



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci žalobce: **Statutární město Přerov**, se sídlem Přerov, Bratrská 709/34, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R142/2014/VZ-14134/2015/321/PMa ze dne 12.6.2015,

t a k t o :

- I. Žaloba se **zamítá**.
- II. Žalobce **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení **nepřiznává**.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce napadá žalobou rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R142/2014/VZ-14134/2015/321/PMa ze dne 12.6.2015, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S767/2013/VZ-8351/2014/521/SWa ze dne 17.4.2014, kterým bylo rozhodnuto, že se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), neboť neužil řízení podle ZVZ při uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících veřejnou linkovou dopravou, nýbrž tuto smlouvu uzavřel podle

zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů (dále jen „ZOVS“). Za to mu byla uložena pokuta ve výši 250 000 Kč.

I. Shrnutí podstaty věci

Žalobce coby veřejný zadavatel (o tom není mezi žalobcem a žalovaným sporu) uzavřel dne 16.11.2009 smlouvu o závazku veřejné služby (dále jen „původní smlouva“) dle ZVZ se SAD Trnava, a.s. Tato smlouva byla ze strany SAD Trnava, a.s. vypovězena dne 30.5.2011. Výpovědní lhůta byla podle původní smlouvy šestiměsíční a počala běžet dne 1.6.2011. V rámci běhu této výpovědní lhůty, dne 22.11.2011, uzavřel žalobce „Smlouvu o veřejných službách v přepravě cestujících veřejnou linkovou dopravou dle zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, v platném znění“ (dále jen „smlouva“), s Dopravní a logistickou společností s.r.o. Žalobce uzavřel tuto smlouvu podle § 18 písm. b) ZOVS, tedy tzv. přímým zadáním.

Žalovaný dospěl k závěru, že pro tzv. přímé zadání nebyly splněny podmínky uvedené v § 21 odst. 1 ZOVS, neboť plnění nelze pokládat za koncesi na služby, a tedy žalobce měl smlouvu uzavřít v odpovídajícím zadávacím řízení podle ZVZ. Žalobce podle žalovaného nesplnil podmínku přenosu podstatné části ekonomického rizika na koncesionáře (dopravce). Podle smlouvy spočívala odměna dopravce za splnění závazku veřejné služby zčásti v oprávnění vybírat jízdné od cestujících a zčásti v poskytnutí kompenzace od žalobce; touto kompenzací měl být dorovnán rozdíl mezi dosaženými tržbami a náklady na zajištění dopravní obslužnosti včetně přiměřeného zisku dopravce. Rozložení rizika mezi dopravce a zadavatele bylo stanoveno pro dvě možné situace: první situace by nastala v případě, že by dopravce dosáhl alespoň 50 % předpokládaného objemu tržeb podle výchozího finančního modelu nákladů, výnosů a čistého příjmu dopravce – ztrátu vypočtenou jako rozdíl mezi dosaženými tržbami a součtem všech dopravcem vynaložených nákladů na zajištění dopravní obslužnosti a přiměřeného zisku dopravce hradil žalobce; druhá situace by pak nastala v případě, že by skutečně dosažené tržby z jízdného dosáhly méně než 50 % předpokládaného objemu tržeb – dopravce by tak nesl ztrátu sám bez podpory žalobce. Dle žalovaného tato podmínka nekonstituovala dostatečný přenos obchodního rizika dle ZOVS a sloužila spíše jako pojistka řádného plnění smlouvy. Svůj závěr odůvodnil žalovaný odkazem na dokument „Strategie dopravní obslužnosti města Přerov na období 2007-2013“, podle kterého každoročně ubude cestujících městskou hromadnou dopravou asi o 10 %, a tedy podle názoru žalovaného nelze předpokládat, že by poptávka po hromadné dopravě klesla meziročně až o 50 % oproti předchozímu období.

Žalovaný se dále zabýval argumentací žalobce v tom směru, že uzavření smlouvy tzv. přímým zadáním podle § 18 písm. b) ZOVS odpovídá jednacímu řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) ZVZ. Žalovaný měl za to, že pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle dotčeného ustanovení je třeba, aby zadavatel splnil tam uvedené podmínky kumulativně, avšak v posuzované věci nebyly splněny podmínky časové naléhavosti a nemožnosti postupu dle jiného druhu zadávacího

řízení; podle žalovaného šestiměsíční výpovědní lhůta zajišťovala dostatečně dlouhý časový úsek pro uskutečnění odpovídajícího druhu zadávacího řízení.

Závěry žalovaného jsou zpochybňovány podanou žalobou.

II. Shrnutí žaloby

Pokud jde o procesní postup žalovaného, tu žalobce namítá, že žalovaný nepostupoval v souladu se zákonem č. 500/2004 Sb., správním řádem (dále jen „správní řád“), když žalobci neumožnil nahlédnout do „podnětového“ spisu, který nesprávně neučinil součástí jediného správního spisu.

