UOHSX00CFFNJ

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R238/2017/HS-19138/2019/310/HMk Brno: 15. července 2019

V řízení o rozkladu, který proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0180/2016/DP-36406/2017/830/DKl ze dne 14. 12. 2017 podal účastník řízení společnost **České dráhy, a. s.**, se sídlem Praha 1, Nábřeží L. Svobody 1222, IČO 70994226, právně zastoupený JUDr. Petrou Buzkovou, advokátkou VKS Legal advokátní kancelář, s. r. o., se sídlem Praha 1, V Celnici 1040/5, jsem podle § 25a zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 360/2012 Sb., ve spojení s ustanoveními § 90 odst. 5 a § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění zákona č. 183/2017 Sb., a ustanovením § 152 odst. 5 téhož zákona, na návrh rozkladové komise

rozhodl takto:

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0180/2016/DP-36406/2017/830/DKl ze dne 14. 12. 2017 podle § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004, správní řád, ve znění zákona č. 183/2017 Sb., ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, ve výrocích I., II. a IV. **p o t v r z u j i** a podaný rozklad vůči těmto výrokům **z a m í t á m**.

II.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0180/2016/DP-36406/2017/830/DKl ze dne 14. 12. 2017 podle ustanovení § 90 odst. 1 písm. c) zákona

č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 183/2017 Sb., ve spojení s ustanovením § 152 odst. 5 téhož zákona, ve výroku III. **m ě n í m** takto:

Dle § 22a odst. 2 ve spojení s § 21h odst. 5 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 360/2012 Sb., Úřad pro ochranu hospodářské soutěže účastníku řízení, společnosti České dráhy, a.s., se sídlem Praha 1, Nábřeží L. Svobody 1222, IČO 70994226, za porušení § 11 odst. 1 téhož zákona a porušení čl. 102 Smlouvy o fungování Evropské unie popsané ve výroku I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0180/2016/DP-36406/2017/830/DKl ze dne 14. 12. 2017, ukládá pokutu v celkové výši

274 797 000 Kč (slovy: dvě stě sedmdesát čtyři milionů sedm set devadesát sedm tisíc korun českých).

Uložená pokuta je splatná do 180 dnů ode dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. Napadené rozhodnutí

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též **„Úřad“**) rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0180/2016/DP-36406/2017/830/DKl ze dne 14. 12. 2017 (dále též **„napadené rozhodnutí“**) shledal, že se společnost **České dráhy, a. s.**, se sídlem Praha 1, Nábřeží L. Svobody 1222, IČO 70994226 (dále též „**ČD**“ nebo „**účastník řízení**“) dopustila správního deliktu spočívajícího v porušení § 11 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 360/2012 Sb. (dále též „**ZOHS**“)[1], a čl. 102 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále též „**SFEU**“). Porušení uvedených předpisů se podle napadeného rozhodnutí účastník řízení dopustil tím, že

   - dne 15. 11. 2005 předložil v zadávacím řízení pro uzavření Smlouvy o závazku veřejné služby v drážní osobní dopravě ve veřejném zájmu na zajištění dopravních potřeb státu v relaci Plzeň – Most (dále jen „Linka PM“) zadavateli Česká republika - Ministerstvo dopravy bez objektivně ospravedlnitelných důvodů nabídku s nepřiměřeně nízkou předpokládanou výší prokazatelné ztráty, v důsledku čehož se stal vybraným smluvním poskytovatelem těchto služeb pro období platnosti jízdního řádu 2006/2007 počínaje dnem 10. 12. 2006, a dle podmínek jednostranných opcí zadavatele v zadávacím řízení i smluvním poskytovatelem služeb pro období vždy následujícího ročního jízdního řádu až do konce platnosti jízdního řádu 2013/2014 dne 13. 12. 2014, a po celé období poskytoval v jednotlivých letech služby dálkové osobní železniční dopravy v relaci Plzeň - Most za úhradu prokazatelné ztráty, jež spolu s jeho dalšími výnosy z poskytování uvedených služeb v této relaci nepokrývala jeho vyhnutelné náklady na jejich poskytování, aniž by pro takové jednání existovalo objektivní ospravedlnění, čímž v období od 15. 11. 2005 do 13. 12. 2014 zneužil své dominantní postavení na trhu poskytování služeb dálkové osobní železniční dopravy v závazku veřejné

[1] Pokud se v tomto rozhodnutí hovoří o jiném znění je zpravidla užíváno označení „**zákon o ochraně hospodářské soutěže**“ s uvedením příslušného znění novel.

služby v České republice k újmě společnosti VIAMONT a.s., se sídlem Na Letné 835/9, Teplice 2, IČO 64651711 (dále jen „VIAMONT“), a tím i možné újmě spotřebitelů a současně potenciálně ovlivnil obchod mezi členskými státy při poskytování služeb dálkové osobní železniční přepravy, a

- dne 26. 5. 2006 předložil v zadávacím řízení pro uzavření Smlouvy o závazku veřejné služby v drážní osobní dopravě ve veřejném zájmu na zajištění dopravních potřeb státu v relaci Pardubice - Liberec (dále jen „Linka PL“) zadavateli Česká republika - Ministerstvo dopravy bez objektivně ospravedlnitelných důvodů upravenou nabídku s nepřiměřeně nízkou předpokládanou výší prokazatelné ztráty, v důsledku čehož se stal vybraným smluvním poskytovatelem těchto služeb pro období platnosti jízdního řádu 2006/2007 počínaje dnem 10. 12. 2006, a dle podmínek jednostranných opcí zadavatele v zadávacím řízení i smluvním poskytovatelem služeb pro období vždy následujícího ročního jízdního řádu až do konce platnosti jízdního řádu 2013/2014 dne 13. 12. 2014, a po celé období poskytoval v jednotlivých letech služby dálkové osobní železniční dopravy v relaci Pardubice – Liberec za úhradu prokazatelné ztráty, jež spolu s jeho dalšími výnosy z poskytování uvedených služeb v této relaci nepokrývala jeho vyhnutelné náklady na jejich poskytování, aniž by pro takové jednání existovalo objektivní ospravedlnění, čímž v období od 26. 5. 2006 do 13. 12. 2014 zneužil své dominantní postavení na trhu poskytování služeb dálkové osobní železniční dopravy v závazku veřejné služby v České republice k újmě společnosti VIAMONT a Connex Česká Železniční, s.r.o., se sídlem Na Ostrově 177, Chrudim, IČO 27137872 (dále jen „Connex“), a tím i možné újmě spotřebitelů a současně potenciálně ovlivnil obchod mezi členskými státy při poskytování služeb dálkové osobní železniční přepravy.

2. Jednání výše popsané bylo účastníku řízení napadeným rozhodnutím do budoucna zakázáno a za spáchání správního deliktu podle § 22a odst. 1 písm. c) ZOHS a porušení čl. 102 SFEU byla účastníku řízení uložena pokuta v celkové výši 367 805 000 Kč.

II. Rozklad

3. Dne 21. 12. 2017 účastník řízení podal proti napadenému rozhodnutí rozklad, v němž v bodech shrnul základní rozkladové námitky s tím, že je detailněji rozvede v doplnění rozkladu, které zašle do 31. 1. 2018. Dne 31. 1. 2018 zaslal účastník řízení Úřadu doplnění rozkladu (společně též „rozklad“), v němž podrobněji zdůvodnil rozkladové námitky, jak je uvedeno níže. Rozklad byl podán v zákonem stanovené lhůtě.

A. Posouzení správních deliktů jako deliktů trvajících

4. Společnost ČD úvodem rozsáhle oponuje tvrzení Úřadu, že delikty popsané v napadeném rozhodnutí mají charakter deliktů trvajících s délkou trvání v období od 15. 11. 2005 (Linka PM), resp. 26. 5. 2006 (Linka PL), do 13. 12. 2014. Dle společnosti ČD musely být správní delikty ukončeny nejpozději uzavřením Smluv o závazku veřejné služby v drážní osobní dopravě ve veřejném zájmu na zajištění dopravních potřeb státu (dále jen „Smlouvy“) na Linkách PL a PM, tj. dne 13. 12. 2006. Dle účastníka řízení není u jeho deliktů naplněn pojmový znak trvajícího deliktu spočívající v udržování protiprávního stavu, a to aktivním (volním) jednáním delikventa naplňujícím nepřetržitě znaky skutkové podstaty deliktu a to po celou dobu trvání protiprávního stavu až do jeho odstranění. Trvající delikt je ukončen až odstraněním závadného stavu. Úřad dle účastníka řízení nerozlišuje mezi dokonáním

a ukončením trvajícího deliktu a tyto dva okamžiky slučuje v jeden, což je zcela v rozporu s právní naukou o trvajících správních deliktech či trestných činech.

