dohodě o proběhu lokomotiv“ uzavřené dne 26. 2. 2014, s platností

na období od 1. 3. 2014 do 13. 12. 2014, mezi zadavatelem a vybraným uchazečem – Österreichische Bundesbahnen - Produktion GmbH (dříve Österreichische Bundesbahnen - Traktion GmbH), se sídlem Langauergasse 1, A 1150 Vídeň, Rakousko, zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Obchodním soudem ve Vídni, registrační číslo FN 249666 g, člen skupiny ÖBB – nezadal v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacího řízení dle ustanovení § 21 citovaného zákona, ačkoliv pro postup dle citovaného zákona byly dány důvody, čímž zároveň porušil zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace zakotvené v ustanovení § 6 odst. 1 citovaného zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a již došlo k uzavření smlouvy.

IV.

Zadavatel – České dráhy, a. s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1 – se dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že uzavřel s vybraným uchazečem – Österreichische Bundesbahnen - Produktion GmbH (dříve Österreichische Bundesbahnen - Traktion GmbH), se sídlem Langauergasse 1, A 1150 Vídeň, Rakousko, zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Obchodním soudem ve Vídni, registrační číslo FN 249666 g, člen skupiny ÖBB – smlouvu na veřejnou zakázku vymezenou obsahem „Přílohy 1 k Dohodě o proběhu lokomotiv“ uzavřené dne 26. 2. 2014, s platností na období od 1. 3. 2014 do 13. 12. 2014, bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle ustanovení § 146 odst. 1 citovaného zákona, ačkoli byl podle citovaného zákona povinen toto oznámení uveřejnit.

V.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. až IV. tohoto rozhodnutí se podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – České dráhy, a. s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1 – ukládá **pokuta ve výši**

1 000 000 Kč (slovy jeden milion korun českých).

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

VI.

Správní řízení se v části vedené o návrhu navrhovatele – ŠKODA TRANSPORTATION a.s., IČO 62623753, se sídlem Borská 2922/32, 301 00 Plzeň – Jižní Předměstí – ze dne 2. 10. 2013 na uložení zákazu plnění smlouvy „Příloha 1 k Dohodě o proběhu lokomotiv“ uzavřené dne 26. 2. 2014, se zpětnou platností na období od 15. 12. 2013 do 28. 2. 2014, mezi zadavatelem – České dráhy, a. s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1 – a vybraným uchazečem – Österreichische Bundesbahnen - Produktion GmbH (dříve Österreichische Bundesbahnen - Traktion GmbH), se sídlem Langauergasse 1, A 1150 Vídeň, Rakousko, zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Obchodním soudem ve Vídni, registrační číslo FN 249666 g, člen skupiny ÖBB, podle ustanovení § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť žádost (návrh navrhovatele) se stala v průběhu správního řízení zjevně bezpředmětnou.

VII.

Zadavateli – České dráhy, a. s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, 110 15 Praha 1 –

se podle ustanovení § 118 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá **zákaz plnění smlouvy** „Příloha 1 k Dohodě o proběhu lokomotiv“ uzavřené dne 26. 2. 2014, s platností na období od 1. 3. 2014 do 13. 12. 2014, mezi zadavatelem a vybraným uchazečem – Österreichische Bundesbahnen - Produktion GmbH (dříve Österreichische Bundesbahnen - Traktion GmbH), se sídlem Langauergasse 1, A 1150 Vídeň, Rakousko, zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Obchodním soudem ve Vídni, registrační číslo FN 249666 g, člen skupiny ÖBB.

ODŮVODNĚNÍ

- I. **Uzavření Přílohy 1 ze dne 26. 2. 2014 se zpětnou platností od 15. 12. 2013 do 28. 2. 2014 a Přílohy 1 ze dne 26. 2. 2014 platné od 1. 3. 2014 do 13. 12. 2014 k Dohodě o vzájemné výměně lokomotivních výkonů**
 1. Zadavatel – České dráhy, a.s., IČO 70994226, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222/12, 110 15 Praha 1, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci č. 6256 ze dne 17. 10. 2013 Mgr. Jakubem Kotrbou, advokátem, ev. č. ČAK 9161, Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r.o., IČO 28505913, se sídlem Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“) – uzavřel dne 11. 12. 2008 s vybraným uchazečem – Österreichische Bundesbahnen, Geschäftsbereich Traktion (nyní Österreichische Bundesbahnen - Produktion GmbH), se sídlem Langauergasse 1, A 1150 Vídeň, Rakousko, zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Obchodním soudem ve Vídni FN 249666 g, člen skupiny ÖBB, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 14. 4. 2014 JUDr. Vladimírem Chýským, advokátem, ev. č. ČAK 10418, advokátní kancelář Chýský Lorenc, advokáti, s.r.o., IČO 02458110, se sídlem Žerotínova 1132/34, 130 00 Praha 3 (dále jen „vybraný uchazeč“) – Dohodu o vzájemné výměně lokomotivních výkonů (Dohoda o proběhu lokomotiv DoLV), (dále též „Dohoda o proběhu lokomotiv“ nebo „Dohoda“). Účelem Dohody o vzájemné výměně lokomotivních výkonů dle ustanovení článku 2. „Účel a předmět Dohody“ je „vzájemné nasazování lokomotiv v přeshraniční dopravě na principu vyrovnanosti výkonů“ a předmětem plnění Dohody je „poskytnutí lokomotiv smluvní stranou poskytující lokomotivy pro trakční výkony smluvní straně nasazující lokomotivy“.
 2. Zadavatel k Dohodě o vzájemné výměně lokomotivních výkonů uzavíral od roku 2008 periodicky na každý příslušný rok (vždy na období příslušného jízdního řádu) dodatky označené jako Přílohy k Dohodě o proběhu lokomotiv vykazující společné skutkové znaky. Přílohy jsou koncipovány jako objednávka výkonu personálu a vozidel, resp. čištění lokomotiv, pro nadcházející rok (typicky Přílohy 1 k Dohodě pro konkrétní rok plnění) a jako podrobnosti odpočtu, jehož podkladem je evidence kilometrických výkonů lokomotiv (typicky Přílohy 2 k Dohodě pro konkrétní dva kalendářní roky plnění).
 3. Přílohy byly vyhotovovány na základě ustanovení článku 2 odst. 6 Dohody, který stanoví: „Konkrétní nasazení lokomotiv dohodnou smluvní strany samostatně pro období každého jízdního řádu nejpozději 3 měsíce před jeho začátkem. Podrobnosti uvedou do Dohody o výkonech tvořící Přílohu 1 této Dohody, která obsahuje jednotlivé plány nasazení lokomotiv s uvedením řady vozidla, vlakovými výkony, tratí, dopravními dobami a případnými dalšími výkony. Konkrétní stanovení odpočtu je uvedeno v Příloze 2 této Dohody“.

4. Jednotlivé Přílohy 1 byly uzavírány tak, aby jejich platnost vždy odpovídala příslušnému jízdnímu řádu platnému na dané období. Konkrétně se jedná o tyto přílohy: Příloha 1 k Dohodě uzavřená dne 11. 12. 2008 a platná od 14. 12. 2008 do 12. 12. 2009 (jízdni řád 2008/2009); Příloha 1 uzavřená dne 23. 12. 2009 a platná od 13. 12. 2009 do 11. 12. 2010 (jízdni řád 2009/2010); Příloha 1 uzavřená dne 20. 12. 2010 a platná (zpětně) od 12. 12. 2010 do 10. 12. 2011 (jízdni řád 2010/2011); Příloha 1 neznámé datace platná od 11. 12. 2011 do 8. 12. 2012 (jízdni řád 2011/2012) a dvě Přílohy 1, obě neznámé datace, první platná od 9. 12. 2012 do 31. 12. 2012 a druhá od 1. 1. 2013 do 14. 12. 2013 (jízdni řád 2012/2013).¹ Pod textem všech Příloh 1 v místě s podpisy smluvních stran je uveden i údaj „*Stav k*“ s předtištěnými daty, dle pořadí výše: 1) 8. 12. 2008; 2) 23. 11. 2009; 3) 4. 11. 2010; 4) 22. 11. 2011; 5) obě 30. 10. 2012. Citovaný údaj, dle společného prohlášení zadavatele a vybraného uchazeče k datu podepsání Přílohy 1 k Dohodě platné od 1. 1. 2013 do 14. 12. 2013 (prohlášení je ze dne 15. 10. 2013), vyjadřuje datum, k němuž byly aktualizovány údaje uvedené v příslušné Příloze 1.
5. Přílohy 2 pak byly uzavírány tak, že určovaly výši náhradní nákladové sazby, podstatné pro výpočet odpočtu, vždy na dva kalendářní roky. Konkrétně se jedná o tyto přílohy: Příloha 2 k Dohodě platná od 14. 12. 2008 do konce roku 2010 stanovující náhradní nákladové sazby platné pro kalendářní roky 2009 a 2010; Příloha 2 k Dohodě platná od 1. 1. 2011 do konce roku 2012 stanovující náhradní nákladové sazby platné pro kalendářní roky 2011 a 2012 a naposledy uzavřená Příloha 2 k Dohodě platná od 1. 1. 2013 nejspíše do konce roku 2014 stanovující náhradní nákladové sazby platné pro kalendářní roky 2013 a 2014 (dále též „aktuální Příloha 2“). Konec platnosti jednotlivých Příloh 2 není dán explicitně v textu samotných příloh, nýbrž vstupem v platnost nové Přílohy 2 nově upravující zmíněné sazby.
6. Příloha 1 platná od 1. 1. 2013 do 14. 12. 2013 byla předmětem samostatného správního řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) pod sp. zn. S336/2013/VZ. Všechny přílohy specifikované blíže v odst. 4 tohoto rozhodnutí jsou pak předmětem správního řízení zahájeného z moci úřední a vedeného Úřadem pod sp. zn. S167/2014/VZ.
7. Zadavatel k Dohodě o vzájemné výměně lokomotivních výkonů uzavřel s vybraným uchazečem dne 11. 12. 2008 mj. i Přílohu 4 k Dohodě, jejíž platnost byla stanovena ode dne 14. 12. 2008 (dále jen „Příloha 4“). Příloha 4 mj. obsahuje seznam nasazených lokomotiv vybraným uchazečem, v němž jsou uvedeny dvě řady lokomotiv Taurus, a to: a) *BR (řada) 1216.2 ÖBB* a b) *BR (řada) 1116 ÖBB*.
8. Dne 26. 2. 2014 uzavřel zadavatel k Dohodě o vzájemné výměně lokomotivních výkonů s vybraným uchazečem zatím poslední dvě Přílohy 1 koncipované jako objednávka výkonu personálu a vozidel, resp. čištění lokomotiv. Úřad v této souvislosti konstatuje, že pro účely tohoto správního řízení do objemu plnění vyplývajícího z níže specifikovaných příloh není započítáváno plnění v podobě čištění lokomotiv, neboť to svým charakterem nespadá pod princip vyrovnanosti výkonů jako součást účelu Dohody o proběhu lokomotiv (viz bod 232. a 233. tohoto rozhodnutí). Konkrétně se jedná o plnění, objednané vybraným uchazečem a realizované zadavatelem, a to ve výši 2 450 EUR (první Příloha 1),

¹ K platnosti jízdniích řádů: <http://www.jizdni-rady.nanadrazi.cz/index.php?page=elektronicky-archiv-vlakovych-jizdnich-radu>; otevřeno k 1. 4. 2014.

resp. 8 200 EUR (druhá Příloha 1). Služby čištění vozů (lokomotiv) poskytuje dle Příloh pouze zadavatel vybranému uchazeči, a to v zanedbatelné hodnotě 10 650 EUR, což představuje 0,4 % veškerého finančního objemu.

9. První z těchto Příloh 1 byla uzavřena dne 26. 2. 2014 se zpětnou platností od 15. 12. 2013 do 28. 2. 2014, tedy od počátku platnosti jízdního řádu 2013/2014 (dále též „první Příloha 1“) a vyplýval z ní závazek zadavatele uhradit vybranému uchazeči, po vzájemném započtení výkonu vozidel (bez služeb čištění lokomotiv) objednaných oběma smluvními stranami, částku 473 845,31 EUR. Dle kurzu české koruny k euru, stanoveného Českou národní bankou ke dni uzavření první Přílohy 1 k Dohodě (tedy ke dni 26. 2. 2014), který činil 27,330 Kč, se jedná o částku 12 950 192,32 Kč.
10. Druhá Příloha 1 k Dohodě o vzájemné výměně lokomotivních výkonů uzavřená dne 26. 2. 2014 s platností od 1. 3. 2014 do 13. 12. 2014, tedy do konce platnosti jízdního řádu 2013/2014 (dále též „druhá Příloha 1“), zakládá závazek zadavatele uhradit vybranému uchazeči, po vzájemném započtení výkonu vozidel (bez služeb čištění lokomotiv) objednaných oběma smluvními stranami, částku 1 311 008,42 EUR. Dle kurzu české koruny k euru, stanoveného Českou národní bankou ke dni uzavření druhé Přílohy 1 k Dohodě (tedy ke dni 26. 2. 2014), který činil 27,330 Kč, se jedná o částku 35 829 860,12 Kč.
11. Vyhotovení dvou Příloh 1 na období aktuálního jízdního řádu zadavatel ve svém sdělení ze dne 25. 3. 2014, doručeném Úřadu téhož dne, vysvětlil zohledněním navýšení lokomotivních výkonů poskytnutých v rámci vzájemného nasazování lokomotiv na příslušné přeshraniční lince provozované společně s vybraným uchazečem. Další obsah sdělení zadavatele ze dne 25. 3. 2014 viz bod 95. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
12. Příloha 2 k Dohodě platná od 1. 1. 2013 představuje zatím platnou Přílohu 2 pro období aktuálního jízdního řádu 2013/2014, neboť jak Úřad uvedl výše v bodu 5. tohoto rozhodnutí, stanovuje aktuální Příloha 2 náhradní nákladové sazby, tedy podrobnosti odpočtu, i pro celý kalendářní rok 2014.

II. Obsah návrhu ze dne 2. 10. 2013

13. Navrhovatel – ŠKODA TRANSPORTATION a.s., IČO 62623753, se sídlem Borská 2922/32, 301 00 Plzeň – Jižní Předměstí, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 29. 5. 2013 advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., IČO 24225029, se sídlem Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“) – se svým návrhem ze dne 2. 10. 2013, doručeným Úřadu téhož dne, domáhá uložení zákazu plnění smlouvy, kterou dle navrhovatele zadavatel uzavřel, na období od počátku účinnosti aktuálního jízdního řádu, tedy ode dne 15. 12. 2013, se společností Österreichische Bundesbahnen – Holding Aktiengesellschaft, se sídlem Wienerbergstrasse 11, A 1100 Vídeň, Rakousko, resp. s osobou náležející do stejného podnikatelského uskupení či jinou třetí osobou, a která se týká úplatného pořízení (zajištění) trakčních kolejových vozidel typu ES64U4 vyráběných společností Siemens Aktiengesellschaft Österreich, se sídlem Siemensstrasse 90, A 1210 Vídeň, Rakousko, a provozovaných společností Österreichische Bundesbahnen – Holding Aktiengesellschaft, se sídlem Wienerbergstrasse 11, A 1100 Vídeň, Rakousko, pod označením Taurus (tedy první a druhá Příloha 1 k Dohodě).

14. Navrhovatel uvádí, že zadavatel nezákonným uzavřením první a druhé Přílohy vyloučil jakoukoli soutěž a významným způsobem omezil možnost kontroly postupu zadavatele ze strany dodavatelů nebo Úřadu. Zároveň zadavatel porušil základní zásady uvedené v ustanovení § 6 zákona, když v šetřeném případě postupoval netransparentním a diskriminačním způsobem, přičemž bezdůvodně zvýhodnil konkrétního dodavatele, kterým může být pravděpodobně vybraný uchazeč, resp. osoba náležející do stejného podnikatelského uskupení či jiná třetí osoba. Postup zadavatele je dle navrhovatele zcela zjevně v rozporu se zákonem a představuje správní delikty podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a), b) a c) zákona.
15. Dle navrhovatele z veřejně dostupných informací, jakož i ze skutečností známých navrhovateli z působení na relevantním trhu vyplývá, že zadavatel pořídil za účelem provozu vlakových dálkových spojů od vybraného uchazeče či jiné třetí osoby určitý počet lokomotiv Taurus, za něj vybranému uchazeči jako poskytovateli hradí finanční protiplnění. Navrhovatel v této souvislosti argumentuje informacemi dostupnými např. na portálu Novinky.cz (<http://www.novinky.cz/ekonomika/313648-ceske-drahy-predstavily-rekordne-rychlou-lokomotivu-spirit-of-brno.html>), týkajícími se představení lokomotiv Taurus v barvách zadavatele, jež mají sloužit při provozování jednotek RailJet. Dle navrhovatele skutečnosti, na něž odkázal, potvrzují, že lokomotivy Taurus jsou již nyní využívány k provozu spojů zadavatele a nadále budou v provozu i v následujících obdobích.
16. Navrhovatel uvádí, že zadavatel je povinen při pořizování trakčních kolejových jednotek pro dálkovou vlakovou dopravu (navrhovatel chybně mluví o netrakčních a komfortních jednotkách; pozn. Úřadu), tj. při pořizování úplatného plnění ve formě dodávek, tedy veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 7 odst. 1 a 2 zákona a ustanovení § 8 zákona, postupovat jako zadavatel ve smyslu ustanovení § 2 odst. 6 zákona a ustanovení § 4 odst. 1 písm. f) zákona.
17. Pořízení úplatného plnění spočívající v zajištění trakčních kolejových vozidel představuje podle navrhovatele veřejnou zakázku ve smyslu ustanovení § 7 zákona, kterou byl zadavatel povinen zadat v otevřeném zadávacím řízení dle ustanovení § 27 zákona. Navrhovatel dodává, že podle informací z Věstníku veřejných zakázek však žádná veřejná zakázka na uvedené plnění postupem podle zákona zadána nebyla. Zadavatel neuveřejnil ani tzv. oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante dle ustanovení § 164 odst. 2 zákona. S ohledem na faktické používání lokomotiv Taurus pro spoje provozované zadavatelem je tedy dle názoru navrhovatele nanejvýše pravděpodobné, že toto úplatné plnění je zadavateli vybraným uchazečem poskytováno na základě uzavřené (platné a účinné) smlouvy.
18. Dle navrhovatele však zadavatel nebyl oprávněn k uzavření smlouvy na úplatné pořízení lokomotiv Taurus bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení, přičemž dle navrhovatele tento postup zadavatele zakládá významné porušení zákona, jak vyplývá z dlouhodobě zavedené rozhodovací praxe Úřadu, správních soudů i z komunitární, resp. unijní rozhodovací praxe.
19. Navrhovatel v předmětné souvislosti zmiňuje, že Úřad již vede pod sp. zn. S336/2013/VZ správní řízení o podobném návrhu navrhovatele směřujícím na zákaz plnění obdobných smluv, které zadavatel měl s vybraným uchazečem podepsat na období jízdního řádu 2012/2013. Navrhovatel poznamenává, že v tomto předchozím správním řízení bylo dne

1. 10. 2013 vydáno dosud nepravomocné rozhodnutí č. j. ÚOHS-S336/2013/VZ-18848/2013/521/GSt, jímž byl mj. zadavateli uložen zákaz plnění Přílohy 1 k Dohodě platné od 1. 1. 2013 do 14. 12. 2013, a přílohy 2 k Dohodě uzavřené dne 3. 12. 2012 s platností od 1. 1. 2013.
20. Navrhovatel argumentuje opět s odkazem na správní řízení sp. zn. S336/2013/VZ, že zadavatel pro zajištění lokomotiv Taurus na období jízdního řádu 2013/2014, resp. dalších budoucích jízdních řádů, neměl dle jím předložených podkladů uzavřené dodatky v podobě příloh aktualizujících Dohody o proběhu lokomotiv, a to přesto, že dle navrhovatele je z veřejně dostupných informací zjevné, že zadavatel i nadále počítá s využíváním lokomotiv Taurus provozovaných vybraným uchazečem. S ohledem na tvorbu jízdního řádu je navrhovatel přesvědčen, že k uzavření další smlouvy muselo dojít v nedávné době, čemuž má nasvědčovat i znění ustanovení článku 2 odst. 6 Dohody o proběhu lokomotiv (viz bod 3. tohoto rozhodnutí).
21. S ohledem na výše uvedené argumenty podává navrhovatel dle ustanovení § 114 odst. 4 zákona návrh na přezkoumání úkonu zadavatele ve smyslu ustanovení § 113 zákona, kterým zadavatel uzavřel smlouvu na nájem (úplatné pořízení / zajištění) lokomotiv Taurus.
22. Navrhovatel dále uvádí, že je osobou oprávněnou k podání návrhu, přičemž v této souvislosti uvádí následující. Uzavřením smlouvy ze strany zadavatele vznikla navrhovateli újma na jeho právech, neboť mu byla omezena možnost ucházet se o veřejnou zakázku, jejímž plněním je úplatné pořízení trakčních kolejových vozidel a navrhovatel se tak nemohl stát vybraným uchazečem. Navrhovatel má za to, že je dodavatelem, který je schopen předmětné plnění včas a řádně poskytnout.
23. Navrhovatel podává předmětný návrh na uložení zakazu plnění smlouvy podle ustanovení § 114 odst. 2 písm. a) zákona. Lhůtu 30 dnů od zveřejnění oznámení o uzavření smlouvy nelze dle tvrzení navrhovatele určit, neboť zadavatel neuveřejnil oznámení způsobem podle ustanovení § 147 zákona. Navrhovatel uvádí, že nemá k dispozici konkrétní smlouvu uzavřenou mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, a není proto schopen přesně určit datum jejího uzavření. Vzhledem k veřejně dostupným informacím a k principům fungování oblasti mezinárodní dálkové železniční osobní přepravy se navrhovatel domnívá, že nájemní (či jiná obdobná) smlouva na uvedený předmět plnění nebyla uzavřena před více než 6 měsíci od podání tohoto návrhu. Tomuto závěru dle navrhovatele opět nasvědčuje i znění ustanovení článku 2 odst. 6 Dohody o proběhu lokomotiv (viz bod 3. tohoto rozhodnutí). V této souvislosti navrhovatel navrhuje provedení důkazu touto Dohodou o proběhu lokomotiv.
24. Dle navrhovatele je zcela nerozhodné, jakým konkrétním způsobem byla smlouva, jejíhož zakazu se domáhá, uzavřena. Jednalo-li by se o formu dodatku k Dohodě na další období, pak Dohoda dle navrhovatele vykazuje rámcový charakter. Navrhovatel odkazuje na ustanovení § 82 odst. 7 písm. a) až d) zákona, dle nichž je třeba takové dodatky vždy považovat za nové smlouvy na separátní veřejnou zakázku pro každý jednotlivý rok. Pokud by však zadavatel přistoupil k uzavření zcela samostatné smlouvy na platné pořízení lokomotiv Taurus, pak je návrh dle navrhovatele podán zcela nepochybně v zákonné šestiměsíční lhůtě (viz ustanovení § 114 odst. 4 zákona). Tento závěr navrhovatel dovozuje i z průběhu předchozího správního řízení vedeného pod sp. zn. S336/2013/VZ, v němž byla ze strany

Úřadu zadavateli uložena povinnost předložit veškeré podklady související s pořízováním lokomotiv Taurus, včetně uzavřených smluv. Z této skutečnosti navrhovatel usuzuje, že zadavatel nemůže předložit žádný soukromoprávní úkon, kterým by pořídil lokomotivy Taurus na období jízdního řádu 2013/2014 a nadcházejících, a jenž by byl uzavřen před více než 6 měsíci od podání návrhu navrhovatelem dne 2. 10. 2013. Dle navrhovatele je třeba na problematiku zachování lhůt dle zákona subsidiárně aplikovat ustanovení § 40 odst. 2 správního řádu, jež je dle navrhovatele použitelné jak co do lhůt, které účastníkům řízení určí Úřad, tak co do lhůt, které zavazují účastníky řízení, vůči nimž by Úřad mohl sekundárně vykonat státní moc.

25. Navrhovatel dále s odkazem na ustanovení § 115 odst. 1 zákona uvádí, že vzhledem k faktu, že nedošlo k zadání veřejné zakázky postupem dle zákona a navrhovatel tak neměl možnost podat svoji nabídku s vyčíslením ceny, není možné určit výši kauce z nabídkové ceny. Kauce proto v šetřeném případě činí 100 000 Kč. Doklad o složení kauce v této výši, jakož i výpis z účtu Úřadu dokládající přijetí této částky je součástí správního spisu.
26. Navrhovateli je z jeho obchodní činnosti známo, že zadavatel nevlastní lokomotivy Taurus, které využívá zejména pro provozování dálkové mezistátní osobní dopravy. Z předchozího správního řízení vedeného pod sp. zn. S336/2013/VZ dle navrhovatele vyplývá, že k využívání těchto lokomotiv dochází za úplatu na základě smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraných uchazečem, jak vyplývá z Dohody o vzájemné výměně lokomotivních výkonů ze dne 11. 12. 2008. Dle navrhovateli dostupných informací využívá v současné době zadavatel nejméně 11 lokomotiv Taurus. Navrhovatel usuzuje, že na dosavadní situaci, potřebách zadavatele, absenci naturálního (výkonového) protiplnění ze strany zadavatele pro vybraného uchazeče, jakož i na způsobu pořízení lokomotiv Taurus se pro období jízdního řádu 2013/2014 a dalších nic podstatného nezměnilo, ani změnit nemohlo.
27. Navrhovatel označuje zadavatele za sektorového zadavatele dle ustanovení § 2 odst. 6 zákona ve spojení s ustanovením § 4 odst. 1 písm. f) zákona, z čehož plyne, že finanční limit pro charakter veřejných zakázek (na dodávky a služby) zadavatele jako nadlimitních činil 10 021 000 Kč, resp. činí 10 489 000 Kč [viz ustanovení § 2 odst. 4 písm. a) nařízení vlády č. 77/2008 Sb., dle účinného znění].
28. Navrhovatel má za to, že trakční kolejová vozidla pro dálkovou dopravu v Evropě kromě společnosti ÖBB pronajímá nebo je schopna pronajmout řada subjektů a národních dopravců včetně navrhovatele, a to se týká jak lokomotiv typu Taurus, tak jiných zastupitelných lokomotiv, schopných a homologovaných k provozu na tratích/spojích, na nichž zadavatel lokomotivy Taurus provozuje. Dle názoru navrhovatele tak i proto nejsou dány důvody pro postup zadavatele mimo ustanovení § 27 zákona upravujícího otevřené zadávací řízení.
29. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel v rozporu se zákonem uzavřel další novou samostatnou smlouvu na úplatné pojištění lokomotiv Taurus od vybraného uchazeče pro účely jízdního řádu 2013/2014. Tento postup zadavatele představuje dle navrhovatele správní delikty dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a), b) a c) zákona.
30. Navrhovatel se v návrhu vyjádřil i k argumentaci zadavatele, uplatněné v předešlém správním řízení vedeném pod sp. zn. S336/2013/VZ, spočívající ve výjimkách z povinnosti postupovat podle zákona.

31. Navrhovatel je dále přesvědčen, že v předmětné věci nelze aplikovat žádnou ze zadavatelem namítaných výjimek z působnosti zákona. Výjimku podle ustanovení § 18 odst. 2 písm. h) zákona nelze použít, neboť se v šetřeném případě nejedná o zakázku financovanou z prostředků mezinárodní organizace. Navrhovatel se domnívá, že uvedenou výjimku lze uplatnit pouze v případě, že se jedná o zadávání veřejných zakázek, které jsou financované z prostředků příslušné mezinárodní organizace. V šetřeném případě jsou však vynakládány výhradně prostředky zadavatele, nikoli prostředky Mezinárodní železniční unie. Navíc má navrhovatel za to, že Mezinárodní železniční unie není mezinárodní organizací ve smyslu ustanovení § 18 odst. 2 písm. h) zákona, z čehož je zjevné, že nelze v dané věci aplikovat uvedenou výjimku.
32. S odkazem na Vyhlášku Mezinárodní železniční unie (dále též „UIC“) 471-1 a v ní upravenému naturálnímu plnění navrhovatel konstatuje, že zajištění lokomotiv Taurus není nikterak založeno na reciprocitě naturálního plnění.
33. Navíc má navrhovatel za to, že Vyhláška UIC 471-1 není ani právním předpisem mezinárodní organizace, jenž by měl být jakýmkoliv způsobem vyjmut z působnosti zákona a souvisejících unijních předpisů v oblasti veřejných zakázek, nebo který by byl těmto předpisům nadřazen. Mezinárodní železniční unie nepředstavuje mezinárodní organizací ve smyslu ustanovení § 18 odst. 2 písm. h) zákona. Daná výjimka se podle navrhovatele vztahuje pouze na pravidla mezivládní mezinárodní organizace založené na základě mezinárodního práva veřejného. Podle čl. 1 svého statutu je však Mezinárodní železniční unie mimovládní neziskovou obchodní organizací založenou na základě francouzské právní úpravy.
34. Ve vztahu k výjimce podle ustanovení § 19 odst. 7 písm. b) zákona navrhovatel namítá, že tuto výjimku je nutno vykládat restriktivně. V této souvislosti navrhovatel odkazuje na rozsudek Soudního dvora Evropské unie (dále též „ESD“) ve věci C-340/04 Carbotermo a Consorzio Alisei. Navrhovatel dále upozorňuje, že je nutno přihlídnout k tomu, že v rámci české právní úpravy představuje tato výjimka implementaci čl. 23 odst. 4 písm. b) směrnice 2004/17/ES² (dále též „sektorová směrnice“), která byla vytvořena za účelem výzkumu a vývoje v oblasti výkonu relevantních činností (bod 2.8 Zelené knihy o veřejných zakázkách v Evropské unii ze dne 27. 11. 1996) a která nesmí narušovat hospodářskou soutěž v prospěch členů příslušného sdružení (bod 32 sektorové směrnice). Podle názoru navrhovatele lze s ohledem na povinnost eurokonformního výkladu ustanovení § 19 odst. 7 písm. b) zákona a příslušných znění shora citovaných předpisů unijního práva tuto výjimku uplatnit pouze v případě, pokud je sektorovým zadavatelem zadána veřejná zakázka samotnému sdružení sektorových zadavatelů a nikoliv jen některému z jeho členů. Mimoto dle navrhovatele nebyla splněna ani další podmínka plynoucí z ustanovení § 19 odst. 7 písm. b) zákona týkající se společného výkonu relevantní činnosti alespoň po dobu tří let.
35. Dle navrhovatele je tak nepochybné, že úplatné pořízení lokomotiv Taurus zadavatelem od vybraného uchazeče, resp. osoby náležející do stejného podnikatelského uskupení či jiné třetí osoby, není pořizováno od sdružení zadavatelů (tzv. „in house“ dodávky v rámci sdružení), uvedenou výjimku proto nelze aplikovat.

² Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/17/ES, ze dne 31. března 2004, o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb.

36. Podle navrhovatele v daném případě nelze aplikovat ustanovení § 118 odst. 3 zákona, dle kterého Úřad neuloží zákaz plnění smlouvy, pokud shledá, že důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadují pokračování plnění smlouvy. Navrhovatel výslovně uvádí, že v tomto případě nejsou dány důvody předpokládané tímto ustanovením zákona, přičemž plnění smlouvy uzavřené v rozporu se základními zásadami zákona, hospodárnosti, šetření veřejných prostředků a diskriminace jiných soutěžitelů s výjimkou „vybraného“ dodavatele v tomto případě nemůže objektivně představovat důvod hodný zvláštního zřetele. V tomto případě dle navrhovatele jednoznačně převažuje veřejný zájem na hospodárném a účelném vynakládání veřejných prostředků.
37. Závěrem se navrhovatel domáhá, aby Úřad v rozhodnutí mj. konstatoval porušení příslušných ustanovení zákona a spáchání správního deliktu ze strany zadavatele, dále aby uložil nápravné opatření v souladu s ustanovením § 118 odst. 2 zákona, tj. zákaz plnění uzavřené smlouvy, a uložil adekvátní sankce za spáchaný správní delikt v souladu s ustanovením § 120 zákona.
38. Dospěl-li by případně Úřad při svém šetření k závěru, že smlouva týkající se úplatného pořízení lokomotiv Taurus na období jízdního řádu 2013/2014 mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, resp. osobou náležející do stejného podnikatelského uskupení či jinou třetí osobou, dosud uzavřena nebyla, navrhuje navrhovatel, aby Úřad na základě předložených informací a s ohledem na veřejně dostupné zdroje zahájil z moci úřední správní řízení týkající se přezkumu postupu zadavatele při pořizování lokomotiv Taurus na období jízdního řádu 2013/2014 v rozporu se zákonem. Úřad má dále dle navrhovatele zvážit vydání předběžného opatření dle ustanovení § 117 odst. 1 písm. a) zákona zakazujícím zadavateli do doby pravomocného rozhodnutí Úřadu ve věci uzavřít s vybraným uchazečem smlouvu na úplatné pořízení lokomotiv Taurus na období jízdního řádu 2013/2014, resp. dalších jízdních řádů v budoucnu.

III. Průběh správního řízení

39. Úřad příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel dne 2. 10. 2013 faxem a následně dne 4. 10. 2013 poštou návrh navrhovatele na zákaz plnění smlouvy, kterou dle navrhovatele zadavatel uzavřel se společností ÖBB, resp. s osobou náležející do stejného podnikatelského uskupení či jinou třetí osobou, a která se týká úplatného pořízení (zajištění) trakčních kolejových vozidel typu ES64U4 vyráběných společnostmi Siemens Aktiengesellschaft Österreich, se sídlem Siemensstrasse 90, A 1210 Vídeň, Rakousko a provozovaných společností Österreichische Bundesbahnen – Holding Aktiengesellschaft, se sídlem Wienerbergstrasse 11, A 1100 Vídeň, Rakousko, pod označením Taurus (dále jen „Taurus“).
40. Dnem 2. 10. 2013, kdy Úřad návrh navrhovatele obdržel, bylo podle ustanovení § 113 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení.
41. Účastníky správního řízení podle ustanovení § 116 zákona jsou:
- zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč.

42. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-19397/2013/524/MŠa ze dne 10. 10. 2013, v němž vymezil předmět správního řízení vedeného pod sp. zn. S603/2013/VZ s odkazem na obsah návrhu navrhovatele a současně Úřad vyslovil pochybnost o možném spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za současného porušení zásad zakotvených v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, a dále pochybnost o možném spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona, čímž z moci úřední rozšířil předmět správního řízení. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-19410/2013/524/MŠa ze dne 10. 10. 2013 stanovil lhůtu, v níž byli oprávněni navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko. Uvedeným usnesením Úřad určil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – doručení vyjádření k obdrženému návrhu, příslušné dokumentace veřejné zakázky, kopie smlouvy na veřejnou zakázku a označení případných důvodů pro pokračování plnění smlouvy ve smyslu ustanovení § 118 odst. 3 zákona.
43. Usnesením č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-19977/2013/524/MŠa ze dne 15. 10. 2013 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o veřejné zakázce podle ustanovení § 17 písm. w) zákona pořízené v souvislosti s provedenými úkony – a to nejpozději jeden den po provedení příslušného úkonu.
44. Dne 14. 10. 2013 Úřad od zadavatele obdržel podání ze dne 11. 10. 2013, kterým zadavatel požádal z důvodu složitosti problematiky a množství podkladů, které je pro vyjádření třeba opatřit o prodloužení lhůty k provedení úkonu – doručení vyjádření k obdrženému návrhu, příslušné dokumentace veřejné zakázky, kopie smlouvy na veřejnou zakázku a označení případných důvodů pro pokračování plnění smlouvy ve smyslu ustanovení § 118 odst. 3 zákona, a to do 1. 11. 2013. Ze stejných důvodů, jakož i proto, že se v daném případě jedná o problematiku spolupráce zahraničních železničních dopravců na poli mezinárodní železniční přepravy, kdy si opatření důkazů může s ohledem na přeshraniční přesah vyžádat delší časový rámec, požádal zadavatel také o prodloužení lhůty, v níž jsou účastníci řízení oprávněni navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
45. Usnesením č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-20176/2013/524/MŠa ze dne 16. 10. 2013 Úřad prodloužil účastníkům řízení lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko. Uvedeným usnesením Úřad dále prodloužil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – doručení vyjádření k obdrženému návrhu, příslušné dokumentace veřejné zakázky, kopie smlouvy na veřejnou zakázku a označení případných důvodů pro pokračování plnění smlouvy ve smyslu ustanovení § 118 odst. 3 zákona.
46. Dne 24. 10. 2013 Úřad obdržel vyjádření zadavatele z téhož dne, v němž zadavatel ohledně Úřadem požadované dokumentace veřejné zakázky odkázal na správní spis vedený Úřadem ve věci sp. zn. S336/2013/VZ, který veškerou požadovanou dokumentaci již obsahuje, včetně požadované smlouvy, přičemž zadavatel uvedl, že žádné další relevantní dokumenty k dispozici nemá. Další obsah vyjádření zadavatele ze dne 24. 10. 2013 viz body 77. až 89. tohoto rozhodnutí.
47. Dne 31. 10. 2013 faxem a následně dne 1. 11. 2013 také poštou Úřad obdržel dopis navrhovatele ze dne 31. 10. 2013, jímž navrhovatel Úřad žádá o zaslání vyjádření zadavatele

ze dne 24. 10. 2013. Přípisem ze dne 7. 11. 2013 zaslal Úřad vyjádření zadavatele navrhovateli.