Pokud jde o věcnou stránku, žalobce trvá na tom, že byl oprávněn uzavřít smlouvu podle § 18 písm. b) ZOVS, jelikož existovala mimořádná situace podle § 22 odst. 1 písm. a) ZOVS a zároveň žalobce kumulativně splnil podmínky stanovené v § 21 odst. 1 ZOVS. Podle žalobce není znakem koncese na služby podstatný přenos rizika na dodavatele (dopravce), ten musí být vystaven alespoň nějakému riziku, což bylo v posuzované věci splněno – kompenzace riziko nevyklučovala. Nesplnění této podmínky bylo přitom ze strany žalovaného opřeno pouze o „nepravděpodobnost, že by dopravce dosáhl o více než polovinu nižších tržeb“. Žalovaný si podle žalobce ustanovení smlouvy nesprávně vyložil a nezjistil skutečná obchodní rizika, která plynula ze smlouvy dopravci. Navíc žalovaný nevzal v úvahu příslušné unijní nařízení, z něhož také nevyplývá podmínka podstatného přenosu rizika na dodavatele. Žalobce má tedy za to, že napadené rozhodnutí žalovaného je nezákonné. Za nepřezkoumatelné pak žalobce pokládá závěry žalovaného ohledně uložené pokuty.

Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí zrušit. Na svém procesním postoji žalovaný setrval v průběhu celého řízení před zdejší soudem, i na jednání, které ve věci proběhlo.

III. Shrnutí procesního postoje žalovaného

Žalovaný pokládá žalobní argumenty zčásti za nepřijatelné a zčásti za nedůvodné a věcně setrvává na argumentaci, na níž bylo založeno napadené rozhodnutí, tj. že žalobce podmínku spočívající v přenosu podstatné části obchodního rizika na dopravce, jež mu mohla umožnit jím zvolený způsob uzavření smlouvy, nesplnil. I žalovaný setrval na svém procesním postoji po celou dobu řízení před zdejší soudem.

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů, dále jen „s.ř.s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 68, § 70 s.ř.s.).

IV.1.

Pokud jde o tu část žalobní argumentace, kterou žalobce zpochybňuje postup žalovaného spočívající v odepření nahlédnutí do tzv. podnětového spisu „P465/2012/VZ“, pak ze správního spisu plyne, že během správního řízení hodlal žalobce využít svého práva nahlédnout do spisové dokumentace, žalovaný to žalobci umožnil, žalobce se však také domáhal nahlédnutí do tzv. podnětového spisu, který byl veden žalovaným odděleně. Žalovaný vydal dne 7.7.2014 usnesení č.j. ÚOHS-V116/2014/NH-14105/2014/521/SWa, kterým nebylo nahlédnutí do podnětového spisu vyhověno. Dle žalovaného žalobce neprokázal dostatečný právní zájem či jiný vážný důvod k nahlédnutí do podnětového spisu. Tento závěr potvrdil i předseda žalovaného dne 12.2.2015 rozhodnutím č.j. ÚOHS-R258/2014/VZ-4214/2015/321/MMI. Žalobce tedy měl možnost nahlížet do správního spisu vedeného po zahájení správního řízení, spis „P465/2012/VZ“, který byl ohledně podezření z porušení ZVZ ze strany žalobce veden před zahájením správního řízení, žalobci zpřístupněn nebyl.

Postup žalovaného ve vztahu k vedení spisu je podle zdejšího soudu nesprávný. Podle § 17 odst. 1 správního řádu se v každé věci zakládá spis. Každý spis musí být označen spisovou značkou. Spis tvoří zejména podání, protokoly, záznamy, písemná vyhotovení rozhodnutí a další písemnosti, které se vztahují k dané věci. Přílohou, která je součástí spisu, jsou zejména důkazní prostředky, obrazové a zvukové záznamy a záznamy na elektronických médiích. Spis musí obsahovat soupis všech svých součástí, včetně příloh, s určením data, kdy byly do spisu vloženy. Také § 65 odst. 1 zákona č. 499/2004 Sb., o archivnictví a spisové službě a o změně některých zákonů, ukládá povinnost při vyřizování dokumentů všechny dokumenty týkající se téže věci spojit ve spis.

„Věcí“, v níž se zakládá „spis“, tu je „věc“ spočívající v „podezření, že žalobce porušením ZVZ spáchal správní delikt“; pro toto podezření bylo vedeno správní řízení „S767/13/VZ“. V takto vymezené věci byl tedy žalovaný podle § 17 odst. 1 správního řádu povinen jediný spis založit a vkládat do něj vše, co se k takto vymezené věci vztahovalo. Listinami, popř. záznamy na elektronických médiích, vztahujícími se k věci jsou přitom jak veškeré důkazní prostředky, které v souvislosti s podezřením z porušení ZVZ a ze spáchání správního deliktu žalovaný shromáždil (není rozhodné, zda nakonec v rámci hodnocení budou svědčit ve prospěch či v neprospěch žalobce anebo zda pro hodnocení věci budou nakonec žalovaným považovány za irelevantní, a tedy žádná skutková zjištění z nich žalovaný pro hodnocení věci nakonec neučiní; není rovněž rozhodné, „od koho“ je žalovaný získal), tak veškeré listiny kompletně dokládající procesní postup žalovaného v samotném správním řízení i před jeho zahájením ve fázi prověřování podnětu (tj. kdy, jak a na koho se žalovaný ve věci obrátil a odkud, od koho a jakým způsobem byly žalovanému poskytnuty listiny či záznamy na elektronických médiích), což dokládá výslednou celkovou „procesní stopu“ postupu žalovaného ve věci samé. Správní spis tedy nutně tvoří všechny dokumenty týkající se téže věci (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne

31.3.2010 ve věci sp. zn. 1 Afs 58/2009), a to bez ohledu na to, zda a nakolik budou v rámci konečného hodnocení věci využity, a bez ohledu na to, zda je pro hodnocení věci žalovaný (a v rámci své procesní obrany i žalobce) bude pokládat za relevantní či nikoli. Veškeré listiny tvořící podklad rozhodnutí musí být přítom ve správním spisu řádně žurnalizovány, a to i v případě, že by pocházely z doby předcházející zahájení správního řízení, kdy žalovaný postup žalobce prověřoval, a po zahájení správního řízení by byly do správního spisu založeny. Pokud by byl jakýkoli podklad rozhodnutí součástí spisu „P465/2012/VZ“, nemusel by být po zahájení správního řízení opatřován znovu, nýbrž stal by se součástí spisu „S767/2013/VZ“ tak, že by se jeho součástí stal celý spis „P465/2012/VZ“ (ať už by byl podnětový spis do správního spisu celý vložen anebo by byly listiny z podnětového spisu do správního spisu vloženy a přežurnalizovány). Podnětový spis obsahující podklad rozhodnutí by tak během správního řízení nemohl být veden odděleně a nahlížení do něj by nemohlo být procedurou oddělenou od nahlížení do samotného správního spisu (obdobně ve vztahu k témuž žalovanému judikoval zdejší soud kupř. v rozsudku ze dne 30.5.2014 ve věci sp. zn. 62 Af 103/2012, proti němuž Nejvyšší správní soud zamítl kasační stížnost žalovaného rozsudkem ze dne 7.4.2015 ve věci sp. zn. 6 As 136/2014).

Konstrukce žalovaného, podle níž vede spis správní a vedle toho i spis podnětový a podle níž umožňuje žalobci nahlížet do těchto spisů v odlišném režimu, je podle zdejšího soudu tudíž nesprávná. Nesprávná je i konstrukce žalovaného, podle níž do podnětového spisu „P465/2012/VZ“ žalobce nahlížel coby osoba odlišná od účastníka řízení podle § 38 odst. 2 správního řádu; podle zdejšího soudu se zcela absurdně jeví argument žalovaného, že žalobce nebyl „účastníkem“ prověřování podnětu, a tedy že nemá právo do spisu týkajícího se prověřování podnětu po zahájení řízení nahlížet coby účastník řízení, tedy podle § 38 odst. 1 správního řádu, tj. bez jakéhokoli prokazování jakéhokoli právního zájmu či jiného vážného důvodu. Pak je tedy nesprávná i konstrukce žalovaného, podle níž měl žalobce žalobou brojit již proti nevyhovění žádosti o nahlédnutí do spisu „P465/2012/VZ“ a nikoli až nyní žalobou proti rozhodnutí žalovaného ve věci samé; naopak žalobce podle zdejšího soudu správně tvrdí, že neumožněním nahlédnout do spisu „P465/2012/VZ“ mohla být porušena jeho procesní práva ve správním řízení a že to mohlo mít vliv na zákonnost rozhodnutí ve věci samé, a tedy tato žalobní argumentace je podle zdejšího soudu přípustně uplatněna v nyní posuzované věci. Zda jde o argumentaci uplatněnou důvodně, to je otázkou samostatnou.

Otázka, zda chybný postup žalovaného při vedení spisů „S767/2013/VZ“ a „P465/2012/VZ“ a z toho plynoucí neumožnění nahlédnout do spisu „P465/2012/VZ“, což je v obojím případě vadou řízení, mělo vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, závisí na posouzení obsahu podnětového spisu, tj. zda jsou v něm skutečně žurnalizovány listiny tvořící podklad rozhodnutí ve věci samé, jež nebyly obsahem spisu „S767/2013/VZ“.

Z obsahu spisu „P465/2012/VZ“, který si zdejší soud nechal od žalovaného předložit a jehož obsahem u jednání soudu dokazoval, plyne, že listinami

žurnalizovanými v tomto podnětovém spisu, jež se týkají přímého zadání a jež nejsou zároveň žurnalizovány ve spisu správním, do něhož měl žalobce přístup, je podnět, na jehož základě začal žalovaný postup žalobce prošetřovat (prověřovat), a odpověď na podnět po ukončení prošetřování (sdělení o způsobu vyřízení podnětu). To ostatně odpovídá i argumentaci žalobce, jemuž na postupu žalovaného vadí, že se nemohl seznámit s podnětem v jeho kompletní podobě. Za prokázané má tedy zdejší soud to, že žalobce se nemohl seznámit s podnětem.

