



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové a soudců Mgr. Petra Sedláka, PhD. a JUDr. Václava Štencla, MA v právní věci žalobce: **Výzkumný Ústav Železniční, a.s.**, se sídlem Novodvorská 1698, Praha 4, zast. Mgr. Radovanem Kubáčem, advokátem se sídlem Olivova 2096/4, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, v řízení o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 16.12. 2015, č. j. ÚOHS-R287/2014/VZ-44125/2015/322/DRu,

t a k t o :

- I.** Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 16. 12. 2015, č. j. ÚOHS-R287/2014/VZ-44125/2015/322/DRu, a rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 7. 2014, č. j. ÚOHS-S757/2012/VZ-15188/2014/523/Krk/Mkb, **se zrušují a věc se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II.** Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci na náhradě nákladů řízení částku 21.200 Kč, a to k rukám Mgr. Radovana Kubáče, advokáta se sídlem Olivova 2096/4, Praha 1, do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

O d ů v o d n ě n í

I. Předmět řízení

Rozhodnutím ze dne 18. 7. 2014, č. j. ÚOHS-S757/2012/VZ-15188/2014/523/Krk/Mkb (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“), shledal žalovaný žalobce vinným ze spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 12. 2014 (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“) a uložil žalovanému pokutu dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách ve výši 100.000 Kč. Správní delikt měl spočívat v tom, že žalobce veřejnou zakázku „Rekonstrukce svršku velkého železničního okruhu Zkušebního centra VUZ od km 6,800 do km 13,170“ nezadal v některém ze zadávacích řízení dle § 21 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Žalobce se proti tomuto rozhodnutí bránil rozkladem ze dne 4. 8. 2014 (dále jen „rozklad“), který předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 16. 12. 2015, č. j. ÚOHS-R287/2014/VZ-44125/2015/322/DRu (dále jen „druhostupňové rozhodnutí“), zamítl a prvostupňové rozhodnutí potvrdil.

II. Obsah žaloby

Žalobce se domáhá zrušení druhostupňového, jakož i prvostupňového rozhodnutí a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení. Považuje za nezákonný, smyslu a systematickému výkladu zákona o veřejných zakázkách odporující, postup a závěr žalovaného týkající se naplnění podmínek veřejného zadavatele dle § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách. Většinou námitek, které žalobce v podaném rozkladu vznesl, se předseda žalovaného zabýval zcela nedostatečně, jeho rozhodnutí si na několika místech odporuje.

Vykonáváním zkušebního provozu drážních vozidel, kterým zajišťuje podklady vyžadované pro vydání aktu vrchnostenské povahy, neuspokojuje potřeby veřejného zájmu. Tuto činnost vykonává na čistě komerční bázi - nesměřuje neurčitému okruhu osob, zajišťuje vždy zájem konkrétního podnikatele. Vedle nedostatečného zdůvodnění žalovaného v této otázce žalobce brojí proti tvrzení, že stát si existencí zákonné úpravy ponechává nad vykonáváním činnosti žalobce kontrolu. K tomu by však byla potřeba bezprostřední konkrétní ingerence z pozice vrchnostenského subjektu. Nicméně stát do činnosti žalobce nezasahuje vůbec. Navíc se žalovaný ve svých rozhodnutích nezabýval otázkou, zda tato činnost žalobce představuje alespoň minimální objem v jeho celkové činnosti – obě rozhodnutí jsou tak stížena vadou nepřezkoumatelnosti. Žalobce je standardní kapitálovou společností, jejímž účelem je dosažení zisku. Jeho pověření Ministerstvem dopravy není exkluzivní, při splnění podmínek jej může získat kterákoliv právnická osoba. Z posouzení kritérií vydefinovaných judikaturou a rozhodovací praxí ÚOHS je zřejmé, že i kdyby uspokojoval potřeby veřejného zájmu, tyto rozhodně mají průmyslovou nebo obchodní povahu. Není ani ovládán jiným veřejným zadavatelem. Společnost České dráhy, a.s. může být považována za sektorového, případně smíšeného zadavatele, v žádném případě však za zadavatele veřejného.

III. Vyjádření žalovaného

Žalovaný v rámci svého vyjádření uvádí, že vykonávání zkušebního provozu slouží k zajištění bezpečnosti drážní dopravy, a je tak činností prováděnou za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, svědčící neurčitěmu okruhu osob. Účelem provádění zkušebního provozu není a nemůže být dosažení zisku žalobce, stát si nad touto činností ponechává kontrolu prostřednictvím zákonné úpravy. Žalobce je k provedení zkušebního provozu na požádání drážního správního úřadu (dále jen „drážní úřad“) povinen, nikoli oprávněn. Žalovaný trvá na tom, že společnost České dráhy, a.s. je v případě absence souvislosti s výkonem relevantní činnosti veřejným zadavatelem, který žalobce ovládá. Jeho závěry jsou dostatečně odůvodněny v napadeném rozhodnutí, na které v plné míře odkazuje.