48. Dne 20. 11. 2013 bylo Úřadu faxem a následně dne 21. 11. 2013 také poštou doručeno vyjádření navrhovatele ze dne 20. 11. 2013, kterým reaguje na předchozí vyjádření zadavatele. Navrhovatel ve svém vyjádření reaguje na jednotlivé body argumentace zadavatele. Další obsah vyjádření navrhovatele ze dne 20. 11. 2013 viz body 101. až 108. tohoto rozhodnutí.
49. Usnesením č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-2410/2014/524/MŠa ze dne 4. 2. 2014 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – předložení Dohody o vzájemné výměně lokomotivních výkonů (Dohoda o proběhu lokomotiv DoLV) uzavřené dne 11. 12. 2008 s vybraným uchazečem, resp. s osobou náležející do stejného podnikatelského uskupení či jinou třetí osobou, ve znění platném a účinném ke dni doručení tohoto usnesení, včetně všech dodatků ve formě Příloh této Dohody uzavřených v letech 2013 a 2014.
50. Dne 10. 2. 2014 Úřad od zadavatele obdržel vyjádření z téhož dne, v němž zadavatel předně uvedl, že si je vědom své povinnosti informovat Úřad o dalších úkonech v šetřeném zadávacím řízení a zaslal Úřadu příslušnou dokumentaci. Další obsah vyjádření zadavatele ze dne 10. 2. 2014 viz bod 90. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
51. Dne 14. 2. 2014 faxem a následně dne 17. 2. 2014 také poštou Úřad obdržel od navrhovatele dopis ze dne 14. 2. 2014, v němž navrhovatel upozorňuje na nové závažné skutečnosti, konkrétně především na internetový článek pojednávající mj. o lokomotivách jezdících pod označením Taurus publikovaný na portálu Ildnes.cz. Další obsah upozornění navrhovatele ze dne 14. 2. 2014 viz body 109. a 110. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
52. Usnesením č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-3773/2014/524/MŠa ze dne 19. 2. 2014 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – předložení úplných podkladů obsahujících informace, na základě kterých právních důvodů, tj. z jakého právního titulu, v jakém rozsahu a jakým konkrétním způsobem využívá zadavatel trakční kolejová vozidla Taurus k provozování příslušných spojů mezi Českou republikou a Rakouskem v období od počátku účinnosti jízdního řádu 2013/2014, tedy ode dne 15. 12. 2013.
53. Dne 25. 2. 2014 Úřad obdržel vyjádření zadavatele z téhož dne, v němž zadavatel jako právní důvod provozování trakčních kolejových vozidel Taurus uvedl Dohodu o vzájemné výměně lokomotivních výkonů (Dohoda o proběhu lokomotiv DoLV) uzavřenou dne 11. 12. 2008. Zadavatel dále informoval, že dle jeho informací se dne 11. 3. 2014 uskuteční jednání vedení vybraného uchazeče ohledně aktualizace Dohody. Další obsah vyjádření zadavatele ze dne 25. 2. 2014 viz bod 91. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
54. Dne 4. 3. 2014 faxem a následně dne 5. 3. 2014 také poštou Úřad obdržel dopis navrhovatele ze dne 4. 3. 2014, jímž navrhovatel Úřad žádá o zaslání vyjádření zadavatele ze dne 25. 2. 2014. Přípisem ze dne 7. 3. 2014 zaslal Úřad vyjádření zadavatele navrhovateli.
55. Usnesením č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-5736/2014/524/MŠa ze dne 17. 3. 2014 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace o případném výsledku jednání vedení vybraného uchazeče, které se mělo uskutečnit dne 11. 3. 2014, resp. podání informace o vzájemné dohodě mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, resp. s osobou náležející do stejného podnikatelského uskupení či jinou třetí osobou.

56. Dne 20. 3. 2014 Úřad obdržel vyjádření zadavatele z téhož dne, jímž zadavatel sdělil, že avizované jednání vedení vybraného uchazeče sice proběhlo, nicméně výsledkem zatím není podepsání aktualizované Přílohy 1 k Dohodě. Zadavatel dle svého tvrzení stále čeká na dokončení schvalovacích procesů vybraného uchazeče, které nemá možnost jakkoli ovlivnit. Další obsah vyjádření zadavatele ze dne 20. 3. 2014 viz body 92. až 94. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
57. Usnesením č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-6287/2014/524/MŠa ze dne 24. 3. 2014 stanovil Úřad účastníkům řízení dle ustanovení § 39 odst. 1 správního řádu lhůtu, ve které byli podle ustanovení § 36 odst. 1 správního řádu oprávněni navrhopat důkazy a činit jiné návrhy a podle ustanovení § 36 odst. 2 správního řádu oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko. Uvedeným usnesením Úřad také označil vybraného uchazeče za účastníka řízení podle ustanovení § 116 zákona, neboť zadavatel před tím, než s vybraným uchazečem uzavřel smlouvu, ve vztahu k níž se navrhovatel domáhá uložení zákazu plnění, de facto rozhodl o výběru nejhodnější nabídky.
58. Na základě žádosti navrhovatele o nahlížení do spisu ze dne 24. 3. 2014 doručené Úřadu faxem téhož dne a následně i poštou dne 25. 3. 2014 se na Úřad dne 25. 3. 2014 dostavil zástupce navrhovatele (Kristýna Hýblová) k nahlédnutí do správního spisu vedeného Úřadem pod sp. zn. S603/2013/VZ; protokol o nahlížení je součástí správního spisu.
59. Dne 25. 3. 2014 obdržel Úřad od zadavatele dopis z téhož dne, v němž zadavatel Úřadu sděluje, že byly podepsány dvě nové Přílohy 1 k Dohodě pro období jízdního řádu 2013/2014 platného od 15. 12. 2013 do 13. 12. 2014. Další obsah sdělení zadavatele ze dne 25. 3. 2014 viz bod 95. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
60. V reakci na usnesení č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-6287/2014/524/MŠa ze dne 24. 3. 2014 obdržel Úřad dne 28. 3. 2014 vyjádření zadavatele z téhož dne, v němž zadavatel opět vyjádřil své stanovisko a činil návrhy. Další obsah vyjádření zadavatele ze dne 28. 3. 2014 viz bod 96. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
61. Na základě žádosti navrhovatele o nahlížení do spisu ze dne 3. 4. 2014 doručené Úřadu faxem téhož dne se na Úřad dne 3. 4. 2014 dostavil zástupce navrhovatele (Mgr. Petr Votýpka) k nahlédnutí do správního spisu vedeného Úřadem pod sp. zn. S603/2013/VZ; protokol o nahlížení je součástí správního spisu.
62. Usnesením č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-7733/2014/524/MŠa ze dne 10. 4. 2014 stanovil Úřad účastníkům řízení dle ustanovení § 39 odst. 1 správního řádu lhůtu, ve které byli podle ustanovení § 36 odst. 1 správního řádu oprávněni navrhopat důkazy a činit jiné návrhy a podle ustanovení § 36 odst. 2 správního řádu oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko. Uvedeným usnesením Úřad také účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které měli podle ustanovení § 36 odst. 3 správního řádu možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.
63. Dne 15. 4. 2014 obdržel Úřad od zadavatele vyjádření z téhož dne, jímž zadavatel doplnil důkazy o přehled uskutečněných (plánovaných) plateb za výkony v mezinárodní dopravě v období od roku 2008. Další obsah vyjádření zadavatele ze dne 15. 4. 2014 viz body 97. až 98. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
64. Dne 15. 4. 2014 Úřad od vybraného uchazeče obdržel e-mailem podání z téhož dne, kterým vybraný uchazeč požádal z důvodu nutnosti nastudování spisu a tedy nutnosti do spisu

nahlédnout, jakož i z důvodu obsáhlosti dané problematiky a časové náročnosti přípravy o prodloužení lhůty, v níž je možné navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůty, ve které je možné vyjádřit se k podkladům rozhodnutí, a to vždy o 20 dnů. Vybraný uchazeč uvedeným podáním dále požádal o nahlédnutí do správního spisu vedeného Úřadem pod sp. zn. S603/2013/VZ. Obsahem podání byla také plná moc udělená vybraným uchazečem jeho právnímu zástupci.

65. Dne 16. 4. 2014 Úřad obdržel od zadavatele podání z téhož dne, kterým zadavatel požádal za účelem seznámení se s podklady rozhodnutí o nahlédnutí do správního spisu vedeného Úřadem pod sp. zn. S603/2013/VZ. Zadavatel uvedeným podáním dále požádal mj. z důvodu plánovaného nahlížení do spisu o prodloužení lhůty, ve které je možné vyjádřit se k podkladům rozhodnutí, a to alespoň o týden ode dne uskutečnění nahlížení do spisu.
66. Usnesením č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-8298/2014/524/MŠa ze dne 16. 4. 2014 Úřad prodloužil účastníkům řízení lhůtu, ve které byli podle ustanovení § 36 odst. 1 citovaného zákona oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a podle ustanovení § 36 odst. 2 citovaného zákona oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko, do 25. 4. 2014, a lhůtu, ve které se podle ustanovení § 36 odst. 3 citovaného zákona mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí, do 30. 4. 2014.
67. Na základě žádosti vybraného uchazeče o nahlížení do spisu ze dne 15. 4. 2014 doručené Úřadu e-mailem téhož dne (viz bod 64. tohoto rozhodnutí) se na Úřad dne 17. 4. 2014 dostavil zástupce vybraného uchazeče (JUDr. Eva Otépková) k nahlédnutí do správního spisu vedeného Úřadem pod sp. zn. S603/2013/VZ; protokol o nahlížení je součástí správního spisu.
68. Dne 17. 4. 2014 Úřad obdržel od zadavatele podání z téhož dne, kterým zadavatel požádal, na základě předchozího prodloužení lhůt usnesením č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-8298/2014/524/MŠa ze dne 16. 4. 2014 (viz bod 66. tohoto rozhodnutí), o změnu termínu k nahlédnutí do správního spisu vedeného Úřadem pod sp. zn. S603/2013/VZ.
69. Dne 22. 4. 2014 Úřad od vybraného uchazeče obdržel e-mailem podání z téhož dne, kterým vybraný uchazeč opětovně požádal, nyní mj. z důvodu potřeby delšího časového prostoru pro prostudování správního spisu a projednání věci v cizím jazyce, jakož opět i z důvodu obsáhlosti dané problematiky a časové náročnosti přípravy stanoviska, o prodloužení lhůty, v níž je možné navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, alespoň do 2. 5. 2014, a lhůty, ve které je možné vyjádřit se k podkladům rozhodnutí, alespoň do 9. 5. 2014.
70. Usnesením č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-8739/2014/524/MŠa ze dne 24. 4. 2014 Úřad opětovně prodloužil účastníkům řízení lhůtu, ve které byli podle ustanovení § 36 odst. 1 citovaného zákona oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a podle ustanovení § 36 odst. 2 citovaného zákona oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko, do 2. 5. 2014, a lhůtu, ve které se podle ustanovení § 36 odst. 3 citovaného zákona mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí, do 9. 5. 2014.
71. Na základě žádosti zadavatele o nahlížení do spisu ze dne 16. 4. 2014 doručené Úřadu téhož dne (viz bod 65. tohoto rozhodnutí) se na Úřad dne 29. 4. 2014 dostavil zástupce

zadavatele (Tereza Pradeová) k nahlédnutí do správního spisu vedeného Úřadem pod sp. zn. S603/2013/VZ; protokol o nahlížení je součástí správního spisu.

72. Dne 2. 5. 2014 obdržel Úřad od zadavatele vyjádření z téhož dne, jímž zadavatel doplnil důkazy o Sdělení Komise o výkladových pokynech pro nařízení (ES) č. 1370/2007 o veřejných službách v přepravě cestujících po železnici a silnici, 2014/C 92/01, a to v souvislosti a s odkazem na své předchozí podání ze dne 15. 4. 2014 (viz bod 63. tohoto rozhodnutí). Další obsah vyjádření zadavatele ze dne 2. 5. 2014 viz bod 99. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
73. Na základě žádosti vybraného uchazeče o nahlížení do spisu ze dne 2. 5. 2014 doručené Úřadu e-mailem téhož dne se na Úřad dne 6. 5. 2014 dostavil zástupce vybraného uchazeče (JUDr. Eva Otépková) k nahlédnutí do správního spisu vedeného Úřadem pod sp. zn. S603/2013/VZ; protokol o nahlížení je součástí správního spisu.
74. Dne 2. 5. 2014 obdržel Úřad od vybraného uchazeče vyjádření z téhož dne, jímž se vybraný uchazeč vyjadřuje k vedenému správnímu řízení (sp. zn. S603/2013/VZ), jakož i k jeho předmětu, a navrhuje důkazy. Další obsah vyjádření vybraného uchazeče ze dne 2. 5. 2014 viz body 120 až 139. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
75. Dne 8. 5. 2014 obdržel Úřad od vybraného uchazeče přípis z téhož dne, jímž se vybraný uchazeč vyjadřuje k podkladům rozhodnutí. Další obsah vyjádření vybraného uchazeče ze dne 8. 5. 2014 viz bod 140. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
76. Dne 7. 5. 2014 faxem a následně dne 9. 5. 2014 také poštou obdržel Úřad přípis navrhovatele ze dne 7. 5. 2014, jímž se navrhovatel vyjadřuje k podkladům rozhodnutí. Další obsah vyjádření navrhovatele ze dne 7. 5. 2014 viz body 108. až 115. tohoto rozhodnutí.

IV. Vyjádření zadavatele

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 24. 10. 2013

77. Zadavatel vyjádřil své stanovisko dne 24. 10. 2013, v němž konstatuje, že neuzavřel, v současné době nemá uzavřenu a do budoucna ani neplánuje uzavření smlouvy, na jejímž základě by úplatně pořídil lokomotivy Taurus. Provozování lokomotiv Taurus je zajištěno dle zadavatele ve spolupráci s vybraným uchazečem na základě Dohody o vzájemné výměně lokomotivních výkonů uzavřené dne 11. 12. 2008. Předmětem Dohody dle zadavatele nejsou dodávky či nájem lokomotiv Taurus, nýbrž podmínky spolupráce stran Dohody, v rámci níž jsou poskytovány vzájemné lokomotivní výkony a hrazeny skutečné náklady na tyto výkony. Zadavatel v této souvislosti přiznává, že v současné době (tedy v době podání tohoto vyjádření; pozn. Úřadu) jsou výkony poskytovány pouze ze strany vybraného uchazeče, neboť zadavatel dosud nemá k dispozici odpovídající lokomotivy.
78. Zadavatel argumentuje, že spolu s vybraným uchazečem představují sdruženého sektorového zadavatele ve smyslu ustanovení § 19 odst. 7 písm. a) zákona, tedy tzv. *joint venture* (společný podnik), jenž dle zadavatele může existovat i v neinstitucionalizované podobě založené čistě na smluvní bázi. Takto sdruženým sektorovým zadavatelem je pak dle zadavatele zadáno plnění jednomu z těchto sdružených sektorových zadavatelů, bylo-li by dle zadavatele možné poskytování lokomotivních výkonů považovat za veřejnou zakázku.

79. S ohledem na uvedenou výjimku podle ustanovení § 19 odst. 7 písm. a) zákona se tak dle zadavatele zákon na Dohodu či jakékoli postupy v rámci Dohody nevztahuje. V této souvislosti odkazuje zadavatel na Metodiku zadávání veřejných zakázek Ministerstva pro místní rozvoj s tím, že tento výklad je sdílen i doktrínou. Dle zadavatele je aplikace uvedené výjimky zcela v souladu i s výkladovým stanoviskem Evropské komise ze dne 28. 6. 2013 týkající se společného podniku více železničních společností.
80. Zadavatel dále uvádí, že jeho spolupráce s vybraným uchazečem není veřejnou zakázkou, neboť dle judikatury ESD se jedná o tzv. výjimku „*public-public cooperation*“, tedy výjimku spočívající ve spolupráci dvou veřejných zadavatelů bez účasti soukromého kapitálu. V této souvislosti odkazuje na konkrétní dokument Evropské komise SEC(2011) 1169 ze dne 4. 10. 2011. Podmínky této výjimky jsou dle tvrzení zadavatele v případě spolupráce na základě Dohody naplněny.
81. Na základě výše uvedených výjimek z působnosti zákona, resp. zadávacích směrnic, pak zadavatel uzavírá, že Úřad nemá k přezkoumání postupu zadavatele při uzavření Dohody, a v jejím rámci, pravomoc, resp. věcnou příslušnost.
82. Zadavatel dále v rámci svého vyjádření namítá opožděnost a současně předčasnost, resp. bezpředmětnost návrhu navrhovatele. Zadavatel v této souvislosti předně uvádí, že Příloha 1 a Příloha 2 k Dohodě jsou každoročně aktualizovány na základě nového jízdního řádu pro následující rok trvání Dohody, a proto není žádný z těchto dokumentů nově uzavírán, nýbrž jsou pouze uvedeny do souladu s novým jízdním řádem a aktuálními skutečnými náklady na lokomotivní výkony. Dle zadavatele je tak podstatné, že jednotlivé Přílohy k Dohodě nepředstavují smlouvu zakládající práva a povinnosti, neboť závazek ohledně poskytnutí lokomotivních výkonů dle zadavatele plyne z Dohody uzavřené dne 11. 12. 2008, nikoli z Přílohy 1 či Přílohy 2 k Dohodě. Dle zadavatele je tedy zřejmé, že i pokud by se na Dohodu zákon aplikoval, byl návrh navrhovatele podán opožděně, když nebyla dodržena lhůta šesti měsíců od uzavření smlouvy, uvedená v ustanovení § 114 odst. 4 zákona, určená k podání návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy dle ustanovení § 114 odst. 2 zákona.
83. Návrh by byl podán opožděně i v případě, že by Úřad při posouzení zachování výše uvedené lhůty pro podání návrhu vycházel z data poslední aktualizace Přílohy 1, resp. Přílohy 2 k dohodě. Příloha 1 k Dohodě totiž byla dle zadavatele naposledy aktualizována dne 12. 11. 2012, jak vyplývá ze společného prohlášení zadavatele a vybraného uchazeče k datu podepsání Přílohy 1 k Dohodě platné od 1. 1. 2013 do 14. 12. 2013. Příloha 2 k Dohodě pak byla naposledy aktualizována dne 3. 12. 2012. Obě Přílohy tak byly prokazatelně podepsány více než šest měsíců před podáním návrhu.
84. Zadavatel pro úplnost taktéž konstatuje, že Příloha 1 a Příloha 2 k Dohodě pro období platnosti jízdního řádu 2013/2014 nebyly (v době podání tohoto vyjádření; pozn. Úřadu) aktualizovány a jejich aktualizace je komplikována nepravomocným rozhodnutím Úřadu ve věci sp. zn. S336/2013/VZ.
85. Měl-li by být návrh navrhovatele na uložení zákazu plnění posuzován ve vztahu k Příloze 1 a Příloze 2 k Dohodě aktualizovaným pro období jízdního řádu 2013/2014, byl dle zadavatele z důvodu neexistence (v době podání tohoto vyjádření; pozn. Úřadu) uvedených aktualizovaných Příloh k Dohodě tento návrh podán předčasně a je tedy bezpředmětný.

86. Další překážku pro to, aby Úřad mohl o šetřené věci meritorně rozhodnout, spatřuje zadavatel v absenci aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu. Návrh tedy nebyl dle zadavatele podán oprávněnou osobou, neboť navrhovatel není osobou, jež by mohla plnění lokomotivních výkonů poskytovat. Navrhovatel totiž dle tvrzení zadavatele lokomotivy pouze vyrábí, resp. prodává, není však provozovatelem drážní dopravy na příslušných úsecích provozujícím odpovídající lokomotivy, jimiž jsou pouze lokomotivy Taurus. Výše specifikovaným provozovatelem drážní dopravy schopným objektivně plnit předmět Dohody je dle zadavatele pouze vybraný uchazeč, nikoli však navrhovatel. Z tohoto důvodu tak dle zadavatele nemůže navrhovateli ani vzniknout újma na jeho právech jako nezbytný předpoklad aktivní legitimace k podání návrhu.
87. Poslední okruh námitek zadavatele spočívá v uvedení důvodů pro pokračování plnění Dohody hodných zvláštního zřetele dle ustanovení § 118 odst. 3 zákona. Zadavatel dle svého tvrzení plní prostřednictvím Dohody svůj závazek veřejné služby spočívající v zajištění dopravní obslužnosti. Pokud by tedy Úřad zakázal v jakémkoli rozsahu plnění dohody, znemožnil by tím i plnění závazku veřejné služby. V daném případě dle zadavatele však jednoznačně převažuje veřejný zájem na zajištění dopravních potřeb státu v dálkové železniční dopravě. Povinnost zabezpečit dopravní obslužnost je tak dle zadavatele jednoznačně důvodem hodným zvláštního zřetele, pro který nemůže Úřad uložit zákaz plnění Dohody, neboť důsledkem uložení takového zákazu by došlo, s ohledem na komplexnost fungování mezinárodní železniční dopravy, k absolutní nemožnosti provozovat mezinárodní železniční dopravu na území České republiky.
88. Vzhledem k uvedené komplexnosti fungování mezinárodní železniční dopravy a možným negativním důsledkům rozhodnutí Úřadu, které by mohlo spočívat v nesprávném posouzení dané problematiky, zadavatel navrhuje konání ústního jednání dle ustanovení § 49 správního řádu.
89. Zadavatel závěrem navrhuje, aby Úřad návrh zamítl podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. d) zákona, neboť návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen podle zákona dodržovat, eventuálně aby Úřad správní řízení zastavil, neboť není dána pravomoc (věcná příslušnost) Úřadu k přezkumu postupu zadavatele. Pokud Úřad o návrhu nerozhodne jedním z uvedených způsobů, měl by dle návrhu zadavatele návrh zamítnout podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. c) zákona, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou, eventuálně by měl Úřad správní řízení zastavit v souladu s ustanovením § 117a písm. c) zákona, neboť návrh nebyl podán ve lhůtě dle zákona, resp. se jedná o návrh bezpředmětný, když neexistuje smlouva, proti které návrh směřuje.

Vyjádření zadavatele ze dne 10. 2. 2014

90. Zadavatel se podáním ze dne 10. 2. 2014 vyjádřil k usnesení č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-2410/2014/524/MŠa ze dne 4. 2. 2014. Uvedl, že si je vědom povinnosti informovat Úřad o dalších úkonech v šetřeném zadávacím řízení a zaslat příslušnou dokumentaci o veřejné zakázce. Zadavatel v této souvislosti konstatuje, že v roce 2013 ani v roce 2014 nebyly k Dohodě o proběhu lokomotiv uzavřeny žádné dodatky a rovněž nebyly aktualizovány přílohy této dohody. Úřad proto aktuálním zněním této Dohody disponuje, včetně všech příloh. Zadavatel dále konstatuje, že mezi stranami Dohody probíhají jednání o další spolupráci na základě Dohody, avšak žádná další dohoda, dodatek či příloha nebyly uzavřeny.

Zadavatel dodal, že v případě, že učiní další úkon v šetřeném zadávacím řízení, bude Úřad informovat a zašle Úřadu příslušnou dokumentaci.

Vyjádření zadavatele ze dne 25. 2. 2014

91. Zadavatel vyjádřením ze dne 25. 2. 2014 reagoval na usnesení č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-3773/2014/524/MŠa ze dne 19. 2. 2014. Pokud jde o právní důvod, na jehož základě jsou lokomotivní výkony poskytovány, jedná se o Dohodu o proběhu lokomotiv z roku 2008. Zadavatel dále uvedl, že mezi smluvními stranami Dohody probíhají jednání, jejichž výsledkem by měla být aktualizace Dohody, resp. jejích Příloh. Jednání vedení vybraného uchazeče se má dle informací zadavatele uskutečnit dne 11. 3. 2014. K podkladům, na jejichž základě zadavatel zajistil či plánuje zajistit provoz vlakových jednotek Railjet, zadavatel uvádí, že lokomotivní výkony budou zajištěny na základě Dohody ve spojení s Dohodou o vzájemné spolupráci (Agreement on Mutual Collaboration) uzavřené mezi zadavatelem a společností ÖBB-Personverkehr AG dne 21. 8. 2012. Zadavatel tuto dohodu, jejíž celý obsah a s tím související informace označil za obchodní tajemství, přiložil ke svému vyjádření jako přílohu.

Vyjádření zadavatele ze dne 20. 3. 2014

92. Dne 20. 3. 2014 podal zadavatel vyjádření, ve kterém v návaznosti na usnesení č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-5736/2014/524/MŠa ze dne 17. 3. 2014 uvedl, že výsledkem jednání mezi zadavatelem a vybraným uchazečem zatím není písemný výstup, zejm. nedošlo k podpisu aktualizované Přílohy č. 1 k Dohodě o proběhu lokomotiv. Zadavatel doplnil, že nasazování lokomotiv Taurus probíhá na základě Dohody uzavřené v roce 2008, která je právním důvodem nasazení lokomotiv, bez ohledu na aktualizované Přílohy Dohody. Provoz spojů je pak přizpůsoben aktuálnímu jízdnímu řádu, který je stanoven na mezinárodní úrovni. Jízdní řád se proto netýká pouze přeshraniční železniční dopravy mezi Českou republikou a Rakouskem, ale je provázán s přeshraniční železniční dopravou s dalšími státy. Nasazování a používání trakčních i netrakčních vozů zadavatele a vybraného uchazeče se neřídí pouze Dohodou, ale vychází ze závazných pravidel mezinárodních organizací, tj. již zmíněné Úmluvy RIC (Úmluva o vzájemném používání osobních vozů) a dalších pravidel v rámci UIC (Mezinárodní železniční unie), a Úmluvy o mezinárodní železniční přepravě (COTIF), včetně jejího Přípojku D, přijaté v rámci Mezivládní organizace pro mezinárodní železniční přepravu (OTIF).
93. Zadavatel konstatuje, že primárním základem používání lokomotiv Taurus, a tedy právním základem Dohody, jsou příslušné mezinárodní úmluvy a dohody a legislativa Evropské unie. Každoroční aktualizací Přílohy 1 k Dohodě dochází podle zadavatele pouze k formálnímu potvrzení faktického stavu, který je dán aktuálním jízdním řádem sestaveným v rámci mezinárodní spolupráce. Podle zadavatele je provoz příslušných spojů mezi Českou republikou a Rakouskem s nasazením lokomotiv Taurus vybraného uchazeče možný i bez písemného vyhotovení příslušné Přílohy k Dohodě. Dohoda plní pouze funkci vzájemné úpravy provozních a technických detailů pro účely mezinárodní železniční dopravy mezi Českou republikou a Rakouskem, a Dohodu nelze vyčlenit z celkového kontextu celoevropské mezinárodní železniční dopravy. Zadavatel opakuje, že Příloha 1 k Dohodě není samostatnou smlouvou na plnění veřejné zakázky, která by měla být uzavřena podle zákona. Podle zadavatele proto nelze plnění této Přílohy zakázat a pro opožděnost nelze ani rozhodnout o návrhu na zákaz plnění Dohody. Zadavatel dále opakuje, že v zákoně je zakotvena výjimka

z působnosti zákona pro společný podnik sektorových zadavatelů vykonávajících činnost v železniční dopravě. Pokud by nebyla tato výjimka aplikována, byla by podle zadavatele prakticky znemožněna mezinárodní železniční doprava a jednotný evropský železniční prostor.

94. Zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl, neboť nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle zákona, event. aby řízení zastavil z důvodu, že nemá dostatek pravomoci (věcné příslušnosti) k přezkumu postupu zadavatele a vybraného uchazeče, který se týká uzavření Dohody, resp. spolupráce na základě Dohody, potažmo spolupráce mezi dopravci na základě příslušných mezinárodních úmluv.

Vyjádření zadavatele ze dne 25. 3. 2014

95. Zadavatel sdělením ze dne 25. 3. 2014 informoval Úřad, že došlo k podepsání Přílohy 1 k Dohodě o proběhu lokomotiv pro období jízdního řádu platného od 15. 12. 2013. Příloha 1 k Dohodě byla vyhotovena ve dvou zněních, a to ve znění platném pro období od 15. 12. 2013 do 28. 2. 2014 (první Příloha 1) a ve znění platném pro období od 1. 3. 2014 do 13. 12. 2014 (druhá Příloha 1). Rozdělení zohledňuje podle zadavatele navýšení lokomotivních výkonů na příslušné přeshraniční lince provozované zadavatelem a vybraným uchazečem. K oběma předloženým Přílohám 1 k Dohodě zadavatel uvedl, že jejich podepsání je ze strany vybraného uchazeče datováno dnem 26. 2. 2014, nicméně podepsané Přílohy 1 zadavatel od vybraného uchazeče obdržel až dne 21. 3. 2014 a do té doby neměl o jejich podpisu informaci.

Vyjádření zadavatele ze dne 28. 3. 2014

96. Dopisem ze dne 28. 3. 2014 reagoval zadavatel na usnesení č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-6287/2014/524/MŠa ze dne 24. 3. 2014 s tím, že odkázal na svá předchozí vyjádření a stanoviska, na kterých trvá. Zadavatel navrhnul, aby Úřad zajistil jako podklad pro rozhodnutí stanovisko Evropské komise k dané problematice, neboť oblast mezinárodní železniční dopravy je velmi specifickou a komplexní oblastí s výraznými odbornými aspekty, jakož i s celoevropským přesahem. Případné rozhodnutí Úřadu by mohlo mít podle zadavatele negativní důsledky na další provozování mezinárodní železniční dopravy, o čemž svědčí i rozhodnutí vydané ve správním řízení sp. zn. S336/2013/VZ, které bylo zrušeno, jakož i další postup Úřadu. Zadavatel uvádí, že je žádoucí, aby výklad přijatý Úřadem byl v souladu s principy a politikami Evropské unie v oblasti mezinárodní železniční dopravy.

Vyjádření zadavatele ze dne 15. 4. 2014

97. Úřad obdržel dne 15. 4. 2014 od zadavatele dopis z téhož dne, jímž zadavatel reagoval na usnesení č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-7733/2014/524/MŠa ze dne 10. 4. 2014. Zadavatel uvedeným vyjádřením navrhuje nové důkazy k doplnění mezi podklady rozhodnutí, a to konkrétně o přehled uskutečněných (plánovaných) plateb za výkony v mezinárodní dopravě v období od roku 2008 (přehled je součástí správního spisu). Zadavatel uvádí, že z jím navrhovaného důkazu vyplývá, že poskytování výkonů v mezinárodní přepravě se zahraničními železničními dopravci ze sousedních států, resp. platby za tyto výkony, jsou v celkovém pohledu pro zadavatele vyrovnané, resp. celkové saldo plateb je pro zadavatele pozitivní, tedy v jeho prospěch.

98. Zadavatel v této souvislosti v uvedeném vyjádření připomíná a zdůrazňuje, že dle jeho názoru není možné posuzovat zcela izolovaně pouze Dohodu o proběhu lokomotiv uzavřenou mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, na jejímž základě jsou nasazovány mj. lokomotivy Taurus, ale je nutné vztahy zadavatele v mezinárodní železniční dopravě posuzovat komplexně, tedy i z pohledu vztahů a dohod s ostatními zahraničními dopravci a partnery, se kterými zadavatel spolupracuje na bázi vzájemného poskytování výkonů (lokomotivních, vozových či personálních).

Vyjádření zadavatele ze dne 2. 5. 2014

99. Vyjádřením ze dne 2. 5. 2014 doručeným Úřadu téhož dne, jímž zadavatel reagoval na usnesení č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-8739/2014/524/MŠa ze dne 24. 4. 2014, navrhnul zadavatel nové důkazy k doplnění mezi podklady rozhodnutí, a to v souvislosti a s odkazem na své předchozí podání ze dne 15. 4. 2014 (viz body 97. a 98. tohoto rozhodnutí). Konkrétně zadavatel odkazuje na Sdělení Komise o výkladových pokynech pro nařízení (ES) č. 1370/2007 o veřejných službách v přepravě cestujících po železnici a silnici, 2014/C 92/01 (sdělení je součástí správního spisu). Uvedené sdělení se dle názoru zadavatele týká zejména uzavírání smluv o veřejných službách v přepravě cestujících, tj. smluv o závazku veřejné služby v železniční dopravě, klade důraz, kromě jiného, na síťové efekty a křížové financování mezi výdělečnými službami a službami nepokrývajícími náklady (viz zejména str. 7 a 8 sdělení).

Shrnutí

100. Zadavatel má za to, že se na Dohodu o vzájemné výměně lokomotivních výkonů, resp. na první a druhou Přílohu 1, zákon vůbec nevztahuje, resp. pro ni platí několik výjimek z jeho působnosti, a to:
- a) předmětem Dohody nejsou dodávky (nájem) lokomotiv Taurus, a proto se vůbec nejedná o veřejnou zakázku dle zákona (ustanovení § 7 odst. 1 zákona);
 - b) nutnost komplexního posuzování vztahů zadavatele v mezinárodní železniční dopravě a z toho plynoucí skutečnost, že poskytování výkonů v mezinárodní přepravě se zahraničními železničními dopravci ze sousedních států, resp. platby za tyto výkony, jsou v celkovém pohledu pro zadavatele vyrovnané, resp. celkové saldo plateb je pro zadavatele pozitivní, tedy v jeho prospěch; zadavatel v této souvislosti odkázal na přehled uskutečněných (plánovaných) plateb za výkony v mezinárodní dopravě v období od roku 2008 a Sdělení Komise o výkladových pokynech pro nařízení (ES) č. 1370/2007 o veřejných službách v přepravě cestujících po železnici a silnici, 2014/C 92/01.
 - c) primárním základem používání lokomotiv Taurus, a tedy právním základem Dohody, jsou příslušné mezinárodní úmluvy a dohody a legislativa Evropské unie;³

³ Tento argument zadavatele svým charakterem odpovídá, po právní stránce, obecné výjimce podle ustanovení § 18 odst. 2 písm. h) zákona, neboť pro případ, že by Úřad dospěl k závěru, že se jedná o veřejnou zakázku, byla dle tvrzení zadavatele zadávána podle zvláštních postupů či pravidel mezinárodní organizace. Úřad uvedenou argumentaci takto kvalifikoval i z toho důvodu, že zadavatel v předchozím správním řízení sp. zn. 336/2013/VZ tuto konkrétní námitku dle ustanovení § 18 odst. 2 písm. h) zákona explicitně vznesl. Mimo uvedené je Úřad dle ustanovení § 50 odst. 3 zákona

- d) výjimka pro sektorové zadavatele dle ustanovení § 19 odst. 7 písm. a) zákona, neboť na základě Dohody o vzájemné výměně lokomotivních výkonů uzavřené v návaznosti na Vyhlášku UIC 471-1 se sdružili sektoroví zadavatelé (zadavatel a vybraný uchazeč) za účelem výkonu relevantní činnosti (provozování přeshraniční osobní železniční dopravy), přičemž takto sdružený sektorový zadavatel zadal veřejnou zakázku jednomu z těchto zadavatelů, aplikace této výjimky dle zadavatele vyplývá i z Metodiky zadávání veřejných zakázek Ministerstva pro místní rozvoj a z výkladového stanoviska Evropské komise (obojí je součástí správního spisu);
- e) výjimka tzv. *public-public cooperation*, na jejímž základě je spolupráce zadavatele a vybraného uchazeče (veřejná zakázka) vyňata z působnosti evropských zadávacích směrnic, a tedy i zákona;

V. Vyjádření navrhovatele

Replika navrhovatele ze dne 20. 11. 2013 k vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 24. 10. 2013

- 101. Navrhovatel podal dopisem ze dne 20. 11. 2013 své vyjádření v návaznosti na vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 24. 10. 2013. Prvně uvádí, že s odkazem na soudní judikaturu je třeba uvést, že domáhá-li se zadavatel výjimek ze zákona, je na zadavateli, aby splnění výjimky prokázal. K výjimce podle ustanovení § 19 odst. 7 písm. a) zákona, která se na zadavatele podle jeho vyjádření vztahuje, navrhovatel uvádí, že v šetřeném případě nedošlo k tomu, že by byla veřejná zakázka v souvislosti s výkonem relevantní činnosti zadána jednomu ze sdružení sektorových zadavatelů samotným sdružením těchto sektorových zadavatelů, neboť mezi zadavatelem a vybraným uchazečem žádné sdružení vyplývající z Dohody nevzniklo. Pro vznik sdružení je totiž dle navrhovatele nutné splnění alespoň formálních náležitostí, přičemž z Dohody nelze náležitosti dovodit.
- 102. K výjimce tzv. *public-public cooperation* a odkazu na stanovisko Evropské komise SEC(2011) 1169 ze dne 4. 10. 2011, na které se zadavatel rovněž odvolává, navrhovatel uvádí podmínky, které musí být pro aplikaci výjimky naplněny, přičemž uzavírá, že nelze z Dohody usuzovat, že by se týkala určité skutečné spolupráce odlišné od běžné veřejné zakázky nebo jinak zaměřené na společné provedení společného úkolu. Navrhovatel je přesvědčen, že pořízení lokomotiv Taurus na základě Dohody splňuje všechny znaky veřejné zakázky.
- 103. Argumentaci zadavatele ohledně uzavření Smlouvy o závazku veřejné služby v drážní osobní dopravě ve veřejném zájmu mezi ním a Ministerstvem dopravy, je podle navrhovatele nepřipadná, neboť vybraný uchazeč jako zahraniční subjekt nemůže proklamovat, že cílem vzájemně uzavřených dohod je společně provádět „společný úkol“ související s veřejným zájmem vyplývajícím ze Smlouvy mezi zadavatelem a Ministerstvem dopravy. Podle navrhovatele uvedená smlouva nijak nepověřuje plněním konkrétního úkolu vybraného uchazeče.

v řízení, v němž má být z moci úřední uložena povinnost, správní orgán povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena.