Podnět samotný však podle zdejšího soudu podkladem rozhodnutí není. Žalovaný zahajuje prošetřování postupu zadavatelů z úřední moci, ze své vlastní iniciativy, a v rámci tohoto prošetřování shromažďuje prvotní podklad, na jehož základě pak vyhodnotí, zda je dáno důvodné podezření z porušení ZVZ či nikoli, a na základě tohoto vyhodnocení pak zahájí správní řízení či nikoli. Zjištění učiněná v rámci prvotního prošetřování postupu zadavatele vedoucího k úsudku žalovaného o tom, zda správní řízení zahájit či nikoli, se tedy materializují coby podklad (ten nemůže zůstat prošetřovanému utajen, jak shora uvedeno), a to bez ohledu na to, zda prošetřování je zahájeno na základě vlastního monitoringu ze strany žalovaného (výlučně jeho vlastní aktivity) či na základě aktivního upozornění třetí osoby. Je-li prošetřování zahájeno na základě upozornění třetí osoby (podnětu), ať už jde o jakoukoli osobu a ať už je taková osoba identifikovatelnou či nikoli, pak skutkový podklad, z něhož žalovaný činí relevantní skutková zjištění, na tento podnět nejvýše navazuje; podnět může tedy žalovaného nejvýše nasměrovat v jeho úkonech, jimiž žalovaný podklad opatřuje. Z podnětu samotného tedy žalovaný žádná skutková zjištění nečiní a činit ani nemůže, stejně jako z odpovědi ohledně vyřízení podnětu, a proto podnět samotný a reakce žalovaného informující o způsobu jeho vyřízení podkladem rozhodnutí nejsou. Podnět tedy nemusí být součástí správního spisu.

Jestliže tedy jedinou listinou, do které nebylo žalobci umožněno nahlédnout, byl podnět (a formální odpověď na něj), pak jeho nezpřístupněním nedošlo k porušení žalobcových práv vyplývajících z § 38 odst. 1 správního řádu. V tomto žalobním bodu tedy žaloba není důvodná.

IV.2.

Pokud jde o hmotněprávní závěry žalovaného, pak podstatou sporu mezi žalobcem a žalovaným je otázka, zda žalobce v uzavřené koncesní smlouvě převedl v dostatečné míře obchodní riziko na dopravce, a tím splnil podmínky stanovené v § 18 písm. b) a § 21 ZOVS, či nikoli. Porušení ZVZ totiž žalovaný spatřuje v tom, že žalobce neuzavřel uvedenou smlouvu v žádném ze zadávacích řízení podle § 21 odst. 1 ZVZ, nýbrž přímým zadáním podle ZOVS, což nemohl, neboť s ohledem na smluvní ujednání ohledně kompenzace bylo vyloučeno obchodní riziko dopravce – a tedy nejednalo se o koncesi.

Smlouva byla uzavřena v listopadu 2011. Na věc se použije ZVZ ve znění zákona č. 258/2011 Sb. Podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ 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. Podle § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ se za správní delikt se uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).

Smlouva byla uzavřena podle ZOVS ve znění zákona č. 194/2010 Sb. Podle § 18 odst. písm. b) ZOVS platí, že pokud jsou splněny podmínky přímo použitelného předpisu Evropských společenství, lze přímým zadáním uzavřít smlouvu o veřejných službách v přepravě cestujících s dopravcem, který má zajišťovat veřejné služby v mimořádné situaci podle § 22 ZOVS. Podle § 22 odst. 1 písm. a) ZOVS přitom platí, že pokud dojde k přerušení poskytování veřejných služeb v přepravě cestujících nebo takovéto přerušení bezprostředně hrozí, může objednatel v souladu s přímo použitelným právním předpisem Evropských společenství uzavřít smlouvu o veřejných službách v přepravě cestujících na poskytování dotčených veřejných služeb přímým zadáním. Podle § 21 odst. 1 ZOVS při zajišťování veřejných služeb v přepravě cestujících veřejnou linkovou dopravou a na dráze tramvajové se § 9 až 20 ZOVS použijí v případech, kdy a) cestující platí dopravci jízdné, b) dopravci je uděleno výlučné právo nebo poskytována za předem sjednaných podmínek z veřejných rozpočtů kompenzace a c) kompenzace nevylučuje obchodní riziko dopravce spojené s výší tržeb z jízdného za zajištění veřejných služeb v přepravě cestujících. Podle § 21 odst. 2 ZOVS pak platí, že nejsou-li splněny podmínky podle odstavce 1, použije se na výběr dopravce ve veřejné linkové dopravě a na dráze tramvajové zákon o veřejných zakázkách.