5. Společnost ČD je tedy toho názoru, že v daném případě znaky trvajícího deliktu naplněny nejsou, neboť se jednalo o aplikaci podnákladových cen (i když zároveň opakovaně uvádí, že podnákladové ceny neuplatňovala, čímž se podrobně zabývá v dalších rozkladových námitkách) pouze jednorázově ve formě podání svých nabídek. Po uzavření Smluv nebyla z její strany již vyvíjena žádná aktivita k udržování protiprávního stavu, neboť takové udržování vyžaduje aktivní jednání delikventa, v tomto případě konkrétně dlouhodobé nabízení a prodávání dopravních služeb za nepřiměřeně nízké ceny s cílem narušení hospodářské soutěže, tj. s cílem vyloučit konkurenty z trhu s vědomím vzniku vlastních ekonomických ztrát. Společnost ČD však pouze plnila své závazky vznikající jí ze Smluv.

6. Pokud by mělo být posuzované jednání trvajícím deliktem, pak je dle účastníka řízení nutné, aby Úřad prokázal, že po celou sledovanou dobu praktiku podnákladových cen aktivně uplatňoval, nikoliv, že si byl na počátku pouze vědom délky, po kterou budou Smlouvy uzavírány, jak argumentoval v napadeném rozhodnutí. Účastník řízení uvádí, že v době po uzavření Smluv již nevyvíjel jakoukoliv aktivitu ve smyslu protiprávního jednání, kterým by dále nabízel predátorské ceny objednateli a prodával mu své služby za tyto ceny. Tyto služby již byly „prodány“ a do roku 2014 bylo prováděno pouze plnění z takto uzavřených Smluv. Toto plnění může být posouzeno maximálně jako přetrvávající následek protiprávního stavu, nikoliv však jako jednání tento stav udržující.

7. Další okruh argumentace účastníka řízení k této námitce směřuje k absenci volní složky. Trvající delikt v sobě dle účastníka řízení implikuje volní složku delikventa ukončit nastolený protiprávní stav. Jedná se o zásadní pojmový znak trvajícího deliktu, který jej odlišuje od deliktu poruchového. Pokud tedy volní složka absentuje, pak nemohou být znaky trvajícího deliktu naplněny. Protiprávní stav může nastat pouze, pokud je aktivně a vědomě udržován s možností jej ukončit. V posuzovaném případě tomu ovšem tak nebylo.[2] Záměr o uzavření nevypověditelné Smlouvy na 8 let nebyl záměrem dominanta, nýbrž druhé strany, tj. zadavatele, i tato skutečnost ukazuje na to, že argumentace Úřadu v napadeném rozhodnutí není správná, chybí zde příčinná souvislost mezi jednáním společnosti ČD a konečnou délkou trvání smlouvy**.**

8. Účastník řízení se rovněž zabývá okamžikem, kdy došlo k eliminaci konkurence, přičemž uvádí, že v posuzovaném případě eliminace konkurence nastala podáním nabídek (a udržováním nabídek v platnosti do doby uzavření Smluv). Pouze podání nabídky a následný výběr společnosti ČD mohlo mít potenciál eliminovat konkurenci, následné poskytování služeb železniční přepravy již takový eliminační potenciál nemá. Popis trvání deliktního jednání Úřadem navíc dle účastníka řízení nemá logickou oporu, neboť predačním jednáním má delikvent záměr snížit ceny po dobu nezbytně nutnou k eliminaci konkurence a poté je opět zvýšit; v posuzovaném případě ovšem došlo k eliminaci konkurence již podáním

[2] Zadavatel si již v zadávací dokumentaci vyhradil opakovanou jednostrannou opci, na základě které byl oprávněn požadovat po uchazeči, který předložil nejvýhodnější nabídku, aby s ním uzavřel smlouvu vždy na následující rok, a to až do celkové délky 8 let od účinnosti první smlouvy. Naproti tomu zadávací dokumentace uchazeči zaručovaly, že nedojde-li z jeho strany k závažnému porušení smluvních podmínek, není zadavatel oprávněn uzavřít po dobu shora uvedených 8 let smlouvu s jiným uchazečem v dané relaci na vlaky dané kategorie.

nabídek a uzavřením Smluv, následné dlouhodobé poskytování služeb se ztrátou bez možnosti ceny navýšit tak odporuje smyslu a účelu uplatňování predátorských cen.

9. Podle účastníka řízení po uzavření Smluv nemohla hospodářská soutěž mezi konkurenčními dopravci vůbec probíhat, společnost ČD nevyvíjela žádnou aktivitu ve smyslu protiprávního jednání, její následné jednání tak může být kvalifikováno toliko jako následek deliktního jednání, nikoliv ale jako jednání protiprávní stav udržující. Výkladem Úřadu by totiž došlo k situaci, kdy i kdyby společnost ČD v průběhu trvání smlouvy navýšila ceny (za situace, že by to Smlouvy vůbec umožňovaly), konkurentům by přesto nebyla dána možnost se o poskytování služeb železniční přepravy na předmětných linkách ucházet, neboť tato možnost zanikla již uzavřením Smluv se společností ČD v roce 2006.

10. Účastník řízení se rovněž zabývá nutností naplnění podmínky dlouhodobosti daného jednání. Odkazuje přitom na rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci společnosti Student Agency sp. zn. 62 Af 27/2011, ze kterého vyplývá, že dlouhodobost protiprávního jednání nelze pokládat za kategorii absolutní, i velmi krátkodobé jednání má způsobilost predace, pokud je dostatečně intenzivní k vytlačení konkurenta z trhu. Důležitá je schopnost jednání delikventa eliminovat konkurenci, přičemž v tomto případě došlo k eliminaci konkurentů již podáním nabídek a následným uzavřením Smluv. Ohledně závěrů pro posuzování dlouhodobosti jednání účastník řízení rovněž odkazuje na Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele (2009/C 45/02) (dále jen „**Pokyny k prioritám**“), konkrétně na body 63 a 73.

11. Společnost ČD ve svých námitkách dále odkazuje na rozhodnutí Evropské Komise First/Keolis/TPE JV (COMP/M.3273), dle kterého hospodářská soutěž v oblasti veřejných služeb probíhá zejména v rámci veřejných zakázek, kdy se jednotlivé podniky o poskytování dopravních služeb ucházejí, zatímco při plnění veřejných zakázek je hospodářská soutěž nutně omezena, neboť dopravce získá určitý stupeň ochrany před soutěží ostatních podniků. Z tohoto rozhodnutí dle účastníka řízení vyplývá, že po ukončení výběrových řízení zde již hospodářská soutěž de facto není. Podobné závěry mají vyplývat i ze strany 7 bodu 22. materiálu OECD sp. zn. DAF/COMP/WP2/WD(2013)34.

12. Na podporu svých tvrzení o nemožnosti kvalifikovat delikt jako trvající účastník řízení dále odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu v případech zakázaných praktik typu bid rigging. Specifikem praktiky bid rigging, stejně jako účastníku řízení vytýkané praktiky, avšak aplikované v rámci výběrového řízení, je okamžik, kdy nastává protisoutěžní následek jednání delikventa. Tímto okamžikem je vždy podání nabídek obsahující škodlivé údaje a následné uzavření smlouvy se zadavatelem. Po tomto okamžiku není na straně delikventa důvod pokračovat v protisoutěžním jednání, neboť podáním nabídky a uzavřením smlouvy již byli konkurenti vytlačeni. Následné jednání není ani v případě praktik typu bid rigging posuzováno jako udržování protiprávního stavu, ačkoliv se jedná se o plnění smlouvy s protisoutěžně modelovanými cenami.