104. Podle navrhovatele neexistuje žádný relevantní podklad, na kterém by sdružení resp. společný podnik vznikl a následně vyvíjel svou činnost. Nebyl totiž dle mínění navrhovatele založen žádný společný podnik za účelem poskytování služeb v daném sektoru, ani nedošlo k faktickému sdružení sektorových zadavatelů. Vznik sdružení nelze presumovat pouze s odkazem na to, že došlo k uzavření a následnému plnění smlouvy. Dohoda navíc žádná pravidla pro vznik sdružení neobsahuje. Navrhovatel k této otázce uzavírá, že nedošlo k žádnému formálnímu či neformálnímu vzniku sdružení sektorových zadavatelů či společného podniku a zadavatel byl tedy povinen veřejnou zakázku zadat v zadávacím řízení podle zákona.
105. V dalším se navrhovatel vyjadřuje k zadavatelem tvrzené opožděnosti či předčasnosti návrhu. Navrhovatel uvádí, že Dohoda je každoročně modifikována uzavřenými dodatky, které dle navrhovatele s odkazem na rozhodovací praxi Úřadu i ESD představuje podstatnou změnu smlouvy, kterou je nutno posuzovat za samostatnou veřejnou zakázku. Ve vztahu k uzavření dodatku k Dohodě je proto nutné samostatně a nezávisle počítat běh lhůt podle ustanovení § 114 odst. 4 zákona. Nezmění na tom nic ani prohlášení zadavatele a vybraného uchazeče, podle kterého došlo k podepsání přílohy č. 1, resp. objednávky na rok 2013, již ke dni 12. 11. 2012. I v případě, že by nedošlo k aktualizaci či modifikaci původní Dohody, je třeba i jakoukoli jinou (i neformální) objednávku, na základě které bude zadavatel úplatně pořizovat lokomotivní výkony, považovat za samostatnou veřejnou zakázku. Podle navrhovatele nelze rovněž vyloučit, že zadavatel uzavře s vybraným uchazečem novou smlouvu nezávislou na Dohodě, avšak stejného obsahu.
106. K aktivní legitimaci navrhovatele pro podání návrhu navrhovatel uvádí, že dle konstantní rozhodovací praxe je nezbytné, aby měl navrhovatel alespoň důvodný zájem o účast v zadávacím řízení, pokud by takové probíhalo. Navrhovatel je toho názoru, že je schopen dodávku lokomotiv zadavateli nabídnout a tyto lokomotivy zadavateli poskytnout, ať již sám, či ve spolupráci s jinými subjekty. Navrhovatel byl tedy postupem zadavatele připraven o možnost se o veřejnou zakázku ucházet. Z toho důvodu navrhovateli vznikla újma spočívající v nemožnosti realizovat z veřejné zakázky alespoň potenciální zisk.
107. Navrhovatel se dále vyjadřuje k údajným důvodům hodným zvláštního zřetele pro pokračování plnění Dohody. Navrhovatel uvádí, že z Dohody nevyplývá, že se týká nebo by se měla týkat veřejného zájmu spočívajícího v zajištění dopravních potřeb státu (České republiky nebo Rakouské republiky) v dálkové železniční přepravě. Z Dohody rovněž podle navrhovatele neplyne, že by se zabývala instituty zajišťujícími přeshraniční fungování železniční dopravy, ani že by byla podřízena širšímu kontextu smluv uzavřených např. v rámci Mezinárodní železniční unie (UIC). Podle navrhovatele není možné považovat Dohodu za projev multilaterální praxe při provozování přeshraniční železniční dopravy. Již jen s ohledem na to, že podstatou Dohody je úplatné pořizování lokomotivních výkonů ve prospěch zadavatele, nelze hovořit o vzájemném účelném naturálním vyrovnání výkonů ve smyslu zadavatelem uváděných mezinárodních dohod.
108. Navrhovatel konstatuje, že v posuzovaném případě nemůže existovat veřejný zájem na plnění, které je předmětem Dohody, ani jakýchkoli jiných smluv, na základě kterých zadavatel pořizoval služby (lokomotivní výkony), resp. výrobky (lokomotivy Taurus samotné), úplatně v částkách přesahujících příslušné finanční limity.

Vyjádření navrhovatele ze dne 14. 2. 2014

109. Navrhovatel dopisem ze dne 14. 2. 2014 podal vyjádření, ve kterém uvádí nové závažné skutečnosti, když upozorňuje na článek nazvaný „*Dráhy mají první railjet. Cestující začne vozit v polovině roku*“, který byl publikován na portálu idnes.cz dne 12. 2. 2014. Navrhovatel z tohoto článku cituje pasáž, z níž vyplývá, že vlaky mají být taženy lokomotivami Taurus, které si zadavatel má půjčit od vybraného uchazeče. Podle navrhovatele tyto skutečnosti potvrzují to, že zadavatel s největší pravděpodobností uzavřel s vybraným uchazečem dodatek (Přílohu 1 nebo Přílohu 2) k Dohodě. Pokud by k tomu přesto nedošlo, je dle navrhovatele téměř nevyhnutelné, že takový dodatek bude v nejbližší době uzavřen.
110. Následně navrhovatel shrnuje, že na každou změnu týkající se pořízení lokomotiv je třeba hledět jako na samostatnou a novou smlouvu. Jak vyplývá i ze správního řízení vedeného pod sp. zn. S336/2013/VZ, zadavatel každoročně objednává výkony u vybraného uchazeče. Dochází tedy každoročně k objednávce, která je rozdílná od objednávky z předchozího roku. Dále navrhovatel uvádí, že bylo prokázáno, že vzájemná plnění z Dohody nejsou mezi zadavatelem a vybraným uchazečem naturálně vyrovnávána. Postup zadavatele směřuje podle navrhovatele k úplatnému pořízení lokomotivních výkonů mimo režim zákona, přičemž navrhovatel je toho názoru, že na tento postup nedopadá žádná ze zákonných výjimek a zákon se na tuto veřejnou zakázku jistě vztahuje. Zadavatel tedy byl podle navrhovatele povinen postupovat při úplatném pořizování plnění charakteru veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 7 zákona, podle příslušných ustanovení zákona.

Vyjádření navrhovatele ze dne 7. 5. 2014

111. Dne 7. 5. 2014 (a následně i dne 9. 5. 2014) byl úřadu doručen dopis navrhovatele, v němž se tento účastník vyjádřil, ve lhůtě stanovené Úřadem, k podkladům rozhodnutí. Lze konstatovat, že navrhovatel v tomto vyjádření v podstatě shrnuje svá předchozí vyjádření, resp. především svůj návrh ze dne 2. 10. 2014, jakož i repliku ze dne 20. 11. 2013 a další svá vyjádření.
112. Vyjádření navrhovatele ze dne 7. 5. 2014 je strukturováno obdobně jako návrh ze dne 2. 10. 2014 a navrhovatel se v dopise vyjadřuje postupně k několika relevantním otázkám.
113. Navrhovatel je v rámci otázky charakteru pořízení lokomotiv Taurus jako veřejné zakázky přesvědčen, že pořízení lokomotiv Taurus zadavatelem od vybraného uchazeče má všechny atributy veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 7 zákona, jež by měla být zadávána postupy dle zákona.
114. Ve vztahu k zadavatelem a vybraným uchazečem tvrzené aplikovatelnosti výjimky dle ustanovení § 19 odst. 7 písm. a) zákona navrhovatel uvádí, že Dohodu, ani první a druhou Přílohu 1, nelze interpretovat tak, že by na jejich základě nebo v jejich souvislosti (pro účely jejich plnění) došlo ke vzniku sdružení mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, resp. osobou náležející do stejného podnikatelského uskupení. V důsledku nelze uvedenou výjimku na předmět plnění veřejné zakázky aplikovat. Stejně tak odkazy zadavatele a vybraného uchazeče na jednotlivé mezinárodní úmluvy a organizace považuje navrhovatel za irelevantní a zjevně účelové.
115. S odkazem na své předchozí vyjádření, repliku ze dne 20. 11. 2013, navrhovatel uvádí, že pro postup v rámci výjimky tzv. *public-public cooperation* nejsou naplněny podmínky týkající se

neúčasti soukromého kapitálu, existence povahy skutečné spolupráce zaměřené na společné provedení společných úkolů a přítomnosti pouze veřejného zájmu. Dle navrhovatele splnění těchto podmínek z Dohody, resp. první a druhé Přílohy 1, nikterak nevyplývají.

116. S výjimkou *public-public cooperation* souvisí i vyjádření navrhovatele k tzv. výkladovému stanovisku Evropské komise ze dne 28. 6. 2013, z něhož nelze dovozovat, že by se na předmětnou věc měla aplikovat jakákoli výjimka z působnosti zákona, resp. evropských zadávacích směrnic. Dle navrhovatele i toto stanovisko předpokládá vznik společného podniku, k němuž však reálně nedošlo, jak navrhovatel uvedl již dříve.
117. Navrhovatel dále odmítá i zadavatelem a vybraným uchazečem uváděné důvody hodné zvláštního zřetele, jež by vyžadovaly pokračování plnění smlouvy, a to s odůvodněním, že dle navrhovatele samotná Dohoda nepředstavuje veřejný zájem, resp. prostředek, jímž zadavatel plní svůj závazek veřejné služby spočívající v dopravní obslužnosti.
118. V neposlední řadě se navrhovatel obsáhleji, avšak v podstatě shodně s návrhem, vyjadřuje k zadavatelem a vybraným uchazečem namítané opožděnosti či předčasnosti návrhu, jakož i absenci aktivní legitimace pro podání návrhu k Úřadu na straně navrhovatele.
119. Závěrem se navrhovatel domáhá, stejně jako v návrhu, aby Úřad v rozhodnutí mj. konstatoval porušení příslušných ustanovení zákona a spáchání správního deliktu ze strany zadavatele, dále aby uložil nápravné opatření v souladu s ustanovením § 118 odst. 2 zákona, tj. zákaz plnění uzavřené smlouvy, a uložil adekvátní sankce za spáchaný správní delikt v souladu s ustanovením § 120 zákona.

VI. Vyjádření vybraného uchazeče

Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 2. 5. 2014

120. Vybraný uchazeč se k návrhu navrhovatele, jakož i k průběhu správního řízení, vyjádřil přípisem ze dne 2. 5. 2014, jímž současně reagoval mj. na usnesení č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-7733/2014/524/MŠa ze dne 10. 4. 2014, kterým Úřad začal na základě zjištěných skutečností jednat s vybraným uchazečem jako s účastníkem řízení dle ustanovení § 116 zákona. Vybraný uchazeč ve svém vyjádření využil svého oprávnění navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
121. Vybraný uchazeč svoji argumentaci rozdělil do dvou skupin, na (formální) námitky procesního charakteru a na námitky věcného charakteru související primárně s právem hmotným.
122. V rámci námitek procesního charakteru vybraný uchazeč uvádí, že dle jeho názoru návrh navrhovatele ze dne 2. 10. 2013 vykazuje nedostatky a nenaplnuje požadavky dle zákona, a to především z těchto důvodů:
 - a) návrh nebyl podán oprávněnou osobou,
 - b) návrh byl podán opožděně.
123. K námitce sub a) vybraný uchazeč dodal, že navrhovatel není osobou oprávněnou k podání návrhu na přezkum úkonů zadavatele z důvodů absence zákonných předpokladů pro takové podání. Dle vybraného uchazeče musí být pro podání návrhu splněny dvě podmínky, zájem na získání dané veřejné zakázky a hrozba vzniku či vznik újmy na právech navrhovatele

související s tvrzeným porušením zákona na straně zadavatele, přičemž navrhovatel je dle vybraného uchazeče povinen splnění těchto podmínek prokázat. Tato námitka tedy spočívá v tvrzené neexistenci aktivní legitimace k podání návrhu na straně navrhovatele, když ten dle vybraného uchazeče není osobou, jež by mohla plnění lokomotivních výkonů poskytovat. Navrhovatel totiž dle tvrzení zadavatele lokomotivy pouze vyrábí, resp. prodává, není však provozovatelem drážní dopravy. Uvedená námitka vybraného uchazeče se tak ve své podstatě shoduje s námitkou zadavatele shrnutou v bodě 86. odůvodnění tohoto rozhodnutí.

124. K námitce sub b) vybraný uchazeč uvádí, že Dohoda, kterou dle vybraného uchazeče navrhovatel svým návrhem napadá, byla uzavřena dne 11. 12. 2008, z čehož plyne, že lhůta pro podání příslušného návrhu na uložení zákazu plnění uplynula, na základě ustanovení § 114 odst. 4 *in fine* zákona, dne 11. 6. 2009. K tomu vybraný uchazeč dodává, že Přílohami k Dohodě dochází každoročně pouze ke stvrzení vzájemné spolupráce a ke specifikaci, resp. k naplnění, Dohody. Přílohy k Dohodě proto dle vybraného uchazeče nelze považovat za samostatné smlouvy, resp. veřejné zakázky. Vybraný uchazeč dále v této souvislosti dodává, že první a druhá Příloha 1 k Dohodě, vůči kterým mohl návrh směřovat, byly podepsány až dlouhou dobu po podání návrhu, který by tak byl ve vztahu k těmto Přílohám 1 k Dohodě podán zároveň předčasně. Uvedené námitky vybraného uchazeče se tak ve své podstatě shodují s námitkami zadavatele týkajícími se opožděnosti, resp. předčasnosti návrhu shrnutými v bodech 82. až 85. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
125. V rámci námitek majících věcný, hmotněprávní charakter, pak zadavatel uvádí argumentaci, která se z velké části shoduje s námitkami zadavatele shrnutými výše v bodu 100. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
126. Vybraný uchazeč tak primárně argumentuje, že mu není známo, že by zadavatel od vybraného uchazeče, resp. osoby náležející do stejného podnikatelského uskupení, pořídil jakýmkoli způsobem lokomotivy Taurus, neboť vybraný uchazeč se zadavatelem neuzavřel kupní či nájemní či jinou obdobnou smlouvu, jejímž předmětem by bylo pořízení lokomotiv Taurus. Spolupráci se zadavatelem spočívající ve vzájemném poskytování a vyrovnávání trakčních a netrakčních výkonů vybraný uchazeč v žádném případě nepovažuje za pořízení lokomotiv Taurus. Uvedená argumentace vybraného uchazeče se tak ve své podstatě shoduje s námitkou zadavatele shrnutou v bodě 100. písm. a) odůvodnění tohoto rozhodnutí.
127. S námitkou neexistence veřejné zakázky souvisí i argumentace vybraného uchazeče, že spolupráce se zadavatelem na základě předmětné Dohody, resp. jejích Příloh, směřuje k vyrovnanějšímu a vyváženějšímu poměru, čímž má docházet k naplnění (naplňování) principu vyrovnanosti vzájemně poskytovaných výkonů, resp. principu naturální vyrovnávky, na němž je dle vybraného uchazeče založena jak Úmluva RIC (Úmluva o vzájemném používání osobních vozů) či Vyhláška UIC 471-1 (dále též „UIC kodex“), tak i samotná Dohoda o proběhu lokomotiv, konkrétně ustanovení článku 2 odst. 1, a na ni navazující první a druhá Příloha 1. Vyrovnanost vzájemných výkonů jako případný důvod pro neexistenci veřejné zakázky pak vybraný uchazeč spatřuje i v rozdělení úkolů tak, že vybraný uchazeč, resp. příslušná společnost ze skupiny ÖBB, poskytovala především trakční výkony, a to mj. prostřednictvím nasazování lokomotiv Taurus, zatímco zadavatel poskytoval především netrakční výkony, a to mj. prostřednictvím nasazování osobních vagonů. V rámci vzájemné

výměny výkonů pak dle vybraného uchazeče dochází pouze k náhradě nutných nákladů, a proto nedochází k žádným plněním, transparentním ani skrytým, jimiž by si strany poskytovaly za vzájemné výkony zisk, z čehož vybraný uchazeč usuzuje, že se nejedná o veřejnou zakázku. Tato argumentace vybraného uchazeče se tak ve své podstatě podobá argumentaci zadavatele shrnuté v bodě 100. písm. b) odůvodnění tohoto rozhodnutí.

128. Další část námitek vybraného uchazeče se opírá o výše naznačenou argumentaci členstvím v Mezinárodní železniční unii, resp. Forum Train Europe, či sdružení na základě Úmluvy RIC (Úmluva o výměně a používání osobních vozů v mezinárodní dopravě) a ve své podstatě koresponduje s námitkou zadavatele, spočívající v obecné výjimce z působnosti zákona dle ustanovení § 18 odst. 2 písm. h) zákona, shrnutou výše v bodu 100. písm. c) odůvodnění tohoto rozhodnutí.
129. Následující námitka vybraného uchazeče spočívá v argumentaci výjimkou z působnosti zákona pro sektorové zadavatele dle ustanovení § 19 odst. 7 písm. a) zákona upravujícího zadávání veřejných zakázek společně několika (sdruženými) sektorovými zadavateli v souvislosti s výkonem relevantní činnosti (dle ustanovení § 4 zákona) jednomu z těchto zadavatelů, resp. ustanovení § 19 odst. 3 písm. b) zákona.
130. Argumentace opírající se o první citované ustanovení zákona se opět shoduje s námitkou zadavatele shrnutou výše v bodě 100. písm. d) odůvodnění tohoto rozhodnutí. Vybraný uchazeč v této souvislosti, stejně jako zadavatel (viz bod 79. tohoto rozhodnutí), odkázal na výkladové stanovisko Evropské komise ze dne 28. 6. 2013 k článku 23 odst. 4 písm. a) sektorové směrnice 2004/17/ES, jež dle tvrzení vybraného uchazeče potvrzuje, že tato výjimka se vztahuje i na případy, kdy jeden železniční dopravce pro účely společného provozu mezinárodní linky osobní železniční dopravy více dopravci poskytuje kolejová vozidla, která jsou provozována postupně všemi těmito dopravci.
131. Úřad je dle vybraného uchazeče povinen vykládat a aplikovat naznačené výjimky eurokonformně, tedy v souladu s požadavky práva EU, přičemž eurokonformní výklad má odpovídat uvedenému výkladovému stanovisku. Pro případ, že by měl Úřad pochybnosti o aplikovatelnosti výjimky dle ustanovení § 19 odst. 7 písm. a) zákona, resp. ustanovení článku 23 odst. 4 písm. a) sektorové směrnice, navrhuje vybraný uchazeč, aby Úřad přerušil správní řízení a obrátil se dle ustanovení článku 267 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále též „SFEU“) s předběžnou otázkou na Soudní dvůr Evropské unie. Dle vybraného uchazeče se jedná o otázku výkladu, resp. aplikace sektorové směrnice, a Úřad je oprávněn ke vznesení předběžné otázky.
132. Argumentace ustanovením § 19 odst. 3 písm. b) zákona představuje výjimku spočívající v zadání nadlimitní veřejné zakázky společně několika (sdruženými) sektorovými zadavateli v souvislosti s výkonem relevantní činnosti (dle ustanovení § 4 zákona) výhradně osobě, která je přidruženou osobou ve vztahu k alespoň jednomu z těchto zadavatelů. Z vyjádření vybraného uchazeče pak vyplývá, že zadavatel spolu s Österreichische Bundesbahnen – Holding Aktiengesellschaft představují sektorové zadavatele, kteří předmětnou veřejnou zakázku zadali vybranému uchazeči jako osobě přidružené právě k Österreichische Bundesbahnen – Holding Aktiengesellschaft. Toto tvrzení vybraný uchazeč dokládá mj. Úřadu předloženým schématem dotčené části vlastnických vztahů v rámci skupiny ÖBB, z něhož vyplývá, že Österreichische Bundesbahnen – Holding Aktiengesellschaft, jež je

výhradně vlastněna Rakouskou republikou, je přes další dvě obchodní korporace jediným akcionářem vybraného uchazeče (schéma je součástí správního spisu).

133. Při aplikaci výše uvedených výjimek z působnosti zákona nebyl dle vybraného uchazeče zadavatel povinen, v případě, že by se jednalo o veřejnou zakázku, zadat pořízení předmětu Dohody, resp. první a druhé Přílohy 1, v otevřeném zadávacím řízení dle ustanovení § 27 zákona. Úřad dle vybraného uchazeče z uvedeného důvodu není v dané věci věcně příslušný a nemá ani dostatek pravomoci k vedení předmětného správního řízení.
134. Vybraný uchazeč v neposlední řadě uvádí, že na spolupráci mezi ním a zadavatelem, vymezenou Dohodou a především první a druhou Přílohou 1, se nepoužije zákon z důvodu výjimky tzv. *public-public cooperation*. Dle vybraného uchazeče ESD judikoval, že tuto výjimku z práva veřejných zakázek lze aplikovat za předpokladu, že (a) spolupracují pouze zadavatelé bez účasti soukromého kapitálu, (b) spolupráce je uskutečňována ve veřejném zájmu a (c) jedná se o spolupráci s cílem společného plnění společného úkolu, který všechny strany spolupráce musí vykonávat. Vybraný uchazeč je přesvědčen, že předmětná spolupráce mezi ním a zadavatelem naplňuje všechny uvedené znaky.
135. Vybraný uchazeč dále v souvislosti s aplikovatelností výjimky *public-public cooperation* odkazuje, shodně se zadavatelem (viz bod 80. tohoto rozhodnutí), na konkrétní dokument Evropské komise SEC(2011) 1169 ze dne 4. 10. 2011, dle něhož se uvedená výjimka uplatní i na zadavatele postupující v režimu zadavatelů sektorových.
136. Poslední okruh námitek vybraného uchazeče spočívá v uvedení důvodů pro pokračování plnění Dohody hodných zvláštního zřetele dle ustanovení § 118 odst. 3 zákona. Vybraný uchazeč uvádí, že případné uložení zákazu plnění Dohody, resp. první a druhé Přílohy 1, by mělo významný negativní dopad na přeshraniční železniční osobní dopravu mezi Českou republikou a Rakouskou republikou a závažným způsobem by byl narušen veřejný zájem na jejím zajištění. Vybraný uchazeč je přesvědčen, že jsou dány důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, které bez ohledu na právní posouzení jiných aspektů spolupráce mezi ním a zadavatelem dle zákona, vyžadují pokračování plnění předmětných smluv.
137. Mezi důvody hodnými zvláštního zřetele pak vybraný uchazeč konkrétně uvádí dopad (uložení zákazu plnění předmětných smluv) na velké množství třetích osob; důvody spočívající v nezbytnosti výměny lokomotiv, což by mělo za následek významná zpoždění vlaků či změny jízdních řádů; dále nemožnost dostat závazku veřejné služby jak zadavatelem, tak vybraným uchazečem; a nemožnost změny jízdního řádku 2013/2014 v krátké době zbývající do konce tohoto jízdního řádu (13. 12. 2014).
138. Vzhledem k uvedené komplexnosti fungování mezinárodní železniční dopravy a možným negativním důsledkům rozhodnutí Úřadu, které by mohlo spočívat v nesprávném posouzení dané problematiky, navrhuje vybraný uchazeč, stejně jako zadavatel (viz bod 88. odůvodnění tohoto rozhodnutí) konání ústního jednání dle ustanovení § 49 správního řádu.
139. Závěrem vybraný uchazeč navrhuje, aby Úřad návrh zamítl, a to zejména dle ustanovení § 118 odst. 5 písm. d) zákona, neboť návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen podle zákona dodržovat v zadávacím řízení, resp. dle ustanovení § 118 odst. 5 písm. c) zákona, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou. Eventuálně aby Úřad správní

řízení zastavil, neboť není dána pravomoc (věcná příslušnost) Úřadu k přezkumu postupu zadavatele. Případně by měl Úřad dle vybraného uchazeče správní řízení zastavit v souladu s ustanovením § 117a písm. c) zákona, neboť návrh nebyl podán ve lhůtě dle zákona (o veřejných zakázkách).

Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 8. 5. 2014

140. Vyjádřením ze dne 8. 5. 2014 doručeným Úřadu téhož dne, jímž vybraný uchazeč reagoval na usnesení č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-8739/2014/524/MŠa ze dne 24. 4. 2014, se vyjádřil k podkladům rozhodnutí. S odůvodněním, že vybraný uchazeč byl obeslán a vyjadřoval se k věci dne 2. 5. 2014 (viz výše body 120. až 139. odůvodnění tohoto rozhodnutí) jako poslední z účastníků předmětného správního řízení, přičemž od doby podání vyjádření ze dne 2. 5. 2014 nedošlo k podstatným doplněním správního spisu, se kterými by měl vybraný uchazeč možnost se seznámit, odkazuje vybraný uchazeč, včetně formulace svého návrhu, čeho se domáhá, na své předchozí vyjádření ze dne 2. 5. 2014.

Shrnutí

141. Vybraný uchazeč má tedy stejně jako zadavatel (viz bod 100. odůvodnění tohoto rozhodnutí) za to, že se na Dohodu o vzájemné výměně lokomotivních výkonů, resp. na první a druhou Přílohu 1, zákon vůbec nevztahuje, resp. pro ni platí několik výjimek z jeho působnosti, a to:
- a) předmětem Dohody nejsou dodávky (nájem) lokomotiv Taurus, a proto se vůbec nejedná o veřejnou zakázku dle zákona (ustanovení § 7 odst. 1 zákona);
 - b) spolupráce se zadavatelem na základě předmětné Dohody, resp. jejích Příloh, směřuje k vyrovnanějšímu a vyváženějšímu poměru, čímž má docházet k naplnění (naplňování) principu vyrovnanosti vzájemně poskytovaných výkonů, resp. principu naturální vyrovnávky, na němž je dle vybraného uchazeče založena jak Úmluva RIC (Úmluva o vzájemném používání osobních vozů) či Vyhláška UIC 471-1 (dále též „UIC kodex“), tak i samotná Dohoda o proběhu lokomotiv, konkrétně ustanovení článku 2 odst. 1, a na ni navazující první a druhá Příloha 1; v rámci vzájemné výměny výkonů pak dle vybraného uchazeče dochází pouze k náhradě nutných nákladů, a proto nedochází k žádným plněním, transparentním ani skrytým, jimiž by si strany poskytovaly za vzájemné výkony zisk;
 - c) primárním základem používání lokomotiv Taurus, a tedy právním základem Dohody, jsou příslušné mezinárodní úmluvy a dohody a legislativa Evropské unie;⁴
 - d) výjimka pro sektorové zadavatele dle ustanovení § 19 odst. 7 písm. a) zákona, neboť na základě Dohody o vzájemné výměně lokomotivních výkonů uzavřené v návaznosti na Vyhlášku UIC 471-1 se sdružili sektoroví zadavatelé (zadavatel a vybraný uchazeč) za účelem výkonu relevantní činnosti (provozování přeshraniční

⁴ Tento argument zadavatele svým charakterem odpovídá, po právní stránce, obecné výjimce podle ustanovení § 18 odst. 2 písm. h) zákona, neboť pro případ, že by Úřad dospěl k závěru, že se jedná o veřejnou zakázku, byla dle tvrzení zadavatele zadávána podle zvláštních postupů či pravidel mezinárodní organizace. Úřad uvedenou argumentaci takto kvalifikoval i toho důvodu, že zadavatel v předchozím správním řízení sp. zn. 336/2013/VZ tuto konkrétní námitku dle ustanovení § 18 odst. 2 písm. h) zákona explicitně vznesl. Mimo uvedené je Úřad dle ustanovení § 50 odst. 3 zákona je v řízení, v němž má být z moci úřední uložena povinnost, správní orgán povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena.

osobní železniční dopravy), přičemž takto sdružený sektorový zadavatel zadal veřejnou zakázku jednomu z těchto zadavatelů, aplikace této výjimky dle zadavatele vyplývá i z Metodiky zadávání veřejných zakázek Ministerstva pro místní rozvoj a z výkladového stanoviska Evropské komise (obojí je součástí správního spisu);

- e) výjimka tzv. *public-public cooperation*, na jejímž základě je spolupráce zadavatele a vybraného uchazeče (veřejná zakázka) vyňata z působnosti evropských zadávacích směrnic, a tedy i zákona;
- f) výjimka pro sektorové zadavatele dle ustanovení § 19 odst. 3 písm. b), neboť vybraný uchazeč představuje přidruženou osobu ve smyslu ustanovením § 19 odst. 4 zákona, již výhradně byla společně zadavatelem a obchodní korporací Österreichische Bundesbahnen – Holding Aktiengesellschaft, jako sektorovými zadavateli, zadána nadlimitní veřejná zakázka na pořízení lokomotiv Taurus, a to za účelem výkonu relevantní činnosti ve smyslu ustanovení § 4 zákona.

VII. Závěry Úřadu

142. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po provedení a hodnocení důkazů dospěl k následujícím zjištěním, jež ho vedly k závěrům obsaženým ve výročí I. až VI. tohoto rozhodnutí.

VII.A K otázce včasnosti návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy

143. Úřad konstatuje, že v případě, že by návrh na zákaz plnění smlouvy nebyl navrhovatelem podán ve lhůtě dle ustanovení § 114 odst. 4 zákona, nezbylo by Úřadu, než řízení dle ustanovení § 117a písm. c) zákona zastavit a zákonitě by pak nebylo přípustné dále správní řízení vést. Úřad tedy nejprve přezkoumal skutečnost, zda návrh na zákaz plnění smlouvy byl podán navrhovatelem ve lhůtě dle ustanovení § 114 odst. 4 zákona, resp. zda nebyl podán předčasně, jak tvrdí zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 24. 10. 2013.

K námitce opožděnosti návrhu

144. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 24. 10. 2013 uvádí, že neuzavřel, v současné době (v době podání vyjádření; pozn. Úřadu) nemá uzavřenu a do budoucna ani neplánuje uzavření smlouvy, na jejímž základě by úplatně pořídil lokomotivy Taurus, přiznává však, že toliko uzavřel dohodu s vybraným uchazečem o nasazování lokomotiv v přeshraniční dopravě na principu vyrovnanosti výkonů (viz bod 77. odůvodnění rozhodnutí), na kterou nedopadá zákon (o veřejných zakázkách). Zadavatel dodává, že i v případě, že by se snad zákon na uvedený případ vztahoval, Úřadu by nezbylo než návrh na zákaz uložení plnění ze smlouvy zamítnout, neboť předmětná Dohoda byla uzavřena v roce 2008, a proto se zadavatel domnívá, že navrhovatel nedostal ustanovení § 114 odst. 4 věty druhé zákona.
145. Úřad po zvážení všech skutkových okolností a jejich právním posouzení však musí argumentaci zadavatele odmítnout a konstatovat, že návrh navrhovatele na uložení zákazu plnění ze smlouvy nebyl podán Úřadu po lhůtě/lhůtách stanovených předmětným ustanovením § 114 odst. 4 větou druhou zákona. Úřad k uvedenému závěru vedou následující skutečnosti.

146. Dle ustanovení § 82 odst. 7 písm. a) až d) zákona nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou se považuje taková změna, která by
- a) rozšířila předmět veřejné zakázky; tím není dotčeno ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) zákona a ustanovení § 23 odst. 7 zákona,
 - b) za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů,
 - c) za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo
 - d) měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.
147. Dle ustanovení § 114 odst. 2 zákona lze po uzavření smlouvy podat návrh pouze
- a) proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení,
 - b) proti porušení zákazu uzavření smlouvy stanovenému tímto zákonem nebo předběžným opatřením podle ustanovení § 117 odst. 1 zákona, nebo
 - c) v případě postupu zadavatele podle ustanovení § 82 odst. 3 zákona.
- Navrhovatel se může domáhat pouze uložení zákazu plnění smlouvy.
148. Dle ustanovení § 114 odst. 4 zákona musí být návrh doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl. Návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle ustanovení odstavce 2 tohoto paragrafu musí být doručen pouze Úřadu, a to do 30 kalendářních dnů ode dne, kdy zadavatel uveřejnil oznámení o uzavření smlouvy způsobem podle ustanovení § 147 zákona s uvedením důvodu pro zadání veřejné zakázky bez uveřejnění oznámení zadávacího řízení, nejpozději však do 6 měsíců od uzavření této smlouvy.
149. Dle ustanovení § 117a písm. c) zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže návrh nebyl doručen Úřadu a zadavateli ve lhůtách podle ustanovení § 114 odst. 4 nebo 5 zákona.
150. Dle ustanovení § 118 odst. 2 zákona Úřad svým rozhodnutím na základě návrhu podle ustanovení § 114 odst. 2 zákona uloží zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, pokud se zadavatel
- a) dopustí správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona, s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle ustanovení § 146 odst. 2 zákona a postupoval v souladu s ustanovením § 82 odst. 1 zákona, ustanovením § 110 odst. 6 zákona a ustanovením § 111 odst. 5 zákona,
 - b) dopustí správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona a současně správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. d) zákona, nebo
 - c) dopustí správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona a současně postupuje podle ustanovení § 82 odst. 3 zákona.
151. Uložení zákazu plnění smlouvy je z podstaty mezním prostředkem veřejnoprávní regulace veřejných zakázek. Lze jistě přisvědčit závěru, že těžiště veřejnoprávní regulace resp. výkonu veřejné moci Úřadem se má odehrávat v případě veřejných zakázek zejména ve fázích

předkontrakčních a omezeně i kontrakčních. Zákon však předvídá i méně časté situace, v nichž nebyl výkon veřejnoprávní regulace veřejných zakázek v průběhu zadávacího řízení, tj. v předkontrakční, resp. kontrakční fázi objektivně možný [zadavatel zadal zakázku mimo režim zákona, a tedy bez uveřejnění oznámení ve smyslu ustanovení § 26 odst. 1 písm. a) zákona]. Uvedený jev nastává typicky v situacích, v nichž se zadavatel domnívá, že právní vztah vůbec regulaci zákonem (o veřejných zakázkách) nepodléhá, což je i případ zadavatele v šetřené věci (srov. níže).