Přímého zadání dle ZOVS lze využít v některé ze situací podle § 18 ZOVS. Žalobce má za to, že splnil podmínku podle § 18 písm. b) ve spojení s § 22 odst. 1 písm. a) ZOVS, tedy že existovala mimořádná situace, která jej opravňovala k přímému zadání za kumulativního splnění tří podmínek podle § 21 odst. 1 ZOVS. Splnění prvních dvou není sporné; cestující měli podle smlouvy platit dopravci jízdné a zároveň dopravci bylo smlouvou uděleno výlučné právo a za předem sjednaných podmínek z veřejných rozpočtů poskytnuta kompenzace. Sporu je ohledně třetí podmínky, tj. zda kompenzace vylučuje obchodní riziko dopravce.

Pokud jde o otázku přenosu rizika na dodavatele plnění, pak z konstantní rozhodovací praxe (dnešního) Soudního dvora Evropské unie zdejšímu soudu plyne, že definičním znakem koncese je přenos rizika ze zadavatele na dodavatele, k němuž může dojít i v případech omezeného konkurenčního prostředí; v rozsudku ze dne 13.10.2005, „*Parking Brixen*“, C-458/03, dovedil naplnění tohoto znaku v případě provozování parkovacích služeb města soukromým subjektem, v rozsudku ze dne 6.4.2006, „*ANAV*“, C-410/04, dovedil naplnění tohoto znaku v případě provozování veřejné dopravy, v rozsudku ze dne 13.11.2008, „*Coditel Brabant*“, C-324/07, dovedil naplnění tohoto znaku v případě provozování kabelové televize, v rozsudku ze dne 10.9.2009, „*WAZV Gotha*“, C-206/08, dovedil naplnění tohoto znaku v případě

provozování vodohospodářské soustavy, stejně jako v rozsudku ze dne 15.10.2009, „*Acoset SpA*“, C-196/08. Všechny tyto rozsudky jsou ve vztahu k nyní posuzované věci instruktivní, neboť neomezují možnost přenosu rizika ze zadavatele na dodavatele na případy, kdy se dodavatel nachází v konkurenčním prostředí (tj. i tam, kde není dodavatel v konkurenčním vztahu s jinými subjekty, může nést riziko) a zároveň přesně nekvantifikují, jaká míra rizika je obecně pro naplnění podmínky jeho přenosu ze zadavatele na dodavatele již dostatečná; jasně tedy podle zdejšího soudu tyto rozsudky instruuje v tom směru, že je zapotřebí reálný přenos rizika na dodavatele vždy individuálně zkoumat. Zároveň však z rozsudku ze dne 10.9.2009, „*WAZV Gotha*“, C-206/08, plyne, že v situaci, kdy je provozní riziko dodavatele (tam v případě dodávek pitné vody a odvodu odpadních vod) vzhledem k situaci na trhu (omezené hospodářské soutěži) sníženo, pak skutečnost, že podle smlouvy není dodavatel odměňován zadavatelem, nýbrž je oprávněn brát odměnu od třetích osob, postačuje k tomu, aby se jednalo o koncesi, a to za situace, kdy dodavatel zcela nebo přinejmenším ve významném rozsahu převezme provozní riziko, kterému je vystaven zadavatel, i když je toto riziko od začátku velmi omezené díky veřejnoprávním podmínkám, za nichž je služba poskytována.

Jestliže tedy žalovaný bod 80. naposledy uvedeného rozsudku interpretoval v tom směru, že byť je provozní riziko velmi nízké, neboť služba je poskytována jediným subjektem k zajištění potřeb občanů a pro poskytovatele služeb neexistuje přímá konkurence, musí jej zadavatel přenést na dodavatele zcela nebo přinejmenším ve významném rozsahu, a tedy že dodavatel (tu dopravce) by musel být vystaven alespoň nějakému reálnému provoznímu (obchodnímu) riziku, jež by na něj bylo zadavatelem přeneseno, aby se jednalo o koncesi, pak jde o interpretaci podle zdejšího soudu správnou.

V nyní posuzované věci je tedy podstatné, zda smlouva uzavřená mezi zadavatelem a dopravcem přenáší provozní riziko, byť by se jednalo o riziko malé, na dopravce přinejmenším ve významném rozsahu, resp. zda ob stojí závěr žalovaného, na němž je napadené rozhodnutí vystavěno, že na základě smlouvy uzavřené mezi žalobcem a dopravcem provozní (obchodní) riziko dopravce reálně nenesou vůbec (což koneckonců lépe odpovídá dikci § 21 odst. 1 ZOVS, podle níž kompenzace obchodní riziko dopravce nemá vylučovat).

Ze čl. 10.8 smlouvy plyne úprava rizika následovně: pokud dopravce obdrží alespoň 50% předpokládaného objemu tržeb, uhradí zadavatel dopravci ztrátu vypočtenou jako rozdíl mezi dosaženými tržbami a součtem všech dopravcem vynaložených nákladů na zajištění dopravní obslužnosti a přiměřeného zisku dopravce, a pokud tržby z prodeje jízdového budou nižší než 50% předpokládaného objemu tržeb, zadavatel nemusí dopravci kompenzaci hradit vůbec a ztrátu nese dopravce. Provozní riziko dopravce spočívající v tom, že zadavatel nebude kompenzaci hradit a že případné ztráty ponese dopravce, je dáno pouze pro situaci, kdy tržby z prodeje jízdového budou nižší než 50% předpokládaného objemu tržeb.