13. V závěru této rozkladové námitky účastník řízení cituje stanovisko JUDr. Soni Skulové, Ph.D., vedoucí katedry správní vědy a správního práva Právnické fakulty Masarykovy Univerzity v Brně, které si nechal k této problematice (konkrétně ve fázi sdělení výhrad) zpracovat. Dle stanoviska nelze prvek trvalosti v posuzovaném případě považovat za naplněný, neboť

nebyly naplněny podstatné znaky trvajícího deliktu ani v jedné z jeho variant. Vytvoření a následné udržování protiprávního stavu nebylo jednoznačně doloženo, když jednání společnosti ČD ve formě předložení nabídky zadavateli bylo dokonáno v rámci výběrového řízení. Variantu pouhého udržování protiprávního stavu vyloučil sám Úřad ve sdělení výhrad, neboť jednání společnosti ČD ve svých závěrech podává jako eventuální naplnění varianty prvé. Dále doplňuje, že udržování protiprávního stavu bylo vázáno na opakované každoroční opce ze strany Ministerstva dopravy, na něž bylo další poskytování služeb bezpodmínečně vázáno, a bez nějž nemohlo být uskutečněno. Možnosti společnosti ČD nepokračovat v plnění smluv byly omezené, z čehož vyplývá, že nebylo prokázáno nepřetržité udržování protiprávního stavu ze strany společnosti ČD.

14. Účastník řízení tedy shrnuje, že i kdyby připustil, že jeho nabídky skutečně obsahovaly predátorské ceny, tak vytýkané správní delikty byly ukončeny nejpozději uzavřením Smluv. Delikty tak byly spáchány nejpozději dne 13. 12. 2006. Jedná se maximálně o delikty poruchové, nikoliv trvající. S chybným posouzením deliktů jako trvajících jsou spojeny dle účastníka řízení tyto následky: (i) chybná aplikace právní normy, podle které má být posuzována protiprávnost jednání účastníka řízení, v důsledku čehož (ii) bylo postupováno dle odlišných prekluzivních lhůt, (iii) chybné stanovení účetního období, z jehož obratu je kalkulována výše pokuty, (iv) chybné stanovení koeficientu času, (v) nutnost aplikace polehčující okolnosti – konkrétně k době, která uplynula od spáchání správního deliktu. Těmito následky se ovšem Úřad v napadeném rozhodnutí nezabýval.

B. Vymezení objektivní stránky deliktu

15. Dle účastníka řízení Úřad v napadeném rozhodnutí nedostál své povinnosti spočívající ve zcela přesném a konkrétním zjištění a popsání protiprávního jednání osoby podezřelé ze spáchání správního deliktu. Vedle obecných zákonných znaků správního deliktu je nutné, aby byly současně naplněny i znaky konkrétní skutkové podstaty deliktu. Rozborem definice skutku v napadeném rozhodnutí účastník řízení dospěl k závěru, že pouze jednání spočívající v předložení nabídky v zadávacím řízení je samostatným vnějším projevem společnosti ČD, které ji lze jednoznačně přičítat. Toto jednání ovšem nenaplňuje skutkovou podstatu vytýkaného jednání, tj. dlouhodobé nabízení a prodej zboží dle § 11 odst. 1 písm. e) ZOHS. V dalších bodech definice skutku se nejedná o jednání, jež by byla možno považovat za pokračování výše popsaného jednání přičitatelného účastníku řízení a ani nepředstavuje udržování stavu vytvořeného tímto jednáním. Rovněž nastalý stav spočívající v tom, že se účastník řízení stal vybraným smluvním poskytovatelem služeb, nevznikl přímo, jedině a výlučně v důsledku jednání společnosti ČD a nejedná se tak o přímý následek jednání ČD. V napadeném rozhodnutí tedy není, dle účastníka řízení, doložena objektivní stránka vytýkaného správního deliktu.

C. Uplynutí prekluzivních lhůt

16. Společnost ČD tvrdí, že zákonné prekluzivní lhůty mající za následek zánik odpovědnosti účastníka řízení uplynuly již v době zahájení správního řízení, tj. dne 23. 3. 2016. Dle účastníka řízení lze na danou problematiku nahlížet dvěma způsoby, buď dle zákona o ochraně hospodářské soutěže ve znění zákona č. 361/2005 Sb., nebo ve znění zákona č. 155/2009 Sb., resp. č. 360/2012 Sb. Společnost ČD konstatuje, že Úřad získal již v roce 2006 indicii o jejím tvrzeném deliktním jednání, dle § 22 odst. 5 zákona o ochraně

hospodářské soutěže ve znění zákona č. 361/2005 Sb. pak mohla být pokuta uložena nejpozději do konce roku 2009. Pokud by ovšem Úřad nepovažoval rok 2006 za okamžik, kdy se dozvěděl o deliktním jednání účastníka řízení, pak je tímto okamžikem zcela jistě červenec 2009, kdy byl založen prověřovací spis sp. zn. ÚOHS-P439/2009/DP, maximálně září 2009, kdy stěžovatel doručil Úřadu dokument „Analýza skutečné ztráty z provozování vlaků dálkové dopravy na linkách Pardubice – Liberec a Plzeň – Most“. Dle § 22b odst. 3 ZOHS (ve znění zákona č. 360/2012 Sb. viz v úvodu zavedená zkratka) subjektivní lhůta, ve které mohl Úřad zahájit správní řízení, uplynula dle účastníka řízení nejpozději v září 2014. Svůj názor opírá rovněž o rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) ve věci sp. zn. 2 As 204/2014-71 ze dne 15. 4. 2015.

17. Účastník řízení k věci dále dodává, že Úřadu poskytl relevantní informaci na jeho žádost již v roce 2006, přesto Úřad správní řízení nezahájil. Tento fakt utvrdil účastníka řízení v přesvědčení a dobré víře, že se v souvislosti s podáním nabídek žádného deliktního jednání nedopustil. Správní řízení bylo zahájeno až s odstupem přibližně deseti let poté, co Úřad získal povědomí o podstatných skutkových okolnostech věci. Je třeba přihlédnout k tomu, že Úřad po celou dobu, kdy měl povědomí o podstatných skutečnostech, porušoval svoji zákonnou povinnost zahájit sankční správní řízení a naopak svojí nečinností vyvolával v účastníkovi řízení legitimní očekávání o tom, že jeho jednání je po právu. I pokud účastník řízení přihlédne k argumentaci Úřadu, že pokaždé, když se Úřad dozví o tom, že účastník pokračuje v trvalém a opakovaném naplňování skutkové podstaty trvajícího správního deliktu, počne běžet nová promlčecí lhůta, nelze zastávat názor, že taková lhůta může plynout i deset nebo více let. Účastník řízení odmítá názor, že do doby dokonání správního deliktu nemůže Úřad získat celkové povědomí o skutku. Úřadu nic nebránilo, aby zahájil řízení již před ukončením platnosti Smluv. Jestliže tak neučinil, musí jít tento jeho postup k jeho tíži.

D. Dysfunkce v působení orgánů státní správy

18. V návaznosti na předchozí námitku účastník řízení dovozuje dysfunkci ve fungování veřejné správy spočívající v tom, že jednání dříve minimálně mlčky aprobovaná Úřadem by nyní měla být kvalifikována jako protiprávní. Taková dysfunkce může vést až k eventuálnímu zániku odpovědnosti za předmětný správní delikt. K tomu společnost ČD odkazuje na rozsudek NSS sp. zn. 1 As 188/2012 ze dne 18. 4. 2013. Pokud by Úřad kvalifikoval jednání účastníka řízení jako protiprávní již dříve, mohl by vyvinout úsilí směřující k tomu, aby odstranil následky svého jednání. Postup Úřadu ho však naopak utvrdil v tom, že jeho jednání je v souladu se ZOHS. Úřad byl povinen v napadeném rozhodnutí tyto skutečnosti uvážit a případně řízení zastavit nebo tyto skutečnosti zohlednit při ukládání pokuty.

E. Vady výroku rozhodnutí

19. Společnost ČD namítá, že Úřad pochybil, když přesto, že je mu vytýkáno uplatňování podnákladových cen, ve výroku Úřad neuvádí odkaz na § 11 odst. 1 písm. e) ZOHS, ale pouze na generální klauzuli. Takový postup je dle účastníka řízení v rozporu s § 68 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění ve znění zákona č. 183/2017 Sb. (dále též „**správní řád**“) a § 93 odst. 1 písm. b) zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále též „**přestupkový zákon**“), a porušuje dle čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod jeho právo na řádný a spravedlivý proces.