152. V případě zákazu plnění smlouvy, dle ustanovení § 118 odst. 2 zákona, disponuje Úřad pravomocí uložit jej toliko na návrh navrhovatele, přičemž zákonodárce, v důsledku transpozice a implementace ustanovení článku 2f směrnice Rady č. 89/665/EHS, zdůraznil výjimečnost institutu zákazu plnění ze smlouvy, když v ustanovení § 114 odst. 4 větě druhé zákona pro samotnou přípustnost návrhu stanovil dvě různé hierarchicky uspořádané objektivní lhůty. Základní lhůta 6 měsíců počíná běžet od okamžiku uzavření smlouvy, zatímco kratší lhůta 30 kalendářních dnů je lhůtou speciální a dle zákona počíná běžet ode dne, kdy zadavatel uveřejnil oznámení o uzavření smlouvy. Objektivní charakter obou lhůt je dán tím, že obě počínají běžet od okamžiku, kdy došlo k určité právní skutečnosti, jež je dána pevně stanoveným časovým okamžikem (uzavřením smlouvy, resp. uveřejněním oznámení).
153. Důvodem, proč zadavatel primárně vztahuje počátek běhu šestiměsíční lhůty k okamžiku uzavření původní Dohody dne 11. 12. 2008, čímž se snaží vyložit návrh navrhovatele tak, že směřuje na uložení zákazu plnění této Dohody z roku 2008, je dle vyjádření zadavatele ze dne 24. 10. 2013 skutečnost, že *„samotná Příloha 1 k Dohodě či samotná Příloha 2 k Dohodě, příp. uvedené přílohy společně, netvoří/nepředstavují smlouvu (tedy dvoustranný právní úkon zakládající práva a povinnosti). Závazek k poskytnutí lokomotivních výkonů plyne z Dohody (uzavřené již v roce 2008), nikoliv z Přílohy 1 k Dohodě či Přílohy 2 k Dohodě a tyto přílohy tak nemají samostatnou normativní existenci a nelze tedy zakázat plnění těchto příloh k Dohodě, neboť takový zákaz by byl nesrozumitelný“* (viz bod 82. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
154. Odhlédne-li Úřad od skutečnosti, že v roce 2008 nebylo ještě účinné znění ustanovení § 118 odst. 2 zákona, které by Úřadu uložení zákazu plnění smlouvy umožňovalo (a čímž by se v případě uložení zákazu plnění v tomto správním řízení zřejmě vytvořil stav protiústavní pravé retroaktivity), konstatuje Úřad, že zadavatelově námitce nelze přisvědčit. Úřad k uvedenému závěru vedou následující skutečnosti.
155. Jak Úřad uvedl již v bodě 2. tohoto rozhodnutí, sahá řada Příloh k Dohodě až do roku 2008, přičemž periodicky na každý příslušný rok až do dne vydání tohoto rozhodnutí byly k Dohodě uzavírány dodatky nazvané Přílohy k Dohodě o proběhu lokomotiv vykazující společné skutkové znaky. Přílohy jsou koncipovány jako objednávka výkonu personálu a vozidel, resp. čištění lokomotiv, pro nadcházející rok, přesně na období příslušného jízdního řádu, jak Úřad uvedl v bodu 4. tohoto rozhodnutí (typicky Přílohy 1 k Dohodě pro konkrétní rok plnění); a jako podrobnosti odpočtu, jehož podkladem je evidence kilometrických výkonů lokomotiv (typicky Přílohy 2 k Dohodě pro konkrétní dva kalendářní roky plnění). Přílohy byly vyhotovovány na základě ustanovení článku 2 odst. 6 Dohody, který stanoví: *„Konkrétní nasazení lokomotiv dohodnou smluvní strany samostatně pro období každého jízdního řádu nejpozději 3 měsíce před jeho začátkem. Podrobnosti uvedou do Dohody o výkonech tvořící Přílohu 1 této Dohody, která obsahuje jednotlivé plány nasazení lokomotiv s uvedením řady*

vozidla, vlakovými výkony, tratí, dopravními dobami a případnými dalšími výkony. Konkrétní stanovení odpočtu je uvedeno v Příloze 2 této Dohody“.

156. Úřad po zhodnocení jednotlivých Příloh 1 a Příloh 2 k Dohodě (jak je vymezil v bodech 4. a 5. tohoto rozhodnutí) shledává, že jsou svým charakterem *de facto* objednávkou plnění spočívajícího jak v dodávkách (objednávka vozidel – lokomotiv), tak i ve službách (objednávka výkonu personálu a čištění lokomotiv) pro období příslušného jízdního řádu (srov. argumentaci níže). Úřad konstatuje, že Dohoda z roku 2008 vykazuje rámcový charakter, přičemž obecně plnění veřejných zakázek se pro každý rok (období příslušného jízdního řádu) lišilo, v konkrétním případě, co do výkonu personálu a vozidel, popř. čištění lokomotiv (patrně v souladu s novým jízdním řádem pro nadcházející období odpovídající cca 1 roku). Pro aktuální Přílohu 2 k Dohodě uvedené platí taktéž, avšak Úřad poznamenává, že návrh navrhovatele na uložení zakazu plnění aktuální Přílohy 2, uzavřené dne 3. 12. 2012, nemířil a vzhledem ke lhůtám dle ustanovení § 114 odst. 4 zákona ani mířit nemohl, resp. by byl návrh v této části podán opožděně.
157. Úřad má tedy za prokázané, že na období každého následujícího jízdního řádu objednal zadavatel nové plnění s odlišnou cenou (přesně náhradní nákladovou sazbou) i objemem (výkonem personálu a vozidel, resp. čištění lokomotiv). Nehledě na Dohodu z roku 2008 mající toliko rámcový charakter, neboť i na období jízdního řádu 2008/2009 byly uzavřeny Přílohy 1 a 2, lze konstatovat (za předpokladu, že objednávky výkonů zadavatele podléhají režimu zákona o veřejných zakázkách, jak bude dovozeno níže), vzhledem ke každoroční odlišnosti plnění co do rozsahu i ceny, že takové jednotlivé dodatky ve formě Příloh 1 a 2 je nutno považovat, s odkazem na ustanovení § 82 odst. 7 písm. a) až d) zákona⁵, vždy za nové smlouvy na separátní veřejnou zakázku pro každý jednotlivý rok.
158. Úřad svůj závěr podkládá rozsudkem Soudního dvora Evropské unie ze dne 19. 6. 2008, ve věci C-454/06 P *Presstetext Nachrichtenagentur GmbH*. ESD v bodu 35. až 37. rozhodnutí uvádí: „[změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou, pokud] ... *by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata ... značnou měrou zakázku rozšiřuje ... mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána“.*
159. Z dalších argumentů, podporujících závěry Úřadu, lze poukázat na rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 16. 8. 2007, č. j. R087/2007/02-14942/2007/310-Hr: „*Úřad vnímá dodatky k (!) smlouvě v souladu s obecnou právní teorií jako dodatečnou dohodu smluvních stran, kterou se mění původní smluvní vztah a ten je nutno nadále interpretovat pouze ve znění předmětného dodatku.“.*
160. Citovanému závěru z předchozí rozhodovací praxe Úřadu odpovídá v šetřené věci i článek 8 odst. 4 Dohody o proběhu lokomotiv: „*Změna a doplňky této Dohody se provádějí formou písemných, vzestupně číslovaných dodatků, které se po podpisu poslední smluvní stranou stanou její [Dohody; pozn. Úřadu] nedílnou součástí“.*

⁵ Pozn. Úřadu: explicitní, zákonný zákaz změny smlouvy zavedla do tuzemského právního řádu novela zákona o veřejných zakázkách č. 55/2012, tzv. transparentní novela.

161. V šetřeném případě Úřad konstatuje, že dodatky ve formě Příloh byly každoročně měněny či aktualizovány, a to co do objemu plnění veřejné zakázky (počet ujetých km i nasazených lokomotiv a personálu, resp. čištění lokomotiv), tak i co do ceny za jednotky plnění (náhradní nákladové sazby), a proto svým charakterem představují nové smlouvy na samostatné veřejné zakázky.
162. Úřad tak musí odmítnout námitku zadavatele, že návrh navrhovatele byl podán opožděně, neboť nebyla dodržena zákonná lhůta šesti měsíců od uzavření smlouvy (ustanovení § 114 odst. 4 zákona), za níž zadavatel považuje Dohodu o proběhu lokomotiv z roku 2008, vycházející nesprávně z premisy, že pouze Dohoda, nikoli Přílohy 1 a 2, má samostatnou normativní existenci. Jak plyne z výše předestřené argumentace, prokázal Úřad opak, tedy že i jednotlivé Přílohy 1 a 2 (z let 2008 až 2014) jsou svojí povahou a podstatou samostatnými smlouvami.
163. Na výše uvedené navazuje i vyjádření zadavatele ze dne 24. 10. 2013, dle něhož by byl návrh navrhovatele podán opožděně, i kdyby Úřad při posouzení zachování lhůty pro podání návrhu vycházel dle zadavatele nesprávně z data poslední aktualizace Přílohy 1, resp. Přílohy 2 k Dohodě. Důvodem je dle zadavatele skutečnost, že Příloha 1 k Dohodě byla (v době podání návrhu, resp. v době podání tohoto vyjádření zadavatele; pozn. Úřadu) naposledy aktualizována dne 12. 11. 2012, jak vyplývá ze společného prohlášení zadavatele a vybraného uchazeče k datu podepsání Přílohy 1 k Dohodě platné od 1. 1. 2013 do 14. 12. 2013. Příloha 2 k Dohodě pak byla naposledy aktualizována dne 3. 12. 2012. Ke dni podání návrhu tak byly obě Přílohy dle zadavatele uzavřeny před více než 6 měsíci, a proto nebyla dodržena lhůta dle ustanovení § 114 odst. 4 zákona.
164. Úřad na tomto místě uvádí, že tento zadavatelův závěr by platil pouze v případě, že by se navrhovatel svým návrhem jednoznačně a explicitně domáhal uložení zakazu plnění zadavatelem uvedených Příloh 1 a 2 s platností od 1. 1. 2013, popř. by se nedomáhal uložení zakazu plnění žádné konkrétní smlouvy (v takovém případě by měl výše popsany závěr zadavatele jistě legitimní základ). Vymezil-li by však navrhovatel ve svém návrhu dostatečně přesně smlouvu, u níž se domáhá uložení zakazu jejího plnění, nepřislušelo by zadavateli ani Úřadu takové vymezení jakkoli zpochybňovat či dokonce nahrazovat vlastními závěry. Úkolem Úřadu tedy bylo posoudit, zda má tvrzení zadavatele oporu ve skutkových zjištěních, a proto přistoupil k bližšímu prozkoumání předmětného návrhu.
165. Navrhovatel podal Úřadu návrh dne 2. 10. 2013, přičemž v textu jednoznačně formuloval, že předmětným návrhem se domáhá uložení zakazu plnění smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, popř. osobou náležející do stejného podnikatelského uskupení či jinou třetí osobou, a týkající se úplatného pořízení (zajištění) lokomotiv Taurus na období jízdního řádu platného od prosince 2013 (tedy jízdního řádu 2013/2014 platného od 15. 12. 2013 do 13. 12. 2014), resp. dalších budoucích jízdních řádů. Z výše uvedeného plyne, že navrhovatel dostatečně určitě definoval smlouvu, resp. smlouvy, u nichž se domáhá uložení zakazu plnění.
166. Úřad zároveň již výše uvedl (viz body 8. a 9. tohoto rozhodnutí), že smlouva, resp. smlouvy (první a druhá Příloha 1), jejichž předmětem plnění je úplatné pořízení (zajištění) lokomotiv Taurus (či provozování lokomotiv Taurus ve spolupráci s vybraným uchazečem, jak plnění charakterizuje zadavatel), byly uzavřeny mezi zadavatelem a vybraným uchazečem dne

26. 2. 2014, když tohoto dne vybraný uchazeč připojil pod smlouvu svůj podpis (zadavatel obě smlouvy podepsal již dne 8. 1. 2014; pozn. Úřadu). Obě předmětné Přílohy 1 na sebe časově přímo navazují (viz body 8. a 9. tohoto rozhodnutí), co se týče jejich platnosti. Dohromady přesně pokrývají dobu platnosti jízdního řádu 2013/2014. Úřad tedy i první a druhou Přílohu 1 (ve smyslu zkratky zavedené v bodech 9. a 10. tohoto rozhodnutí) považuje za nové smlouvy na samostatné veřejné zakázky, a to pro období jízdního řádu 2013/2014. Aktuální Příloha 2 platná i pro období uvedeného jízdního řádu 2013/2014 (viz bod 5. tohoto rozhodnutí) byla uzavřena dne 3. 12. 2012.

167. Na základě výše řečeného tak Úřad musí odmítnout i námitku zadavatele, že návrh navrhovatele byl podán opožděně, neboť by nebyla dodržena zákonná lhůta šesti měsíců ani od uzavření smlouvy (ustanovení § 114 odst. 4 zákona), za níž by měly dle zadavatele být považovány poslední aktualizované přílohy (Příloha 1 a aktuální Příloha 2 platné od 1. 1. 2013). Důvodem odmítnutí námítky je Úřadem prokázaná skutečnost, že navrhovatel se svým návrhem evidentně domáhá uložení zákazu plnění, jež bylo následně učiněno obsahem první a druhé Přílohy 1 k Dohodě o proběhu lokomotiv, přičemž v rámci první Přílohy 1 dokonce se zpětnou platností od 15. 12. 2013.
168. Navrhovatel se tedy v žádném případě nedomáhá uložení zákazu plnění Dohody o proběhu lokomotiv uzavřené v roce 2008, ani Přílohy 1 k Dohodě platné od 1. 1. 2013 do 14. 12. 2013 a Přílohy 2 k Dohodě platné od 1. 1. 2013, jak nesprávně tvrdí zadavatel. Formulací tohoto zdůvodněného závěru pokládá Úřad námitku zadavatele, uvedené v jeho vyjádření k návrhu ze dne 24. 10. 2013, ohledně opožděnosti návrhu podaného Úřadu dne 2. 10. 2013, za irelevantní, neboť zadavatel nesprávně vztahoval počátek běhu lhůty 6 měsíců, k jejímuž marnému uplynutí mělo dle zadavatele dojít, primárně k okamžiku uzavření původní Dohody dne 11. 12. 2008, resp. sekundárně k okamžiku uzavření Přílohy 1 k Dohodě platné od 1. 1. 2013 do 14. 12. 2013 a Přílohy 2 k Dohodě platné od 1. 1. 2013 nejspíše do konce roku 2014.
169. Z výše uvedeného dle Úřadu jednoznačně vyplývá, že návrh podaný Úřadu dne 2. 10. 2013, jímž se navrhovatel domáhá uložení zákazu plnění první a druhé Přílohy 1, uzavřených dne 26. 2. 2014, nebyl podán opožděně, jak nesprávně tvrdí zadavatel.
170. Úřadu tak nezbyvá než uzavřít, že návrh ze dne 2. 10. 2013 a doručený Úřadu téhož dne nebyl podán opožděně, z čehož mj. plyne, že není dán důvod pro zastavení správního řízení podle ustanovení § 117a písm. c) zákona, jak mj. navrhuje zadavatel (viz bod 89. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

K námitce předčasnosti/bezpředmětnosti návrhu

171. Naopak z výše uvedeného by mohlo vyplývat, že návrh byl zřejmě podán předčasně, jak namítá též zadavatel ve svém vyjádření ze dne 24. 10. 2013 (viz body 82. a 85. odůvodnění tohoto rozhodnutí.) Zadavatel spatřuje tvrzenou předčasnost návrhu ve skutečnosti, že v době podání návrhu Úřadu nebyla uzavřena smlouva (zde aktualizovaná/é příloha/y k Dohodě), pro niž se navrhovatel domáhá uložení zákazu plnění. Z těchto důvodů označuje zadavatel návrh navrhovatele za zjevně bezpředmětný [ve smyslu ustanovení § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu; pozn. Úřadu]. Úřad však konstatuje, že ani této námitce zadavatele nelze přisvědčit, a to z následujících důvodů.

172. Úřad v této souvislosti uvádí, že pro účely vedeného správního řízení bude dále posuzovat toliko dodatky ve formě první a druhé Přílohy 1 k Dohodě, společně platné od 15. 12. 2013 do 13. 12. 2014, jež jsou předmětem návrhu, a u nichž má taktéž postaveno najisto, v souladu s výše uvedenou argumentací, že představují samostatné veřejné zakázky.
173. Dle ustanovení § 44 odst. 1 správního řádu je řízení o žádosti zahájeno dnem, kdy žádost nebo jiný návrh, kterým se zahajuje řízení (dále jen „žádost“), došel věcně a místně příslušnému správnímu orgánu.
174. Dle ustanovení § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu správní orgán řízení o žádosti usnesením zastaví, jestliže se žádost stala zjevně bezpředmětnou.
175. Dle ustanovení § 7 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle tohoto zákona, musí být realizována na základě písemné smlouvy.
176. Dle ustanovení § 116 zákona je účastníkem řízení zadavatel a v řízení zahájeném na návrh též navrhovatel; je-li předmětem řízení přezkoumání rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo rozhodnutí o výběru nejvhodnějšího návrhu, je účastníkem řízení též vybraný uchazeč nebo vybraný účastník soutěže o návrh. V řízení o spáchání správního deliktu je účastníkem osoba podezřelá z jeho spáchání.
177. V souvislosti s posledně citovaným ustanovením Úřad dodává, že řízení o uložení zákazu plnění smlouvy je zvláštním druhem správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, jehož specifickým znakem je, že může být zahájeno až po uzavření smlouvy, tj. poté, co zadavatel rozhodl o volbě svého smluvního partnera, jinými slovy poté, co rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky. Závěr o tom, že účastníkem správního řízení (o uložení zákazu plnění smlouvy) ve smyslu ustanovení § 116 zákona má být též vybraný uchazeč, vyplývá taktéž z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 8. 12. 2006, č. j. 62 Ca 35/2006-251. Na základě těchto důvodů je vybraný uchazeč účastníkem tohoto správního řízení.
178. Z návrhu navrhovatele ze dne 2. 10. 2013 vyplývá, že navrhovatel je toho názoru, že úplatné pořízení (zajištění) lokomotiv Taurus (či provozování lokomotiv Taurus ve spolupráci s vybraným uchazečem, jak plnění charakterizuje zadavatel) pro období jízdního řádu 2013/2014, jež je předmětem plnění první a druhé Přílohy 1 k Dohodě, uzavřených mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, je veřejnou zakázkou, jíž byl zadavatel dle ustanovení § 7 odst. 1 zákona povinen zadat podle zákona a jež musela být realizována na základě písemné smlouvy.
179. Forma písemného stvrzení nasazení lokomotiv Taurus jednoznačně vyplývá i z výše citovaného ustanovení článku 2 odst. 6 Dohody (viz např. bod 155. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Toto ustanovení také upravuje časové okolnosti, když se smluvní strany zavázaly, že konkrétní nasazení lokomotiv dohodnou „ ... *samostatně pro období každého jízdního řádu nejpozději 3 měsíce před jeho začátkem*“, přičemž začátkem jízdního řádu je nutno rozumět počátek, tedy první den, jeho platnosti.
180. Platnost jízdního řádu 2013/2014 je stanovena od 15. 12. 2013 do 13. 12. 2014, jak Úřad uvedl výše v bodech 9. a 10. tohoto rozhodnutí. Na základě závazku z ustanovení článku 2

odst. 6 Dohody tedy dle Úřadu měly smluvní strany (zadavatel a vybraný uchazeč) dohodnout konkrétní nasazení lokomotiv pro období jízdního řádu 2013/2014 nejpozději do 14. 9. 2013.

181. V obecné rovině se navrhovatel svým návrhem domáhá uložení zákazu plnění [úplatného pořízení (zajištění) lokomotiv Taurus], jež bylo v předchozích letech každoročně ukotveno v jednotlivých Přílohách 1 a 2 k Dohodě, vždy pro období příslušného jízdního řádu (viz body 4. a 5. tohoto rozhodnutí). Pro období jízdního řádu 2013/2014 pak bylo uvedené plnění ukotveno v první a druhé Příloze 1 k Dohodě, podepsaných dne 26. 2. 2014. V tomto kontextu Úřad uvádí, že smluvní strany neuzavíraly jednotlivé Přílohy v termínu (nejpozději 3 měsíce před začátkem platnosti příslušného jízdního řádu), k němuž se dle ustanovení citovaného článku 2 odst. 6 Dohody zavázaly (viz bod 4. tohoto rozhodnutí).
182. Ze zpětné platnosti první Přílohy 1, podepsané dne 26. 2. 2014 a platné na období od 15. 12. 2013 do 28. 2. 2014, vyplývá, že plnění bylo realizováno i před uzavřením první Přílohy 1 v písemné formě. Obě smluvní strany (zadavatel a vybraný uchazeč) se tedy již před podpisem první Přílohy 1 řídily právy a povinnostmi následně v této příloze deklarovanými. S ohledem na předchozí několikaletou spolupráci spočívající v totožném či nadmíru obdobném plnění probíhající v letech 2008 až 2013 lze mít za to, že mezi smluvními stranami se ustavila obvyklá praxe, na jejímž základě bylo plněno před podepsáním první Přílohy 1, tedy v období od 15. 12. 2013 do 26. 2. 2014.
183. Ke zpětné platnosti, resp. účinnosti smluv obecně Úřad uvádí, že v soukromém právu, jež je ovládáno zásadou neformálnosti právních úkonů (posílenou účinností zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník), se jedná o běžnou a právem dovolenou praxi. Je-li pak počátek platnosti, resp. účinnosti smlouvy stanoven dřívějším datem, než kdy byla smlouva skutečně podepsána, mohla být smlouva fakticky uzavřena dříve, plnění již mohlo proběhnout či může stále probíhat, avšak smlouva nemusela být původně uzavřena v písemné formě, jež může být nutná pro splnění některých zákonných povinností, např. v případě pracovní smlouvy dle pracovně právních předpisů. V takovém případě dochází pouze k deklaraci již vzniklého právního stavu, práv a povinností smluvních stran, čemuž v podstatě odpovídá i vyjádření zadavatele ze dne 20. 3. 2014, v němž uvedl, že nasazení lokomotiv Taurus je možné i bez písemného vyhotovení příslušné Přílohy k Dohodě. Nicméně takový postup rozhodně není v souladu s obligatorní podmínkou písemné formy obsaženou v ustanovení § 7 odst. 1 zákona jakožto normy kogentní povahy, od níž se nelze odchýlit na základě vůle smluvních stran.
184. Vycházejí z počátku platnosti jízdního řádu 2013/2014 ode dne 15. 12. 2013 a zároveň z existence závazku formulovaného ustanovením článku 2 odst. 6 Dohody (viz bod 179. odůvodnění tohoto rozhodnutí) měl navrhovatel k dispozici informaci, resp. mohl důvodně předpokládat, že dodatek k Dohodě ve formě Přílohy 1, vymezující konkrétní nasazení lokomotiv pro období jízdního řádu 2013/2014, by měl být uzavřen či podepsán nejpozději do 14. 9. 2013 (viz bod 180. odůvodnění tohoto rozhodnutí), tedy že ke dni podání návrhu Úřadu (dne 2. 10. 2013) již byla smlouva uzavřena. Ve skutečnosti však navrhovatel neměl žádnou objektivní možnost nejen seznámit se s obsahem, ale ani zjistit, kdy přesně k uzavření (podpisu) předmětné Přílohy 1 k Dohodě pro období jízdního řádu 2013/2014 reálně došlo.

185. Důvodem objektivní nemožnosti je důležitý a nezanedbatelný fakt, že zadavatel uzavření předmětné Přílohy 1 realizoval zcela mimo postup stanovený zákonem. Zadavatel tak minimálně do doby vydání rozhodnutí č. j. ÚOHS-S336/2013/VZ-18848/2013/521/GSt ze dne 1. 10. 2013 v předcházejícím správním řízení vedeném v obdobné věci, tedy v podstatě do dne podání návrhu dne 2. 10. 2013, označoval celou Dohodu za obchodní tajemství. Uvedené platí (včetně označení obchodního tajemství) rovněž pro všechny dodatky ve formě Příloh Dohody od roku 2008 minimálně do října 2013. Zadavatel však nezveřejnil a také nikterak veřejně neinformoval ani o první a druhé Příloze 1, jejichž předmětem je úplatné pořízení lokomotiv Taurus na období jízdního řádu 2013/2014.
186. Z navržených důkazů a po nezbytném dostání zásadě projednací Úřad konstatuje, že má najisto postaveno, že zadavatel nezveřejnil způsobem dle ustanovení § 147 zákona oznámení o uzavření smlouvy, konkrétně Dohody o proběhu lokomotiv, resp. jejich následných dodatků v podobě Příloh, včetně první a druhé Přílohy 1. Do současné doby nemá Úřad jakoukoli informaci, že by Dohoda či Přílohy byly v minulosti či nyní veřejně přístupné, resp. že by zadavatel jakoukoli veřejnou cestou informoval o uzavření či podpisu takových smluv.
187. Důsledkem navrhovatelovy nemožnosti seznámit se s rozhodujícími skutečnostmi ohledně uzavření smluv je pak i obecnější vymezení konkrétní smlouvy v textu návrhu, u níž se navrhovatel domáhá uložení zákazu plnění: „ ... smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a ... [vybraným uchazečem; pozn. Úřadu], resp. osobou náležející do stejného podnikatelského uskupení ... či jinou třetí osobou, týkající se úplatného pořízení (zajištění) ... “ (blíže viz návěti výroku tohoto rozhodnutí).
188. Ohledně data uzavření či podepsání první a druhé Přílohy 1 je nutné zde konstatovat, že nejen Úřad měl jistou dobu pochybnosti o tom, zda, resp. kdy došlo k uzavření (podpisu) první a druhé Přílohy 1 (viz body 49., 52. a 55. odůvodnění tohoto rozhodnutí), ale dokonce ani sám zadavatel, jak uvedl ve svém sdělení ze dne 25. 3. 2014 (bod 95. odůvodnění tohoto rozhodnutí), nevěděl až do 21. 3. 2014 o tom, že již dne 26. 2. 2014 došlo k podpisu první a druhé Přílohy 1 vybraným uchazečem (zadavatel obě Přílohy 1 podepsal již dne 8. 1. 2014; pozn. Úřadu).
189. Úřad na tomto místě pokládá za nutné vyjádřit se podrobněji ke smyslu a účelu lhůt (pro podání návrhu) upravených v ustanovení § 114 odst. 4 věty druhé zákona, a to především prostřednictvím teleologického a systematického výkladu ustanovení.
190. Zákonná úprava lhůt upravujících podání návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy, jako důsledek transpozice a implementace článku 2f směrnice 2007/66/ES⁶ (dále jen „směrnice 2007/66/ES“), je vystavěna na premise, že uzavření smlouvy je realizováno na základě výběru nejvhodnější nabídky provedeného dle výsledků zadávacího řízení, jež je uskutečněno postupem dle zákona. Pro případ, že k uzavření smlouvy (zadání zakázky) dojde bez uveřejnění oznámení zadávacího řízení, počítá předmětné ustanovení s tím, že zadavatel uveřejní oznámení o uzavření smlouvy podle ustanovení § 147 zákona. Smyslem a účelem úpravy lhůt jistě je svázat proces podávání návrhů relativně krátkými procesními lhůtami, ovšem pouze za splnění uvedené premisy, že podavatel návrhu má objektivní možnost

⁶ Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2007/66/ES, ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek.

včasného a dostatečného seznámení se se skutečnostmi, jež jsou dle předmětného ustanovení rozhodující pro počátek běhu základní, resp. speciální lhůty a tedy pro vědomí toho, zda lhůta již počala běžet, zda běží či zda již marně uplynula.

191. Objektivní možnost navrhovatele seznámit se s podstatnými skutečnostmi předpokládanými ustanovením § 114 odst. 4 věty druhé zákona jistě není a nemůže být splněna v případech, jako je i ten právě šetřený, kdy se zadavatel nesprávně (v rozporu se zákonem) domnívá, že právní vztah vůbec regulaci zákonem (o veřejných zakázkách) nepodléhá a postupuje zcela mimo tento zákon, pročež rezignuje, s odkazem na obchodní tajemství, na jakoukoli uveřejňovací či informační povinnost jinak ze zákona vyplývající.
192. V popsané situaci pak nelze na podání návrhu před uzavřením smlouvy či před počátkem realizace plnění (zde od 15. 12. 2013) nahlížet striktně formálně jako na podání předčasné (a ve svém důsledku zřejmě bezpředmětné), nýbrž je nutné takové podání vykládat materiálně tak, aby nedocházelo k vyloučení účelu a smyslu nejen právní úpravy podání návrhu, ale i kompletní úpravy zadávání veřejných zakázek, a tím ke zkrácení navrhovatele, jako účastníka řízení dle ustanovení § 116 zákona, na jeho ústavně zaručených právech (srov. ustanovení čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod).
193. V důsledku striktně formálního výkladu by navrhovatel ze strany Úřadu, potažmo státu, byl v nastalé situaci nucen podávat totožný návrh v podstatě každý týden či měsíc, než by se „trefil“ do období po uzavření či podpisu smlouvy, u níž se domáhá uložení zakazu plnění. Úřad jako orgán dohledu nad zadáváním veřejných zakázek by naopak byl nucen všechna správní řízení, zahájená vždy na základě formálně či zdánlivě předčasných návrhů, neustále zastavovat. Takový závěr by byl nejen neefektivní, neúčelný a iracionální, ale také v rozporu s ústavními principy, jakož i principy dobré správy.
194. V této souvislosti Úřad konstatuje, že nelze po navrhovateli oprávněně požadovat, aby si zjišťoval skutečnosti, o nichž měl pochyby nejen Úřad jako příslušný správní orgán, ale po jistou dobu i sám zadavatel jako jedna ze smluvních stran.
195. Na základě uvedené argumentace tak Úřad uzavírá, že návrh navrhovatele podaný Úřadu dne 2. 10. 2013 nebyl podán předčasně, resp. vzhledem k okolnostem případu v průběhu správního řízení tato zdánlivá předčasnost, jako důvod pro případné zastavení správního řízení, odpadla. Úřad tak pokládá návrh navrhovatele za podaný včas, a ve lhůtě předvídané ustanovením § 114 odst. 4 zákona, přičemž bezvadným podáním návrhu bylo podle ustanovení § 113 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 správního řádu zahájeno předmětné správní řízení.
196. Ačkoli Úřad nepřisvědčil námitce předčasnosti, a s ní spojené bezpředmětnosti, vznesené zadavatelem, dospěl i tak k závěru, že se v průběhu správního řízení návrh navrhovatele ze dne 2. 10. 2013 stal v části, v níž se navrhovatel domáhá uložení zakazu plnění první Přílohy 1 k Dohodě, zjevně bezpředmětným. Důvodem pro tento závěr je skutečnost, že v průběhu správního řízení, konkrétně ke dni 28. 2. 2014, došlo ke splnění první Přílohy 1, jejíž platnost byla zadavatelem a vybraným uchazečem zpětně stanovena na období od 15. 12. 2013 do 28. 2. 2014. Vzhledem k tomu, že ve vztahu k již splněné, a tedy neúčinné, smlouvě nepřichází z podstaty a logiky věci v úvahu uložení zakazu jejího plnění, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku VI. tohoto rozhodnutí.

VII.B K otázce aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu

197. Úřad následně přistoupil k posouzení námítky vznesené zadavatelem v jeho vyjádření k návrhu ze dne 24. 10. 2013 a vybraným uchazečem v jeho vyjádření ze dne 2. 5. 2014) týkající se aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu. Zadavatel argumentuje, že návrh nebyl podán oprávněnou osobou, neboť navrhovatel není osobou, jež by mohla plnění lokomotivních výkonů poskytovat. Navrhovatel totiž dle tvrzení zadavatele lokomotivy pouze vyrábí, resp. prodává, není však provozovatelem drážní dopravy na příslušných úsecích provozujícím odpovídající lokomotivy, jimiž jsou pouze lokomotivy Taurus. Z tohoto důvodu tak dle zadavatele nemůže navrhovateli ani vzniknout újma na jeho právech jako nezbytný předpoklad aktivní legitimace k podání návrhu.
198. Navrhovatel ke zpochybnění své aktivní legitimace pro podání návrhu uvádí, že dle konstantní rozhodovací praxe je nezbytné, aby měl navrhovatel alespoň důvodný zájem o účast v zadávacím řízení, pokud by takové probíhalo. Navrhovatel je toho názoru, že je schopen dodávku lokomotiv zadavateli nabídnout a tyto lokomotivy zadavateli poskytnout, ať již sám, či ve spolupráci s jinými subjekty. Navrhovatel byl tedy postupem zadavatele připraven o možnost se o veřejnou zakázku ucházet. Z toho důvodu navrhovateli vznikla újma spočívající v nemožnosti realizovat z veřejné zakázky alespoň potenciální zisk.
199. Podle ustanovení § 21 odst. 1 zákona upravuje tento následující 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).
200. Dle ustanovení § 110 odst. 1 zákona může při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech (dále jen „stěžovatel“), zadavateli podat zdůvodněné námítky.
201. Dle ustanovení § 110 odst. 7 věty poslední zákona může návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle ustanovení § 114 odst. 2 zákona stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.
202. Dle ustanovení § 113 zákona se řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahajuje na písemný návrh stěžovatele (dále jen „navrhovatel“) nebo z moci úřední.
203. Dle ustanovení § 118 odst. 5 písm. c) zákona Úřad návrh zamítne, pokud návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

204. Dle ustanovení článku 1 odst. 3 směrnice Rady č. 89/665/EHS⁷ zajistí členské státy, aby bylo přezkumné řízení podle prováděcích pravidel, která mohou členské státy samy stanovit, dostupné alespoň každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité zakázky, a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla nebo hrozí škoda.
205. Aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu v šetřené věci je tedy dána splněním podmínky, že navrhovatel v důsledku jím namítaných úkonů zadavatele, které vylučují nebo by mohly vyloučit zásady stanovené v ustanovení § 6 zákona, hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.
206. Ze shora citovaných zákonných ustanovení vyplývají dvě podmínky aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy.
- a) musí se jednat o dodavatele, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky,
 - b) kterému v důsledku domnělého porušení zákona, resp. vyloučení zásad stanovených v ustanovení § 6 zákona, úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech
207. Podmínky musí být splněny kumulativně, tedy obě zároveň, přičemž podmínka první je předpokladem pro naplnění podmínky druhé.
208. Podmínka sub a), vyplývající v rámci vnitrostátní úpravy z ustanovení § 110 odst. 1 zákona upravujícího podání námitek, je podmínkou i pro podání návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy, a to i přes absenci povinnosti nejprve podat námítky zadavateli, jak vyplývá z citovaného ustanovení § 110 odst. 7 věty poslední zákona. Podmínka pro podání návrhu sub a) vyplývá taktéž z citovaného ustanovení směrnice Rady č. 89/665/EHS.
209. Ve světle argumentace zadavatele, shrnuté výše v bodě 197. odůvodnění tohoto rozhodnutí, není navrhovatel osobou, jež by mohla plnění lokomotivních výkonů poskytovat. Navrhovatel totiž dle tvrzení zadavatele lokomotivy pouze vyrábí, resp. prodává. Zadavatel tuto tvrzenou skutečnost konstatuje jako příčinu toho, že navrhovateli nemůže vzniknout újma na jeho právech.
210. Úřad konstatuje, že tvrzení zadavatele a vybraného uchazeče by platilo, kdyby byl pravdivým základ tvrzení, totiž že předmětem plnění veřejné zakázky (k povaze smluvního vztahu jako veřejné zakázky srov. argumentaci níže) je výměna lokomotivních výkonů. Úřad však dospěl k závěru (taktéž viz níže), že smluvní vztah má charakter veřejné zakázky na dodávky.
211. Je-li však předmět plnění svou podstatou dodávkou lokomotiv, odpovídající formě nájmu (či pachtu, v závislosti na účinné právní úpravě), pak je navrhovatel, jako výrobce, resp. prodejce lokomotiv (což tvrdí i sám zadavatel – viz výše), osobou, jež by mohla takové dodávky poskytnout, což navrhovatel uvádí i v návrhu ze dne 2. 10. 2013 (viz bod 22. tohoto rozhodnutí). Z toho vyplývá, že navrhovatel měl či má zájem na získání předmětné veřejné zakázky, jak uvádí i v návrhu.