Pak je tedy třeba zjišťovat, nakolik je tato situace reálná, tj. nakolik je reálné, že by dopravce dosáhl o více než polovinu nižších tržeb, než činí odhad; ten je přitom dán údaji o tržbách za předcházející období. Jestliže žalovaný opatřil podklady ohledně vývoje počtu přepravených osob v období roků 1999 – 2003 a z nich dovedl meziroční pokles počtu cestujících vždy o méně než 10%, přitom ze Strategie dopravní obslužnosti města Přerova na období 2007-2013 zároveň vyplynulo, že snižující se počet cestujících se zastaví zavedením integrovaného dopravního systému, a tedy že ani ve vztahu k období navazujícím nelze dovozovat vyšší pokles počtu přepravených osob, nýbrž naopak zastavení poklesu, pak žalovaný učinil skutková zjištění dostačující a nadto správná, z nichž pak oprávněně dovedl, že předpoklad, že by tržby z prodeje jízdného byly nižší než 50% předpokládaného objemu tržeb, je natolik nepravděpodobný, že na dopravce reálně žádné riziko přeneseno nebylo. Nejde tedy o neopodstatněnou hypotézu, jak tvrdí žalobce, nýbrž o závěr vystavený na zpětně zjištěném vývoji počtu přepravovaných osob v kombinaci s předpokladem samotného žalobce ve vztahu k období, do něhož spadá i období účinnosti smlouvy.

To, že by se skutečný vývoj počtu přepravovaných osob v období, kdy byla smlouva uzavřena a plněna, od žalobcova předpokladu jakkoli lišil, popř. že by dokonce počet přepravovaných osob klesl natolik, že by hrozilo snížení tržeb o více než 50%, žalobce v žalobě nenamítá. Ani ve správním řízení nic konkrétního netvrdil – a to ani ohledně reálného snížení počtu cestujících či tržeb, ani ohledně takové konkrétní hrozby; pouze v rozkladu obecně uvedl, že argumentace obdobím roků 1999 – 2003 je málo aktuální a nemůže být považována za relevantní, konkrétně doplnil jen to, že *„Je například možné, že pokud by nyní došlo k podstatnému navýšení ceny jízdného, pak by pokles tržeb mohl být velmi výrazný apod.“*, a to přesto, že čl. 10.8 smlouvy stanoví, že pro případ změny tarifu bude upraven odhad tržeb, který vychází z hodnot srovnatelného minulého období, a tedy ani tento argument sám o sobě neobstojí. Nepochybně by to byl přitom především sám žalobce, kdo by konkrétní argument vyvracející věrohodnost skutkových zjištění žalovaného odvozených od údajů z období roků 1999 – 2003 se zohledněním předpokladu deklarovaného žalobcem ve strategii dopravní obslužnosti na období roků 2007 – 2013 byl schopen přinést.

Jestliže tedy žalovaný založil svoji hypotézu ohledně nepravděpodobnosti poklesu tržeb o více než 50% na vývoji počtu přepravených osob v období roků 1999 – 2003 (z toho dovedl meziroční pokles počtu cestujících vždy o méně než 10%) a přihlédl též k údajům plynoucím ze Strategie dopravní obslužnosti města Přerova na období 2007-2013 a jestliže žalobce žádný konkrétní a srozumitelný argument vyvracející věrohodnost (a tedy i použitelnost) těchto zjištění nepřinesl, a to ani ve správním řízení, ani v řízení před zdejší soudem, přestože k tomu dostal prostor i u jednání soudu, pak závěry žalovaného, že riziko dopravce spočívající v tom, že zadavatel nebude kompenzaci hradit a že případné ztráty ponese dopravce, jež je dáno pouze pro situaci, kdy tržby z prodeje jízdného budou nižší než 50% předpokládaného objemu tržeb, je velmi nepravděpodobné, a tedy k reálnému přenosu rizika na dopravce tak nedošlo, zdejší soud nepokládá za jakkoli zpochybněné.

Ostatně sám žalobce vysvětloval rozložení rizika mezi něj a dopravce v tom směru, že dopravce má nést riziko za vlastní pochybení a nikoli riziko vyplývající z faktorů stojících vně dopravce (to plyne z jeho vyjádření žalovanému ze dne 9.1.2014); jestliže tedy žalovaný (souhrnně v bodu 33. prvostupňového rozhodnutí) pravidlo podle čl. 10.8 smlouvy vyložil nikoli jako pravidlo, na základě něhož dojde k přenosu provozního (obchodního) rizika, nýbrž jako smluvní pojistku řádného plnění povinností dopravce, jde rovněž o závěr podle zdejšího soudu zcela oprávněný. Pokles počtu cestujících by totiž byl podle zdejšího soudu právě tím rizikem stojícím primárně vně dopravce, jež ovšem podle samotného žalobce nemělo být na dopravce přeneseno.