IV. Replika žalobce a doplnění žaloby

Žalobce ve své replice zdůrazňuje, že napadené rozhodnutí je nedostatečné a nepřezkoumatelné, žalovaný se se vznesenými námitkami nevypořádal vůbec, a pokud ano, tak vyhýbavě. Jím provedený výklad zákonné definice uspokojování potřeb veřejného zájmu je extenzivní a účelový. V dalším pak žalobce opakuje argumentaci uvedenou v žalobě a závěry z ní vyplývající.

V doplnění žaloby ze dne 13. 9. 2017 žalobce shrnul argumentaci k jednotlivým zákonným podmínkám definice veřejného zadavatele a navrhl provedení sedmnácti listinných důkazů.

V. Posouzení věci krajským soudem

Krajský soud na základě včas podané žaloby přezkoumal v souladu s § 75 odst. 2 s. ř. s. v mezích žalobních bodů napadené rozhodnutí žalovaného, jakož i řízení předcházející jeho vydání. Při přezkoumání rozhodnutí vycházel v souladu s § 75 odst. 1 s. ř. s. ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu. Soud dospěl k závěru, že žaloba **je důvodná**.

Předně se soud zabýval otázkou přezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí. Soud neshledal rozhodnutí žalovaného vnitřně rozporným. Na prvostupňové a druhostupňové rozhodnutí správního orgánu je při soudním přezkumu pohlíženo jako na jeden celek (rozhoduje-li o opravném prostředku správní orgán věcně, tedy jsou-li obě rozhodnutí o věci samé - srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 12. 2011, č. j. 5 As 63/2011-92; všechna zde citovaná rozhodnutí Nejvyššího správního soudu jsou dostupná na: www.nssoud.cz). Rozhodnutí se vzájemně doplňují a výroky těchto rozhodnutí korespondují se závěry z nich vyplývajícími. Úvahy žalovaného soud považuje za ucelené a konzistentní, s jasně danou logickou strukturou. Žalovaný zvážil všechny zákonem uvedené podmínky pro naplnění statusu veřejného zadavatele dle § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách a přehledně a srozumitelně je aplikoval na zjištěný skutkový stav. Rozhodnutí žalovaného je tedy z hlediska srozumitelnosti možno podrobit soudnímu přezkumu.

Považuje-li soud rozhodnutí žalovaného za srozumitelné, může se dále zabývat přezkoumatelností rozhodnutí žalovaného z hlediska dostatečnosti jeho odůvodnění. Nedostatečnost odůvodnění napadeného rozhodnutí spatřuje žalobce v nedostatečném vypořádání se s většinou námitek přednesených žalobcem. Zdejší soud uvádí, že z odůvodnění rozhodnutí musí být mimo jiné seznatelné, proč správní orgán považuje námitky účastníka za liché, mylné nebo vyvrácené a které skutečnosti ve výsledku vzal za podklad svého rozhodnutí. Pro vypořádání některých námitek žalobce sice zvolil předseda žalovaného stručnost, rozhodně se však nejedná o případ, kdy by rozhodnutí obsahovalo toliko odkaz na to, že prvostupňové rozhodnutí bylo přezkoumáno a jeho důvody shledány správnými – takovéto rozhodnutí by pak jistě trpělo vadou nepřezkoumatelnosti pro nedostatečnost odůvodnění. Předseda žalovaného se zabýval odvolacími námitkami, zdůvodnil své úvahy a předložil konkrétní ucelenou argumentaci oponující argumentaci žalobce. Z napadeného rozhodnutí je patrná reakce na námitky žalobce i konkrétní úvahy žalovaného. Ostatně sám žalobce proti těmto úvahám v žalobě brojí konkrétní argumentací, a krajskému soudu proto nic nebrání v tom, aby správnost těchto úvah věcně posoudil. Ani této námitce žalobce tedy nelze přisvědčit.

Žalobce dále namítá, že nenaplnuje ani jednu z podmínek stanovených v § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, a nemůže tedy být z povahy věci považován za veřejného zadavatele. Není tudíž ani osobou způsobilou ke spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.

Dle § 2 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách se za zadavatele veřejné zakázky (dále jen "zadavatel") pro účely tohoto zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.

Dle § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud

1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách se zadavatel dopustí správního 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.

Pro posouzení, zda je žalobce veřejným zadavatelem, je pak rozhodující mimo jiné právní úprava činnosti, v níž žalovaný shledává uspokojování potřeb veřejného zájmu ze strany žalobce. V tomto směru je klíčové především ustanovení § 43b odst. 4 zákona č. 266/1994 Sb., o drahách, ve znění účinném do 31. 12. 2014 (dále jen „zákon o drahách“), podle něhož může drážní správní úřad požadovat provedení zkušebního provozu drážního vozidla s cílem ověřit shodu provozních vlastností s požadavky podle odstavce 3 písm. d);

v takovém případě stanoví jeho obsah a rozsah. Zkušební provoz drážního vozidla zajišťuje žadatel na svůj náklad u právnické osoby pověřené Ministerstvem dopravy.

Zde je nutno zdůraznit, že zkušební provoz se s ohledem na systematiku § 43b zákona o drahách týká pouze vozidla, jehož technická způsobilost byla schválena v jiném členském státě Evropské unie a které zároveň nesplňuje podmínky podle § 43 odst. 6 nebo odst. 1. Standardní zkušební činnost provádí pověřené osoby pro účely schválení typu drážního vozidla na základě § 43 odst. 4 zákona o drahách.