⁷ Směrnice Rady č. 89/665/EHS, ze dne 21. prosince 1989, o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce; ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2007/66/ES, ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek.

212. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel nesprávně zadal zakázku, resp. zakázky mimo režim zákona a tedy bez použití odpovídajícího druhu zadávacího řízení (k tomu argumentace viz níže), neměl navrhovatel šanci ucházet se o získání předmětné zakázky (zakázek), čímž mu v důsledku namítaného (domnělého) porušení zákona, resp. vyloučení zásad stanovených v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, úkonem zadavatele mohla vzniknout, resp. hrozila či dokonce vznikla, újma na jeho právech.
213. Úřad tak v souvislosti s námitkou zadavatele a vybraného uchazeče o absenci aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu konstatuje, že obě podmínky vyplývající ze zákonné úpravy podání návrhu, resp. z evropské zadávací směrnice, byly ze strany navrhovatele, ve vztahu k předmětné veřejné zakázce, resp. zakázkám, naplněny v plné míře. Úřad tak návrh doručený dne 2. 10. 2013 považuje za návrh podaný k tomu oprávněnou osobou dle zákona.
214. Úřadu v této souvislosti nezbývá než uzavřít, že vzhledem k prokázané existenci aktivní legitimace navrhovatele není dán důvod pro aplikaci ustanovení § 118 odst. 5 písm. c) zákona. Návrh navrhovatele tak nelze na základě tohoto ustanovení zákona zamítnout, jak mj. navrhuje zadavatel (viz bod 89. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

VII.C K povaze smluvního vztahu jako veřejné zakázky a k aplikaci zákona o veřejných zakázkách

K povaze smluvního vztahu jako veřejné zakázky

215. Dle ustanovení § 2 odst. 6 zákona je sektorovým zadavatelem osoba vykonávající některou z činností podle ustanovení § 4 zákona, pokud
- a) tuto relevantní činnost vykonává na základě zvláštního či výhradního práva, nebo
 - b) nad touto osobou může veřejný zadavatel přímo či nepřímo uplatňovat dominantní vliv; dominantní vliv veřejný zadavatel uplatňuje v případě, že
 1. disponuje většinou hlasovacích práv sám či na základě dohody s jinou osobou, nebo
 2. jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.
216. Dle ustanovení § 4 odst. 1 písm. f) zákona se relevantní činností pro účely tohoto zákona rozumí činnost související s poskytováním či provozováním dopravních sítí poskytujících službu veřejnosti v oblasti drážní, tramvajové, trolejbusové nebo lanové dopravy a provozování veřejné autobusové dopravy (dále jen „dopravní síť“); dopravní síť se považuje za existující, pokud je činnost podle tohoto písmene poskytována podle podmínek stanovených příslušným správním orgánem, zejména pak podmínek týkajících se poskytování či provozování dopravní sítě, přepravní kapacity nebo frekvence poskytování takové činnosti.
217. Dle ustanovení § 7 odst. 3 zákona se veřejné zakázky podle výše jejich předpokládané hodnoty dělí na nadlimitní veřejné zakázky, podlimitní veřejné zakázky a veřejné zakázky malého rozsahu.

218. Podle ustanovení § 8 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou na dodávky veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věci (dále jen „zboží“), a to zejména formou koupě, koupě zboží na splátky, nájmu [nebo pachtu] zboží nebo nájmu [nebo pachtu] zboží s právem následné koupě (leasing).⁸
219. Podle ustanovení § 8 odst. 2 zákona je veřejnou zakázkou na dodávky rovněž veřejná zakázka, jejímž předmětem je kromě pořízení zboží podle odstavce 1 rovněž poskytnutí služeb nebo stavebních prací spočívajících v umístění, montáži či uvedení takového zboží do provozu, nejedná-li se o zhotovení stavby, pokud tyto činnosti nejsou základním účelem veřejné zakázky, avšak jsou nezbytné ke splnění veřejné zakázky na dodávky.
220. Podle ustanovení § 12 odst. 1 zákona se nadlimitní veřejnou zakázkou rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota podle ustanovení § 13 zákona bez daně z přidané hodnoty dosáhne nejméně finančního limitu stanoveného prováděcím právním předpisem pro jednotlivé kategorie zadavatelů, oblasti a druhy veřejných zakázek, případně kategorie dodávek nebo služeb. Tento prováděcí právní předpis stanoví rovněž seznam zboží pořizovaného Českou republikou - Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a výši tohoto limitu.
221. Podle ustanovení § 2 odst. 4 písm. a) nařízení vlády č. 77/2008 Sb., o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořizovaného Českou republikou - Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou měnu, finanční limit podle ustanovení § 12 odst. 1 zákona v případě veřejných zakázek na dodávky (i na služby) činil 10 021 000 Kč, resp. činí 10 489 000 Kč (dle účinného znění) pro zadavatele uvedené v ustanovení § 2 odst. 6 zákona (sektorová zadavatelé).
222. Podle ustanovení § 13 odst. 1 zákona se předpokládanou hodnotou veřejné zakázky pro účely tohoto zákona rozumí zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky, který je zadavatel povinen stanovit pro účely postupu v zadávacím řízení před jeho zahájením. Při stanovení předpokládané hodnoty je vždy rozhodná cena bez daně z přidané hodnoty.
223. Podle ustanovení § 19 odst. 1 zákona postupuje sektorový zadavatel podle tohoto zákona pouze v případě nadlimitních veřejných zakázek zadávaných v souvislosti s výkonem relevantní činnosti.
224. Podle ustanovení § 98 odst. 1 zákona může zadavatel rozdělit veřejnou zakázku na části, připouští-li to povaha předmětu veřejné zakázky.
225. Podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. d) zákona Úřad návrh zamítne, pokud návrh nesměřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle tohoto zákona v zadávacím řízení nebo v soutěži o návrh.
226. S ohledem na argumentaci zadavatele i vybraného uchazeče, že předmětná Dohoda o proběhu lokomotiv (a logicky tedy ani její jednotlivé Přílohy, jež oba uvedené účastníci vůbec nepovažují za samostatné smlouvy) nepodléhá regulaci zákona, považuje Úřad za

⁸ Text ustanovení bez obsahu hranatých závorek odpovídá znění účinnému do 31. 12. 2013, naopak text včetně obsahu hranatých závorek odpovídá znění účinnému od 1. 1. 2014.

nutné, vzhledem ke své povinnosti vypořádat se s argumenty účastníků řízení, zabývat se samotnou povahou Dohody o proběhu lokomotiv jako veřejné zakázky. Úřad tvrzení zadavatele a vybraného uchazeče zhodnotil a po zvážení všech rozhodných skutečností konstatuje, že považuje Dohodu o proběhu lokomotiv, jakož i jednotlivé Přílohy k Dohodě (viz bod 156. odůvodnění tohoto rozhodnutí), za veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 7 zákona. Úřad tedy zdůrazňuje, že i obsah plnění vymezeného první a druhou Přílohou 1 k Dohodě představuje samostatné veřejné zakázky. K uvedenému konstatuje Úřad následující.

227. Gramatickým výkladem ustanovení § 7 zákona lze konstruovat několik podstatných znaků veřejné zakázky, čímž se již v minulosti zabýval i Krajský soud v Brně, když ve svém rozsudku ze dne 2. 2. 2011, č. j. 62 Ca 25/2009-159 konstruuje šest následujících podmínek, jež musí být kumulativně naplněny, aby se jednalo o veřejnou zakázku ve smyslu zákona:
1. podmínka – musí se jednat o smluvní vztah mezi zadavatelem (který je vymezen v ustanovení § 2 zákona) a dodavatelem, popř. více dodavateli;
 2. podmínka – předmětem veřejné zakázky musí být dodávky, služby nebo stavební práce;
 3. podmínka – zadavatel musí požadovat získání plnění veřejné zakázky;
 4. podmínka – plnění zadavateli musí poskytovat dodavatel;
 5. podmínka – dodavatel požaduje za své plnění úplatu a
 6. podmínka – úplatu poskytuje zadavatel.
228. Již výše Úřad uvedl, že vztah mezi zadavatelem a vybraným uchazečem (dodavatelem) je založen na smluvní bázi, konkrétně na Dohodě z roku 2008, resp. na jejích jednotlivých Přílohách, které Úřad na základě výše předestřené argumentace považuje za samostatné smlouvy. Pro účely vedeného správního řízení se konkrétně jedná o první a druhou Přílohu 1 k Dohodě.
229. Úřad se v této souvislosti zabýval i povahou společnosti České dráhy, a.s. (zadavatele), jakož i vybraného uchazeče, jako zadavatelů ve smyslu ustanovení § 2 zákona a dospěl k závěru, že lze považovat za sektorové zadavatele podle ustanovení § 2 odst. 6 zákona ve spojení s ustanovením § 4 odst. 1 písm. f) zákona, neboť vykonávají činnost související s poskytováním či provozováním dopravních sítí poskytujících službu veřejnosti v oblasti drážní dopravy. Úřad dále uvádí, že povaha zadavatele a vybraného uchazeče jako sektorových zadavatelů je mezi účastníky řízení nesporná. První podmínku tak Úřad pokládá za naplněnou.
230. Pro zodpovězení otázky, zda je naplněna i druhá výše uvedená podmínka (předmětem veřejné zakázky musí být dodávky, služby nebo stavební práce) je nejprve nutné analyzovat plnění z Dohody o proběhu lokomotiv, resp. jejích jednotlivých Příloh. Je však potřeba zdůraznit, že samotná Dohoda o proběhu lokomotiv, včetně Příloh, a následné plnění z této Dohody a Příloh jsou ve vzájemném rozporu. Proto Úřad podrobně vymezil povahu a účel Dohody a Příloh (i s ohledem na UIC-Kodex). Povaha a účel Dohody a Příloh budou následně konfrontovány s realitou faktického plnění, které bylo a je zajišťováno první a druhou Přílohou 1, společně platnými od 15. 12. 2013 do 13. 12. 2014.

231. Dohody, sjednáváné v rámci spolupráce uvnitř UIC, bývají uzavírány na základě UIC-Kodexů, tedy vnitřních předpisů organizace. Projednávaná Dohoda o proběhu lokomotiv, jakož i její Přílohy, byla uzavřena na základě UIC-Kodexu 471 - 1 VE, 5. vydání, únor 2001, který je Úřadu znám v českém překladu, doručeném mu v průběhu předchozího správního řízení S336/2013/VZ dne 20. 6. 2013 jako příloha vyjádření zadavatele ze dne 19. 6. 2013 (a označeném spolu s Dohodou o proběhu lokomotiv jako „zadávací dokumentace“). Tento UIC-Kodex tvoří podklady i tohoto rozhodnutí a je součástí správního spisu.
232. UIC-Kodex slouží jako zastřešující předpis pro koordinaci postupů v mezinárodní dopravě mezi dvěma a více členskými železnicemi, přičemž samotná koordinace se realizuje na základě konkrétních dohod, upravujících jednotlivá práva a povinnosti konkrétních smluvních stran. Jedním ze základních principů dohod podle UIC-Kodexu je princip vyrovnanosti výkonů, zakotvený v kapitole 2. 2. UIC-Kodexu nesoucí název „Vyrovnávka výkonů“ a podle níž „[z]účastněné železnice usilují o dosažení bilaterální nebo multilaterální vyrovnávky těchto výkonů“ (ustanovení bodu 2. 2. 2. věty druhé UIC-Kodexu). Až v případě nemožnosti vyrovnání v naturální podobě přichází vyrovnání v podobě peněžitého plnění, považující se za výjimku z pravidla (ustanovení bodu 2. 2. 4. UIC-Kodexu), jíž je nutno vykládat restriktivně. Úřad tedy shrnuje, že podle základního principu Dohod uzavíraných v režimu UIC-Kodexu mají všechny zúčastněné strany směřovat primárně k vyrovnanosti výkonu, a až v případě, že jej nelze dosáhnout, volit jako mimořádný prostředek peněžité vyrovnání.
233. V souladu s uvedeným generálním principem dohod podle UIC-Kodexu stanovuje Dohoda o proběhu lokomotiv, respektive její článek 2 odst. 1, že „[Ú]čelem této Dohody je vzájemné nasazování lokomotiv v přeshraniční dopravě na principu vyrovnanosti výkonů“.
234. Konkrétní podobu vzájemného nasazení stanoví strany vždy zvlášť pro určené období, odpovídající období platnosti příslušného jízdního řádu. Děje se tak na základě výše citovaného ustanovení článku 2 odst. 6 Dohody o proběhu lokomotiv. Dohoda o proběhu lokomotiv představuje rámec, zakotvující pravidla pro sjednávání objemu vzájemných výkonů na konkrétní období vymezené zpravidla platností aktuálního jízdního řádu, k čemuž dochází vždy novým sjednáváním Přílohy 1 (konkrétní objem vzájemného plnění) a Přílohy 2 (náhradní nákladová sazba: cena za kilometr v případě vyrovnání plnění v penězích). Příloha 2 je sjednávána obvykle na období dvou kalendářních roků.
235. Úřad k Dohodě o proběhu lokomotiv uzavírá, že se jedná o Dohodu, představující platformu pro každoroční sjednávání plnění spočívajícího ve vzájemném nasazování lokomotiv v přeshraniční dopravě na principu vyrovnanosti výkonů v závislosti na jízdním řádu.
236. Poté, co Úřad definoval povahu a účel Dohody o proběhu lokomotiv, přistoupil ke konfrontaci této povahy a účelu s realitou plnění z Dohody resp. jejích Příloh, v projednávaném případě. Úřad posoudil plnění z Dohody ve znění první a druhé Přílohy 1 společně platných od 15. 12. 2013 do 13. 12. 2014, přičemž považuje za nutné konstatovat, že předmětem rozhodnutí nejsou plnění z Dohody proběhlé v minulých letech (na základě předchozích uzavřených Příloh 1 a 2).
237. Úřad konstatuje, že základní účel Dohody o proběhu lokomotiv – vyrovnanost výkonů – není při faktické realizaci v projednávaném případě plněn. Celková bilance vzájemných plnění je v hrubém nepoměru, přičemž vybraný uchazeč dodává dle první Přílohy 1 plnění vyčíslené

na 552 356, 35 EUR (plnění nazvané jako „vozidla“), zatímco zadavatel dodává plnění vyčíslené na 78 511,04 EUR (nazváno jako „vozidla“, „čištění lokomotiv“ ve výši 2 450 EUR není započítáváno – viz bod 8. tohoto rozhodnutí). Celková bilance představuje -473 845,31 EUR v (ne)prospěch zadavatele (poměr 87,5 : 12,5 v neprospěch zadavatele). Dle druhé Přílohy 1 pak vybraný uchazeč dodává plnění vyčíslené na 1 757 281,70 EUR („vozidla“), zatímco zadavatel dodává plnění vyčíslené na 446 273,28 EUR („vozidla“, „čištění lokomotiv“ ve výši 8 200 EUR není započítáváno). Celková bilance představuje -1 311 008,42 EUR v (ne)prospěch zadavatele (poměr cca 80 : 20 v neprospěch zadavatele). Úřad k výše uvedenému dodává, že dle první a druhé Přílohy 1 zadavatel disponuje v rámci plnění z Dohody o proběhu lokomotiv pouze malým množstvím nasazených lokomotiv (řada 380 a 680) ve vztahu k množství lokomotiv, jimiž disponuje vybraný uchazeč (modely řady 1216 ÖBB a 1116 ÖBB, tj. Taurusy).

238. Úřad konstatuje, že výše popsané plnění neodpovídá základnímu účelu Dohody – snaze obou stran směřovat k vyrovnání výkonů. Peněžité vyrovnání je používáno jako pravidlo, ne jako nástroj pro vypořádání výjimky z pravidla – nevyrovnání výkonů. Ač k započtení vzájemných výkonů formálně dochází, reálná vyrovnání výkonů je fiktivní, s ohledem na fakt, že poskytování lokomotiv je v hrubém nepoměru, když značnou většinu spojů (cca 81 %) zajišťují lokomotivy Taurus poskytované vybraným uchazečem a zadavatel za takto poskytované lokomotivy platí. Za období jízdního řádu 2013/2014 (od 15. 12. 2013 do 13. 12. 2014) zadavatel, po vzájemném započtení výkonů, zaplatí za dodávky od vybraného uchazeče částku 1 784 853,73 EUR, což dle kurzu české koruny k euru, stanoveného Českou národní bankou ke dni uzavření obou Příloh 1 k Dohodě (ke dni 26. 2. 2014), který činil 27,330 Kč, představuje částku 48 780 052,44 Kč. Uvedené Úřad konstatuje nikoliv za účelem posouzení kvality Dohody o proběhu lokomotiv či Příloh jako soukromoprávních úkonů, ale toliko z důvodu naplnění účelu správního řádu, jímž je zjištění úplného skutkového stavu Úřadem. Právě povaha Dohody, resp. Příloh je totiž rozhodující pro závěr Úřadu ohledně jejich povahy jako veřejných zakázek.
239. K otázce naplnění druhé podmínky Úřad shledal následující rozhodné skutečnosti. Peněžité plnění představuje vyrovnání výkonů v penězích po vzájemném započtení výkonů vozidel (lokomotiv) obou účastníků Dohody a jejich Příloh (celková bilance vzájemných plnění je v hrubém nepoměru, když přes 81 % spojů zajišťují lokomotivy Taurus vybraného uchazeče). Plnění spočívá ve službách a především dodávkách, konkrétně v úplatném poskytnutí lokomotiv.
240. Plnění spočívající v poskytnutí lokomotiv, přičemž přes 77 % z toho je poskytnutí úplatné, neboť v této rozhodující části již nedochází k vzájemnému započtení, svým charakterem odpovídá pořízení věci ve smyslu ustanovení § 8 odst. 1 zákona. Konkrétně se jedná o nájem zboží, resp. pacht zboží, v závislosti na účinné právní úpravě, vzhledem ke zpětné platnosti první Přílohy 1. Na základě výše popsaného reálného plnění z Dohody a jejich Příloh Úřad konstatuje, že se jedná o smlouvy, jejichž předmět plnění vykazuje ve smyslu ustanovení § 8 odst. 1 a 2 zákona znaky úplatného poskytnutí dodávek. V části plnění (poskytnutí lokomotiv zadavateli), za něž zadavatel platí vybranému uchazeči, se tedy jedná o veřejnou zakázku, jejímž předmětem je plnění obdobné úplatnému poskytnutí dodávek. Projednávaná Dohoda, jakož i Přílohy, naplňují i druhou podmínku pro existenci veřejné zakázky, resp. zakázek.

241. Z Dohody a Příloh, včetně první a druhé Přílohy 1, vyplývá, že podstatou výše specifikované úplatné části smluvního vztahu je objednávka na „vozidla“. Zadavatel tak požaduje získání plnění spočívajícího v úplatném pořízení lokomotiv Taurus (3. podmínka), které zadavateli dodává (zajišťuje) vybraný uchazeč (4. podmínka). Nad rámec vzájemného odpočtu (v případě první a druhé Přílohy 1) je z Příloh zadavatel zavázán vybranému uchazeči poskytnout úplatu v celkové hodnotě 1 784 853,73 EUR (4. a 5. podmínka). Z textu smluv, z objednávky vozidel (nad rámec vzájemného odpočtu), Úřad dospěl k závěru, že podmínky 3. až 6. pro existenci veřejné zakázky jsou naplněny.
242. Úřad uzavírá, že s ohledem na výše uvedenou argumentaci a vzhledem k naplnění všech šesti podmínek, jejichž kumulativní splnění je rozhodné pro existenci veřejné zakázky ve smyslu zákona (viz bod 227. tohoto rozhodnutí), má Úřad za prokázané, že Dohoda o proběhu lokomotiv, včetně jejích Příloh, jsou veřejnými zakázkami ve smyslu ustanovení § 7 zákona. První a druhá Příloha 1, jejichž obsah je determinován rámcem Dohody, ob stojí, jak již Úřad několikrát uvedl výše, coby smlouvy na samostatné veřejné zakázky. Za účelem vypořádání se s argumentací zadavatele, jakož i dostatečné přezkoumatelnosti rozhodnutí považoval Úřad za účelné osvětlit právní povahu Dohody, jež měla vliv na reálné plnění na základě první a druhé Přílohy 1.
243. Úřad se dále zabýval specifikací veřejných zakázek – první a druhá Příloha 1 k Dohodě, přičemž konstatuje následující. Vzhledem k faktu, že se jedná o sektorového zadavatele dle ustanovení § 2 odst. 6 zákona, zkoumal Úřad výši předpokládané hodnoty veřejných zakázek za účelem určení, o jaký typ veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 7 odst. 3 zákona se jedná. Určení typu zakázky je rozhodné z hlediska pravidla podávaného z ustanovení § 19 odst. 1 zákona, stanovujícího, že sektorový zadavatel postupuje dle zákona pouze v případě nadlimitních veřejných zakázek. Finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku (podle ustanovení § 12 odst. 1 zákona) dle výše citovaného ustanovení § 2 odst. 4 písm. a) nařízení vlády č. 77/2008 Sb. činil 10 021 000 Kč, resp. činí 10 489 000 Kč (dle účinného znění) pro zadavatele uvedené v ustanovení § 2 odst. 6 zákona (sektoroví zadavatelé).
244. Předpokládanou hodnotu projednávané veřejné zakázky, resp. zakázek, Úřad stanovil tak, že z údajů uvedených v první a druhé Příloze 1 k Dohodě určil objem peněžitého plnění plynoucího od zadavatele vybranému uchazeči (viz body 9. a 10. tohoto rozhodnutí). Finanční objem plnění uvedeného v první Příloze 1, po vzájemném započtení dodávek objednaných oběma smluvními stranami, činí 473 845,31 EUR. Dle kurzu české koruny k euru, stanoveného Českou národní bankou ke dni uzavření první Přílohy 1 k Dohodě (tedy ke dni 26. 2. 2014), který činil 27,330 Kč, se jedná o částku 12 950 192,32 Kč. V případě první Přílohy 1 se tak jedná o nadlimitní veřejnou zakázku.
245. Finanční objem plnění uvedeného ve druhé Příloze 1, po vzájemném započtení dodávek objednaných oběma smluvními stranami, činí 1 311 008,42 EUR. Dle kurzu české koruny k euru, stanoveného Českou národní bankou ke dni uzavření druhé Přílohy 1 k Dohodě (tedy ke dni 26. 2. 2014), který činil 27,330 Kč, se jedná o částku 35 829 860,12 Kč. V případě druhé Přílohy 1 se taktéž jedná o nadlimitní veřejnou zakázku.
246. Úřad tak na základě výše řečeného považuje uzavření první a druhé Přílohy 1, jejichž předmětem je úplatné pořízení (zajištění) lokomotiv Taurus pro zadavatele vybraným uchazečem, za dvě samostatné veřejné zakázky. Pro zjednodušení následujícího textu však

Úřad označuje obě související veřejné zakázky souhrnným pojmem „veřejná zakázka“. Důsledné dělení na dvě veřejné zakázky je v kontextu předmětného řízení relevantní až z pohledu výpočtu horní hranice možné pokuty dle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona (10 % z ceny veřejné zakázky), jež lze udělit za spáchání správního deliktu dle zákona (viz body 350. a následující odůvodnění tohoto rozhodnutí).

247. Úřadu nezbyvá než uzavřít, že návrh podaný Úřadu navrhovatelem dne 2. 10. 2013 směřuje proti postupu, který je zadavatel povinen dodržovat podle zákona (o veřejných zakázkách) v zadávacím řízení, neboť se jedná o veřejnou zakázku, z čehož mj. plyne, že není dán důvod pro aplikaci ustanovení § 118 odst. 5 písm. d) zákona. Návrh navrhovatele tak nelze na základě tohoto ustanovení zákona zamítnout, jak mj. navrhuje zadavatel (viz bod 89. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
248. S otázkou povahy smluvního vztahu mezi zadavatelem a vybraným uchazečem souvisí i další námitky, vznesené oběma uvedenými účastníky, dle nichž se v případě spolupráce mezi uvedenými účastníky na základě první a druhé Přílohy 1 vycházejících z Dohody k proběhu lokomotiv nejedná o veřejnou zakázku. Každý z uvedených účastníků pro takový závěr uvádí relativně odlišné důvody, jež jsou však ve své podstatě velmi podobné.
249. Vybraný uchazeč argumentuje [viz bod 141. písm. b) odůvodnění tohoto rozhodnutí], že jeho spolupráce se zadavatelem na základě předmětné Dohody, resp. jejích Příloh, směřuje k vyrovnanějšímu a vyváženějšímu poměru, čímž má docházet k naplnění (naplňování) principu vyrovnanosti vzájemně poskytovaných výkonů, resp. principu naturální vyrovnávky. V rámci vzájemné výměny výkonů tak dle vybraného uchazeče dochází pouze k náhradě nutných nákladů, a proto nedochází k žádným plněním, transparentním ani skrytým, jimiž by si strany poskytovaly za vzájemné výkony zisk.
250. Poměrem, resp. vyrovnaností lokomotivních výkonů vzájemně poskytovaných vybraným uchazečem zadavateli, a naopak, se Úřad zabýval již výše v bodech 238. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí a došel k závěru, že ač k započtení vzájemných výkonů formálně dochází, reálná vyrovnanost výkonů je fiktivní, s ohledem na fakt, že poskytování lokomotiv je v hrubém nepoměru, když značnou většinu spojů (cca 87,5 %, resp. 80 %) zajišťují lokomotivy Taurus poskytované vybraným uchazečem a zadavatel za takto poskytované lokomotivy platí. Za období jízdního řádu 2013/2014 (od 15. 12. 2013 do 13. 12. 2014) zadavatel, po vzájemném započtení výkonů, zaplatí za dodávky od vybraného uchazeče částky 473 845,31 EUR (12 950 192,32 Kč) za období od 15. 12. 2013 do 28. 2. 2014 a 1 311 008,42 EUR (35 829 860,12 Kč) za období od 1. 3. 2014 do 13. 12. 2014.
251. Z výše uvedeného vyplývá, že poměr vzájemně poskytovaných lokomotivních výkonů je vyrovnanější ve vztahu k předchozím obdobím, zároveň však v této souvislosti Úřad upozorňuje, že v předchozích obdobích od konce roku 2008 do konce jízdního řádu 2012/2013, do dne 14. 12. 2013, činil uvedený poměr vzájemně poskytovaných lokomotivních výkonů 0 % ku 100 % v neprospěch zadavatele. Zadavatel tedy neposkytoval žádné lokomotivní výkony a platil vybranému uchazeči, jenž naopak poskytoval veškeré lokomotivní výkony vyplývající z předmětných Příloh 1 k Dohodě.
252. Úřad tedy konstatuje, že poměry vzájemně poskytovaných lokomotivních výkonů pro jednotlivá období jízdního řádu 2013/2014 vyplývající z první, resp. druhé Přílohy 1 jsou sice vyrovnanější a vyváženější ve srovnání s lety předešlými, nicméně v žádném případě nelze

hovořit o vyrovnanosti a vyváženosti při poměrech 12,5 % ku 87,5 %, resp. 20 % ku 80 % v neprospěch zadavatele. V důsledku toho má Úřad za to, že nedošlo k vybraným uchazečem namítanému naplnění principu vyrovnanosti vzájemně poskytovaných lokomotivních výkonů. V návaznosti na skutečnost, že dle první, resp. druhé Přílohy 1 má zadavatel po vzájemném započtení výkonů zaplatit za dodávky od vybraného uchazeče částky 473 845,31 EUR (12 950 192,32 Kč), resp. 1 311 008,42 EUR (35 829 860,12 Kč), nelze v žádném případě rozumně hovořit ani o naplnění principu naturální vyrovnávky, na němž je dle vybraného uchazeče založena jak Úmluva RIC (Úmluva o vzájemném používání osobních vozů) či Vyhláška UIC 471-1 (dále též „UIC kodex“), tak i samotná Dohoda o proběhu lokomotiv, konkrétně ustanovení článku 2 odst. 1, a na ni navazující první a druhá Příloha 1, ani o naplnění uvedeného principu vyrovnanosti lokomotivních výkonů

253. Zadavatel ve svých vyjádřeních ze dne 15. 4. 2014 (viz body 97. a 98. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a ze dne 2. 5. 2014 (viz bod 99. odůvodnění tohoto rozhodnutí) argumentuje, že není možné posuzovat Dohodu o proběhu lokomotiv a z ní vyplývající první a druhou Přílohu 1, uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, zcela izolovaně, ale je naopak nutné vztahy zadavatele v mezinárodní železniční dopravě posuzovat komplexně, tedy i z pohledu vztahů a dohod s ostatními zahraničními dopravci a partnery, se kterými zadavatel spolupracuje na bázi vzájemného poskytování výkonů (lokomotivních, vozových či personálních). Dle zadavatele tak je poskytování výkonů v mezinárodní přepravě se zahraničními železničními dopravci ze sousedních států, resp. platby za tyto výkony, jsou v celkovém pohledu pro zadavatele vyrovnané, resp. celkové saldo plateb je pro zadavatele pozitivní, tedy v jeho prospěch [viz bod 100. písm. b) odůvodnění tohoto rozhodnutí]. Zadavatel v této souvislosti odkazuje na přehled uskutečněných (plánovaných) plateb za výkony v mezinárodní dopravě v období od roku 2008 a Sdělení Komise o výkladových pokynech pro nařízení (ES) č. 1370/2007 o veřejných službách v přepravě cestujících po železnici a silnici, 2014/C 92/01.
254. Úřad k uvedené námitce zadavatele konstatuje, že již výše došel k jednoznačnému závěru, že spolupráce mezi zadavatelem a vybraným uchazečem vyplývající z první a druhé Přílohy 1, jejichž předmětem je úplatné pořízení (zajištění) lokomotiv Taurus pro zadavatele vybraným uchazečem, představuje veřejnou zakázku ve smyslu ustanovení § 7 zákona, konkrétně veřejnou zakázku ve smyslu ustanovení § 8 zákona (viz výše body 215. až 247. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
255. Jedná-li se tedy v daném případě o veřejnou zakázku realizovanou (v rozporu se zákonem) mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, je dle Úřadu zcela irelevantní namítaná obchodní bilance zadavatele s ostatními zahraničními dopravci a partnery, s nimiž zadavatel spolupracuje na bázi vzájemného poskytování výkonů. V důsledku se totiž jedná pouze o argument tvrzením, že v rámci smluvní spolupráce s vybraným uchazečem sice dochází k úplatnému poskytnutí dodávek či služeb, tedy k vynaložení veřejných prostředků zadavatelem, avšak toto vynaložení veřejných prostředků má být kompenzováno příjmy zcela jiných (finančních) prostředků v rámci spolupráce se zcela jinými právními subjekty než je vybraný uchazeč.
256. Úřad takovou argumentaci považuje za nesprávnou a z hlediska smyslu a účelu právní úpravy zadávání veřejných zakázek, tedy úpravy hospodářské soutěže *sensu lato*, za nepřijatelnou. V případě, že by Úřad na tuto argumentaci přistoupil, ztratila by právní

regulace zadávání veřejných zakázek (jak na vnitrostátní, tak i na komunitární úrovni) svůj smysl a podstatu, neboť dovedeno *ad absurdum* by každá veřejná zakázka, resp. každé plánované vynaložení veřejných prostředků mohlo být, minimálně formálně či účetně, kompenzováno příjmy jiných prostředků. Tímto postupem by mohlo docházet k evidentnímu obcházení zákona (o veřejných zakázkách), jakož i jeho smyslu a účelu, když by prostřednictvím tvrzené kompenzace mohlo, v lepším případě, docházet k umělému ponižování předpokládaných hodnot veřejných zakázek za účelem vyhnutí se povinnosti zadávat veřejnou zakázku postupem dle zákona např. ve smyslu ustanovení § 18 odst. 5 zákona, resp. v horším případě by všechny subjekty, jež jsou jinak zadavateli ve smyslu ustanovení § 2 zákona, měly možnost zákon zcela ignorovat, neboť by v podstatě k žádnému vynakládání veřejných prostředků fakticky nedocházelo.

K aplikaci zákona o veřejných zakázkách - k uplatnění některé z výjimek z povinnosti zadávat v režimu zákona o veřejných zakázkách

257. Než Úřad přistoupí k samotnému přezkumu zadávání předmětné veřejné zakázky v režimu zákona, považuje nejprve za nutné se vypořádat s tvrzeními zadavatele a vybraného uchazeče ohledně uplatnění jednotlivých namítaných výjimek z povinnosti postupovat při zadávání veřejné zakázky podle zákona o veřejných zakázkách [viz bod 100. písm. c) až e), resp. bod 141. písm. c) až f) odůvodnění tohoto rozhodnutí]. S námitkami, že se v šetřené věci vůbec nejedná o veřejnou zakázku [bod 100. písm. a) a b), resp. bod 141. písm. a) až b) odůvodnění tohoto rozhodnutí] se Úřad vypořádal již výše v textu tohoto rozhodnutí.
258. První tvrzenou výjimkou ze zákona je postup zadavatele, spolu s vybraným uchazečem, odpovídající výjimce dle ustanovení § 18 odst. 2 písm. h) zákona (resp. skutečnost, že primárním základem používání lokomotiv Taurus, a tedy právním základem Dohody, mají být příslušné mezinárodní úmluvy a dohody a legislativa Evropské unie), druhou výjimkou je postup zadavatele a vybraného uchazeče dle ustanovení § 19 odst. 7 písm. a) zákona, třetí pak výjimka tzv. *public-public cooperation*. Úřad se všemi tvrzenými výjimkami zabýval a po zhodnocení všech podkladů pro rozhodnutí shledal, že ani jedna z výjimek nedopadá na projednávaný případ zadávání veřejné zakázky na základě Dohody o proběhu lokomotiv, resp. jejích Příloh.
259. Podle ustanovení § 18 odst. 2 písm. h) zákona s výjimkou veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti není zadavatel povinen zadávat veřejné zakázky podle zákona o veřejných zakázkách rovněž tehdy, jestliže jsou zadávány podle zvláštních postupů či pravidel mezinárodní organizace.
260. K výjimce podle ustanovení § 18 odst. 2 písm. h) zákona Úřad uvádí, že zákon stanovuje pro aplikaci výjimky ze zadávání v režimu zákona (o veřejných zakázkách) povinnost kumulativního naplnění dvou zákonných požadavků – zakázka je zadávána na základě zvláštních postupů či pravidel a zároveň tyto postupy či pravidla vytvořila mezinárodní organizace ve smyslu mezinárodního práva veřejného.
261. K první podmínce týkající se mj. vynakládání prostředků konstatuje Úřad následující. Smyslem ustanovení zákona je postihnout situace, kdy mezinárodní organizace vynakládá svoje prostředky prostřednictvím veřejného zadavatele. Vynakládání prostředků mezinárodní organizace by bylo *de facto* veřejnou zakázkou, zákonodárce [na základě transpozice a implementace ustanovení článku 22 písm. c) sektorové směrnice] však

v případě, že nejsou vynakládány veřejné prostředky ze státního rozpočtu, ale z rozpočtu mezinárodní organizace, zakotvil do zákona výjimku. Zákonodárce předpokládá, že mezinárodní organizace má sama vlastní pravidla pro zadávání veřejných zakázek, a proto nepovažoval za nutné, aby byla ještě podřízena zákonu o veřejných zakázkách. Tím zároveň brání možným konfliktům mezi pravidly mezinárodní organizace a právní úpravou v zákoně, přičemž nerezignuje na kontrolu vynakládání prostředků z veřejných rozpočtů – a to z toho důvodu, že zde k jejich vynakládání vůbec nedochází.