20. Dále Úřad porušil svou povinnost vymezit popis skutku ve výrokové části napadeného rozhodnutí způsobem, který není zaměnitelný s jiným. Důraz na konkrétní vymezení sankcionovaného deliktu aproboval NSS např. v rozhodnutí sp. zn. 2 As 34/2006 či sp. zn. 6 As 23/2005. Popis skutků ve výroku napadeného rozhodnutí ovšem požadavky na dostatečnou specifikaci deliktu neobsahují, neboť, s výjimkou časových údajů, je popis jednání účastníka řízení velmi obecný. Není v něm uvedeno, z jakého konkrétního důvodu obsahuje nabídka nepřiměřeně nízkou předpokládanou výši prokazatelné ztráty. Přestože Úřad uvádí, že se účastník řízení stal v důsledku svého jednání vybraným smluvním poskytovatelem, účastník řízení má za to, že se uchazeč určitého výběrového řízení nestává smluvním poskytovatelem na základě podání nabídky, ale jiné právní skutečnosti, která ovšem ve výroku napadeného rozhodnutí popsána není. I v dalších částech je výrok dle účastníka řízení neurčitý, např. není možné určit, za jakou úhradu prokazatelné ztráty, jež spolu s výnosy nepokrývala vyhnutelné náklady, účastník řízení své služby poskytoval apod.

21. Dle účastníka řízení není tedy z výroku napadeného rozhodnutí vůbec zřejmé, z jakého konkrétního důvodu by měl být popisovaný skutek správním deliktem, Úřad navíc nespecifikuje právní kvalifikaci předmětného skutku a není tedy jasné, jakého porušení ZOHS se měl účastník řízení dopustit. Napadené rozhodnutí je proto nezákonné a nepřezkoumatelné.

F. Skutková zjištění ekonomické povahy

22. Úvodem účastník řízení uvádí, že je toho názoru, že Úřad hodnotil důkazy selektivně v neprospěch společnosti ČD a v rozporu s jeho povinností zjišťovat skutečnosti ve prospěch i v neprospěch účastníka řízení a v rozporu s presumpcí neviny. Tyto závěry mají vyplývat i z Revizního znaleckého posudku č. 1395-49/2017 (dále též „Posudek“) a z jeho dodatků č. 1 a 2. Z obecného závěru Posudku vyplývá, že sdělení výhrad ve věci (Pozn. předsedy Úřadu: Revizní znalecký posudek č. 1395-49/2017 byl zpracován již ke sdělení výhrad, argumentací v napadeném rozhodnutí se zabývá dodatek č. 2 Posudku) nerespektuje disponování informacemi platnými v době podání nabídek, vychází z mylných předpokladů o vyhnutelnosti nákladů, přičemž z pohledu zpracovatele Posudku jsou všechny náklady svojí povahou v daném případě nevyhnutelné. Úřad dále vychází ze statistických technik pro daný případ nevhodných a nepozastavuje se ani nad výsledky těchto postupů, jež dávají v obou letech identické hodnoty, což nekoresponduje s vývojem makroekonomických veličin. Úřad dále chybně kumuluje výši újmy za předpokladu poškození obou soutěžitelů najednou, dále hodnotí účastníka řízení, jako by byl komerčním subjektem pohybujícím se v konkurenčním prostředí bez jakýchkoliv omezení a rovněž vychází z dílčích informací bez uceleného hodnocení konkurenčních nabídek. Dle Posudku z těchto nedostatků plyne závěr o tom, že nelze usuzovat o predátorském přístupu.

23. Dle dodatku č. 1 Posudku Úřad zpochybňuje vlastní postup odhadu nákladů z důvodu neznalosti detailnějších informací o data generujícím procesu, přestože pro správnou aplikovatelnost statistických a ekonometrických metod je toto zcela nezbytnou podmínkou. Úřad rovněž připouští, že technika Holt-Winters nemusí vést k nejlepší predikci. Navíc provedené analýzy založené na Box-Jenkinsově metodologii (ARIMA modely), vícenásobné regresi či klasické dekompoziční metodě, na jejichž základě obhajuje Úřad využití techniky Holt-Winters, nejsou dle Úřadu z vícero důvodů relevantní. Zpracovatel posudku proto vypovídací schopnost veškerých analýz zcela odmítá. Úřadu se rovněž nepodařilo vyvrátit

pochybnost, že výsledky odhadu nákladů pomocí techniky Holt-Winters mohly být v daném případě ovlivněny subjektivními vlivy a případnou manipulací.

24. Uvedené závěry se dle účastníka řízení Úřad snažil vypořádat v napadeném rozhodnutí, proto si účastník řízení nechal zpracovat dodatek č. 2 Posudku reagující na závěry v napadeném rozhodnutí.

25. Dle dodatku č. 2 Posudku lze jeho závěry shrnout následovně. Úřad (i) blíže nerozebírá data a jevy, na jejichž základě činí závěry ohledně věrohodnosti a odůvodnitelnosti použití statistických metod, (ii) při hodnocení se dopouští diskontinuity, resp. změny pohledů, kdy na jedné straně pracuje s daty platnými ex ante a na druhé ex post, (iii) v rámci regresních modelů nesprávně používá veličiny obsahující jednak vzájemné duplicitní vysvětlující efekty a jednak smíšené veličiny; použití a vyhodnocení statistických technik navíc provádí v prostředí běžně dostupné freeware platformy. Úřad dále (iv) při svém hodnocení zaměňuje kategorie nákladů a mylně hodnotí samotnou vyhnutelnost nákladů, (v) nikterak se nepozastavuje nad ekonomicky nelogickým odhadem zcela konstantních hodnot trakčních nákladů na předmětných linkách v letech 2007 – 2Q/2009 dosažených exploatací do minulosti pomocí metody Holt-Winters, (vi) vychází z nesprávného předpokladu, že účastník řízení způsobil svým jednáním újmu veškerým zúčastněným soutěžitelům (tedy i těm, kteří by v nabídkovém řízení nevyhráli), (vii) při prokazování predátorského jednání vychází mimo jiné z nabídek konkurenčních soutěžitelů, jejichž věrohodnost je rozporuplná a (viii) při svém hodnocení nevychází z dat dostupných k rozhodnému datu. Na základě těchto nedostatků zpracovatel Posudku ekonomické závěry Úřadu zcela odmítá a konstatuje, že z nich nelze usuzovat na predátorský přístup účastníka řízení. Dle účastníka řízení tedy Úřad neměl dostatečné informace a podklady pro to, aby mohl učinit příslušné ekonomické závěry obsažené v napadeném rozhodnutí.

G. Vymezení relevantního trhu

26. Úřad dle účastníka řízení při vymezování relevantního trhu porušil zásadu materiální pravdy ve vztahu k podmínkám a vývoji liberalizace na trhu drážní dopravy. Úřad v napadeném rozhodnutí nepřípustně spojuje přímé zadání a otevřenou soutěž v jeden trh, aniž by se dostatečně zabýval historickým kontextem doby. Samotná skutečnost, že Úřad nezohlednil při vymezování relevantního trhu účastníkem řízení zmíněné historické souvislosti a další skutečnosti, je v rozporu s povinností Úřadu postupovat v souladu se zásadou materiální pravdy. Úřad nezohlednil, že veřejné zakázky pro obsluhu Linek PM a PL byly zcela ojedinělým ostrovem liberalizace drážního trhu, a to nejen před rokem 2006, neboť až do roku 2012 se jiná veřejná soutěž nekonala.

27. Úřad se dle společnosti ČD nezabýval ani tím, jaká byla obecná míra konkurence na trhu železniční osobní dopravy v závazku veřejné služby, kolik bylo v daném čase v České republice aktivních licencovaných dopravců osobní železniční dopravy a jak probíhala implementace evropského práva. Účastník řízení dospěl k závěru, že český drážní trh v osobní železniční dopravě byl zcela uzavřen a jím obsluhován, hospodářská soutěž je na tomto trhu zaváděna pomalu a se zpožděním. Zásadní zlom nastal až s příchodem veřejně vyhlášených a otevřených nabídkových řízení a postupným faktickým naplňováním evropských norem po roce 2012.