Žalobce namítá, že se na uspokojování potřeb veřejného zájmu ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) bod 1 zákona o veřejných zakázkách nijak nepodílí. Vzhledem k tomu, že vykonává zkušební provoz drážních vozidel na čistě komerční bázi na základě standardního podnikatelského oprávnění, nevydává žádnou certifikaci ani autoritativní rozhodnutí, považuje právní kvalifikaci jeho činnosti jako „uspokojování potřeb veřejného zájmu“ za nezákonnou. Naopak má za to, že jde o činnost průmyslové či obchodní povahy.

Tuto námitku žalobce spatřuje soud důvodnou.

Veřejný zájem je nutno chápat jako takový zájem, který by bylo možno označit za obecný zájem či obecně prospěšný zájem (k tomu srov. nález Ústavního soudu ze dne 28. 3. 1996, sp. zn. I. ÚS 198/95). Při posuzování pojmu „veřejný zájem“ ve smyslu § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách lze vyjít z judikatury Soudního dvora Evropské unie, který se k vymezení pojmu veřejného zadavatele – jiné právnické osoby – vyjadřoval mimo jiné ve svých rozhodnutích ze dne 15. 1. 1998, ve věci C-44/96 *Mannesmann*; ze dne 3. 10. 2000 ve věci C-380/98 *University of Cambridge*; ze dne 10. 5. 2001 ve věci C-223/99 a C-260/99 *Messe Mailand*. Dále se vyjadřoval ke statutu veřejného zadavatele – jiné právnické osoby – v případě faktického převzetí úkolů ve veřejném zájmu v rozhodnutí ze dne 27. 2. 2003 ve věci C-373/00 *Adolf Trully*. K pojmu zadavatele v případě soukromoprávního podniku s podílem státu a k pojmu činnosti výdělečné povahy pak provedl rozbor v rozsudcích ze dne 16. 10. 2003 ve věci C-283/00 *Komise v. Španělsko* a ze dne 22. 5. 2003 ve věci C-18/01 *Kohonen*. Z těchto rozhodnutí lze shrnout klíčová kritéria pro posouzení, zda je činnost subjektu podřaditelná pod pojem „uspokojování potřeb veřejného zájmu.“

Především, aby „potřeby“ bylo možno považovat za „potřeby veřejného zájmu“, musí je stát z důvodů spojených s obecným zájmem uspokojovat sám nebo si nad jejich uspokojováním ponechává rozhodující vliv, jak vyplývá z rozsudků Soudního dvora Evropské unie ze dne 10. 11. 1998 ve věci C-360/96 *Gemeente Arnhem* a ze dne 22. 5. 2003 ve věci C-18/01 *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*. Nejvyšší správní soud k tomu ve svém rozsudku ze dne 31. 5. 2011, č. j. 1 Afs 98/2010-399, dodává, že veřejný či obecný zájem je protikladem zájmů soukromých, „od nichž se odlišuje tím, že okruh osob, jimž takový zájem svědčí, je vždy neurčitý. Z této povahy potřeb veřejného či obecného zájmu pak vyplývá také zvláštní zájem na zabezpečení jejich uspokojování, projevující se např. tím, že takové potřeby jsou uspokojovány buďto přímo prostřednictvím státu či stát si nad uspokojováním těchto potřeb ponechává kontrolu, ať již přímo či prostřednictvím ovlivňování podmínek, za nichž uspokojování potřeb v obecném zájmu probíhá.“

K otázce okruhu subjektů, ke kterým činnost žalobce míří, zdejší soud uvádí, že žalobce vykonává zkušební provoz drážních vozidel 1) na základě smluvního vztahu 2) s osobou soukromého práva a 3) za úplatu, jejíž výše je smluvní. Jeho činnost podle názoru soudu uspokojuje konkrétní potřeby komerčních podnikatelských subjektů, které usilují o provozování drážního vozidla na území České republiky. Stanovisko vydané žalobcem těmto osobám slouží jako podklad pro rozhodnutí drážního úřadu. Nejedná se o vrchnostenský akt, kterým je až rozhodnutí drážního úřadu, jehož podkladem mohlo být (nicméně nemuselo) také stanovisko žalobce. Až činnost drážního úřadu lze proto podle soudu považovat za naplňování veřejného, resp. obecně prospěšného zájmu, kterým je zajištění požadované bezpečnosti v dopravě.

U řady činností vykonávaných na základě soukromoprávních závazků lze vysledovat zájem státu či veřejnosti na tom, aby byla činnost vykonávaná určitým způsobem, v určité kvalitě či s určitými garancemi. Tato skutečnost ovšem nemůže znamenat, že dochází k uspokojování potřeb veřejného zájmu. Při takto extenzivním výkladu by totiž za činnost vykonávanou ve veřejném zájmu bylo možné považovat prakticky jakoukoliv činnost regulovanou kogentními normami (a to dokonce i kogentními normami soukromého práva), neboť jejich kogentnost je právě projevem určitého zájmu státu (tedy obecného zájmu) na způsobu výkonu dané činnosti. Aby se jednalo o uspokojování potřeb veřejného zájmu, musí být kontrola činnosti nadstandardní, vymykající se běžné veřejnoprávní regulaci. Pouze v takovém případě by bylo možné vysledovat snahu státu ponechat si nad uspokojováním daných potřeb kontrolu. Kromě toho se musí jednat o kontrolu konkrétní, nikoliv obecnou, směřující vůči neurčitému okruhu subjektů v rámci daného odvětví (k tomu podrobněji dále). V posuzovaném případě se přitom jedná o kontrolu jednak obecnou, jednak zcela standardní.