Zdejší soud se tedy ve všech nosných ohledech ztotožňuje s hodnocením žalovaného, podle něhož žalobce pochybil, když postupoval podle ZOVS a uzavřel smlouvu přímým zadáním namísto postupu podle ZVZ. Podmínkou pro uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících na základě tzv. přímého zadání v souladu s § 18 písm. b) ZOVS je podle § 21 odst. 1 ZOVS mimo jiné reálné přenesení alespoň části provozního (obchodního) rizika zadavatele na dodavatele plnění (tj. na dopravce); tato podmínka splněna nebyla. Tím, že žalobce neoprávněně uzavřel smlouvu na základě přímého zadání, nezveřejnil zadání veřejné zakázky v informačním systému o veřejných zakázkách a v Úředním věstníku Evropské unie, čímž znemožnil účast dalších případných dodavatelů.

Ani disputace ohledně povinnosti zveřejnit záměr uzavřít smlouvu nejméně rok předem na tomto závěru nemohou ničeho změnit. Nemožnost zveřejnění záměru takto předem by v nyní posuzované věci byla pouze důsledkem smluvního instrumentaria nastaveného žalobcem v předchozím smluvním vztahu (v původní smlouvě se SAD Trnava, a.s.). Pak tedy nelze dát žalobci zapravdu ani v tom, že by – pro případ použití ZVZ – přicházelo v úvahu použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) ZVZ. Aby tak bylo možno postupovat, musela by být splněna – mimo jiné – podmínka nezbytnosti zadat veřejnou zakázku v krajně naléhavém případě, který zadavatel svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat. Smluvní instrumentarium nastavené žalobcem v předchozím smluvním vztahu, jež umožňovalo smlouvu vypovědět s šestiměsíční výpovědní lhůtou, z čehož žalobce dovozuje jak nemožnost zveřejnění záměru rok předem, tak především nemožnost během doby šesti měsíců uskutečnit řádné zadávací řízení, je přičitatelné žalobci. Pak tedy nelze dovozovat, že by stav, v němž se žalobce ocitl a jenž byl důsledkem využití uvedeného smluvního instrumentaria, žalobce nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat. Bylo by ostatně při aplikaci § 23 odst. 4 písm. b) ZVZ podle zdejšího soudu hrubě nesprávné ve všech případech, kdy potřeba zadání nové veřejné zakázky vznikla v důsledku ukončení předchozího smluvního vztahu s relativně krátkou výpovědní dobou, dovozovat splnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění; argumentace žalobce přitom k takovému výkladu nesprávně směřuje.

Ani v otázce hmotněprávních závěrů žalovaného tedy žalobci zdejší soud zapravdu nedává.

IV.3.

Pokud jde o uloženou pokutu, tu žalobce namítá, že žalovaný nesprávně dovodil, že žalobcem uplatněné námitky jsou bez vlivu na závažnost správního deliktu, a pokutu neodůvodnil dostatečně.

Netřeba tu podrobně popisovat, že stanovená výše pokuty musí být vždy řádně přezkoumatelným způsobem odůvodněna. Z konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu přitom vyplývá, že jakkoliv má správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování (např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 6. 2005 ve věci sp. zn. 8 As 5/2005 nebo ze dne 27. 3. 2008 ve věci sp. zn. 4 As 51/2007). Mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost. Správní orgán tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechna předepsaná kritéria (tu podávaná z § 121 odst. 2 ZVZ) a kromě toho všechny další skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit (a to ať už jsou tyto skutečnosti namítány či vyplynou samotnému správnímu orgánu), řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které konkrétní skutečnosti nakonec přihlédl, jakým způsobem a jaký vliv měla příslušná konkrétní skutečnost na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochyby o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu. Jak konstatoval Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 27. 3. 2008 ve věci sp. zn. 4 As 51/2007-68, *„řádne odůvodnění ukládané sankce v případě správního trestání je základním předpokladem pro přezkoumatelnost úvahy, kterou byl správní orgán při svém rozhodování veden. Zohledněním všech hledisek, jež lze v konkrétní věci považovat za relevantní, pak určuje míru zákonnosti stanoveného postihu. (...) Jednotlivé logické kroky, které vedly správní orgán ke stanovení konkrétní výše pokuty, je přitom třeba formulovat precizně a jednoznačně, aby odůvodnění stanovené výše pokuty bylo přezkoumatelné.“* Podle citovaného rozsudku je rozhodnutí o uložení pokuty nepřezkoumatelné, je-li výše pokuty odůvodněna pouhou rekapitulací skutkových zjištění a konstatováním zákonných kritérií pro uložení pokuty, aniž by bylo zřejmé, zda a jakým způsobem byla tato kritéria hodnocena. Úvaha správního orgánu musí vést k hodnocení individuální povahy protiprávního jednání, přičemž zvažované okolnosti je třeba rozlišovat na přitěžující a polehčující a vždy je posuzovat z hlediska konkrétního dopadu na danou věc.