28. Úřad dle účastníka řízení rovněž nesprávně spojuje instituty otevřené veřejné soutěže a přímého zadání. Účastník řízení má za to, že pokud stát na základě svého rozhodnutí vždy (s výjimkou výběrových řízení na Linky PM a PL) pověřil společnost ČD jako národního dopravce, kterého navíc 100 % ovládá, provozováním závazku veřejné služby v přepravě cestujících v dálkové přepravě, muselo se jednat o existující bariéru na trhu, která oproti nabídkovému řízení vylučovala existenci soutěže v případě smluv o závazku veřejné služby uzavíraných na základě přímého zadání. V praxi takovému uzavření smlouvy zpravidla předcházelo usnesení Vlády ČR, kterým vyslovila souhlas, a takový postup aprobovala. Existující bariéru, jež zcela znemožňovala jiným dopravcům se ucházet o uzavření smlouvy na základě přímého zadání, byl dle účastníka řízení Úřad povinen zohlednit, neboť tato skutečnost objektivně vylučuje spojení otevřené soutěže a přímého zadání do jednoho zakázkového trhu.

29. Účastník řízení dále upozorňuje, že zásadní změny ve vztahu k možnosti realizace přímého zadání byly zavedeny až s účinností nařízení (ES) č. 1370/2007, o veřejných službách v přepravě cestujících po železnici a o zrušení nařízení Rady (EHS) č. 1191/69 a č. 1107/70 (dále jen „Nařízení 1370/2007“) a zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVS“). Tyto předpisy zavedly povinné formalizované postupy, jež je třeba dodržet (ostatní dopravci např. mohou podat námitky proti zvažovanému postupu zadavatele). V této souvislosti účastník řízení odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. S0258/2017/VZ-25572/2017/544/IKO, kde Úřad ve vztahu k uvedené problematice uvedl, že „vzhledem k povaze tohoto řízení je de facto omezena hospodářská soutěž, neboť je zadávána přímo určitému zadavateli, tedy bez efektivní hospodářské soutěže“.

30. Dále společnost ČD namítá, že Úřad neúměrně rozšiřuje definici relevantního trhu o nabídkovou substituci. Účastník řízení odmítá kategorické vymezení relevantního trhu z pohledu nabídky, jelikož Úřad nebere v úvahu, že nalézt možnost nabídkové substituce lze jen tam, kde by existovala reálná možnost účastnit se i jiných tendrů. Dle Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství (97/C 372/03) (dále jen „Sdělení Komise“), bodu 24, se potenciální hospodářská soutěž při vymezování trhů nebere v úvahu, protože podmínky, za nichž potenciální hospodářská soutěž ve skutečnosti znamená účinné konkurenční omezování, závisí na analýze zvláštních faktorů a okolností vztahujících se na podmínky vstupu.

31. Úřad při vymezení trhu především s ohledem na nabídkovou substituci nepostupoval v souladu s § 3 správního řádu, neboť zkoumal nabídkovou substituci výlučně v souvislosti s osobní dopravou cestujících na železniční dráze, odtrženě od reality a za současného zaměňování přímého zadání a otevřené soutěže. Úřad byl naopak povinen posoudit, zda z hlediska nabídkové substituce existovala i jiná možnost účasti ve veřejných otevřených soutěžích na uzavření smluv o závazku veřejné služby v oblasti dopravy, a rovněž zda netvoří veřejná doprava po železnici stejný trh jako veřejná doprava autobusem. Úřad měl posoudit relevantní trh též z pohledu poptávky a neodchylovat se tak od rozhodovací praxe Evropské komise (k tomu účastník řízení dále cituje dle něj přiléhavá rozhodnutí ve věci First/Keolis/TPE JV (COMP/M.3273) a rozhodnutí ve věci DSB/First/Öresundstag (M.4806).

32. Ke geografickému vymezení relevantního trhu dále účastník řízení cituje rozhodnutí Evropské Komise Govia/Connex South Central (M.2446), dle kterého může být relevantní trh vymezen

jako jednotlivé spojení z bodu A do bodu B, protože cestující na železnici nepovažují nepřímé spojení za přijatelnou náhradu za přímé spojení. Zároveň účastník řízení odmítá odkaz v napadeném rozhodnutí na rozsudek švédského soudu ve věci Statens Järnvägar, neboť se nejedná o rozhodnutí Evropské Komise, které zmiňuje sám. Úřad navíc nijak přezkoumatelně neuvádí, z jakého konkrétního důvodu považuje vymezení relevantního trhu ve výše uvedené věci za použitelné i na posuzovaný případ.

33. Dle účastníka řízení tedy nemůže být geografickým trhem celá Česká republika, neboť v roce 2005 a 2006 existovala soutěž na trhu poskytování služeb dálkové osobní železniční přepravy v závazku veřejné služby pouze v případě veřejné soutěže na Linky PM a PL. Po dobu vlastního poskytování služeb soutěž na předmětných linkách neprobíhala. Přímé zadání nelze považovat za součást jednoho relevantního trhu. Jediné dvě substituční nabídky tedy představovaly Linky PM a PL. Dále účastník řízení odkazuje na bod 8 Sdělení Komise, jehož aplikací dospěl k závěru, že podmínky hospodářské soutěže na Linkách PM a PL byly v roce 2005 a 2006 zásadně odlišné od podmínek hospodářské soutěže na všech ostatních dálkových linkách v závazku veřejné služby. Opakovaně rovněž rekapituluje, že existence bariér pro vstup na relevantní trh svědčí o ohraničení daného relevantního trhu. Nebyla-li tedy většina dálkových linek v České republice otevřena trhu, není možné je považovat za součást stejného relevantního trhu, jako jsou linky otevřené.

34. Na základě výše uvedených skutečností dospěl účastník řízení k závěru, že Úřad při vymezování relevantního trhu postupoval v rozporu se zásadou materiální pravdy dle § 3 správního řádu.

H. Neprokázání vzniklé újmy

35. Účastník řízení poukazuje na skutečnost, že v souladu se závěry Ústavního soudu (cituje nález ze dne 11. července 2007, sp. zn. II. ÚS 192/05, ve věci Telefónica O2) je nutné prokázat, že újma skutečně vznikla, doložení pouze hrozící újmy nepostačuje. Účastník řízení je přesvědčen, že Úřad tuto svoji povinnost nesplnil, neboť jím prokázaná újma není dostatečně prokázaná a uváděné závěry jsou do jisté míry spekulativní. Účastník řízení v této souvislosti odkazuje na skutečnost, že Úřad nezkoumal, který z uchazečů by se umístil v pořadí vyhodnocení nabídek na druhém místě a kterého konkrétního soutěžitele by společnost ČD mohla svým jednáním poškodit.

36. Účastník řízení rovněž nesouhlasí s tvrzením Úřadu, dle kterého vylučovací praktika vedla k úplnému uzavření trhu poskytování služeb dálkové osobní železniční dopravy v závazku veřejné služby v České republice a to na několik let, což znamenalo úplné vyloučení konkurence na tomto trhu, kde účastník řízení zaujímal monopolní postavení, a který byl na počátku liberalizace, a kde s ohledem na jeho charakter jsou možnosti vzniku a fungování soutěžního prostředí značně omezené. Dle účastníka řízení Úřad tímto konstatováním přenáší odpovědnost za proces liberalizace na trhu poskytování služeb dálkové osobní železniční dopravy v závazku veřejné služby ze státu na národního dopravce, neboť právě stát je odpovědný za to, jakým způsobem, kdy, v jakém rozsahu a zda vůbec bude předmětný relevantní trh liberalizován. Údajné protisoutěžní jednání společnosti ČD, které se dotýkalo charakterově uzavřených dálkových linek, které nemají technologický přesah do jiných linek dálkové dopravy, v žádném případě nemohlo vést „k úplnému vyloučení konkurence na tomto trhu“. Nelze tedy dle společnosti ČD ji činit odpovědnou za to, že stát žádná jiná

nabídková řízení nezahajoval a tento fakt nelze považovat za újmu, která vznikla následkem údajného protiprávního jednání ČD.