Za nadstandardní kontrolu rozhodně nelze považovat skutečnost, že žalobce je k provádění zkušebního provozu pověřen Ministerstvem dopravy. Toto pověření lze považovat za standardní licenci, kterou může při splnění zákonných podmínek vedle žalobce získat kterýkoliv jiný subjekt. Spíše na okraj soud poznamenává, že v opačném případě, by mohl být žalobce považován za subjekt ovládaný více státy, což by jen stěží mohlo být považováno za strategickou kontrolu činnosti daného subjektu ze strany pouze jediného státu. Tuto skutečnost dokresluje žalobcem předložené rozhodnutí Ministerstva dopravy Slovenské republiky ze dne 12. 5. 2016, č. j. 14890/2016/C350-SŽDD/27855, jímž byl žalobce pověřen k výkonu zkoušek drážních vozidel. Ačkoliv se jedná o skutečnost nastalou až po vydání žalobou napadeného rozhodnutí (a soud ji tudíž s ohledem na § 75 odst. 1 s. ř. s. nemůže zahrnout do přezkoumávaného skutkového stavu), pro úvahy soudu není rozhodná sama o sobě, nýbrž právě jako ilustrace možnosti, že žalobce vždy mohl být shodně pověřován k téže činnosti různými státy. Již proto nelze takové pověření chápat jako nadstandardní státní kontrolu subjektu s cílem zachovat si významný vliv na jeho činnost.

Ačkoliv zcela jistě existuje obecný zájem na tom, aby provozování drážních vozidel bylo bezpečné, tento obecný zájem garantuje drážní úřad, nikoliv žalobce. Projevem tohoto obecného zájmu jsou sice mimo jiné určité požadavky, například na objektivitu a erudici stanoviska vydávaného žalobcem, nečiní z něj však službu adresovanou širší veřejnosti. Právní normy či podmínky stanovené v pověření Ministerstva dopravy regulují vydávání stanoviska žalobcem způsobem, který nevybočuje z běžné veřejnoprávní regulace činností vykonávaných na základě soukromoprávních závazků. Je pak na drážním úřadu, aby zajistil

naplnění veřejného zájmu. Stanovisko žalobce pro něj není nezbytným podkladem (drážní úřad toliko může požadovat provedení zkušebního provozu), natož snad závazným stanoviskem, a je pouze jedním z řady podkladů (viz žalobcem předložený formulář žádosti o schválení typu drážního vozidla zahrnující seznam požadovaných podkladů). Naplňování veřejného zájmu činností žalobce je pouze nepřímé a spočívá v podstatě pouze v ověřování souladu s technickými normami zajišťujícími bezpečnost drážního provozu. Respektování podobných technických norem je ovšem běžnou povinností poskytovatelů celé řady služeb čistě obchodní povahy. Typickým případem je povinná certifikace výrobků či služeb před jejich uvedením na trh.

Zdejší soud má proto za to, že adresátem služeb žalobce je individuální osoba soukromého práva, nikoliv širší veřejnost. Jedná se o běžnou činnost odborníka, který v rámci své kvalifikace vydává pro účely správního řízení své odborné stanovisko. V daném případě se ovšem navíc nejedná o stanovisko vydávané na vyžádání správního orgánu (drážního úřadu), neboť ten je může požadovat výhradně po žadateli, nikoliv po žalobci, u něhož si žadatel provedení zkušebního provozu následně sjednává.

S tím souvisí také otázka, zda je provedení zkušebního provozu povinností či jen oprávněním žalobce. Zdejší soud zastává názor, že se jedná výlučně o oprávnění žalobce, respektive že z právní úpravy regulující pověřování k provádění zkoušek neplyne kontraktační povinnost. Ustanovení § 43b odst. 4 zákona o drahách, podle něhož drážní úřad může požadovat provedení zkušebního provozu drážního vozidla, neadresuje žádnou konkrétní povinnost osobě pověřené k provádění takového zkušebního provozu. Účastníkem řízení před drážním úřadem je žadatel, nikoliv žalobce. Drážní úřad s žalobcem do žádného smluvního vztahu nevstupuje, činí tak žadatel. Je tedy zřejmé, že drážní úřad může požadovat provedení zkušebního provozu toliko po žadateli, nikoliv po žalobci. Vysloví-li drážní úřad takový požadavek, musí pochopitelně stát (ať už reprezentovaný zákonodárcem, drážním úřadem či jinými správními orgány) zajistit, aby byl pro žadatele tento požadavek splnitelný – tj. aby existoval subjekt, který se žadatelem sjedná provedení zkušebního provozu. Tuto garanci ovšem aktuální právní úprava nezajišťuje cestou obecné kontraktační povinnosti osoby pověřené Ministerstvem dopravy k provádění zkušebního provozu. Taková kontraktační povinnost by musela být zákonem výslovně stanovena, jak plyne z čl. 2 odst. 4 Ústavy České republiky nebo čl. 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod. V případě zákona o drahách tomu tak není, na rozdíl například od § 53 odst. 3 zákona č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), ve znění pozdějších předpisů, § 98 odst. 1 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů, § 3 odst. 1 zákona č. 168/1999 Sb., o pojištění odpovědnosti za újmu způsobenou provozem vozidla a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o pojištění odpovědnosti z provozu vozidla), ve znění pozdějších předpisů, nebo § 4 odst. 2 zákona č. 29/2000 Sb., o poštovních službách a o změně některých zákonů (zákon o poštovních službách), ve znění pozdějších předpisů.