262. Ke stejnému závěru, k jakému došel Úřad tímto teleologickým výkladem, dochází v dané věci i akademická obec: „...bez ohledu na oblast, v jaké jsou veřejné zakázky zadávány, se zákon nepoužije také tehdy, pokud se veřejné zakázky zadávají podle pravidel stanovených mezinárodními organizacemi. Jde o takové zakázky, které jsou plně financovány z prostředků pocházejících z mezinárodních organizací, které si pro jejich zadání stanoví vlastní pravidla včetně konkretizace zadávacích postupů“.⁹
263. (Závazky)„...které jsou financovány z prostředků různých mezinárodních organizací. Tyto si stanovují vlastní pravidla, jak je má příjemce vydávat, a to i v případě, kdy je příjemce veřejný zadavatel. Tato pravidla mohou být „přísnější“ i „měkčí“ než je rámeček stanovený v zákoně o veřejných zakázkách“.¹⁰
264. Vzhledem ke skutečnosti, že v šetřeném případě jsou vynakládány prostředky zadavatele, nikoli prostředky jakékoli mezinárodní organizace ve smyslu ustanovení § 18 odst. 2 písm. h) zákona, tedy ani vybraným uchazečem zmíněné Forum Train Europe (viz body 128. tohoto rozhodnutí, nelze v dané věci aplikovat výjimku dle citovaného ustanovení zákona. Úřad se však pro přehlednost zabýval i podstatou a případným ne/naplněním druhé formulované podmínky.
265. Druhou podmínkou pro použití projednávané výjimky je povaha organizace, podle jejíchž pravidel je zakázka zadávána – musí se jednat o mezinárodní organizaci. Pojem mezinárodní organizace je pojem mezinárodního práva veřejného a je jím myšlena mezinárodní organizace mezistátní povahy. Malenovský mezinárodní organizace mezistátní povahy definuje tak, že jimi rozumíme „sdržení států, která na základě právního aktu, jímž byla zřízena, trvale vykonávají určité úkoly pro členské státy, a to vlastním jménem a vlastními orgány.“¹¹ Podstatnými znaky mezinárodní organizace jsou tedy státy jako tvůrci této organizace a dále trvalost její existence.
266. Úřad zkoumal povahu Mezinárodní železniční unie (UIC), přičemž vycházel ze statutu UIC (Statutes of the UIC), který je součástí správního spisu. Dle statutu, respektive jeho ustanovení článku 1 odst. 1, je UIC neziskovou mezinárodní obchodní asociací, založenou (zapsanou) podle francouzského práva („*The International Union of Railways (UIC) is a non-profit international trade association registered under French law.*“). Úřad má tedy za prokázané, že UIC není mezinárodní organizací mezistátní povahy, ale soukromoprávní organizací (ač působící mezinárodně a sdružující subjekty z různých zemí) inkorporovanou podle francouzského práva.

⁹ RAUS, David. Zákon o veřejných zakázkách: komentář. Praha: Linde, 2007, str. 133.

¹⁰ JURČÍK, Radek. Zákon o veřejných zakázkách: komentář. 3. vyd. V Praze: C. H. Beck, 2012, xviii, str. 178.

¹¹ MALENOVSKÝ, Jiří. Mezinárodní právo veřejné: jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému. 5., podstatně upr. a dopl. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2008, str. 146.

267. Úřad výše uvedený výklad ustanovení § 18 odst. 2 písm. h) zákona o veřejných zakázkách aplikoval na projednávanou veřejnou zakázku – Dohodu o proběhu lokomotiv a na základě jejího rámce vystavěné první a druhé Přílohy 1 – a dospěl k závěru, že se uvedená výjimka z povinnosti zadavatele zadávat v režimu zákona o veřejných zakázkách na první a druhou Přílohu 1, a potažmo i na Dohodu, nevztahuje. Úřad tak rozhodl především z toho důvodu, že UIC není mezinárodní organizací ve smyslu mezinárodního práva veřejného, a zároveň při plnění z Dohody a první a druhé Přílohy 1 není peněžitě plnění, které plyne od zadavatele k vybranému uchazeči, vynakládáním prostředků UIC. Z toho důvodu zadavatelem tvrzenou výjimku nezakládá ani Úmluva RIC (Úmluva o výměně a používání osobních vozů v mezinárodní dopravě) či další pravidla v rámci UIC (UIC-Kodex). Ostatně, podle pravidel UIC mají všichni účastníci směřovat k tomu, aby k žádnému peněžitému plnění docházet nemuselo a pokud k němu dojde, slouží k vyrovnání objemu plnění mezi účastníky smlouvy. Již ze samotné podstaty tohoto plnění jako vyrovnání se mezi stranami je dle Úřadu zřejmé, že každá ze stran Dohody a potažmo první a druhé Přílohy 1 vynakládá v případném peněžitém vyrovnání svoje vlastní prostředky, a ne prostředky UIC.
268. Zadavatel dále namítá, že právním základem používání lokomotiv Taurus, a tedy právním základem Dohody, má být Úmluva o mezinárodní železniční přepravě (COTIF), včetně jejího Přípojkou D, přijatá v rámci Mezivládní organizace pro mezinárodní železniční přepravu (OTIF).
269. Obecným cílem Úmluvy o mezinárodní železniční přepravě (dále též „COTIF“ či „Úmluva“), přijaté v rámci Mezivládní organizace pro mezinárodní železniční přepravu (dále též „OTIF“), je dle jejího ustanovení článku 2 § 1 všestranně podporovat, zlepšovat a usnadňovat mezinárodní železniční přepravu. Úmluva však pouze stanovuje rámec spolupráce, přičemž nezakládá vznik konkrétních práv a povinností týkajících se pořízování (zajišťování) lokomotiv pro přeshraniční železniční přepravu. Pokud by Dohoda o proběhu lokomotiv měla svůj právní základ skutečně v této Úmluvě, jak tvrdí zadavatel, měla by Dohoda obsahovat alespoň elementární zmínku či odkaz na tento právní dokument, což však neobsahuje.
270. Tento předpoklad mj. vyplývá i z ustanovení článku 3 § 1 Úmluvy, jenž stanoví: *„Členské státy se zavazují, že svou mezinárodní spolupráci v oboru železniční dopravy související s úkoly, které jsou Organizaci přiděleny na základě článků 2 a 4, zásadně soustředí v Organizaci. K dosažení tohoto cíle učiní členské státy všechna nutná a účelná opatření, aby stávající multilaterální mezinárodní úmluvy a dohody, jejichž smluvními stranami jsou, byly náležitě uzpůsobeny, pokud se tyto úmluvy a dohody týkají mezinárodní spolupráce v železniční dopravě a jsou-li v nich jiným mezivládním nebo nestátním organizacím přiděleny úkoly, které se překrývají s úkoly Organizace“.*
271. Úřad má tedy za to, vzhledem k tomu, že Dohoda (ani její Přílohy) není uzavřena či dodatečně soustředěna v režimu Úmluvy, že nelze považovat Úmluvu za právní základ Dohody, jak tvrdí zadavatel. Důvodem je především skutečnost, že závazek podávaný z ustanovení článku 3 § 1 Úmluvy (viz výše) je závazkem členských států Úmluvy, nikoli obchodních společností, jimiž zadavatel i vybraný uchazeč nepochybně jsou, jak plyne z jejich právní formy. Zadavatel dále odkazoval na Přípojek D k Úmluvě jako její součásti, o němž shodně platí výše řečené. Nad rámec této argumentace však Úřad přezkoumal argumentaci Přípojkem D k Úmluvě i po věcné stránce.

272. Dle ustanovení článku 1 Přípojku D, upravujícího rozsah platnosti, platí tyto jednotné právní předpisy pro dvoustranné nebo vícestranné smlouvy o užívání železničních vozů jako přepravních prostředků k provádění přeprav podle Jednotných právních předpisů CIV a Jednotných právních předpisů CIM.
273. Ustanovení článku 2 se pak věnuje výkladu pojmů, přičemž dle písm. b) je pod pojmem „vůz“ nutno rozumět „vozidla pojíždějící bez vlastního pohonu na vlastních kolech po železničních kolejích“. Jinými slovy se jedná o netrakovní vozy, tedy nikoli o lokomotivy.
274. Na závěr projednání této konkrétní výjimky Úřad dodává, že předmět správního řízení nesměruje k otázce určení právního základu předmětného smluvního vztahu, představovaného Dohodou a jejími Přílohami, nýbrž ke konkrétnímu pořízení, zajištění či opatření lokomotiv Taurus zadavatelem od vybraného uchazeče, tedy obsah zadavatelova požadavku a faktickou povahu a obsah jednotlivých úkonů, prostřednictvím kterých byl předmětný zadavatelův požadavek uspokojen. K povaze a okolnostem smluvního vztahu se ve výše citovaném rozsudku ze dne 2. 2. 2011, č. j. 62 Ca 25/2009-159 podrobněji vyjádřil Krajský soud v Brně, a to následujícím způsobem.
275. *„Povahu kontrahovaného smluvního vztahu z pohledu ZVZ [zákona] ... tedy konkrétně to, zda se jedná o veřejnou zakázku či nikoli, nelze posuzovat podle formy, která je k uspokojení požadavku zadavatele po konkrétním plnění zvolena, nýbrž podle materiálního obsahu zadavatelova požadavku a faktické povahy a obsahu jednotlivých úkonů, prostřednictvím kterých má být zadavatelův požadavek uspokojen. Z pohledu naplnění shora uvedených šesti podmínek (znaků veřejné zakázky) tedy není podstatné, jakým kontraktačním procesem je dosaženo uspokojení zadavatelova požadavku, nýbrž co je oním požadavkem, v čem má spočívat plnění ve prospěch zadavatele a v čem má spočívat protiplnění ze strany zadavatele. Není rozhodné, jaké smluvní typy mají být pro realizaci zadavatelova požadavku použity, ani není rozhodné, nakolik kombinovaná struktura jednotlivých smluvních vztahů, které mají sloužit k uspokojení zadavatelova požadavku, je využita, kolik subjektů do takových vztahů vstupuje a nakolik jsou jednotlivé vztahy atomizovány. Stejně jako může být zadavatelův požadavek realizován prostřednictvím formálně jednoduchého dvoustranného vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem, přichází v úvahu i realizace zadavatelova požadavku prostřednictvím komplikovaného, kombinovaného několikastranného vztahu, v němž se vyskytují i jiné subjekty než jen zadavatel a dodavatel“.*
276. Ve světle výše řečeného Úřad konstatuje, že ani Úmluva, ani její Příloha D nedopadají na projednávaný případ zadávání veřejné zakázky na základě Dohody o proběhu lokomotiv, resp. jejích Příloh.
277. Úřad dále přezkoumal druhou [body 101 a 142 sub d) odůvodnění tohoto rozhodnutí] zadavatelem a vybraným uchazečem tvrzenou výjimku z povinnosti postupovat při zadávání veřejné zakázky podle zákona (o veřejných zakázkách). Jedná se o výjimku pro sektorového zadavatele dle ustanovení § 19 odst. 7 písm. a) zákona, resp. ustanovení článku 23 odst. 4 písm. a) sektorové směrnice.
278. V souvislosti se svojí argumentací touto výjimkou vybraný uchazeč navrhnul, pro případ, že by měl Úřad pochybnosti o aplikovatelnosti uvedené výjimky, aby Úřad přerušil správní řízení a obrátil se dle ustanovení článku 267 SFEU s předběžnou otázkou na Soudní dvůr Evropské unie. Vybraný uchazeč má za to, že se jedná o otázku výkladu, resp. aplikace

sektorové směrnice, a Úřad je tedy oprávněn ke vznesení předběžné otázky (viz bod 131. tohoto rozhodnutí).

279. Dle ustanovení článku 267 SFEU má Soudní dvůr Evropské unie pravomoc rozhodovat o předběžných otázkách týkajících se:

a) výkladu Smluv,

b) platnosti a výkladu aktů přijatých orgány, institucemi nebo jinými subjekty Unie.

Vyvstane-li taková otázka před soudem členského státu, může tento soud, považuje-li rozhodnutí o této otázce za nezbytné k vynesení svého rozsudku, požádat Soudní dvůr Evropské unie o rozhodnutí o této otázce.

Vyvstane-li taková otázka při jednání před soudem členského státu, jehož rozhodnutí nelze napadnout opravnými prostředky podle vnitrostátního práva, je tento soud povinen obrátit se na Soudní dvůr Evropské unie.

280. Vyvstane-li taková otázka při jednání před soudem členského státu, které se týká osoby ve vazbě, rozhodne Soudní dvůr Evropské unie v co nejkratší lhůtě. Podle ustanovení § 19 odst. 7 písm. a) zákona se tento zákon dále nevztahuje na nadlimitní veřejné zakázky zadávané společně několika sektorovými zadavateli (dále jen „sdružený sektorový zadavatel“) v souvislosti s výkonem relevantní činnosti jednomu z těchto zadavatelů.

281. Podle ustanovení článku 23 odst. 4 písm. a) směrnice 2004/17/ES se tato směrnice nevztahuje na zakázky zadané společným podnikem výlučně tvořeným více zadavateli za účelem vykonávání činností ve smyslu ustanovení článků 3 až 7 jednomu z těchto zadavatelů.

282. Ustanovení článků 3 až 7 sektorové směrnice pak upravuje, analogicky k ustanovení § 4 zákona, do něž byla uvedena ustanovení směrnice implementována, relevantní činnosti, mezi něž patří: plyn, teplo, elektřina (čl. 3); voda (čl. 4); doprava (čl. 5); poštovní služby (čl. 6) a průzkum nebo těžba ropy, zemního plynu, uhlí nebo jiných pevných paliv a dále otázka přístavů a letišť (čl. 7).

283. Úřad v souvislosti s tímto návrhem vybraného uchazeče uvádí, v duchu doktríny *acte clair*, že nemá jakékoli pochybnosti o výkladu či aplikovatelnosti uvedené výjimky (jak vyplývá níže z bodů 291 až 303 odůvodnění tohoto rozhodnutí), resp. o výkladu či aplikovatelnosti ustanovení § 19 odst. 7 písm. a) zákona, jež je implementací ustanovení článku 23 odst. 4 písm. a) sektorové směrnice, v důsledku čehož zde není dán důvod pro přerušení správního řízení a postup dle ustanovení článku 267 SFEU druhého odstavce. Uvedená doktrína *acte clair* ve vztahu k institutu předběžné otázky vychází z ustálené judikatury ESD, především z rozhodnutí ze dne 6. 10. 1982, ve věci C-283/81 CILFIT proti Ministry of Health, bod 21.

284. Úřad se dále zabýval výjimkou samotnou. Zadavatel v rámci této výjimky odkázal na dva dokumenty, na Metodiku zadávání veřejných zakázek Ministerstva pro místní rozvoj, z níž citoval konkrétní text: „*Spojí-li se sektoroví zadavatelé za účelem společného výkonu relevantní činnosti, mohou použít zákonné výjimky a zadávat nadlimitní veřejné zakázky mimo režim zákona, pokud takové nadlimitní veřejné zakázky, související s výkonem relevantní činnosti, zadají jednomu z takto spojených sektorových zadavatelů (tedy zadání „dovnitř sdružení“)*“.

285. Druhým dokumentem, na nějž odkazuje i vybraný uchazeč, je pak „výkladové stanovisko Evropské komise“, s nímž má být aplikace zadavatelem namítané výjimky zcela v souladu. Dle zadavatele ze „stanoviska“ plyne závěr, že „na situaci, kdy 2 nebo více železničních společností (zadavatelé) vytvoří společný podnik za účelem provozu mezinárodní trasy osobní železniční dopravy“ a kdy „tento společný podnik zadá provozovateli železniční dopravy ve státě, kde trasa začíná, zakázku na pronájem kolejových vozidel po celou délku trasy“, přičemž „provozovatel železniční dopravy ve státě, kde trasa začíná, provozuje kolejová vozidla na svém území a další železniční společnosti je provozují každá na svém území“, Sektorová směrnice nepoužije. Nepoužije se tedy ani Zákon o VZ [zákon]“.
286. V souvislosti s výjimkou zakotvenou v ustanovení § 19 odst. 7 písm. a) zákona, je Úřad povinován nejprve vyložit text předmětného ustanovení zákona o veřejných zakázkách tak, aby o jeho významu a dopadu na šetřený případ nebylo pochyb.
287. Úřad naznal, že dotčené ustanovení zákona interpretuje ve světle a znění sektorové směrnice, která zakotvuje předmětnou výjimku pro sektorové zadavatele v čl. 23 odst. 4 písm. a) následovně: „Tato směrnice se nevztahuje na zakázky zadané společným podnikem výlučně tvořeným více zadavateli za účelem vykonávání činností ve smyslu článků 3 až 7 jednomu z těchto zadavatelů, ... “.
288. Úřad ve světle výše uvedeného znění sektorové směrnice konstatuje, že smyslem předmětného ustanovení je vyjmutí, z pravidel pro zadávání veřejných zakázek, právě takových zakázek, které jsou zadávány sdružením sektorových zadavatelů jako celkem jednomu z těchto zadavatelů, tedy jednomu z členů tohoto sdružení. Jedná se o obdobu „in-house“ zadávání, a proto by bylo v rozporu se smyslem regulace zadávání veřejných zakázek, aby se taková zakázka zadávala v režimu směrnice, tedy potažmo zákona o veřejných zakázkách.
289. Úřad dotčené ustanovení § 19 odst. 7 písm. a) zákona, při jeho výkladu v souladu s právem Evropské unie, konkrétně se sektorovou směrnicí, shledal, že zadavatelem a vybraným uchazečem namítaná výjimka se vztahuje na případy, kdy sdružení sektorových zadavatelů zadává veřejnou zakázku jednomu z členů sdružení.
290. Úřad následně aplikoval výše uvedený závěr na projednávaný případ a shledal, že veřejná zakázka – první a druhá Příloha 1 vymezené rámcem Dohody o proběhu lokomotiv – není veřejnou zakázkou zadávanou sdružením sektorových zadavatelů jednomu z členů tohoto sdružení sektorových zadavatelů, ale zakázkou zadávanou členy potenciálního sdružení mezi sebou, konkrétně zadanou zadavatelem vybranému uchazeči.
291. Skutečnost, že zadavatel a vybraný uchazeč danou výjimku reálně neaplikovali, jednoznačně vyplývá z označení a textu jak první a druhé Přílohy 1, tak i samotné Dohody o proběhu lokomotiv jako jejich právního rámce. Ve vztahu k dohodě výše řečené vyplývá již z titulní strany Dohody, jež nese text (v českém i německém jazyce): „Dohoda mezi Českými drahami [zadavatel] a Österreichischen Bundesbahnen [vybraný uchazeč] o vzájemné výměně lokomotivních výkonů, Dohoda o proběhu lokomotiv DoLV“. Na straně 2 jsou pak podrobněji vymezeny smluvní strany, mezi nimiž se Dohoda uzavírá. Z žádné části textu Dohody či první a druhé Přílohy 1 tak není nikterak patrné, že by jednou smluvní stranou bylo sdružení sektorových zadavatelů (představující zadavatele) a druhou stranou jeden z členů sdružení (představující vybraného uchazeče). Úřad zde tedy souhlasí s tvrzením navrhovatele,

že Dohodu, ani první a druhou Přílohu 1, nelze interpretovat tak, že by na jejich základě nebo v jejich souvislosti (pro účely jejich plnění) došlo ke vzniku sdružení mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, resp. osobou náležející do stejného podnikatelského uskupení (viz bod 114. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

292. Na titulní straně první a druhé Přílohy 1 se nachází následující text (opět v českém i německém jazyce): „Příloha 1 k dohodě o proběhu lokomotiv mezi ÖBB-TR [ÖBB-Traktion GmbH] a ČD [České dráhy, a.s.] platná od (první Příloha 1) 15. 12. 2013 (resp. druhá Příloha 1 od 1. 3. 2014). Obsahem první i druhé Přílohy 1 je pak „přehled o výkonech personálu a vozidel v mezinárodní osobní dopravě“ mající charakter přehledu vzájemných objednávek plnění, tedy úplatného pořízení (zajištění) lokomotiv. V první části přehledu je objednatelem vždy nejprve zadavatel a dodavatelem vybraný uchazeč, v druhé části přehledu je naopak objednatelem vybraný uchazeč a dodavatelem zadavatel. Po započtení vzájemného plnění je výsledkem objednávka zadavatele na plnění poskytované vybraným uchazečem ve výše uvedených částkách.
293. Ze stejných důvodů nelze přisvědčit argumentaci zadavatele odkazující na metodiku Ministerstva pro místní rozvoj, neboť konkrétní část, na níž zadavatel explicitně odkázal je pouhou interpretací výše vyloženého ustanovení § 19 odst. 7 písm. a) zákona. Nad to i zadavatelem citovaná výjimka stanoví, že se musí jednat o veřejnou zakázku zadávanou sdružením sektorových zadavatelů jednomu z členů tohoto sdružení sektorových zadavatelů, avšak Úřad výše prokázal, že takto první a druhá Příloha 1, ani samotná Dohoda, nejsou koncipovány.
294. Aplikaci výjimky formulované „výkladovým stanoviskem Evropské komise“ brání stejná překážka jako v předchozích případech, když Úřad prokázal, že nebyla splněna podmínka: „... společný podnik zadá provozovateli železniční dopravy ve státě, kde trasa začíná, zakázku ...“. V rámci šetřené veřejné zakázky neexistoval žádný společný podnik, který by někomu zadal veřejnou zakázku, neboť veřejná zakázka byla a je realizována na základě smluv uzavřených pouze mezi zadavatelem a vybraným uchazečem.
295. Ve vztahu k „výkladovému stanovisku“ Úřad konstatuje, že zadavatel i vybraný uchazeč se dopustili zcela chybného a nesprávného označení předmětného dokumentu, když tento není žádným oficiálním výkladovým stanoviskem, ale pouze e-mailovou zprávou obsahující osobní názor pisatele (Jaroslav Kračún), což jednoznačně vyplývá ze samotného textu e-mailu, na jehož konci je pod podpisem pisatele uvedeno: „*Názory vyjádřené v tomto e-mailu jsou mé osobní názory a v žádném případě nesmějí být vykládány jako vyjádření oficiálního stanoviska Evropské komise*“. Úřad v tomto dílčím ohledu uzavírá, že tvrzení zadavatele, že se jedná o výkladové stanovisko Evropské komise, není pravdivé, a mj. i z tohoto důvodu nemůže být schopno vyvolat zadavatelem i vybraným uchazečem předpokládané následky, tedy aplikaci výjimky pro sdružené sektorové zadavatele.
296. Na základě výše uvedeného, jakož i předložených argumentů, Úřad uzavírá, že zadavatelem a vybraným uchazečem namítaná výjimka dle ustanovení § 19 odst. 7 písm. a) zákona na projednávaný případ zadávání veřejné zakázky na základě Dohody o proběhu lokomotiv, resp. jejich Příloh, nedopadá, a to ani v kontextu metodiky Ministerstva pro místní rozvoj, resp. e-mailu vydávaného za výkladové stanovisko Evropské komise.

297. Úřad dále přezkoumal i výjimku dle ustanovení § 19 odst. 3 písm. b) zákona tvrzenou vybraným uchazečem [viz bod 141. písm. f) odůvodnění tohoto rozhodnutí], která částečně souvisí s výše vypořádanou výjimkou dle ustanovení § 19 odst. 7 písm. a) zákona.
298. Dle ustanovení § 19 odst. 3 písm. b) zákona se tento zákon při splnění podmínek uvedených v odstavci 4 tohoto ustanovení zákona nevztahuje na zadávání nadlimitních veřejných zakázek sektorovým zadavatelem, jestliže jsou zadávány společně několika sektorovými zadavateli za účelem výkonu relevantní činnosti výhradně osobě, která je přidruženou osobou ve vztahu alespoň k jednomu z těchto zadavatelů.
299. Dle ustanovení § 19 odst. 4 písm. a) zákona se podmínkami pro použití odstavce 3 tohoto ustanovení zákona rozumí v případě veřejných zakázek na dodávky skutečnost, že alespoň 80 % průměrného obrátu přidružené osoby týkající se příslušných dodávek za předchozí 3 roky je dosaženo poskytováním takových dodávek osobám, ve vztahu k nimž je přidruženou osobou.
300. Primární podmínkou pro aplikaci uvedené výjimky vyplývající z ustanovení § 19 odst. 3 písm. b) zákona je skutečnost, že veřejná zakázka je zadávána společně několika sektorovými zadavateli za účelem výkonu relevantní činnosti výhradně osobě, která je přidruženou osobou ve vztahu alespoň k jednomu z těchto zadavatelů. Jinými slovy na jedné straně musí vystupovat společně několik sektorových zadavatelů, kteří zadají veřejnou zakázku, za účelem výkonu relevantní činnosti, výhradně osobě, která je přidruženou osobou ve vztahu alespoň k jednomu z těchto zadavatelů.
301. Dle tvrzení vybraného uchazeče (viz bod 132. odůvodnění tohoto rozhodnutí) představují zadavatel spolu s Österreichische Bundesbahnen – Holding Aktiengesellschaft sektorové zadavatele, kteří předmětnou veřejnou zakázku zadali vybranému uchazeči jako osobě přidružené právě k Österreichische Bundesbahnen – Holding Aktiengesellschaft.
302. Vycházejí ze závěru ve vztahu k tvrzené výjimce dle ustanovení § 19 odst. 7 písm. a) zákona (viz výše body 290. až 292. odůvodnění tohoto rozhodnutí), dle něhož veřejná zakázka – první a druhá Příloha 1 vymezené rámcem Dohody o proběhu lokomotiv – není veřejnou zakázkou zadávanou sdružením sektorových zadavatelů jednomu z členů tohoto sdružení sektorových zadavatelů, ale zakázkou zadávanou členy potenciálního sdružení mezi sebou, konkrétně zadanou zadavatelem vybranému uchazeči, Úřad konstatuje, že v daném případě nemohla být a také nebyla naplněna ani primární podmínka pro aplikaci výjimky dle ustanovení § 19 odst. 3 písm. b) zákona (viz výše bod 300. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
303. Jedná-li se o veřejnou zakázku zadanou zadavatelem (České dráhy) vybranému uchazeči [Österreichische Bundesbahnen, Geschäftsbereich Traktion (nyní Österreichische Bundesbahnen - Produktion GmbH)], nemůže se jednat o zakázku zadanou společně několika sektorovými zadavateli výhradně osobě, která je přidruženou osobou ve vztahu alespoň k jednomu z těchto zadavatelů, jak mj. vyplývá i ze skutečností uvedených výše v bodech 276. a 277. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
304. Na základě výše uvedeného, jakož i předložených argumentů, Úřad uzavírá, že vybraným uchazečem namítaná výjimka dle ustanovení § 19 odst. 3 písm. b) zákona na projednávaný případ zadávání veřejné zakázky na základě Dohody o proběhu lokomotiv, resp. jejích Příloh, nedopadá. Nad rámec výše uvedeného pak Úřad doplňuje, že aplikovat nelze ani výjimku dle

ustanovení § 19 odst. 3 písm. a) zákona, neboť vybraný uchazeč evidentně nenaplnuje zákonné podmínky (dle ustanovení § 19 odst. 4 zákona) pro přidruženou osobu ve vztahu k zadavateli.

305. Úřad přistoupil i k přezkumu třetí [body 101 a 142 sub e) odůvodnění tohoto rozhodnutí] zadavatelem tvrzené výjimky z povinnosti postupovat při zadávání veřejné zakázky podle zákona o veřejných zakázkách, tzv. *public-public cooperation*.
306. Zadavatel v rámci této výjimky konkrétně tvrdí, že spolupráce zadavatele a vybraného uchazeče (veřejná zakázka) je vyňata z působnosti evropských zadávacích směrnic, a tedy i zákona. Zadavatel argumentuje judikaturou ESD, přičemž dle zadavatelova výkladu judikatury se „na spolupráci (výlučně) zadavatelů (bez účasti soukromého kapitálu) za účelem společného plnění veřejných úkolů či úkolů ve veřejném zájmu, kdy se zjevně nejedná o klasický zakázkový vztah, ve kterém jedna strana poskytuje plnění, za které druhá strana platí odměnu, ale dochází pouze k úhradě skutečných nákladů na zajištění fungování takové spolupráce, evropské zadávací směrnice nevztahují“ (viz vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 24. 10. 2013).
307. V této souvislosti zadavatel přímo odkazuje na dokument Evropské komise SEC(2011) 1169 ze dne 4. 10. 2011 s názvem „*Commission staff working paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities („public-public cooperation“)*“ (dále též „pracovní dokument Komise“), jenž byl vytvořen na základě iniciativy vzešlé z Evropského parlamentu za účelem rozšíření obecné povědomosti o problematice veřejných zakázek a prezentace přehledu judikatury ESD k této problematice, jak uvedl zadavatel (dokument je součástí správního spisu).
308. Úřad předmětný dokument prozkoumal a konstatuje, že v dokumentu předestřené výjimky z unijních pravidel zadávání veřejných zakázek na šetřenou veřejnou zakázku nedopadají. Úřad k tomu uvádí následující skutečnosti.
309. Přímou v textu pracovního dokumentu Komise, konkrétně v poznámce pod čarou č. 9 na str. 5 dokumentu, je konstatováno, že v dokumentu shrnuté výjimky z unijních zadávacích pravidel dopadají pouze na veřejné zadavatele, nikoli na veřejné podniky ve smyslu definice podávané sektorovou směrnicí.¹² Úřad se tedy nejprve zabýval právní povahou zadavatele (Českých drah, a.s.) ve vztahu k výše citované podmínce či výjimce podávané z pracovního dokumentu Komise, tedy zda je společnost České dráhy, a.s. (zadavatel) veřejným zadavatelem či veřejným podnikem ve smyslu citované výjimky [ve smyslu směrnice 2004/18¹³ a sektorové směrnice (směrnice 2004/17)].
310. Dle ustanovení článku 2 odst. 1 písm. a) sektorové směrnice, jakož i dle ustanovení článku 1 odst. 9 směrnice 2004/18, se pro účely těchto směrnic rozumí „veřejným zadavatelem“ stát, regionální nebo místní orgány, veřejnoprávní subjekty, sdružení tvořená jedním či více takovými orgány nebo jedním či více veřejnoprávními subjekty. „Veřejnoprávním subjektem“ se rozumí jakýkoli subjekt:

¹² „Given the subject - public-public co-operation - this note only addresses the behavior of "contracting authorities" within the meaning of Directive 2004/18/EC, not "public undertakings" within the definition of the Utilities Directive or private undertakings operating on the basis of special or exclusive rights as defined under Directive 2004/17/EC.“

¹³ Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES, ze dne 31. března 2004, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby.

- 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;
311. Pojem „veřejný zadavatel“ je českým překladem anglického výrazu „contracting authority“ užívaného v anglické verzi směrnice [viz ustanovení článku 2 odst. 1 písm. a) směrnice 2004/17/ES, resp. ustanovení článku 1 odst. 9 směrnice 2004/18 v anglickém znění].
312. Právní povahou či právním postavením společnosti České dráhy, a.s., v kontextu směrnice 2004/18 a sektorové směrnice, se Úřad již ve své předchozí rozhodovací praxi vyjádřil, a to konkrétně v rozhodnutí č. j. R039/2008/02-17578/2008/310-Hr ze dne 27. 8. 2008 (body 31. až 44. citovaného rozhodnutí). Úřad v tomto svém rozhodnutí došel k závěru, že společnost České dráhy, a.s., je veřejným zadavatelem ve smyslu shora uvedených směrnic, neboť byla založena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, byť se jedná o podnikatelský subjekt působící v tržním prostředí. Úřad při formulaci uvedeného závěru v citovaném rozhodnutí, nejen při řešení otázky průmyslového a obchodního charakteru potřeb veřejného zájmu, vyšel z judikatury ESD relevantní pro danou problematiku. Úřad tak konkrétně odkázal na rozsudek ESD ze dne 10. 11. 1998, ve věci C-360/96 Gemeente Arnhem a Gemeente Rheden v. BFI Holding, rozsudek ze dne 27. 2. 2033, ve věci C-373/00 Adolf Truley GmbH v. Bestattung Wien GmbH či rozsudek ze dne 22. 5. 2003, ve věci C-18/01 Korhonen a další.
313. Z dosavadní judikatury ESD zabývající se výkladem výjimky z aplikace evropských zadávacích směrnic (zde sektorová směrnice), resp. národních prováděcích zákonů, spočívající v „*public-public cooperation*“, tedy zvláštní spolupráci veřejných zadavatelů, shrnuté v pracovním dokumentu Komise, vyplývá, že dle obecného principu se i na spolupráci dvou veřejných zadavatelů příslušná unijní (dříve komunitární) úprava zadávání veřejných zakázek primárně aplikuje. Nicméně rozhodovací praxe ESD v oblasti veřejných zakázek došla k tomu, že za určitých okolností, povětšinou v závislosti na konkrétním případě, se unijní právo veřejných zakázek (a tedy ani národní prováděcí předpisy) neaplikují na spolupráci veřejných zadavatelů při společném plnění jejich veřejných úkolů ve veřejném zájmu.
314. Judikatura ESD konkrétně ustavila dvě větve výjimky spočívající v *public-public cooperation*, první se týká plnění veřejných úkolů vlastními zdroji veřejných zadavatelů, přičemž tato větev se dále dělí na tzv. vertikální (institucionalizovanou) spolupráci a horizontální (neinstitucionalizovanou) spolupráci veřejných zadavatelů. Druhá větev se pak týká plnění veřejných úkolů na základě zdrojů odlišných od daného veřejného zadavatele.
315. Podstatou vertikální spolupráce je existence samostatné právního subjektu, odlišného od veřejného zadavatele (tzv. *in-house* subjekt), jenž je ovládán veřejným zadavatelem, popř. několika spojenými veřejnými zadavateli. Spolupráce pak probíhá tak, že veřejný zadavatel či spojení veřejní zadavatelé zadají plnění úkolu ve veřejném zájmu onomu *in-house* subjektu. Tato podmínka však v rámci předmětné veřejné zakázky (zakázek)

naplněna nebyla, neboť smlouvy na veřejnou zakázku (zakázky) nebyly uzavřeny mezi veřejným zadavatelem (zadavatelem) a jím či jimi ovládaným *in-house* subjektem, nýbrž mezi dvěma zcela odlišnými veřejnými zadavateli (navíc z různých států), jak Úřad konstatoval již výše v bodech 284. až 296. odůvodnění tohoto rozhodnutí. V takovém případě nelze ani hovořit o tom, že k plnění úkolů dochází vlastními zdroji.

316. Podmínkami pro uplatnění horizontální spolupráce je pak to, že se za prvé jedná o spolupráci založenou na vzájemných právech a povinnostech, tedy odlišně od úplatné realizace plnění, jak je určující pro klasickou veřejnou zakázku (viz ustanovení § 7 odst. 1 zákona) a za druhé účel či cíl spolupráce v žádném případě nemá komerční povahu. Ani tyto podmínky nebyly v rámci předmětného vztahu mezi zadavatelem a vybraným uchazečem naplněny, neboť Úřad již výše dovedl (viz body 237. až 241. odůvodnění tohoto rozhodnutí), že v daném případě se jedná o úplatné poskytnutí dodávek ve smyslu ustanovení § 7 odst. 1 zákona. Stejně tak skutečnost, že zadavatel provozuje svoji činnost na trhu majícím i komerční povahu, na němž v přímé konkurenci soupeří se soukromými podnikateli, je překážkou pro aplikaci výjimky na základě horizontální spolupráce na šetřenou veřejnou zakázku (zakázky).
317. Podstatou plnění veřejných úkolů na základě zdrojů odlišných od daného veřejného zadavatele (druhá větev) je postup, kdy úkol ve veřejném zájmu, jenž je svěřen jednomu veřejnému zadavateli, je nakonec realizován na základě zdrojů odlišných od daného veřejného zadavatele. Úřad konstatuje, že ani tato podmínka nebyla naplněna, neboť zadavatel za plnění poskytované mu vybraným uchazečem platí, a to z vlastních zdrojů, jak Úřad uvedl již výše, např. v bodu 250. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
318. Na základě výše řečeného, jakož i předložených argumentů, Úřad uzavírá, že zadavatelem namítaná výjimka tzv. *public-public cooperation* na projednávaný případ zadávání veřejné zakázky na základě Dohody o proběhu lokomotiv, resp. jejích Příloh, z výše uvedených důvodů nedopadá.
319. Úřad uzavírá, že v projednávané veřejné zakázce neshledal žádnou ze zadavatelem tvrzených výjimek z povinnosti aplikovat zákon o veřejných zakázkách důvodnou. Zákon se na zadávání veřejné zakázky realizované na základě první a druhé Přílohy 1 (vymezených rámcem Dohody o proběhu lokomotiv) uplatní v plném rozsahu, v němž dopadá na sektorového zadavatele (viz bod 229. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
320. Úřad je přesvědčen, že opatření lokomotiv vhodných k vzájemnému nasazování v přeshraniční dopravě na principu vyrovnanosti výkonů bylo a je možno zadavatelem realizovat tak, aby nedocházelo k obcházení zákona (o veřejných zakázkách), a to i v rámci složité mezinárodní spolupráce zmiňované zadavatelem např. v jeho vyjádření ze dne 20. 3. 2013 (viz bod 93. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Příkladem možné realizace v souladu se zákonem by mohl být např. regulérní nájem, resp. pacht konkrétních lokomotiv použitelných k vzájemnému nasazování v přeshraniční dopravě na principu vyrovnanosti výkonů. Další logickou možností je přímo i nákup vhodných lokomotiv na základě veřejné zakázky standardně zadané postupy dle zákona. Koneckonců sám zadavatel přiznává, ve vyjádření ze dne 24. 10. 2014, že s takovým nákupem se do budoucna počítá, jednat by se mělo o lokomotivy vyráběné navrhovatelem, konkrétně o řady 380 a 680. Lokomotivy pořízené transparentním způsobem v souladu s postupy stanovenými zákonem by pak bylo

možno používat k vzájemnému nasazování v přeshraniční dopravě na principu vyrovnanosti výkonů, čímž by mohl být plně zajištěn provoz mezinárodní železniční dopravy na území České republiky. Prostřednictvím vzájemného nasazování však nelze obcházet pořízení lokomotiv postupem, který jako jediný je zákonem aprobován, neboť tím zároveň dochází i k nepřípustnému obcházení zákona, jemuž Úřad jako orgán dohledu má povinnost předcházet, resp. ho napravovat, či v krajním případě sankcionovat.