37. Stejně tak účastník řízení odmítá, že by v důsledku jeho údajného protiprávního jednání zůstal trh na Lince PM a PL po dobu 8 let uzavřen, když opětovně poukazuje na skutečnost, že má za to, že soutěž probíhala výlučně v rámci předmětných výběrových řízení, a jakmile došlo k samotnému výběru, soutěž již neprobíhala.

38. Účastník řízení dále považuje analýzu vzniku újmy spotřebitelům za nedostatečnou a nepřezkoumatelnou. Úřad nedostatečně v napadeném rozhodnutí vypořádal, zda a jaký jízdní komfort účastníci veřejného výběrového řízení nabízeli. Účastník řízení v rozkladu odkazuje na skutečnost, že v současné době Linku PM obsluhuje společnost GW Train Regio a.s., se sídlem U Stanice 827/9, Střekov, Ústí nad Labem, IČO 28664116 (dále jen „GW Train Regio"), která má srovnatelný vozový park, těžko by tak mohla v minulosti nabídnout pasažérům jiný typ a prožitek z jízdy. Újma na straně spotřebitelů nemohla, dle účastníka řízení, vzniknout, resp. je Úřadem zcela nepodložená. Naopak účastník řízení vyjmenovává výhody, které jim oproti konkurenci může nabídnout.

39. Dle účastníka řízení dále Úřad nedostatečně kombinuje přístup spojení analýzy obecných činitelů s vyvolanými účinky na daném trhu. Úřad proto ve smyslu bodu 20 Pokynů k prioritám nedostatečně srovnal skutečné nebo pravděpodobné budoucí situace na relevantním trhu a nenasimuloval příslušnou hypotetickou situaci. Lze shrnout, že nebyl dostatečně a prokazatelně proveden test stejně efektivního soutěžitele, tak jak to požaduje judikatura Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU"). Dle účastníka řízení je nutné se zabývat reálnou možností, zda do veřejné soutěže mohl vstoupit i jiný, stejně silný, hráč na trhu osobní drážní dopravy jako je společnost ČD. Takovým konkurentem je dle společnosti ČD např. Deutsche Bahn, který by mohl nabídnout skutečně ceny stejné nebo i nižší, aby snadněji mohl proniknout a ukotvit se na českém trhu.

I. Posouzení vlivu jednání účastníka řízení na obchod mezi členskými státy

40. Účastník řízení odkazuje v rámci této rozkladové námitky na svou argumentaci v předchozích vyjádřeních ve věci. V těchto vyjádřeních účastník řízení mj. uvádí, že posouzení vlivu jednání účastníka řízení na obchod mezi členskými státy Úřadem je příliš formalistické; pokud Evropská Komise ve svých obecných stanoviscích uvádí, že popsané jednání je zpravidla způsobilé ovlivnit obchod mezi členskými státy, pak je vždy na zkoumání a šetření národního regulátora, tzn. Úřadu, aby prokázal, že konkrétní jednání účastníka řízení bylo či nikoliv skutečně způsobilé ovlivnit obchod mezi členskými státy. Účastník řízení rovněž uvádí, že v roce 2005, tedy v době zahajování zadávacích řízení a podávání nabídky na Linky PM a PL, neexistoval žádný jednotný a ucelený plán otevírání trhu osobní dálkové železniční dopravy, či dokonce harmonogram dalších nabídkových řízení. Takový ucelený koncept byl přijat až v roce 2011, a to konkrétně usnesením vlády ČR č. 423 ze dne 8. 6. 2011, jehož přílohou byl Harmonogram otevírání trhu veřejných služeb v přepravě cestujících v oblasti dálkové a nadregionální železniční osobní dopravy. V tomto směru tak dle účastníka řízení nelze hovořit o jakémkoli vysílání negativního signálu ostatním potenciálním uchazečům o další nabídková řízení vypisovaná Ministerstvem dopravy, neboť zde v době předmětných zadávacích řízení neexistovala oficiální informace o tom, že by nějaká budoucí řízení měla být zahajována.

41. Dále k posouzení vlivu na obchod mezi členskými státy v napadeném rozhodnutí namítá, že zásadně nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že tvrzené spojení společnosti Connex Pardubice – Liberec a Liberec – Zittau (Cottbus) mělo být mezinárodního významu a že takto definované bylo jasně specifikovaným obchodním plánem této společnosti. Toto tvrzení neprokázal Úřad žádným důkazem. Jasně specifikovaný obchodní plán dovozuje Úřad pouze z tvrzení společnosti Connex, účastník řízení ovšem považuje toto tvrzení pouze za marketingové prohlášení, které nemělo a nemohlo mít reálný vliv na přeshraniční dopravu (Liberec – Zittau) v regionu. V žádném případě se nemůže jednat dle účastníka řízení o obchodní plán v Úřadem předpokládaném smyslu.

42. K tvrzení Úřadu k Lince PM o tom, že spojení přes Most bylo i v minulosti cenově výhodnější než spojení přes Prahu, které měl čerpat z internetových stránek účastníka řízení, účastník řízení uvádí, že zpětně dané spojení nelze dohledat, dle aktuálního stavu jsou však cenové relace totožné. Tyto informace jsou ovšem ve vztahu k posuzovanému jednání společnosti ČD irelevantní, neboť zachycují stav v době cca 13 let od podání předmětných nabídek.

43. Účastník řízení dále namítá, že i za předpokladu minimálního cenového rozdílu, se mu zdá jako absurdní tvrzení Úřadu o tom, že pro cenově senzitivní zákazníky by mohlo být spojení přes Most alternativou spojení do Drážďan. Úřad přitom nezohledňuje zásadní parametr, kterým je doba a komfort cesty. Minimální doba cesty spojení přes Most je o cca jednu třetinu (dvě hodiny) delší než doba spojení přes Prahu, zatímco finanční úspora v Úřadem uváděném případě je cca 9 % (v současné době ovšem nebyla zjištěna) a to navíc vždy s jedním přestupem.

44. Účastník řízení tedy dovozuje, že neexistuje žádný cenově hypersenzitivní cestující, který by za daných podmínek upřednostnil značný diskomfort a naprosto minimální finanční úsporu, pokud by vůbec existovala, před spojením Plzeň – Praha – Drážďany. Úřad dále dle účastníka řízení nezohledňuje neexistenci jednotného síťového tarifu odbavení v případě více dopravců.

45. Úřad tedy výše uvedenými závěry porušuje zásadu materiální pravdy, když důkazy hodnotí selektivně v neprospěch společnosti ČD a v rozporu s presumpcí neviny, či spáchání deliktů odvozuje od obecných či spekulativních úvah.

J. Pochybení ohledně postupu při stanovení pokuty

i) Nesprávně určená výše základní částky pokuty

46. Účastník řízení namítá, že pokuta navrhovaná Úřadem je nesprávná s ohledem na nesprávně stanovenou základní částku pokuty. Nesprávný je již základní a obratový předpoklad uvedený v napadeném rozhodnutí. Údajné protiprávní jednání nelze účastníkovi řízení přičítat v roce 2013, ale pokud vůbec, tak v období, v němž probíhala výběrová řízení, kdy byly nabídky podávány. Ani obratové kritérium nemůže obstát vzhledem k Úřadem nesprávně a nedostatečně vymezenému relevantnímu trhu.

47. Vzhledem k jeho předchozím tvrzením se účastník řízení domnívá, že se nedopouštěl zneužití dominantního postavení do 13. 12. 2014, neboť se nejednalo o trvající delikt. V zásadě lze uvažovat, že k protisoutěžnímu jednání došlo v jediný den, a to 26. 5. 2006, maximálně v období od podání nabídek do uzavření smluv. Zvolený časový koeficient ve výši 2,66 je tedy nepřípadný.

ii) Nesprávná aplikace přitěžujících a polehčujících okolností

48. Účastník řízení je dále přesvědčen, že Úřad postupoval v rozporu se ZOHS i v případě navýšení základní částky pokuty o 20 % v důsledku existence úmyslného zavinění. Konstrukce skutkové podstaty správního deliktu dle § 11 odst. 1 písm. e) ZOHS, resp. čl. 102 SFEU vychází ze skutečnosti, že predátorské chování je jednáním úmyslným, tj. činěným. Činnost predátora spočívá v jednání za určitým specifikovaným cílem, kterým je odstranění jeho konkurentů. Totožné závěry vyplývají dle účastníka řízení i z bodu 63 Pokynů k prioritám. Úmysl je tedy součástí skutkové podstaty správního deliktu dle § 11 odst. 1 písm. e) ZOHS, resp. čl. 102 SFEU a je hodnocen již v rámci stanovení výchozí základní částky pokuty. Nelze jej proto v souladu se zásadou zákazu dvojího přičítání téže negativní okolnosti pro účely stanovení výměry trestu následně přičíst pachateli jako další přitěžující okolnost a navýšit základní částku pokuty o 20 %.