Kontraktační povinnost by mohla v konkrétním případě vyplynout z monopolního či dominantního postavení poskytovatele služby, respektive ze zákazu zneužití tohoto postavení v podobě odmítnutí poskytnutí služby. Taková kontraktační povinnost ovšem není projevem regulace daného konkrétního odvětví, nýbrž důsledkem faktického stavu trhu. Pro provádění zkušebního provozu drážních vozidel právní úprava neomezuje vydávání pověření pouze pro

jediný subjekt. Pověření může být uděleno neurčitému počtu subjektů, které pro výkon dané činnosti splňují veškeré zákonné, technické a odborné předpoklady. Nejedná se zde tedy ani o zákonný monopol, z něhož by fakticky (ve spojení s předpisy na ochranu hospodářské soutěže) plynula obecná kontraktační povinnost pověřeného subjektu. Kromě toho by z případného dominantního či monopolního postavení žalobce (plynoucího ze skutečnosti, že jako jediný v České republice vlastní specializovaný zkušební okruh) mohla stejně tak plynout povinnost nabídnout svou infrastrukturu (za úplatu) svým konkurentům. Žalobce ostatně v rámci soudního jednání uvedl, že tak také činí.

Povinnost žalobce provést zkušební provoz na žádost žadatele nelze dovozovat ani z požadavku, aby zkušební provoz prováděl v souladu se zákonem či technickou dokumentací, jak uvádí žalovaný. Jedná se pouze o regulaci výkonu dané činnosti, nikoliv o regulaci procesu uzavírání smlouvy, jejímž předmětem má být provedení zkušebního provozu.

Zkušební provoz drážních vozidel tedy neprovádí stát (žalobce je obchodní korporací - osobou soukromého práva) a ani si nad touto činností neponechává kontrolu, jak má na mysli výše citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2011, č. j. 1 Afs 98/2010-399. Jak plyne například z rozsudků Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 9. 2009, č. j. 9 Afs 111/2008-91, a ze dne 21. 10. 2010, č. j. 9 Afs 74/2010-254, podmínka kontroly ze strany státu je splněna pouze v případě bezprostřední ingerence z pozice vrchnostenského subjektu, přičemž se musí jednat o ingerenci ve smyslu konkrétním, tj. zasahování do podnikatelské činnosti konkrétního subjektu, nepostačí ingerence ve smyslu obecném. Je patrné, že žalobce o své činnosti rozhoduje sám, respektive svými orgány, které fungují za standardních podmínek jako v případě jiných běžných obchodních korporací. Skutečnost, že stát má nepřímo prostřednictvím jím vlastněné společnosti, která je akcionářem žalobce, vliv na rozhodování orgánů společnosti, nelze považovat za konkrétní kontrolu ve smyslu citované judikatury. Takovýto vliv (tj. ovládnutí) je totiž dalším, samostatným předpokladem stanoveným v § 2 odst. 2 písm. d) bod 2 zákona o veřejných zakázkách pro to, aby mohl být subjekt považován za veřejného zadavatele. Kontrolou pro účely posouzení naplnění bodu 1 citovaného ustanovení, tj. kontrolou svědčící ve prospěch závěru o uspokojování potřeb veřejného zájmu je tak nutno chápat pouze nadstandardní ingerenci státu nad rámec běžných oprávnění akcionáře, tj. nad rámec běžného ovládnutí. V opačném případě by totiž platilo, že jakýkoliv subjekt vlastněný státem automaticky uspokojuje potřeby veřejného zájmu. Rozlišování podmínek pod body 1 a 2 by za této situace ztrácelo smysl.

Jak přitom vyplynulo z provedeného dokazování, žalobce se účastní běžných výběrových (resp. zadávacích) řízení (tuto skutečnost účastníci shodně označili za nespornou), se svým jediným akcionářem (České dráhy a. s.) vstupuje do standardních obchodních transakcí (viz žalobcem předložený výběr smluv mezi těmito subjekty), přičemž ty tvoří pouze velmi nízkou část jeho tržeb (viz žalobcem předložená struktura jeho tržeb). Z těchto podkladů je patrné, že žalobce nepodléhá žádné nadstandardní kontrole s cílem státu ponechat si významný vliv na zajišťování zkušebního provozu drážních vozidel.