321. Úřadu v této souvislosti nezbyvá než uzavřít, že vzhledem k neexistenci výjimky z působnosti zákona vztahující se k předmětné veřejné zakázce je jednoznačně dána pravomoc (věcná příslušnost) Úřadu k přezkumu postupu zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky. Z této skutečnosti mj. plyne, že není dán důvod pro zastavení správního řízení z důvodu, že Úřad nemá dostatek pravomoci (věcné příslušnosti) k přezkumu postupu zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky, jak mj. navrhuje zadavatel (viz bod 89. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

K návrhu zadavatele na nařízení ústního jednání

322. Dle ustanovení § 49 odst. 1 správního řádu nařídí správní orgán ústní jednání v případech, kdy to stanoví zákon, a dále tehdy, jestliže je to ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků nezbytné. Nehrozí-li nebezpečí z prodlení, uvědomí správní orgán o ústním jednání účastníky nejméně s pětidenním předstihem. Tuto povinnost nemá vůči účastníkovi, který se práva účasti na ústním jednání vzdal.
323. Z důvodu zadavatelem zmiňované komplexnosti fungování mezinárodní železniční dopravy a možných negativních důsledků rozhodnutí Úřadu, které by mohlo spočívat v nesprávném posouzení dané problematiky, navrhuje zadavatel konání ústního jednání dle ustanovení § 49 správního řádu (viz vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 24. 10. 2013; bod 88. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
324. Úřad v souvislosti s ustanovením § 49 odst. 1 správního řádu uvádí, že zákon (o veřejných zakázkách) nikterak neupravuje nařízení ústního jednání ve správním řízení vedeném před Úřadem dle zákona. K nařízení ústního jednání tak Úřad přistoupí pouze v případě, jestliže je to ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků nezbytné.
325. Úřad k tomuto návrhu zadavatele, s ohledem na dikci citovaného ustanovení správního řádu, konstatuje, že všechny relevantní skutečnosti, důkazy, okolnosti a argumenty jasně vyplývají již z předložených listin, stejně tak postoje jednotlivých účastníků řízení jsou z těchto písemných vyjádření patrné. Vzhledem k tomu, že Úřad nedošel k závěru, že by nařízení ústního jednání bylo pro splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků nezbytné, neshledal Úřad důvod pro postup podle ustanovení § 49 odst. 1 správního řádu. Úřad má za to, že konání ústního jednání by nepřispělo ke zjištění okolností nad rámec těch, které bylo možné zjistit během jednání písemného.

K návrhu zadavatele na zajištění stanoviska Evropské komise k dané problematice

326. Dle ustanovení článku 288 SFEU pro výkon pravomocí Unie přijímají orgány nařízení, směrnice, rozhodnutí, doporučení a stanoviska. Nařízení má obecnou působnost. Je závazné v celém rozsahu a přímo použitelné ve všech členských státech. Směrnice je závazná pro každý stát, kterému je určena, pokud jde o výsledek, jehož má být dosaženo, přičemž volba formy a prostředků se ponechává vnitrostátním orgánům. Rozhodnutí je závazné v celém

rozsahu. Pokud jsou v něm uvedeni ti, jimž je určeno, je závazné pouze pro ně. Doporučení a stanoviska nejsou závazná.

327. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 28. 3. 2014 navrhuje, aby Úřad jako podklad pro rozhodnutí zajistil stanovisko Evropské komise k dané problematice, neboť oblast mezinárodní železniční dopravy je velmi specifickou a komplexní oblastí s výraznými odbornými aspekty, jakož i s celoevropským přesahem. Případné rozhodnutí Úřadu by mohlo mít podle zadavatele negativní důsledky na další provozování mezinárodní železniční dopravy. Zadavatel svůj návrh odůvodňuje tím, že je žádoucí, aby výklad přijatý Úřadem byl v souladu s principy a politikami Evropské unie v oblasti mezinárodní železniční dopravy (viz bod 96. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
328. K uvedenému návrhu zadavatele Úřad uvádí, že zajištění stanoviska Evropské komise k dané problematice není potřebné ke zjištění stavu věci ve smyslu ustanovení § 52 věty druhé správního řádu. Jak Úřad uvedl již výše v bodu 325. odůvodnění tohoto rozhodnutí, všechny relevantní skutečnosti, důkazy, okolnosti a argumenty týkající se dané problematiky jasně vyplývají již z listin opatřených Úřadem či předložených účastníky ve správním řízení.
329. Úřad k tomu doplňuje, že žádné stanovisko Evropské komise, jež by Úřad k dané problematice zajistil, by nemělo reálný vliv na posouzení či rozhodnutí předmětného správního řízení ze strany Úřadu, neboť stanoviska (ani doporučení) vydaná orgány Evropské unie nejsou pro členské státy, ani správní orgány či jednotlivce nikterak závazná, jak plyne z ustanovení článku 288 *in fine* Smlouvy o fungování Evropské unie.
330. Argumentuje-li navíc zadavatel pro zajištění stanoviska tvrzením, že oblast mezinárodní železniční dopravy je velmi specifickou a komplexní oblastí s výraznými odbornými aspekty, jakož i s celoevropským přesahem, pak Úřad nad rámec výše řečeného konstatuje, že Úřad neřeší ani se nikterak autoritativně nevyjadřuje k problematice mezinárodní železniční dopravy. Úřad se vyjadřuje výhradně ke způsobu, resp. zákonnosti nabytí (pořízení či zajištění) lokomotiv (zde Taurus), jež jsou až následně zadavatelem užívány k provozu mezinárodní železniční dopravy, a to na základě zadavatelem tvrzené vzájemné vyrovnané výměny lokomotivních výkonů. Úřad však již výše předložil důvody a důkazy, proč se v daném případě nejedná o vzájemnou výměnu lokomotivních výkonů na principu vyrovnanosti výkonů (viz body 237. a 239. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

VII.D Ke spáchání správních deliktů

Ke spáchání správního deliktu – nedodržení postupu podle zákona o veřejných zakázkách

331. Úřad dále přikročil k přezkumu postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky a shledal, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona jak při uzavření první Přílohy 1, tak i při uzavření druhé Přílohy 1, a spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona opět jak při uzavření první Přílohy 1, tak i při uzavření druhé Přílohy 1. K tomuto konstatuje Úřad následující.
332. Dle ustanovení § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
333. Podle ustanovení § 21 odst. 1 zákona upravuje tento zákon následující 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).
334. Podle ustanovení § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v ustanovení § 22 a § 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.
335. Podle ustanovení § 21 odst. 3 zákona může veřejný zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít za podmínek stanovených v ustanovení § 24 zákona soutěžní dialog a za podmínek podle ustanovení § 25 zákona zjednodušené podlimitní řízení.
336. Podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel 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.
337. 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.
338. Úřad shledal, že zadavatel nepovažoval předmětné Přílohy 1, uzavírané v rámci Dohody o proběhu lokomotiv, za veřejnou zakázku. Při uzavírání první Přílohy 1 platné od 15. 12. 2013 do 28. 2. 2014 i druhé Přílohy 1 platné od 1. 3. 2014 do 13. 12. 2014, proto nepostupoval v rámci žádného z uvedených zadávacích řízení. Zadavatel se zákonem (o veřejných zakázkách) neřídil v žádné fázi kontraktačního procesu v širším slova smyslu (tj. předkontraktační či kontraktační fázi).
339. Úřad dodává, že postup zadavatele zcela ignorující zákon mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a to z důvodu eliminace hospodářské soutěže na straně dodavatelů (potenciálních uchazečů). V případě zadávání v režimu zákona o veřejných zakázkách by zadavatel mohl oslovit více potenciálních dodavatelů, přičemž není vyloučeno, že některý z potenciálních dodavatelů by mohl podat pro zadavatele výhodnější nabídku.
340. Úřad v souvislosti s výše uvedeným dodává, že imanentní součástí, jakož i důsledkem, nepoužití příslušného druhu zadávacího řízení, resp. nepoužití zákona jako takového, čemuž se Úřad věnuje výše, je závažné porušení či přesněji absolutní vyloučení zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace zakotvených v ustanovení § 6 odst. 1 zákona.
341. Výkladem zásady transparentnosti se již podrobně zabýval Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, přičemž uzavřel, že „*podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný*“. Požadavek transparentnosti tak dle NSS není splněn,

„pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele“. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel nepoužil příslušný druh zadávacího řízení, resp. zcela ignoroval zákon jako takový a veřejnou zakázku zadal zcela mimo režim zákona na základě soukromoprávního obchodního jednání, bylo „zadávací řízení“ zatíženo vadou, neboť nelze vůbec hovořit o kontrolovatelnosti, čitelnosti či přehlednosti takového zadavatelova postupu. Úřad má tedy za prokázané, že zadavatel svým jednáním jednoznačně porušil zásadu transparentnosti ukotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona.

342. Z rozhodovací praxe Úřadu, správních soudů i ESD vyplývá, že nejčastější formou porušení zákazu diskriminace je situace, kdy zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku, resp. ostatním jednotlivcům (např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 11. 10. 2007, č. j. 62 Ca 9/2007-104). V rozsudku ze dne 12. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007-131, pak NSS blíže konstruoval okolnosti porušení zásady zákazu diskriminace. Dle NSS by nesporně porušení zásady zákazu diskriminace v rámci zadávacího řízení nastalo, pokud by zadavatel v téže situaci a v týchž otázkách přistupoval k některým uchazečům o veřejnou zakázku procedurálně nebo obsahově jinak než ke zbylým, popř. pokud by v důsledku zadavatelova postupu bylo některým uchazečům objektivně znemožněno nebo ztíženo ucházet se o veřejnou zakázku za podmínek, za nichž se o ni mohou ucházet jiní uchazeči. Definice míří na diskriminaci zjevnou, vedle níž existuje i diskriminace skrytá (srov. např. rozsudek NSS ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152). Neumožnil-li pak zadavatel v šetřené věci přístup k získání předmětné veřejné zakázky žádným jiným, byť potenciálním, uchazečům než uchazeči vybranému, s nímž bez realizace zadávacího řízení a tedy transparentního výběru rovnou uzavřel smluvní závazek, postupoval zadavatel diskriminačním způsobem, neboť některým, resp. všem ostatním, uchazečům bylo objektivně, jednáním zadavatele, znemožněno ucházet se o veřejnou zakázku. Úřad má tedy za prokázané, že zadavatel svým jednáním jednoznačně porušil i zásadu transparentnosti ukotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona.
343. V jiném svém rozsudku, ze dne 9. 7. 2009, č. j. 9 Afs 87/2008-81, se NSS vyjádřil i k podstatě zásady rovného zacházení. Tato zásada, podobně jako zásada zákazu diskriminace, spočívá v neomezování okruhu potenciálních uchazečů a je provázána s předchozími dvěma zásadami. Vzhledem k tomu, že v důsledku nezákonného postupu zadavatele došlo k závažnému bezdůvodnému omezení okruhu uchazečů, má Úřad za prokázané, že zadavatel svým jednáním jednoznačně porušil i zásadu rovného zacházení ukotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona.
344. Úřad dále konstatuje, že zadavatel uzavřel smlouvu na projednávanou veřejnou zakázku.
345. Zadavatel ne zvolil žádné z možných zadávacích řízení pro zadání nadlimitní veřejné zakázky, jejímž předmětem je plnění obdobné úplatnému poskytnutí dodávek, realizované na základě první a druhé Přílohy 1, a zároveň Úřad neshledal důvodnou aplikaci žádné z výjimek z povinnosti zadávat v režimu zákona o veřejných zakázkách, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Tímto jednáním spáchal zadavatel ve vztahu ke každé jedné Příloze 1 delikt dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výrocích I. a III. tohoto rozhodnutí.

Ke spáchání správního deliktu – neuveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení

346. Podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že uzavře smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle ustanovení § 146 odst. 1 zákona, ačkoli je podle tohoto zákona povinen toto oznámení uveřejnit.
347. Podle ustanovení § 146 odst. 1 zákona je-li podle tohoto zákona stanovena povinnost k uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, předběžného oznámení, pravidelného předběžného oznámení, oznámení soutěže o návrh, oznámení o výsledku zadávacího řízení, oznámení o zrušení zadávacího řízení nebo soutěže o návrh či jiných údajů, rozumí se tím uveřejnění v
- a) informačním systému podle ustanovení § 157 zákona, jde-li o podlimitní veřejnou zakázku,
 - b) informačním systému podle ustanovení § 157 zákona a Úředním věstníku Evropské unie (dále jen "Úřední věstník"), jde-li o nadlimitní veřejnou zakázku; v případě veřejné zakázky na služby podle přílohy č. 2 zákona se však v Úředním věstníku uveřejňuje pouze oznámení o výsledku zadávacího řízení nebo oznámení týkající se soutěže o návrh.

Za uveřejnění vyhlášení se považuje uveřejnění všech údajů z vyhlášení doručeného zadavatelem.

348. Úřad vlastním šetřením zjistil, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky – realizované na základě první a druhé Přílohy 1 – nedostal povinnosti náležitě zveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení podle ustanovení § 146 odst. 1 zákona ve Věstníku veřejných zakázek.
349. S ohledem na výše uvedené dospěl Úřad k závěru, že zadavatel se ve vztahu ke každé jedné Příloze 1 dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona, když uzavřel první i druhou Přílohu 1 bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, ačkoli byl podle zákona povinen toto oznámení uveřejnit. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výrocích II. a IV. tohoto rozhodnutí.

VII.E K uložení pokuty

350. Úřad na tomto místě navazuje na své závěry učiněné výše v bodu 246. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Úřad v tomto bodu konstatoval, že považuje uzavření první a druhé Přílohy 1, jejichž předmětem je úplatné pořízení (zajištění) lokomotiv Taurus pro zadavatele vybraným uchazečem, za dvě samostatné veřejné zakázky, avšak pro zjednodušení textu tohoto rozhodnutí přistoupil k označení obou souvisejících veřejných zakázek souhrnným pojmem „veřejná zakázka“. Úřad výše v bodu 246. odůvodnění tohoto rozhodnutí taktéž uvedl, že důsledné dělení na dvě veřejné zakázky je v kontextu předmětného řízení relevantní až z pohledu výpočtu horní hranice možné pokuty dle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona (10 % z ceny veřejné zakázky), jež lze udělit za spáchání správního deliktu dle zákona.
351. Vzhledem k faktu, že v této části rozhodnutí se Úřad zabývá mj. právě stanovením horní hranice možné pokuty, přistoupil zde v souladu s výše uvedeným k tomu, že nahlíží uzavření první Přílohy 1 jako jednu veřejnou zakázku a uzavření druhé Přílohy 1 jako druhou veřejnou

zakázku, přičemž cena každé z těchto veřejných zakázek je rozdílná (viz body 244. a 245. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

352. Podle ustanovení § 121 odst. 2 zákona při 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. Byl-li uložen zákaz plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 zákona, přihlédne se rovněž k tomu, v jakém rozsahu bylo již ze smlouvy plněno.
353. V šetřeném případě se zadavatel dopustil, ve vztahu ke každé jedné Příloze 1 (tedy v rámci každé jedné veřejné zakázky), spáchání správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nezvolil dle ustanovení § 21 zákona příslušný druh zadávacího řízení ani pro zadání první veřejné zakázky vymezené obsahem první Přílohy 1 k Dohodě uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem dne 26. 2. 2014, se zpětnou platností na období od 15. 12. 2013 do 28. 2. 2014 (dále též „první veřejná zakázka“), ani pro zadání druhé veřejné zakázky vymezené obsahem druhé Přílohy 1 k Dohodě uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem dne 26. 2. 2014, s platností na období od 1. 3. 2014 do 13. 12. 2014 (dále též „druhá veřejná zakázka“), ačkoliv pro postup dle zákona byly v obou případech dány důvody, za současného porušení zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace zakotvených v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnějších nabídek v rámci obou veřejných zakázek, a již došlo k uzavření smluv.
354. Dále se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu, opět ve vztahu ke každé jedné Příloze 1 (tedy v rámci první i druhé veřejné zakázky), dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona tím, že uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu jak na první veřejnou zakázku, tak i na druhou veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení jednotlivých zadávacích řízení podle ustanovení § 146 odst. 1 zákona, ačkoli byl podle citovaného zákona povinen tato oznámení uveřejnit.
355. Zadavatel se tedy dopustil celkem čtyř správních deliktů, a to správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jakož i správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona ve vztahu k první i ke druhé veřejné zakázce, jak je uvedeno ve výrocích I. až IV. tohoto rozhodnutí.
356. Jelikož zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem první a druhou Přílohu 1, aniž dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, čímž naplnil skutkovou podstatu správního deliktu ve smyslu ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona a současně naplnil také skutkovou podstatu správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona ve vztahu k první i ke druhé veřejné zakázce, uložil Úřad zadavateli pokutu tak, jak je uvedeno ve výroku V. tohoto rozhodnutí.
357. Podle ustanovení § 121 odst. 3 zákona odpovědnost 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.
358. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je či není naplněna podmínka uvedená v ustanovení § 121 odst. 3 zákona. V šetřených veřejných zakázkách se Úřad o spáchání správních deliktů (konstatovaných ve výrocích I. až

IV. tohoto rozhodnutí) dozvěděl, ve smyslu ustálené rozhodovací praxe českých soudů (srov. např. nález Ústavního soudu ze dne 11. 1. 2010, sp. zn. IV. ÚS 946/09 či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 4. 2010, č. j. 7 As 11/2010-134), nejdříve z podaného návrhu na zahájení správního řízení ze dne 2. 10. 2013, který byl Úřadu doručen téhož dne. S ohledem na fakt, že první Příloha 1 byla podepsána dne 26. 2. 2014 se zpětnou platností od 15. 12. 2013 do 28. 2. 2014 (kdy od počátku tohoto období bylo fakticky realizováno plnění následně ukotvené v textu první Přílohy 1), jakož i s ohledem na ustanovení článku 2 odst. 6 Dohody v návaznosti na okamžik faktického uzavření smluv (viz bod 183. odůvodnění tohoto rozhodnutí) na první a druhou veřejnou zakázku, Úřad konstatuje, že ke spáchání správních deliktů při uzavírání první a druhé Přílohy 1 nedošlo dříve než v posledních měsících roku 2013. Dnem 2. 10. 2013, kdy Úřad návrh navrhovatele obdržel, bylo podle ustanovení § 113 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 správního řádu zahájeno správní řízení.

359. Z výše uvedených skutečností a faktů je tedy zřejmé, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikty nezanikla, neboť Úřad evidentně zahájil správní řízení v zákonné lhůtě 5 let ode dne, kdy se o správním deliktu dozvěděl, resp. 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
360. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výročí I. až IV. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (poena maior absorbet minore – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější; viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 9. 2005, č. j. 6 As 57/2004-54). Jak již v minulosti dovedl Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku ze dne 31. 5. 2007, č. j. 8 As 17/2007-135, v rozsudku ze dne 31. 10. 2008, č. j. 5 Afs 9/2008-328 nebo v rozsudku ze dne 18. 6. 2009, č. j. 1 As 28/2009-62), při trestání správních deliktů tímž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoli veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomoci analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 4. 2008, č. j. 1 As 27/2008-67 či rozsudek ze dne 31. 5. 2007, č. j. 8 As 29/2007-135). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.
361. Zákonná úprava je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní delikty možno považovat za sbíhající se, jakož ani důsledky, není-li z jakýchkoli důvodů vedeno společné řízení. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu.

362. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že pro stanovení konkrétní výše uložené pokuty je nutné samostatně posuzovat jednotlivé sazby za uvedené správní delikty.
363. V souladu s výše citovanou zásadou absorpce v rámci správně-právního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, jaký delikt je v šetřeném případě více trestný, tj. za který z nich je možno uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).
364. Podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
365. V šetřeném případě se zadavatel dopustil dvou správních deliktů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona a dvou správních deliktů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Za všechny správní delikty lze v souladu s citovaným ustanovením § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.
366. Cena první veřejné zakázky, při jejímž (ne)zadání se zadavatel dopustil dvou správních deliktů, činí 473 845,31 EUR, což dle kurzu české koruny k euru, stanoveného Českou národní bankou ke dni uzavření první Přílohy 1 k Dohodě (tedy ke dni 26. 2. 2014), který činil 27,330 Kč, představuje částku 12 950 192,32 Kč (viz bod 244. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Horní hranice možné pokuty ve vztahu k první veřejné zakázce pak dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona činí 10 % z ceny této veřejné zakázky, tedy částku 1 295 019,23 Kč.
367. Cena druhé veřejné zakázky, při jejímž (ne)zadání se zadavatel dopustil taktéž dvou správních deliktů, činí 1 311 008,42 EUR, což dle kurzu české koruny k euru, stanoveného Českou národní bankou ke dni uzavření druhé Přílohy 1 k Dohodě (tedy ke dni 26. 2. 2014), který činil 27,330 Kč, představuje částku 35 829 860,12 Kč (viz bod 245. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Horní hranice možné pokuty ve vztahu ke druhé veřejné zakázce pak dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona činí 10 % z ceny této veřejné zakázky, tedy částku 3 582 986,01 Kč.
368. Úřad uzavírá, že správní delikty spáchané zadavatelem v rámci druhé veřejné zakázky jsou, v důsledku vyšší ceny druhé veřejné zakázky mající vliv na výpočet horní hranice možné pokuty dle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona, více trestné. Úřad dále uvádí, že jak správní delikt dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tak i správní delikt dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona (spáchané zadavatelem ve vztahu ke druhé veřejné zakázce) jsou oba stejně trestné. V daném případě je však nutné, s ohledem na použití zásady absorpce, uložit pokutu pouze za jeden ze spáchaných správních deliktů a k ostatním přihlídnout v rámci přitěžujících okolností. Úřad přistoupil k uložení pokuty za spáchání správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona ve vztahu ke druhé veřejné zakázce (viz výrok III. tohoto rozhodnutí). Ke zbylým správním deliktům, jak jsou formulovány ve výrocích I., II. a IV. tohoto rozhodnutí, přihlédl Úřad dle uvedené zásady absorpce jako k přitěžujícím okolnostem.
369. Pro přehlednost postupu při výpočtu ceny první veřejné zakázky uvádí Úřad následující tabulky č. 1 a č. 2:

Tabulka č. 1: Objednávka výkonů vozidel (objednavatel - zadavatel, dodavatel – vybraný uchazeč), platí od 15. 12. 2013 do 28. 2. 2014 [dle první Přílohy 1 Dohody o proběhu lokomotiv (první veřejná zakázka)]

Poř. č.	Vlak č.	km	Omezení	Po	Út	St	Čt	Pá	So	Ne	Celk. dnů	km	EUR
1	71070	2,5	(1)-(6)	11	11	9	10	11	10	0	62	155,0	286,75
2	Sv 77	4,8	(7)	0	0	2	1	0	0	11	14	67,2	124,32
3	Sv 77	2,5	(1)-(6)	11	11	9	10	11	10	0	62	155,0	286,75
4	77	314,4	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	23 894,4	44 204,64
5	76	314,4	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	23 894,4	44 204,64
6	Sv 76	4,8	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	364,8	674,88
7	Sv 71	4,8	(1)-(6)	11	11	9	10	11	10	0	62	297,6	550,56
8	71	314,4	(1)-(6)	11	11	9	10	11	10	0	62	19 492,8	36 061,68
9	71	60,4	(7)	0	0	2	1	0	0	11	14	845,6	1 564,36
10	70	314,4	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	23 894,4	44 204,64
11	Sv 70	2,5	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	190,0	351,50
12	Sv 79	2,5	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	190,0	351,50
13	79	314,4	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	23 894,4	44 204,64
14	78	314,4	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	23 894,4	44 204,64
15	173	314,4	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	23 894,4	44 204,64
16	172	314,4	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	23 894,4	44 204,64
17	7112	7,0	(6)	0	2	1	0	0	10	0	13	91,0	168,35
18	456	7,0	(6)	0	2	1	0	0	10	0	13	91,0	168,35
19	379	254,2	(6)	0	2	1	0	0	10	0	13	3 304,6	6 113,51
20	278	314,4	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	23 894,4	44 204,64
21	279	314,4	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	23 894,4	44 204,64
22	1541	63,9	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	4 856,4	8 984,34
23	1540	63,9	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	4 856,4	8 984,34
24	1545	63,9	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	4 856,4	8 984,34
25	3890	63,9	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	4 856,4	8 984,34
26	1543	63,9	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	4 856,4	8 984,34
27	1542	63,9	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	4 856,4	8 984,34
28	3882	63,9	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	4 856,4	8 984,34
29	3883	63,9	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	4 856,4	8 984,34
30	3886	63,9	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	4 856,4	8 984,34
31	3889	63,9	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	4 856,4	8 984,34
32	3884	63,9	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	4 856,4	8 984,34
33	3885	63,9	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	4 856,4	8 984,34
Suma		4 263,8		308	314	307	306	308	310	286	2 139	298 571,0	552 356,35

Omezení:

(1)-(5),(7) - jede (1)-(5),(7), nejede 24., 25., 31.XII., 20.IV., 5.VII., 16.XI.

(1)-(6) - jede (1)-(6), nejede 25., 26.XII., 1.I., 21.IV., 17.XI

(6) - jede (6) a 24., 25., 31.XII., 20.IV., 16.XI.
(7) - jede (7) a 25., 26.XII., 1.I., 21.IV., 17.XI

Tabulka č. 2: Objednávka výkonů vozidel (objednavatel - vybraný uchazeč, dodavatel – zadavatel), platí od 15. 12. 2013 do 28. 2. 2014 [dle první Přílohy 1 Dohody o proběhu lokomotiv (první veřejná zakázka)]

Poř. č.	Vlak č.	km	Omezení	Po	Út	St	Čt	Pá	So	Ne	Celk. dnů	km	EUR
1	73	139,6	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	10 609,6	19 627,76
2	72	139,6	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	10 609,6	19 627,76
3	75	139,6	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	10 609,6	19 627,76
4	74	139,6	denně	11	11	11	11	11	10	11	76	10 609,6	19 627,76
Suma		558,4		44	44	44	44	44	40	44	304	42 438,4	78 511,04

Omezení:

(1)-(5),(7) - jede (1)-(5),(7), nejede 24., 25., 31.XII., 20.IV., 5.VII., 16.XI.
(1)-(6) - jede (1)-(6), nejede 25., 26.XII., 1.I., 21.IV., 17.XI
(6) - jede (6) a 24., 25., 31.XII., 20.IV., 16.XI.
(7) - jede (7) a 25., 26.XII., 1.I., 21.IV., 17.XI

370. Po vzájemném započtení dodávek, v rámci první Přílohy 1 (tedy první veřejné zakázky), objednaných zadavatelem od vybraného uchazeče (552 356,35 EUR) proti dodávkám objednaným naopak vybraným uchazečem od zadavatele (78 511,04 EUR) činí objem (hodnota) plnění první veřejné zakázky částku 473 845,31 EUR. Dle kurzu české koruny k euru, stanoveného Českou národní bankou ke dni podepsání první Přílohy 1 k Dohodě (tedy ke dni 26. 2. 2014), který činil 27,330 Kč, se jedná o částku 12 950 192,32 Kč. Jedná se o závazek zadavatele, jenž byl plněn ve prospěch vybraného uchazeče.

Tabulka č. 3: Objednávka výkonů vozidel (objednavatel - zadavatel, dodavatel – vybraný uchazeč), platí od 1. 3. 2014 do 13. 12. 2014 [dle druhé Přílohy 1 Dohody o proběhu lokomotiv (druhá veřejná zakázka)]

Poř. č.	Vlak č.	km	Omezení	Po	Út	St	Čt	Pá	So	Ne	Celk. dnů	km	EUR
1	Sv 71	4,8	(1)-(6)	39	41	41	41	41	42	0	245	1 176,0	2 175,60
2	71	314,4	(1)-(6)	39	41	41	41	41	42	0	245	77 028,0	142 501,80
3	71	60,4	(7)	2	0	0	0	0	0	41	43	2 597,2	4 804,82
4	70	314,4	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	90 547,2	167 512,32
5	Sv 70	2,5	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	720,0	1 332,00
6	Sv 79	2,5	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	720,0	1 332,00
7	79	314,4	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	90 547,2	167 512,32

8	78	314,4	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	90 547,2	167 512,32
9	173	314,4	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	90 547,2	167 512,32
10	172	314,4	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	90 547,2	167 512,32
11	71102	7,0	(6)	0	0	0	0	0	42	2	44	308,0	569,80
12	71102	4,8	(1)-(5),(7)	41	41	41	41	41	0	39	244	1 171,2	2 166,72
13	456	7,0	(6)	0	0	0	0	0	42	2	44	308,0	569,80
14	379	254,2	(6)	0	0	0	0	0	42	2	44	11 184,8	20 691,88
15	278	314,4	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	90 547,2	167 512,32
16	279	314,4	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	90 547,2	167 512,32
17	1541	63,9	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	18 403,2	34 045,92
18	1540	63,9	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	18 403,2	34 045,92
19	1545	63,9	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	18 403,2	34 045,92
20	3890	63,9	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	18 403,2	34 045,92
21	1543	63,9	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	18 403,2	34 045,92
22	1542	63,9	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	18 403,2	34 045,92
23	3882	63,9	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	18 403,2	34 045,92
24	3883	63,9	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	18 403,2	34 045,92
25	3886	63,9	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	18 403,2	34 045,92
26	3889	63,9	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	18 403,2	34 045,92
27	3884	63,9	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	18 403,2	34 045,92
28	3885	63,9	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	18 403,2	34 045,92
Suma	3 625,2			982	984	984	984	984	1092	947	6957	949 882,0	1 757 281,70

Omezení:

(1)-(5),(7) - jede (1)-(5),(7), nejede 24., 25., 31.XII., 20.IV., 5.VII., 16.XI.
(1)-(6) - jede (1)-(6), nejede 25., 26.XII., 1.I., 21.IV., 17.XI
(6) - jede (6) a 24., 25., 31.XII., 20.IV., 16.XI.
(7) - jede (7) a 25., 26.XII., 1.I., 21.IV., 17.XI

Tabulka č. 4: Objednávka výkonů vozidel (objednavatel - vybraný uchazeč, dodavatel – zadavatel), platí od 1. 3. 2014 do 13. 12. 2014 [dle druhé Přílohy 1 Dohody o proběhu lokomotiv (druhá veřejná zakázka)]

Poř. č.	Vlak č.	km	Omezení	Po	Út	St	Čt	Pá	So	Ne	Celk. dnů	km	EUR
1	73	139,6	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	40 204,8	74 378,88
2	72	139,6	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	40 204,8	74 378,88
3	75	139,6	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	40 204,8	74 378,88
4	74	139,6	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	40 204,8	74 378,88
5	77	139,6	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	40 204,8	74 378,88
6	76	139,6	denně	41	41	41	41	41	42	41	288	40 204,8	74 378,88
Suma	837,6			246	246	246	246	246	252	246	1728	241 228,8	446 273,28

Omezení:

(1)-(5),(7) - jede (1)-(5),(7), nejede 24., 25., 31.XII., 20.IV., 5.VII., 16.XI.
(1)-(6) - jede (1)-(6), nejede 25., 26.XII., 1.I., 21.IV., 17.XI
(6) - jede (6) a 24., 25., 31.XII., 20.IV., 16.XI.
(7) - jede (7) a 25., 26.XII., 1.I., 21.IV., 17.XI

371. Po vzájemném započtení dodávek, v rámci druhé Přílohy 1 (tedy druhé veřejné zakázky), objednaných zadavatelem od vybraného uchazeče (1 757 281,70 EUR) proti dodávkám objednaným naopak vybraným uchazečem od zadavatele (446 273,28 EUR) činí objem (hodnota) plnění druhé veřejné zakázky částku 1 311 008,42 EUR. Dle kurzu české koruny k euru, stanoveného Českou národní bankou ke dni podepsání druhé Přílohy 1 k Dohodě (tedy ke dni 26. 2. 2014), který činil 27,330 Kč, se jedná, po zaokrouhlení na dvě desetinná místa, o částku 35 829 860,12 Kč. Jde se o závazek zadavatele, jenž má být plněn ve prospěch vybraného uchazeče.
372. Ve smyslu ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona lze za správní delikty zadavatele, jejichž spáchání konstatoval Úřad ve výrocích I. až IV. tohoto rozhodnutí, uložit pokutu do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit. Vzhledem ke skutečnosti, že výše Úřad cenu první i druhé veřejné zakázky dostatečně zjistil, lze v daném případě uložit pokutu až do výše 10 % ceny veřejné zakázky.
373. Horní hranice pokuty, ukládané Úřadem za spáchání správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona ve vztahu ke druhé veřejné zakázce (viz bod 368. odůvodnění tohoto rozhodnutí), je konkrétně určena jako 10 % z částky 35 829 860,12 Kč (viz body 371. odůvodnění tohoto rozhodnutí), tedy částka 3 582 986,01 Kč (viz bod 367. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
374. Podle ustanovení § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Byl-li uložen zákaz plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 zákona, přihlédne se rovněž k tomu, v jakém rozsahu bylo již ze smlouvy plněno.
375. Z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 12. 2012, č. j. 62 Af 46/2011-78 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 pak 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, obsaženými ve výše citovaném rozsudku, se Úřad vypořádává následujícím způsobem.
376. Z hlediska závažnosti, zejména způsobu a následkům, vzal Úřad při stanovení výše pokuty v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem neumožnil účast dalších uchazečů (dodavatelů) v zadávacím řízení a narušil tak soutěžní prostředí, když „přímo“ uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž před uzavřením smlouvy provedl adekvátní zadávací

řízení. Pochybení zadavatele je o to závažnější, že zadavatel vůbec nezvolil typ řízení pro zadávání veřejné zakázky, tedy při zadávání naprosto vyloučil aplikaci pravidel a postupů podle zákona. Úřad konstatuje, že zadavatel spáchal správní delikt obehitím zákona o veřejných zakázkách, přičemž dle zavedené rozhodovací praxe úřadu (např. rozhodnutí ze dne 4. 11. 2005, č. j. VZ/S164/05-153/5158/05-Kr, rozhodnutí ze dne 19. 7. 2012, č. j. R45/2012/VZ-13457/2012/310/PMo), správních soudů (např. rozsudek ze dne 20. 3. 2013, č. j. 9 Afs 17/2012-34) i unijních orgánů (viz bod 13 úvodního ustanovení směrnice 2007/66/ES) nepoužití příslušného druhu zadávacího řízení, resp. tzv. protiprávní přímé zadávání veřejných zakázek, představuje jedno z nejzávažnějších porušení zákona, neboť je tím vyloučen jeden ze základních principů zadávání, otevřená soutěž o veřejnou zakázku.