49. Společnost ČD Úřadu dále vytýká, že nepřihlédl k polehčujícím okolnostem, přičemž přihlédnout k polehčujícím okolnostem bylo jeho povinností. Úřad měl přihlédnout dle účastníka řízení ke skutečnosti, že k prvotnímu aktivnímu jednání účastníka došlo již v roce 2006. Doba, jež uběhla od spáchání deliktu má proto význam i z toho hlediska, že Úřad v jiných recentních rozhodnutích[3] dobu časového odstupu rozhodování opakovaně označil za polehčující okolnost.

iii) Nedostatečné posouzení, zda uložená pokuta nebude pro účastníka řízení nepřiměřená či likvidační

50. Dle účastníka řízení je samotná výše navrhované sankce nepřiměřeně vysoká. Úřad dle účastníka řízení nedostatečně zohlednil, že dotčená část Úřadem vymezeného relevantního trhu v daném případě tvoří pouhý zlomek celku drážní regionální železniční infrastruktury. Jedná se o linky izolované a méně významné. Úřad rovněž nedostatečně zhodnotil, že navrhovaná výše pokuty může pro ČD znamenat zásadní negativní důsledky do hospodářské sféry, např. hrozí snížení ratingu ČD. Úřadem zmiňovaná rezerva na soudní spory není určena na uhrazení navrhované sankce.

iv) Postup Úřadu je v souvislosti s navrhovanou sankcí v rozporu s principem legitimního očekávání

51. Účastník řízení rovněž namítá, že Úřad šetřil jeho předmětné jednání opakovaně a dlouhodobě, když už dopisem ze dne 9. 6. 2006 si vyžádal poskytnutí informací týkající se Linky PM, konkrétně zdůvodnění proč je nabídková cena, resp. předpokládaná výše ztráty v rámci zmíněné soutěže výrazně nižší než je nabídková cena konkurenčních účastníků řízení. Tyto informace byly účastníkem řízení poskytnuty dne 16. 6. 2006 a 10. 7. 2006, tj. ještě ve stadiu před ukončením výběrových řízení. Úřad na základě těchto šetření dospěl k závěru, že se nejedná o zneužití dominantního postavení. Samotné správní řízení bylo zahájeno až 23. 3. 2016. Mnohaleté šetření Úřadu jen ujišťovalo společnost ČD v tom, že se v daném případě nedopouští protiprávního jednání. Společnost ČD jednala v dobré víře, a proto i v legitimním očekávání, že za takové jednání nebude postižena správní sankcí. Postup Úřadu však byl dle účastníka řízení zcela opačný, neboť dlouhodobost závazku veřejné služby ze Smluv naopak staví v neprospěch společnosti ČD, přitom je zřejmé, že sám svou

[3] Např. v rozhodnutí z 28. 2. 2014, č. j. S707/2013/VZ.

dlouhodobou nečinností udržoval společnost ČD v přesvědčení, že se nedopouští protiprávního jednání.

Petit rozkladu

52. S ohledem na výše uvedené účastník řízení navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

III. Doplnění rozkladu ze dne 22. 2. 2018

53. V doplnění rozkladu ze dne 22. 2. 2018 účastník řízení poukazuje na recentní rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. 2. 2018, č. j. 62 Af 23/2016-272 a jeho závěry týkající se plynutí prekluzivních lhůt. Úřad v napadeném rozhodnutí uvádí, že subjektivní prekluzivní lhůta počíná plynout až od okamžiku, kdy se Úřad dozvěděl o ukončení deliktního jednání, přičemž se dovolává majoritního přístupu judikatury k otázce posuzování počátku běhu subjektivní prekluzivní lhůty. Přístup opačný vyplývá z rozsudku NSS ve věci sp. zn. 2 As 204/2014-71 ze dne 15. 4. 2015, a spočívá v tom, že počátek běhu subjektivní lhůty i u trvajícího správního deliktu má být počítán již od okamžiku prvého dozvědění se správního orgánu o páchání protiprávního jednání.

54. Aktuální výše zmíněný rozsudek Krajského soudu v Brně se jednoznačně přihlásil k Úřadem zmiňovanému „minoritnímu“ přístupu. Dle tohoto rozsudku se v případě rozsudku NSS ve věci sp. zn. 2 As 204/2014-71 ze dne 15. 4. 2015 nejedná o ojedinělý přístup, resp. že jde dále než dosavadní judikatura. Účastník řízení tedy dovozuje, že závěry tohoto rozsudku Krajského soudu v Brně jsou plně aplikovatelné na posuzované správní řízení, jehož je účastníkem řízení, a v souladu s nimi lze uvažovat o prekluzi posuzovaného jednání.

IV. Doplnění rozkladu ze dne 11. 6. 2018

55. V doplnění rozkladu ze dne 11. 6. 2018 účastník řízení reaguje na Stanovisko prvostupňového správního orgánu ze dne 5. března 2018 (dále též „Stanovisko“), ve kterém zčásti opakuje své námitky prezentované již v rozkladu a zároveň Úřadu vytýká, že se mnoha jím vznesenými námitkami Stanovisko vůbec nezabývá.

56. Úvodem Stanoviska účastník řízení zpochybňuje závěry Úřadu týkající se posouzení vytýkaných deliktů jako deliktů trvajících a nad rámec již dříve uvedeného uvádí, že pokud by účastník řízení veřejnou soutěž nevyhrál, znamenalo by to pouze to, že na trhu existuje stejně silný a efektivní konkurent, který byl schopný předložit takovou nabídku, se kterou zvítězil nad účastníkem řízení, což je plně legitimní a očekávaný způsob fungování hospodářské soutěže, ostatně se jedná o aplikaci testu stejně efektivního soutěžitele, který účastník řízení v rozkladu provedl a kterým argumentuje ve svůj prospěch a který Úřad naprosto nedůvodně opomíjí, ačkoliv se jedná o velmi aktuální postup soutěžních orgánů EU. Stanovisko dále považuje za vnitřně rozporné, když na jednom místě Úřad charakterizuje Smlouvy jako v podstatě nevypověditelné a na jiném vytýká společnosti ČD, že se ani nepokusila ukončit své jednání zahájením dialogu s Ministerstvem dopravy.

57. Účastník řízení rovněž dovozuje skutečnost, že se v posuzovaném případě nejedná o trvající delikt, z toho, že se Úřad zaměřuje pouze na prokazatelnou ztrátu a újmu prokazuje pouze na straně konkurentů, a je si tak plně vědom odlišností mezi možným posouzením

predátorských praktik v oblasti volného trhu dopravních služeb a soutěže o závazek veřejné služby.

58. Účastník řízení dále přiložil vyjádření znalce k dokumentu Úřadu „Vyjádření odhadu nákladů" založenému ve správním spise rozporující správnost argumentace vedenou v tomto dokumentu a odkazující na závěry dřívějšího Posudku.

59. Závěrem společnost ČD opakovaně uzavírá, že napadené rozhodnutí je založeno na nesprávných a nedostatečných skutkových zjištěních, která účastník řízení považuje za učiněná v rozporu se zásadou materiální pravdy dle ustanovení § 3 správního řádu.

V. Řízení o rozkladu

60. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle ustanovení § 87 správního řádu, a proto v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu předal spis orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

61. Podle § 89 odst. 2 správního řádu jsem přezkoumal v celém rozsahu soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání tohoto rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladech, popřípadě, vyžadoval-li to veřejný zájem, přičemž jsem dospěl k závěrům uvedeným v dalších částech odůvodnění tohoto rozhodnutí.