Žalobce sice je povinen umožnit Ministerstvu dopravy provedení kontroly, tato povinnost však není podřaditelná pod kontrolu podnikatelské činnosti subjektu ve smyslu aktivního podílení se na této činnosti. O to by se jednalo například tehdy, jestliže by ministr

jmenoval a odvolával vedení společnosti, či by pro platnost některých právních jednání byl nutný předběžný souhlas Ministerstva dopravy (k tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2011, č. j. 1 Afs 98/2010-399). V takovém případě by se jednalo o kontrolu ve smyslu konkrétním, představující značný přímý vliv státu na chod a činnost žalobce. V případě kontroly žalobce Ministerstvem dopravy se však jedná o typickou kontrolu ve smyslu obecném. V tomto směru lze odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 9. 2009, č. j. 9 Afs 5/2009-91, který se podrobněji zabývá odlišnostmi mezi ingerencí ve smyslu konkrétním a ingerencí ve smyslu obecném. Nejvyšší správní soud přitom v tomto rozsudku dospěl k závěru, že kontrola státu ve veřejném zájmu nad činností všech zdravotnických zařízení za účelem zaručení určité kvality jimi poskytovaných služeb, spočívající v kontrole nad dodržováním zákonem stanovených podmínek pro provoz zdravotnických zařízení a výkonem zdravotnických služeb, je ingerencí státu ve smyslu obecném. Kontrola nad činností žalobce je v daném případě prakticky totožného charakteru.

Poskytování služby v podobě provedení zkušebního provozu drážního vozidla tedy nepředstavuje uspokojování potřeb veřejného zájmu. Naopak tato činnost žalobce má zcela standardní obchodní povahu. Žalobce totiž svou činnost vykonává za účelem zisku a sám nese případné ztráty svého hospodaření. Z tabulky vývoje vybraných ekonomických ukazatelů uvedené na straně 13 žalobcovy výroční zprávy za rok 2016 plyne, že žalobce konstantně od roku 2007 zvyšuje svůj zisk. Ten v roce 2016 činil již 188.070.000 Kč. Příjem žalobce z dotací činí méně než 1 % jeho příjmů (viz prohlášení žalobcovy hlavní účetní). V případě žalobce tedy neprobíhá ani nadstandardní kontrola jeho zkušební činnosti projevující se financováním této činnosti z veřejných prostředků. Nic proto nenavzdává tomu, že by tato činnost neměla běžný obchodní charakter.

Co se konkrétně týče provádění zkušebního provozu, je tato skutečnost také výslovně akcentována zákonem o drahách, podle jehož § 43b odst. 4 „[z]kušební provoz drážního vozidla zajišťuje žadatel na svůj náklad u právnické osoby pověřené Ministerstvem dopravy.“ Toto ustanovení dává jasně najevo, že se stát nehodlá na této činnosti finančně podílet. Nelze proto vysledovat žádný „patrný zájem státu na rozvoji žalobce“, který by dle Nejvyššího správního soudu (rozsudek ze dne 21. 10. 2010, č. j. 9 Afs 74/2010-254) měl být znatelný, měla-li by být právnická osoba považována za veřejného zadavatele. Zákon nevymezuje konkrétní subjekt, který by měl disponovat pověřením k provádění zkušebního provozu, neomezuje vydávání tohoto pověření pouze na velmi omezený okruh subjektů, nepočítá s finanční podporou takových subjektů a žalobce fakticky ani finančně nijak významně nepodporuje.

Jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 10. 9. 2009, č. j. 9 Afs 111/2008-91, je-li primárním účelem činnosti dosažení zisku a kritérii pro rozhodování subjektu kritéria ekonomická, je jen velmi málo pravděpodobné, aby potřeby, jež subjekt uspokojuje, měly jinou než průmyslovou či obchodní povahu. Klíčová je v této věci, v souladu s rozsudkem Soudního dvora Evropské unie ze dne 22. 5. 2003 ve věci C-18/01 *Korhonen*, také skutečnost, zda subjekt nese ztráty vzešlé ze své činnosti.

Dvě z uvedených podmínek jsou splněny zcela evidentně. Žalobce byl založen jako podnikatel směřující svou činnost primárně k dosažení zisku. Nejedná se o osobu založenou za účelem uspokojování veřejného zájmu, finančně závislou na státu, či státem podporovanou.

Ruku v ruce s touto podmínkou je splněna podmínka posledně uvedená, tedy že žalobce nese ztráty vzešlé ze své činnosti. Nedochozí k žádnému nadstandardnímu zasahování státu (ani akcionáře České dráhy a. s.) do ekonomiky žalobce. V případě hrozícího zániku žalobce nic nenasvědčuje tomu, že by došlo k ingerenci státu za účelem pokračování jeho podnikatelské činnosti. Stát může prováděním zkušební provozu pověřit jinou osobu, která o to požádá a splní zákonem stanovené podmínky. Zákon žalobci nepřiznává žádné výsostné postavení mezi jinými subjekty vykonávající činnost stejného charakteru. Jak již bylo rozvedeno výše, jedinými kritérii v rámci rozhodovací činnosti žalobce jsou kritéria ekonomická. Žalobce provádí zkušební provoz proto, že mu to přináší zisk, nikoliv proto, že na tom má stát zájem, nebo proto, že je k tomu ze zákona povinen.