Žalovaný v bodech 46. a násl. prvostupňového rozhodnutí dostatečně srozumitelně vysvětlil, v jakém rámci pro uložení pokuty v konkrétní výši a z jakého důvodu se pohybuje, přitom za horní hranici vzal 10 milionů Kč; podle zdejšího soudu žalovaný správně dovodil, že cenu zakázky nelze zjistit, a proto je horní hranicí částka

10 milionů Kč, zároveň však žalovaný správně přihlédl k výši plateb vynaložených z rozpočtu žalobce oproti službám dopravce za období od prosince 2011 do září 2013, jež dosahuje téměř 50 milionů Kč. Klíčovou okolností v rámci hodnocení závažnosti deliktu byl fakt, že nepostupoval-li žalobce vůbec podle ZVZ, ačkoli měl, jde o pochybení nejzávažnější intenzity; tím, že žalobce podle ZVZ nepostupoval, omezil soutěžní prostředí, neboť žádná soutěž o získání zakázky neproběhla. S tím zdejší soud souhlasí.

Tím jsou však veškeré úvahy žalovaného ohledně individualizace pokuty vyčerpány, a to pokud jde o obě po sobě jdoucí rozhodnutí; právě akcent na skutečnost, že v posuzované věci se jednalo o nejzávažnější typ pochybení zadavatele, který vůbec nepostupoval předepsanou formalizovanou procedurou, čímž jasně narušil soutěžní prostředí, je podstatou úvahy žalovaného v bodu 50. prvostupňového rozhodnutí, které pak dále obsahuje již jen univerzální konstatování a navazující úvahu ohledně nelikvidačního charakteru pokuty. Napadené rozhodnutí pak výlučně tyto skutečnosti – byť v různých stylistických obměnách, významem však šlo stále o totéž – zopakovalo v bodech 32., 34., 35. a 36.

Nebýt výsledkem těchto úvah pokuta ve zjevně symbolické výši, a to jak s ohledem na hodnotu plnění, tak s ohledem na zákonné rozmezí, bylo by takové odůvodnění podle zdejšího soudu na hraně přezkoumatelnosti, neboť úvahy v rámci individualizace pokuty jsou vskutku strohé. V situaci, kdy se však zdejší soud ztotožňuje s myšlenkou ohledně typově nejzávažnějšího porušení povinnosti zadavatele (nešlo totiž o dílčí vadu v rámci zadavatelovy procedury, nýbrž o to, že žalobce předepsané procedury neužil vůbec) i důsledků, a kdy je zároveň toho názoru, že pokuta ve výši 250 000 Kč by nemohla být nižší při jakkoli hlubší individualizaci, nepřezkoumatelnost nedovozuje. Žalovaný totiž zohlednil i celkovou majetkovou situaci žalobce, tj. hospodaření řádově ve stovkách milionů Kč, a i zohlednění této skutečnosti je správné. Jestliže tedy za těchto nosných okolností žalovaný uložil žalobci pokutu ve výši 250 000 Kč, pak zdejší soud v mezích, v nichž může přezkoumávat správné uvážení žalovaného, ji nemůže pokládat za likvidační ani dovozovat jakýkoli důvod její nepřiměřenosti; naopak její výše oscilující kolem 0,5% hodnoty plnění, které již bylo do září 2013 žalobcem podle uzavřené smlouvy vyplaceno, je podle zdejšího soudu na hranici dostatečnosti, aby se ještě reálně citelně projevila v majetkové sféře žalobce.

Žádné z okolností tvrzených žalobcem přitom nelze pokládat za polehčující; jak již shora zdejší soud uvedl, časová tíseň v kontextu s riziky kolapsu dopravy není přičitatelná nikomu jinému než smluvním stranám původní smlouvy, jejíž účinnost byla ukončena, a tedy mimo jiné právě žalobci. Nemožnost realizovat zadávací řízení během šesti měsíců je pak spekulací bez možnosti zohlednění situace žalobce ještě příznivěji, než jak z uložení pokuty ve výši 250 000 Kč vyplývá. Ani v tomto ohledu tedy závěrům žalovaného zdejší soud nic podstatného nevytýká.

Ani ve vztahu k pokutě tedy nepokládá zdejší soud žalobu za důvodnou.

IV.4.

Na základě shora uvedeného tedy zdejší soud uzavírá, že žaloba v žádném žalobním bodu není důvodná, a proto byla podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítnuta.

V. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci proti žalovanému procesně úspěšným, a proto mu náhrada nákladů řízení nenáleží. Právo na ni má úspěšný žalovaný, tomu však podle obsahu spisu nevznikly žádné náklady přesahující náklady jeho běžné úřední činnosti, a proto bylo rozhodnuto, že žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

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 ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

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 3. listopadu 2016

Za správnost vyhotovení:
Romana Lipovská

David Raus, v.r.
předseda senátu