377. Následkem obehití zákona bylo absolutní vyloučení hospodářské soutěže na straně dodavatelů. Zadavatel zadal zakázku přímo jednomu subjektu, vybranému uchazeči, aniž připustil vzájemnou konkurenci ostatních relevantních subjektů na trhu, přičemž není vyloučeno, že jiný relevantní dodavatel by předložil zadavateli nabídku výhodnější než vybraný uchazeč.
378. Úřad dále posoudil přitěžující a polehčující okolnosti spáchání deliktu.
379. Jako přitěžující okolnost nejprve Úřad zohlednil spáchání ostatních, zbylých tří, správních deliktů zadavatelem. Zadavatel spáchal zároveň se správním deliktem dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona ve vztahu k druhé veřejné zakázce (uvedeným ve výroku III. tohoto rozhodnutí) i správní delikt dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona ve vztahu k téže veřejné zakázce (uvedený ve výroku IV. tohoto rozhodnutí). Dále se zadavatel dopustil správního deliktu opět dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona a správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona ve vztahu k první veřejné zakázce (uvedených ve výrocih I. a II. tohoto rozhodnutí). Při stanovování výše pokuty došlo k absorpci sazeb. Absorpce spočívá ve skutečnosti, že pokuta se udělí za jeden ze spáchaných správních deliktů a ke spáchání ostatních (zde tří) správních deliktů Úřad přihlíží „pouze“ v rámci přitěžujících okolností.
380. Jako další přitěžující okolnost zhodnotil Úřad vědomou snahu zadavatele předmětné veřejné zakázky zastřít plněním z mezinárodní smlouvy, resp. smluv. Toto jednání zadavatele úzce souvisí se způsobem spáchání správních deliktů. Úřad zde odkazuje na již vyložený rozpor mezi zněním Dohody o proběhu lokomotiv a reálným plněním z této Dohody. Úřad má za prokázané, že zadavatel si musel být vědom faktu, že jím sjednané objemy plnění podle první, resp. druhé Přílohy 1 k Dohodě o proběhu lokomotiv (tedy v rámci první a druhé veřejné zakázky), nesměřují k vyrovnanosti výkonů, případně k naturální vyrovnávce, což jsou základní principy Dohod podle UIC-Kodexu, nýbrž představují úplatné poskytnutí lokomotiv vybraným uchazečem zadavateli. Rozpor mezi zněním Dohody o proběhu lokomotiv a reálným plněním je natolik markantní (viz bod 253. odůvodnění tohoto rozhodnutí), že jej Úřad považuje za snahu zadavatele zastřít první a druhou veřejnou zakázku plněním, které pod režim zákona (o veřejných zakázkách) nespadá.
381. Za další přitěžující okolnost Úřad shledal skutečnost, že zadavatel, spolu s vybraným uchazečem jako druhou smluvní stranou, přistoupil k písemnému uzavření předmětných Příloh 1 k Dohodě až dne 26. 2. 2014, a to přesto, že reálně plněno bylo již ode dne

15. 12. 2013, tedy od začátku jízdního řádu 2013/2014. Zadavatel a vybraný uchazeč tak první Přílohu 1 písemně uzavřeli se zpětnou platností, a to až více než dva měsíce po tom, co započalo reálné plnění z této později podepsané smlouvy. Zadavatel v dané věci vydává veřejné prostředky, a proto tento postup zadavatele zakládá netransparentnost nakládání s veřejnými prostředky, neboť tyto byly v nezanedbatelné výši po více než dva měsíce spotřebovávány bez jakéhokoli písemného právního podkladu či titulu. Jak Úřad konstatoval již výše, je tento postup zároveň v rozporu s obligatorní podmínkou písemné formy smlouvy (na veřejnou zakázku) obsaženou v ustanovení § 7 odst. 1 zákona. Jedná se o normu kogentní povahy, od níž se nelze odchýlit na základě vůle smluvních stran (viz bod 183. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

382. Úřad v projednávaném případě neshledal žádnou polehčující okolnost, což je důsledkem závažného porušení (obejití) zákona, jakož i absolutním vyloučením zásad zakotvených v ustanovení § 6 odst. 1 zákona (viz výše).
383. Při určení výměry pokuty se dále Úřad, v souladu s ustanovením § 121 odst. 2 věty druhé zákona, zabýval otázkou, v jakém finančním rozsahu bylo ze smlouvy plněno. K této skutečnosti bylo následně Úřadem přihlédnuto při určení výměry pokuty jako k polehčující okolnosti *sui generis*. Úřad zde poznamenává, že se nejedná o klasickou polehčující okolnost, neboť nespočívá v jednání zadavatele, nýbrž vyplývá přímo ze zákona a spočívá v jednání Úřadu jako orgánu dohledu.
384. Úřad při určení finančního rozsahu, v němž již bylo ze smlouvy plněno, vycházel z celkového peněžitého plnění, k jehož uhrazení ve prospěch vybraného uchazeče se zadavatel zavázal v rámci druhé veřejné zakázky, tedy na základě druhé Přílohy 1 k Dohodě (35 829 860,12 Kč – viz bod 369. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Toto plnění Úřad následně přiměřeně pokrátí ke dni vydání rozhodnutí, kterým byl mj. uložen zákaz plnění druhé Přílohy 1. Pokrácené objednané plnění představuje finanční rozsah, v němž již bylo ze smlouvy, druhé Přílohy 1, skutečně plněno ve smyslu ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona.
385. Vzhledem ke zpětné platnosti (15. 12. 2013 až 28. 2. 2014) první Přílohy 1 podepsané dne 26. 2. 2014 Úřad uvádí, že veškeré plnění vyplývající z první Přílohy 1 bylo již realizováno (splněno) a Příloha jako celek byla splněna v celém svém (finančním) rozsahu. Ve vztahu k první Příloze 1 tak nelze použít pravidlo z ustanovení § 121 odst. 2 věty druhé zákona (viz bod 196. tohoto rozhodnutí). Naopak druhá Příloha 1 představuje smlouvu, ze které je a do budoucna (až do 13. 12. 2014) stále má být plněno, přičemž ve vztahu k ní Úřad uložil zákaz plnění (viz bod 394. a následující tohoto rozhodnutí), jak je uvedeno ve výroku VII. tohoto rozhodnutí. Úřad v této souvislosti přistoupil k výpočtu finančního rozsahu, v němž již bylo, do dne vydání tohoto rozhodnutí, ze smlouvy skutečně plněno, ve smyslu ustanovení § 121 odst. 2 věty druhé zákona.
386. Pro přehlednost postupu při výpočtu finančního rozsahu, v němž již bylo ze smlouvy plněno, uvádí Úřad následující tabulky:

Tabulka č. 5: Objednávka reálně uskutečněných výkonů vozidel (objednavatel - zadavatel, dodavatel – vybraný uchazeč), platí od 1. 3. 2014 do 10. 6. 2014 [dle druhé Přílohy 1 Dohody o proběhu lokomotiv (druhá veřejná zakázka)]

Poř. č.	Vlak č.	km	Omezení	Po	Út	St	Čt	Pá	So	Ne	Celk. dnů	km	EUR
1	Sv 71	4,8	(1)-(6)	14	15	14	14	14	15	0	86	412,8	763,68
2	71	314,4	(1)-(6)	14	15	14	14	14	15	0	86	27 038,4	50 021,04
3	71	60,4	(7)	1	0	0	0	0	0	15	16	966,4	1 787,84
4	70	314,4	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	32 068,8	59 327,28
5	Sv 70	2,5	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	255,0	471,75
6	Sv 79	2,5	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	255,0	471,75
7	79	314,4	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	32 068,8	59 327,28
8	78	314,4	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	32 068,8	59 327,28
9	173	314,4	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	32 068,8	59 327,28
10	172	314,4	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	32 068,8	59 327,28
11	71102	7,0	(6)	0	0	0	0	0	15	1	16	112,0	207,20
12	71102	4,8	(1)-(5),(7)	15	15	14	14	14	0	14	86	412,8	763,68
13	456	7,0	(6)	0	0	0	0	0	15	1	16	112,0	207,20
14	379	254,2	(6)	0	0	0	0	0	15	1	16	4 067,2	7 524,32
15	278	314,4	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	32 068,8	59 327,28
16	279	314,4	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	32 068,8	59 327,28
17	1541	63,9	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	6 517,8	12 057,93
18	1540	63,9	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	6 517,8	12 057,93
19	1545	63,9	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	6 517,8	12 057,93
20	3890	63,9	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	6 517,8	12 057,93
21	1543	63,9	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	6 517,8	12 057,93
22	1542	63,9	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	6 517,8	12 057,93
23	3882	63,9	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	6 517,8	12 057,93
24	3883	63,9	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	6 517,8	12 057,93
25	3886	63,9	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	6 517,8	12 057,93
26	3889	63,9	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	6 517,8	12 057,93
27	3884	63,9	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	6 517,8	12 057,93
28	3885	63,9	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	6 517,8	12 057,93
Suma		3 625,2		359	360	336	336	336	390	347	2464	336 326,8	622 204,58

Omezení:

(1)-(5),(7) - jede (1)-(5),(7), nejede 24., 25., 31.XII., 20.IV., 5.VII., 16.XI.
(1)-(6) - jede (1)-(6), nejede 25., 26.XII., 1.I., 21.IV., 17.XI
(6) - jede (6) a 24., 25., 31.XII., 20.IV., 16.XI.
(7) - jede (7) a 25., 26.XII., 1.I., 21.IV., 17.XI

Tabulka č. 6: Objednávka výkonů vozidel (objednavatel - vybraný uchazeč, dodavatel – zadavatel), platí od 1. 3. 2014 do 10. 6. 2014 [dle druhé Přílohy 1 Dohody o proběhu lokomotiv (druhá veřejná zakázka)]

Poř. č.	Vlak č.	km	Omezení	Po	Út	St	Čt	Pá	So	Ne	Celk. dnů	km	EUR
1	73	139,6	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	14 239,2	26 342,52
2	72	139,6	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	14 239,2	26 342,52
3	75	139,6	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	14 239,2	26 342,52
4	74	139,6	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	14 239,2	26 342,52
5	77	139,6	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	14 239,2	26 342,52
6	76	139,6	denně	15	15	14	14	14	15	15	102	14 239,2	26 342,52
Suma		837,6		90	90	84	84	84	90	90	612	85 435,2	158 055,12

Omezení:

(1)-(5),(7) - jede (1)-(5),(7), nejede 24., 25., 31.XII., 20.IV., 5.VII., 16.XI.
(1)-(6) - jede (1)-(6), nejede 25., 26.XII., 1.I., 21.IV., 17.XI
(6) - jede (6) a 24., 25., 31.XII., 20.IV., 16.XI.
(7) - jede (7) a 25., 26.XII., 1.I., 21.IV., 17.XI

387. Po vzájemném započtení dodávek, reálně splněných v rámci druhé Přílohy 1 (tedy druhé veřejné zakázky) do data vydání tohoto rozhodnutí, objednaných zadavatelem od vybraného uchazeče (622 204,58 EUR) proti dodávkám objednaným naopak vybraným uchazečem od zadavatele (158 055,12 EUR) činí objem (hodnota) skutečně realizovaného plnění druhé veřejné zakázky do data vydání tohoto rozhodnutí částku 464 149,46 EUR. Dle kurzu české koruny k euru, stanoveného Českou národní bankou ke dni podepsání druhé Přílohy 1 k Dohodě (tedy ke dni 26. 2. 2014), který činil 27,330 Kč, se jedná, po zaokrouhlení na dvě desetinná místa, o částku 12 685 204,74 Kč. Jde o závazek zadavatele skutečně realizovaný ve prospěch vybraného uchazeče, přičemž zadavatel za tyto služby vybranému uchazeči uhradil výše uvedenou částku.

388. Objem peněžitého plnění druhé veřejné zakázky představuje částku 1 311 008,42 EUR (35 829 860,12) Kč, přičemž do dne vydání tohoto rozhodnutí bylo z druhé Přílohy 1 plněno v rozsahu 464 149,46 EUR (12 685 204,74 Kč), což představuje přes 35 % z objemu peněžitého plnění druhé Přílohy 1, tedy druhé veřejné zakázky.

389. Úřad uzavírá, že správní delikt spáchaný zadavatelem je značně závažný. Úřad při stanovení závažnosti zohlednil především fakt, že delikt byl spáchán za okolností, představujících významné narušení základních zásad zadávání veřejných zakázek podle ustanovení § 6 odst. 1 zákona. Tím, že zadavatel předmětnou veřejnou zakázku nezadal v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacího řízení podle ustanovení § 21 zákona (jedná se tak protiprávní přímé zadávání veřejných zakázek), znemožnil účast subjektům odlišným od vybraného uchazeče, což vedlo k diskriminaci – neodůvodněnému rozdílnému zacházení – všech ostatních potenciálních uchazečů (dodavatelů). Tito potenciální dodavatelé byli oproti vybranému uchazeči v natolik nevýhodném postavení, že pro ně bylo zcela nemožné se

o veřejnou zakázku ucházet či v rámci pravidel pro zadávání veřejných zakázek zakázku získat. Zároveň se zadavatel dopustil spáchání celkem čtyř správních deliktů. Úřad zároveň neshledal žádnou polehčující okolnost. Ač Úřad ukládá nápravné opatření podle ustanovení § 118 odst. 2 zákona, mezi zadavatelem a vybraným uchazečem již došlo ke splnění necelé poloviny celkového objemu plnění první a druhé veřejné zakázky (přes 52 %). Nelze přitom zcela abstrahovat ani od skutečnosti, že nápravné opatření se stane – z hlediska skutečné nápravy nezákonného stavu – efektivním až s nabytím právní moci tohoto rozhodnutí.

390. Úřad se na základě výše řečeného proto rozhodl udělit zadavateli pokutu ve výši 1 000 000 Kč, tedy pokutu v dolní polovině zákonné sazby, jejíž horní hranicí je částka ve výši 3 582 986,01 Kč. Úřad se pro tuto pokutu rozhodl především z důvodu závažnosti, jakož i počtu správních deliktů spáchaných zadavatelem (celkem čtyři). Důvodem pro uvedenou výši pokuty je i existence shora vymezených přitěžujících okolností. Naopak jako k polehčující okolnosti *sui generis* přihlédl Úřad k rozsahu, v němž dosud bylo ze smlouvy plněno (přes 35 % - viz bod 388. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z těchto důvodů musí být Úřadem ukládané nápravné opatření (uložení zákazu plnění druhé Přílohy 1) doplněno i náležitou pokutou v relevantní výši.
391. 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 porušování povinností stanovených zákonem, resp. k jednání, které je v souladu se zákonem. Úřad pro úplnost dodává, že tyto dvě funkce nelze navzájem oddělit, neboť jejich účinek spočívá především ve společném působení. Úřad tak s ohledem na všechny okolnosti případu uložil pokutu v horní polovině zákonné sazby tak, aby byly dostatečně naplněny obě uvedené funkce, tedy sankcionování zadavatele za to, že „byla porušena právní povinnost“ (represivní funkce), jakož i odstrašení do budoucna, aby již „nebyla porušována právní povinnost“ (preventivní funkce). Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 6. 2013, č. j. 1 Afs 106/2012-48 je důraz při sankcionování protiprávních jednání *„kladen na situaci, aby zadavatelé ve smyslu zákona o veřejných zakázkách zadávali veřejné zakázky správně hned na poprvé. Nelze se totiž spoléhat pouze na skutečnost, zda se potencionálně poškozený dodavatel ... obrátí na orgán dohledu, či nikoliv“*.
392. Úřad tak přistoupil k udělení pokuty v dané výši vycházející z konstantní judikatury správních soudů ve vztahu k funkčnímu účelu uloženého postihu. Konkrétní forma postihu (tu pokuta) a jeho výše musí dle správních soudů působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností, jaké svědčí pachateli (individuální a generální prevence), zároveň musí být postih dostatečně znatelný v pachatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl pro pachatele likvidační (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 12. 2012, č. j. 62 Af 46/2011-78, potvrzeného výše citovaným rozsudkem NSS ze dne 6. 6. 2013, č. j. 1 Afs 106/2012-48).
393. Úřad se v této souvislosti zabýval povahou uložené pokuty a zkoumal, zda není ze strany Úřadu udílěna pokuta likvidační. V rámci této Úvahy posoudil Úřad rozpočet zadavatele za rok 2012 (dostupný online na webu zadavatele, <http://www.ceskedrahy.cz/assets/pro-investory/financni-zpravy/financni-vykazy/konsolidovane-financni-vykazy-podle-mezinarodnich-ucetnich-standardu-za-rok-2012.pdf>), jakož i výsledky hospodaření

zadavatele za první pololetí roku 2013 (dostupný online na webu zadavatele, http://www.ceskedrahy.cz/assets/pro-investory/financni-zpravy/pololetni-zpravy/pololetni-zprava-skupiny-cd-2013_final.pdf), a naznal, že s ohledem na objem finančních zdrojů (v řádech stovek milionů Kč a více), s nimiž zadavatel ročně hospodaří, nepředstavuje udělená pokuta ve výši 1 000 000 Kč pokutu likvidační.

K uložení zákazu plnění smlouvy

394. Podle ustanovení § 110 odst. 7 věty poslední zákona může návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle ustanovení § 114 odst. 2 zákona stěžovatel podat bez předchozího podání námitek.
395. Podle ustanovení § 114 odst. 2 písm. a) zákona lze po uzavření smlouvy podat návrh pouze proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení.
396. Podle ustanovení § 114 odst. 2 poslední věty zákona se může navrhovatel [po uzavření smlouvy; Úřad] domáhat pouze uložení zákazu plnění smlouvy.
397. Podle ustanovení § 118 odst. 2 zákona Úřad svým rozhodnutím na základě návrhu podle ustanovení § 114 odst. 2 zákona uloží zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, pokud se zadavatel
- a) dopustí správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona, s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle ustanovení § 146 odst. 2 zákona a postupoval v souladu s ustanoveními § 82 odst. 1 zákona, § 110 odst. 6 zákona a § 111 odst. 5 zákona,
 - b) dopustí správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona a současně správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. d) zákona, nebo
 - a) c) dopustí správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona a současně postupuje podle ustanovení § 82 odst. 3 zákona.
398. Z výše uvedeného ustanovení § 118 odst. 2 zákona vyplývá, že zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku může Úřad uložit pouze na návrh, nikoliv z moci úřední. Podmínkou pro podání návrhu na zákaz plnění smlouvy pak není předchozí podání námitek, jak je tomu u ostatních návrhů, jimiž navrhovatel napadá postup (úkony) zadavatele. V šetřeném případě se navrhovatel domáhá uložení zákazu plnění ze smlouvy podle ustanovení § 118 odst. 2. Úřad tedy výše zkoumal, z moci úřední (viz oznámení o zahájení správního řízení, č. j. ÚOHS-S603/2013/VZ-19397/2013/524/MŠa ze dne 10. 10. 2013, bod 42. odůvodnění tohoto rozhodnutí), zda zadavatel spáchal některý ze správních deliktů, popř. jejich kombinaci, který je spojen s uložení zákazu plnění smlouvy a naznal, že tímto deliktem je správní delikt podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Úřad tedy dále postupoval podle ustanovení § 118 odst. 2 písm. a) zákona.
399. Citované ustanovení § 118 odst. 2 písm. a) zákona vylučuje uložení zákazu plnění smlouvy v případě, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle ustanovení § 146 odst. 2 zákona a postupoval v souladu s ustanoveními § 82 odst. 1 zákona, § 110 odst. 6 zákona a § 115 odst. 5 zákona, přičemž obě tyto podmínky musí být splněny kumulativně.

400. K otázce uveřejnění dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu Úřad uvádí, že dle ustanovení § 146 odst. 2 zákona zadavatel v případech, kdy nebyl povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení, může uveřejnit dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu. Řádné uveřejnění oznámení o záměru uzavřít smlouvu spolu s postupem podle ustanovení § 82 odst. 1 zákona, § 110 odst. 6 zákona a § 111 odst. 5 zákona vylučuje uložení zákazu plnění smlouvy podle ustanovení § 118 odst. 2 písm. a) zákona. Jelikož uveřejnění tohoto oznámení vyvolává ve vztahu k posouzení postupu zadavatele, resp. při rozhodování o uložení nápravného opatření tak závažné důsledky, je třeba vždy zkoumat, zda oznámení o záměru uzavřít smlouvu bylo v daném konkrétním případě skutečně řádně uveřejněno, tedy zda konkrétní oznámení zejména po obsahové stránce naplňuje účel tohoto institutu.
401. Jak vyplývá z ustanovení § 118 odst. 2 písm. a) zákona, zadavatel mohl uložení nápravného opatření spočívajícím v uložení zákazu plnění ze smlouvy zabránit, pokud by uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu dle ustanovení § 146 odst. 2 zákona, a když by zároveň postupoval v souladu s ustanoveními § 82 odst. 1 zákona, § 110 odst. 6 zákona a § 111 odst. 5 zákona. Úřad však na základě vlastní činnosti zjistil, že zadavatel dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu způsobem dle ustanovení § 146 odst. 2 nezveřejnil, nezveřejnil jej totiž vůbec (tedy ani způsobem mimo ustanovení § 146 odst. 2 zákona), což ostatně koresponduje s faktem, že zadavatel při zadávání první a druhé veřejné zakázky nepostupoval vůbec v režimu zákona o veřejných zakázkách.
402. Na základě výše uvedených skutečností má Úřad za prokázané, že zadavatel nezveřejnil oznámení o záměru uzavřít smlouvu dle ustanovení § 146 odst. 2 zákona, jak vyžaduje ustanovení § 118 odst. 2 zákona za účelem vyloučení uložení zákazu plnění smlouvy. Z uvedeného důvodu již není třeba zkoumat, zda zadavatel dodržel postup dle ustanovení § 82 odst. 1 zákona, § 110 odst. 6 zákona a § 111 odst. 5 zákona, neboť pro neuložení zákazu plnění smlouvy by muselo dojít ke kumulaci obou výše uvedených podmínek, což v šetřeném případě nenastalo, z důvodu absence již první podmínky.
403. Z uvedeného vyplývá, že Úřad podle ustanovení § 118 odst. 2 písm. a) zákona rozhodne o uložení zákazu plnění smlouvy, neboť se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona, když neuveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení zadávacího řízení, přičemž ani neuveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle ustanovení § 146 odst. 2 zákona.
404. Podle ustanovení § 118 odst. 5 zákona písm. b) zákona však Úřad návrh [na uložení zákazu plnění smlouvy; Úřad] zamítne, pokud byly zjištěny důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy podle odstavce 2 tohoto paragrafu, ale zadavatel prokáže naplnění důvodů hodných zvláštního zřetele vyžadujících pokračování plnění smlouvy podle odstavce 3 nebo naplnění důvodu podle odstavce 4 tohoto paragrafu.
405. Úřad dle ustanovení § 118 odst. 3 zákona neuloží zákaz plnění smlouvy podle odstavce 2 tohoto paragrafu, pokud shledá, že důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadují pokračování plnění smlouvy. Ekonomický zájem na plnění smlouvy může být považován za takový důvod pouze za výjimečných okolností, kdy by přerušeni plnění smlouvy vedlo k nepřiměřeným důsledkům. Ekonomické zájmy přímo spojené s dotčenou zakázkou, zejména náklady vyplývající z prodlení při plnění zakázky, náklady spojené se

zahájením nového zadávacího řízení, náklady spojené se změnou subjektu plnění zakázky a náklady spojené s právními povinnostmi vyplývajícími ze zákazu plnění smlouvy, nepředstavují důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování plnění smlouvy.

406. Současně Úřad dle ustanovení § 118 odst. 4 zákona neuloží zákaz plnění smlouvy, pokud by důsledky tohoto zákazu závažným způsobem ohrozily existenci širšího obranného nebo bezpečnostního programu, který má zásadní význam z hlediska bezpečnostních zájmů České republiky.
407. Vzhledem k ustanovení § 118 odst. 3 zákona proto musí Úřad nejdříve posoudit, zda v konkrétním šetřeném případě neexistují důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadující pokračování plnění smlouvy, resp. které vylučují uložení zákazu plnění této smlouvy. Jedná se o důvody, jež významně přesahují zájmy zadavatele a mají dopad i na široký okruh subjektů na zadavateli nezávislých, což míří k naplnění podmínky veřejného zájmu.
408. Pojem „veřejný zájem“ je typickým neurčitým právním pojmem, který musí být v případě potřeby ve správním řízení definován, a to s ohledem na konkrétní okolnosti projednávaného případu, neboť jeho obsah a rozsah se může měnit. Musí se jednat o takový zájem, který lze označit za obecný či veřejně prospěšný, případně za zájem společnosti jako celku. Takový zájem přitom nemůže být v rozporu s platnými právními předpisy. Obecně platí, že správní orgány by neměly veřejný zájem samy aktivně konstruovat a definovat, veřejný zájem musí vyplývat vždy přímo z právní úpravy. V této souvislosti Úřad uvádí, že právní předpisy ve většině případů veřejný zájem přímo nedefinují, a ten je tak třeba dovodit ze smyslu a účelu příslušné právní úpravy. V konkrétním správním řízení může nastat i situace, kdy několik veřejných zájmů stojí proti sobě a objektivně není možné, aby přijaté řešení bylo v souladu se všemi veřejnými zájmy, které s rozhodovanou věcí souvisejí. Je pak na správním orgánu, aby pokud možno rozhodl tak, že žádný z dotčených veřejných zájmů nebude na úkor ostatních popřen. Naznačený postup při interpretaci tohoto neurčitého právního pojmu vyplývá i z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 7. 2005, č. j. 5 Afs 151/2004-73.
409. Úřad v posuzovaném případě vyšel ze skutečnosti, že aby mohl být určitý zájem označen za veřejný, je třeba, aby se jednalo o zájem, jehož nositelem je společnost, resp. aby se jednalo o takový zájem, který je možno označit za obecně prospěšný. Podmínkou nutnou nikoli však dostatečnou je, že zájem označený jako veřejný musí významně přesahovat (individuální) zájmy zadavatele a mít dopad i na široký okruh subjektů na zadavateli nezávislých.
410. Úřad k výše uvedenému konstatuje, že mezi základní činnosti zadavatele patří zejména zabezpečení fungování drážní přepravy cestujících v konkurenci ostatních soutěžitelů na relevantním trhu. Tuto činnost zadavatele lze bezpochyby označit za činnost vykonávanou ve veřejném zájmu, což mj. vyplývá i ze *Smlouvy o závazku veřejné služby v drážní osobní dopravě ve veřejném zájmu na zajištění dopravních potřeb státu na období od 1. 1. 2010 do konce platnosti jízdního řádu pro období 2018/19*, uzavřené mezi Českou republikou – Ministerstvem dopravy a zadavatelem (uveřejněná na <http://www.mdcr.cz/cs/verejnadoprava/Smlouvy+o+ZVS/smlouva-o-zavazku-verejne-sluzby.htm>). Účelem smlouvy, dle ustanovení článku I., je zabezpečení dopravních potřeb státu ve veřejném zájmu železniční osobní dopravou.

411. Na svůj závazek veřejné služby spočívající v zajištění dopravní obslužnosti plynoucí z výše uvedené smlouvy mezi zadavatelem a Ministerstvem dopravy se v jedné ze svých námitek odvolává i sám zadavatel (viz bod 87. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
412. V daném případě je tedy třeba posoudit, zda jsou dány důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem vyžadující pokračování plnění smlouvy, resp. zda tyto důvody bylo možné na základě zadavatelem tvrzených a prokázaných skutečností v souladu s ustanovením § 118 odst. 5 písm. b) zákona seznat.
413. Úřad především konstatuje, že vzhledem k tomu, že Úřad je v případě existence takových důvodů povinen zákaz plnění smlouvy neuložit, resp. návrh na jeho uložení podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. b) zákona zamítnout, je třeba ustanovení § 118 odst. 3 zákona vykládat v souladu s obecnými právními zásadami restriktivně, a to z následujících důvodů.
414. Ustanovení § 118 odst. 3 zákona představuje výjimku z pravidla upraveného v ustanovení § 118 odst. 2 zákona, které zajišťuje, že v případech tam uvedených dojde k nápravě nezákonného stavu (tj. stavu, kdy zadavatel postupoval, a to kvalifikovaným způsobem, v rozporu se zákonem) mimo jiné tím, že smlouva, která byla uzavřena v rozporu se zákonem (a tedy v rozporu s veřejným zájmem zákonem sledovaným, tj. zájmem na zabezpečení transparentní soutěže dodavatelů o předmět veřejné zakázky, jejímž cílem je dosáhnout efektivního a hospodárného nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů), nebude moci být plněna. V případě důvodů hodných zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem podle ustanovení § 118 odst. 3 zákona se tak musí jednat o tak závažné důvody, které převáží veřejný zájem sledovaný zákonem. Důkazní břemeno ohledně existence důvodů hodných zvláštního zřetele, jak vyplývá z ustanovení 118 odst. 5 písm. b) zákona, nese osoba, která se jich dovolává. V posuzovaném případě formuluje zadavatel důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování plnění smlouvy ve svém vyjádření k návrhu, datovaném ke dni 24. 10. 2013. Úřad tuto námitku zadavatele shrnul výše v bodě 87. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
415. Zadavatel argumentuje, že povinnost zabezpečit dopravní obslužnost v rámci plnění závazku veřejné služby je jednoznačně důvodem hodným zvláštního zřetele, spojeným s veřejným zájmem na zajištění dopravních potřeb státu v dálkové železniční dopravě, pro který nemůže Úřad uložit zákaz plnění Dohody, neboť důsledkem uložení takového zákazu by došlo, s ohledem na komplexnost fungování mezinárodní železniční dopravy, k absolutní nemožnosti provozovat mezinárodní železniční dopravu na území České republiky.
416. Úřad na tomto místě uvádí, že argumentaci zadavatele existencí důvodů hodných zvláštního zřetele nelze přisvědčit, a to z následujících důvodů. Úřad zaprvé uvádí, že důsledkem uložení zákazu plnění druhé Přílohy 1 není absolutní nemožnost provozovat mezinárodní železniční dopravu na území České republiky. Zadruhé zadavatel zcela pomíjí veřejný zájem na zabezpečení transparentní soutěže dodavatelů o předmět první a druhé veřejné zakázky, jejímž cílem je dosáhnout efektivního a hospodárného nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů.
417. K prvnímu důvodu Úřad dále uvádí, že uložení zákazu plnění druhé Přílohy 1 nezpůsobí absolutní nemožnost provozovat mezinárodní železniční dopravu na území České republiky, neboť k tomu institut uložení zákazu plnění smlouvy upravený v zákoně (o veřejných zakázkách) nesměřuje. Úřad nemá pravomoc zakázat či jiným způsobem autoritativně

znemožnit mezinárodní železniční dopravu, pravomoc Úřadu v této věci je dána pouze k uložení nápravného opatření spočívajícího v uložení zakazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku, která byla uzavřena v rozporu se zákonem při současném konstatování správního deliktu zadavatelem (viz ustanovení § 118 odst. 2 zákona). Úřad tímto realizuje a naplňuje svoji roli dohledu nad postupy zadavatelů při zadávání veřejných zakázek, která mu závazně vyplývá mj. z ustanovení § 112 zákona.

418. Úřad v této souvislosti odkazuje na své odůvodnění obsažené v ustanovení bodu 320. tohoto rozhodnutí, v němž jasně konstatuje, že uložení nápravného opatření dle ustanovení § 118 odst. 2 zákona nesměřuje ke znemožnění provozu mezinárodní železniční dopravy na území České republiky jako takovému, neboť k tomu Úřad ani není nadán zákonnou pravomocí. Úřad uložení nápravného opatření pouze, v mezích své zákonné pravomoci, realizuje přezkum postupu zadavatele, zde způsobu pořízení (zajištění) lokomotiv Taurus. V citovaném bodu 320. tohoto rozhodnutí Úřad nastiňuje některé zákonné způsoby pořízení lokomotiv vhodných k zajištění provozu mezinárodní železniční dopravy na území České republiky. Úřad tak tento provoz nikterak nezakazuje či neznamenává, pouze dohlíží na to, aby byl realizován zákonným způsobem.
419. Z výše uvedeného vyplývá, že uložení nápravného opatření nedochází k ohrožení veřejného zájmu na zajištění dopravních potřeb státu v dálkové železniční dopravě, nýbrž pouze k zajištění toho, aby byl tento veřejný zájem realizován v souladu se zákonem (zde zákonem o veřejných zakázkách).
420. Úřad dále uvádí, že argumentaci zadavatele nelze přisvědčit i z dalšího důvodu, totiž že zadavatel zcela pomíjí existenci veřejného zájmu na zabezpečení transparentní a nediskriminační soutěže dodavatelů o předmět veřejné zakázky, jejímž cílem je dosáhnout efektivního a hospodárného nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů. Tyto dva veřejné zájmy tak stojí proti sobě a objektivně není možné přijmout takové řešení, které by bylo v souladu s oběma veřejnými zájmy. V souladu s výše řečeným je pak úlohou správního orgánu (zde Úřadu) rozhodnout tak, že žádný z dotčených veřejných zájmů nebude na úkor ostatních popřen (viz bod 408. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Spravedlivé vyvážení těchto veřejných zájmů spočívá v tom, že uložení nápravného opatření Úřad sleduje zachování veřejného zájmu na zabezpečení transparentní soutěže dodavatelů o předmět první a druhé veřejné zakázky, přičemž zároveň směřuje k zachování veřejného zájmu na zajištění dopravních potřeb státu v dálkové železniční dopravě v co největší možné míře.
421. K tomu Úřad dodává, že imanentní součástí veřejného zájmu na zajištění dopravních potřeb státu v dálkové železniční dopravě je jistě zákonný způsob zajišťování těchto potřeb na základě hospodárného nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů dle zákona. Zajišťování dopravních potřeb státu způsobem porušujícím či obcházejícím zákon, v důsledku čehož může docházet či dokonce dochází k nehospodárnému nakládání s veřejnými prostředky, nemůže v právním státě vést ke spravedlivému a obecně prospěšnému naplnění uvedeného veřejného zájmu. Z těchto důvodů je tak důsledkem uložení nápravného opatření spíše řádné zajištění a ochrana veřejného zájmu na zajištění dopravních potřeb státu v dálkové železniční dopravě, než jeho ohrožení či popření, i proto nemůže v dané věci zadavatelem namítaný veřejný zájem převážit.

422. Úřad tedy argumentaci zadavatele nepřisvědčil, neboť neshledal existenci důvodů hodných zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem, jež by vyžadovaly pokračování plnění smlouvy ve smyslu ustanovení § 118 odst. 3 zákona.
423. Úřad se dále vyjádřil k existenci dalších okolností, na jejichž základě by Úřad upustil od uložení zákazu plnění dle ustanovení § 118 odst. 2 zákona. Ve smyslu ustanovení § 118 odst. 4 zákona Úřad neuloží zákaz plnění smlouvy, pokud by důsledky tohoto zákazu závažným způsobem ohrozily existenci širšího obranného nebo bezpečnostního programu, který má zásadní význam z hlediska bezpečnostních zájmů České republiky. Důkazní břemeno ohledně existence těchto důsledků, jak vyplývá z ustanovení § 118 odst. 5 písm. b) zákona, nese osoba, která se jich dovolává, zde zadavatel. V posuzovaném případě se však zadavatel uvedeného vůbec nedovolával. Rezignací na povinnost nést důkazní břemeno v této partikulární souvislosti zadavatel důkazní břemeno neunesl.
424. Úřad dodává, že ani sám z vlastního šetření z moci úřední ve smyslu ustanovení § 50 odst. 3 správního řádu nezjistil naplnění podmínky pro neuložení zákazu plnění druhé Přílohy 1 k Dohodě ve smyslu ustanovení § 118 odst. 4 zákona. Z průběhu předmětného správního řízení totiž nikterak nevyplývá, ani v náznaku, že by v důsledku uložení zákazu plnění druhé Přílohy 1 k Dohodě mohla být ohrožena existence širšího obranného nebo bezpečnostního programu, který má zásadní význam z hlediska bezpečnostních zájmů České republiky.
425. Úřadu nezbývá než uzavřít, že důvod pro aplikaci ustanovení § 118 odst. 5 písm. b) zákona není dán a návrh navrhovatele tak nelze na základě tohoto ustanovení zákona zamítnout, jak mj. navrhuje zadavatel. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku VII. tohoto rozhodnutí.

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, 604 55 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:

1. Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., Karolíny Světlé 301/8, 110 00 Praha 4
2. Mgr. Jakub Kotrba, advokát, Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r.o., Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1
3. JUDr. Vladimír Chýský, advokát, advokátní kancelář Chýský Lorenc, advokáti, s.r.o., Žerotínova 1132/34, 130 00 Praha 3

Vypraveno dne:

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