Kromě již posouzených kritérií uvádí ještě Soudní dvůr Evropské unie ve svém rozsudku ze dne 22. 5. 2003 ve věci C-18/01 *Korhonen* jako důležité vodítko také to, zda dotčený subjekt vykonává svoji činnost v podmínkách hospodářské soutěže. Toto kritérium by mohlo v projednávané věci částečně nasvědčovat tomu, že žalobce vystupuje v pozici veřejného zadavatele. Žalobce je totiž aktuálně jediným subjektem poskytujícím zkušební provoz drážních vozidel na základě pověření Ministerstva dopravy (viz žalovaným předložený seznam právnických osob pověřených podle § 43b odst. 3 zákona o drahách). Soud k této otázce nepovažoval za nutné provádět další dokazování, ačkoliv žalobce tuto skutečnost (a tudíž také uvedenou listinu zveřejněnou Ministerstvem dopravy na svých webových stránkách) u soudního jednání zpochybňoval a odkazoval při tom na konkrétní případy, kdy zkušební činnost provádí i jiné dle § 43 odst. 4 zákona o drahách pověřené subjekty buďto na jím pronajímané infrastruktuře, na zahraničních zkušebních okruzích či na infrastruktuře vlastní (pronajaté vlečky apod.). Předně je totiž rozhodující potencialita hospodářské soutěže v této oblasti, neboť zákonem ani fakticky není trh zakonzervován natolik, že by bylo vyloučeno pověření jiného subjektu k provádění zkušební provozu. Kromě toho se nejedná o podstatnou skutečnost i proto, že zkušební provoz dle § 43b odst. 4 zákona o drahách je prováděn pouze u specifických případů, kdy byla technická způsobilost vozidla schválena v jiném členském státě Evropské unie a toto vozidlo zároveň nesplňuje podmínky podle § 43 odst. 6 nebo odst. 1. Fakticky přitom může prakticky identickou náplň jako zkušební provoz dle § 43b odst. 4 zákona o drahách představovat (a patrně také představuje) zkušební činnost pro účely schválení typu drážního vozidla na základě § 43 odst. 4 zákona o drahách. To, že v této oblasti existuje běžné tržní prostředí, přitom potvrzuje žalobcem předložený seznam právnických osob pověřených podle § 43 odst. 4 zákona o drahách (taktéž zveřejněný na webových stránkách Ministerstva dopravy). Stejně jako existuje standardní tržní prostředí mezi subjekty pověřenými Ministerstvem dopravy ke zkušební činnosti dle § 43 odst. 4 zákona o drahách [které zjevně zahrnuje také zkušební činnost provozovanou na zkušební dráze – ostatně k této činnosti je vedle zkušební provozu zkušební dráha zákonem přímo určena, viz § 3 odst. 1 písm. e) a § 16 odst. 2 zákona o drahách], může existovat srovnatelné tržní prostředí mezi subjekty pověřenými Ministerstvem dopravy k provádění zkušební provozu dle § 43b odst. 4 zákona o drahách. Zjevně neexistuje žádný *numerus clausus*, který by automaticky vylučoval hospodářskou soutěž v této oblasti. Skutečnost, že je žalobce dle údajů Ministerstva dopravy jediným subjektem pověřeným dle § 43b odst. 4 zákona o drahách, může být navíc důsledkem toho, že zkušební provoz dle tohoto ustanovení skutečně dopadá pouze na omezený okruh případů, a jádrem činnosti konkurentů žalobce je zkušební činnost (ačkoliv v mnohém analogická) dle

§ 43 odst. 4 zákona o drahách. Tato skutečnost přitom nemůže jít k tíži žalobci při posuzování, zda je na rozdíl od ostatních pověřených subjektů veřejným zadavatelem.

Existuje-li tedy aktuálně monopol žalobce na provádění zkušebního provozu dle § 43b odst. 4 zákona o drahách, je tento monopol toliko důsledkem aktuálního faktického stavu trhu, nikoliv důsledkem zákonné úpravy. V projednávané věci nebyla zjištěna žádná indicie svědčící o tom, že by stát reprezentovaný orgány zákonodárné nebo výkonné moci tento stav zamýšlel vytvořit a udržovat, či jej aktivně podporoval. Žalobcovo postavení tedy není výsostné a stav trhu neměnný. Totožnou činnost mohou provádět i jiné subjekty. Už proto nelze mít za to, že by toto jediné dílčí kritérium (vykonávání činnosti v podmínkách hospodářské soutěže) převážilo nad veškerými ostatními kritérii svědčícími jednoznačně ve prospěch závěru, že provádění zkušebního provozu drážních vozidel nepředstavuje uspokojování potřeb veřejného zájmu, nýbrž standardní činnost obchodního charakteru.

Vzhledem k tomu, že soud provedeným posouzením dospěl k závěru, že žalobce svou podnikatelskou činností nenaplnuje podmínky stanovené v § 2 odst. 2 písm. d) bod 1 zákona o veřejných zakázkách, a nemůže tedy spadat do kategorie veřejného zadavatele, považuje za nadbytečné dále hodnotit podmínky obsažené v bodě 2 předmětného ustanovení. Pro přiznání statusu veřejného zadavatele je potřeba kumulativního naplnění zákonem stanovených podmínek.

Soud neprováděl dokazování osmi ze sedmnácti žalobcem navržených důkazů. Dokazování exemplárním výběrem smluv a faktur soud neprováděl z důvodu, že z povahy věci se jedná toliko o příkladný výběr, který nemůže prokazovat tvrzení, že převážnou část zákazníků žalobce tvoří soukromé společnosti. Žalovaný navíc u jednání uvedl, že dané tvrzení nerozporuje. Stejně tak označil žalovaný za nesporné to, že se žalobce běžně účastní výběrových řízení (a působí tak v hospodářské soutěži za standardních podmínek). Proto soud neprováděl dokazování ani exemplárním výběrem zadávacích řízení, v nichž žalobce uspěl, a exemplárním výběrem zadávacích řízení, v nichž žalobce neuspěl. Dále soud neprováděl dokazování záznamy z žalobcovy účetní knihy, neboť prokazované skutečnosti (ziskovost žalobce) byly prokázány jinými listinami (zejména tabulkou ekonomických výsledků na str. 13 žalobcovy výroční zprávy za rok 2016). Podmínky pro pověřování právnických osob dle § 43 odst. 4 zákona o drahách nebylo potřeba provést jako důkaz, neboť jsou obsaženy ve správním spise. A nakonec soud neprováděl dokazování vyjádřením Drážního úřadu, neboť jím měla být prokazováno právní hodnocení, že o schválení drážního vozidla pro provoz v České republice rozhoduje pouze tento úřad (nikoliv poskytovatelé zkušebního provozu). Takové právní hodnocení však činí soud a nemůže být předmětem dokazování.

VI. Shrnutí a náklady řízení

Ve světle všech výše uvedených skutečností lze shrnout, že předseda žalovaného pochybil, když rozklad žalobce zamítl a prvostupňové rozhodnutí potvrdil, přestože jeho závěr o spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách žalobcem vychází z nesprávného posouzení podmínek stanovených v § 2 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách a jejich nezákonné aplikace na osobu žalobce. Skutková

podstata správního deliktu nemohla být osobou žalobce naplněna, neboť žalobce není veřejným zadavatelem.

Krajský soud proto žalobou napadené rozhodnutí zrušil pro nezákonnost dle § 78 odst. 1 s. ř. s. Jelikož se důvod nezákonnosti vztahuje i na prvostupňové rozhodnutí, přistoupil soud také k jeho zrušení na základě § 78 odst. 3 s. ř. s. V souladu s § 78 odst. 4 s. ř. s. vrátil věc žalovanému k dalšímu řízení. V dalším řízení je žalovaný dle § 78 odst. 5 s. ř. s. vázán právním názorem soudu.

O nákladech řízení rozhodl soud v souladu s § 60 s. ř. s., podle kterého má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce byl ve věci úspěšný, soud mu proto přiznal právo na náhradu nákladů řízení vůči žalovanému. Náklady řízení žalobce sestávají ze zaplaceného soudního poplatku ve výši 4.000 Kč a z odměny a náhrady hotových výdajů zástupce žalobce. Odměna zástupce činí dle § 9 odst. 4 písm. d), § 7 bod 5. a § 11 odst. 1 písm. a), d) a g) vyhlášky č. 177/1996 Sb., ve znění pozdějších předpisů za čtyři úkony právní služby (převzetí a příprava věci, sepsí žaloby a repliky, účast na jednání před soudem) 4 x 3.100 Kč a náhrada hotových výdajů činí dle § 13 odst. 3 citované vyhlášky 4 x 300 Kč. Jelikož je zástupce plátcem daně z přidané hodnoty, zvyšuje se odměna a náhrada hotových výdajů o částku odpovídající této dani, tj. o 2.856 Kč. Dále se tato částka zvyšuje o náhradu cestovních výdajů ve výši 744 Kč (jízda vlakem dne 19. 9. 2017 z Prahy do Brna a dne 20. 9. 2017 zpět). Celková výše nákladů řízení žalobce tak činí 21.200 Kč. Soud žalobci nepřiznal odměnu a náhradu hotových výdajů v souvislosti s jím vykazovaným úkonem právní služby „doplnění žaloby ze dne 13. 9. 2017“, neboť se nejedná o samostatný úkon právní služby. Tento úkon je již zahrnut v úkonu právní služby „sepsí žaloby“. Doplňuje-li účastník žalobu, činí pouze jediný úkon v rámci dvou samostatných listin, nikoliv dva samostatné úkony. Nejedná se o reakci na další vývoj řízení, nýbrž toliko rekapitulaci či rozhojnění tvrzení uváděných již v žalobě. Dále soud žalobci nepřiznal nocležné ve výši 3.153,50 Kč, neboť se nejedná o účelně vynaložený náklad. Jednání soudu se konalo v 10:30, a nebyl tak dán důvod pro to, aby zástupce žalobce cestoval do Brna den předem a v Brně přenocoval. Zástupce se mohl z Prahy do Brna před soudním jednáním bez problému dopravit v ranních hodinách (a to i vlakem, který k dopravě využil).

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

V Brně dne 20. září 2017

Za správnost vyhotovení:
Kristýna Pejčochová

JUDr. Jaroslava Skoumalová, v. r.
předsedkyně senátu