VI. Přezkum napadeného rozhodnutí

Použité právní předpisy

Procesněprávní normy

62. Před vyjádřením se k jednotlivým námitkám rozkladu a odůvodněním rozhodnutí ve věci je nutno uvést, jaké znění procesních předpisů je rozhodné pro toto řízení a rozhodnutí.

63. Procesněprávní úprava předmětného správního řízení je roztříštěna do několika zákonů. Z hlediska procesního platí obecná zásada, že nové procesní právo (jeho změny) platí ode dne nabytí účinnosti nové právní úpravy i pro řízení zahájená přede dnem nabytí účinnosti s tím, že právní účinky úkonů, které v řízení nastaly přede dnem nabytí účinnosti, zůstávají zachovány (pokud přechodné ustanovení nestanoví něco jiného).[4] Úřad při vedení správního řízení vycházel primárně z procesních ustanovení ZOHS, která představují lex specialis k obecné právní úpravě. Procesní úpravu správního trestání však nově obsahuje rovněž přestupkový zákon, který nabyl účinnosti dne 1. 7. 2017. Tento zákon kodifikuje správní trestání a sjednocuje hmotněprávní i procesněprávní úpravu přestupků fyzických osob a správních deliktů podnikajících fyzických osob a právnických osob[5]. Přestupkový zákon tak představuje lex generalis vůči ostatním speciálním zákonům (včetně ZOHS) a do jejich znění se promítl prostřednictvím tzv. změnového zákona, kterým je zákon č. 183/2017 Sb. Jeho aplikace na předmětné správní řízení je však vyloučena vzhledem k přechodnému ustanovení § 112 odst. 4 přestupkového zákona, podle kterého se zahájená řízení o přestupku, resp. o

[4] Srov. usnesení Ústavního soudu sp. zn. II ÚS 512/05 ze dne 2. 2. 2006, rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 21 Cdo 1556/2004 ze dne 15. 12. 2004 a rozsudek NSS sp. zn. 1 Azs 55/2006 ze dne 25. 7. 2007.

[5] Nově se pod pojmem „přestupek" rozumí rovněž správní delikty právnických osob a podnikajících fyzických osob. Srov. § 112 odst. 1 věta první přestupkového zákona.

správním deliktu, s výjimkou řízení o disciplinárním deliktu, která nebyla pravomocně skončena přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, dokončí podle dosavadních zákonů.

64. Správní řízení v této věci, tedy sp. zn. ÚOHS-S0180/2016/DP, bylo zahájeno ex officio dne 23. 3. 2016. Ke dni zahájení předmětného správního řízení, platil ZOHS ve znění zákona č. 360/2012 Sb. Následující novela č. 293/2016 Sb. nabyla účinnosti dne 19. 10. 2016[6]. Dle jejího čl. II Přechodná ustanovení se řízení, která nebyla pravomocně skončena přede dnem nabytí účinnosti této novely, dokončí podle dosavadních právních předpisů.

65. K dnešnímu dni byl ZOHS dále novelizován zákony č. 183/2017 Sb. a zákonem č. 262/2017 Sb. Přechodná ustanovení těchto novel neuvádí specifická pravidla pro postup v probíhajících řízeních o možném porušení soutěžního práva zahájených podle předchozích předpisů. Zákon č. 183/2017 Sb., který nabyl účinnosti dne 1. 7. 2017, je primárně zákonem, který slaďuje jiné speciální předpisy týkající se správního trestání s novou právní úpravou správního trestání obsaženou v přestupkovém zákonu. Do § 112 odst. 4 přestupkového zákona je vtělena vůle zákonodárce, aby se procesní režim probíhajících řízení neměnil a neaplikovaly se na ně procesní postupy, které nový zákon přináší. Oba zákony, přestupkový zákon i zákon č. 183/2017 Sb., je proto třeba v souladu se zásadou racionálního zákonodárce a principem jednoty právního řádu[7] vykládat ve vzájemné souvislosti. Pokud zákon č. 183/2017 Sb. adaptuje procesní předpisy zvláštních zákonů pro aplikaci nového přestupkového zákona, pak je aplikace těchto změn přímo propojena také s aplikací procesních pravidel vyplývajících z aplikace nového přestupkového zákona. Jinými slovy je třeba výkladově překlenout vznikající nelogičnost (je totiž nesmyslné aplikovat výjimky z obecného předpisu, který se na věc vůbec neaplikuje). V případě ZOHS dochází právě k takové situaci. Zákon č. 183/2017 Sb. přináší některá procesní pravidla, která jsou přímo navázána na účinnost nového přestupkového zákona. Svědčí o tom i důvodová zpráva k zákonu č. 183/2017 Sb., podle níž se *„v zákonech upravujících působnost Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k projednávání přestupků zakotvují rozsáhlé odchylky od obecné úpravy, které jsou potřebné vzhledem ke specifické povaze přestupků, které projednává Úřad pro ochranu hospodářské soutěže […]“*[8] Z daného tedy vyplývá, že je třeba zachovat procesní režim před nabytím účinnosti přestupkového zákona, pokud není výslovně stanoveno jinak.

66. Pokud jde o dosud poslední novelizaci ZOHS provedenou zákonem č. 262/2017 Sb., jednalo se o změny provedené v souvislosti s přijetím zákona č. 262/2017 Sb., o náhradě škody v oblasti hospodářské soutěže a o změně zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů (zákon o náhradě v oblasti hospodářské soutěže), kdy v ZOHS se změnila ustanovení o spisu a nahlížení do něj a zpřístupnění informací obsažených ve spisu.[9] Jinými

[6] Pro část ustanovení, jež se však pro toto řízení neuplatní, platí účinnost od 1. 10. 2016.

[7] Srov. zejména rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 9/2003-90 ze dne 13. 5. 2004, podle kterého *„v souladu s principem právní jistoty má každý adresát právní normy právo očekávat, že řešení, která zákonodárce zvolí, jsou racionální a směřují k funkčnímu uspořádání společenských vztahů, a nikoliv naopak. Jestliže zákonodárce z nejrůznějších důvodů zvolí řešení jiné, musí je tím spíše přesně, jasně, určitě a srozumitelně vyjádřit v právních předpisech, jimiž jsou právní normy komunikovány svým adresátům. Neučiní-li tak, je zcela na místě dát přednost takovému výkladu, který je rozumný a odpovídá přirozenému smyslu pro spravedlnost*.“

[8] Viz důvodová zpráva k zákonu č. 183/2017 Sb. K části sto dvanácté – změna zákona o ochraně hospodářské soutěže.

[9] Srov. § 21c, § 21c ZOHS, v účinném znění.

slovy se tak jedná o drobné změny, které se procesně zásadně nedotýkají předmětného správního řízení. Vzhledem k výše uvedenému, je tedy řízení dále vedeno podle procesních ustanovení ZOHS ve znění zákona č. 360/2012 Sb.

67. Co se týká správního řádu, ke dni 23. 3. 2016 (tj. zahájení předmětného správního řízení) byl účinný ve znění zákona č. 250/2014 Sb. K dnešnímu dni byl správní řád novelizován zákonem č. 243/2016 Sb., č. 298/2016 Sb., č. 183/2017 Sb., č. 225/2017 Sb. a č. 176/2018. V prvních dvou novelách absentují speciální přechodná ustanovení a tedy, vzhledem k platnosti principu nepravé procesní retroaktivity těchto novel[10], nic nebrání postupovat podle správního řádu ve znění těchto novel. Rovněž zákon č. 183/2017 Sb. neobsahuje žádná přechodná ustanovení, tento zákon je nicméně v obecné rovině, jak už bylo výše uvedeno, velmi úzce spjat s přestupkovým zákonem. V případě konkrétní novelizace dotýkající se správního řádu se ovšem toto úzké provázání neprojevuje. Novelizace správního řádu provedená tímto zákonem se omezuje na otázku přístupu k utajovaným informacím, které mohou být součástí správního spisu, zavádí se nový hybridní způsob doručování a drobně se pozměňují některé další postupy, které nemají přímý vztah ke správnímu trestání. Důvodová zpráva v této souvislosti hovoří o tom, že se touto novelou „*stát v citlivých oblastech, do kterých spadá například problematika soukromých bezpečnostních služeb, zahraniční obchod s vojenským materiálem či udělování státního občanství, práva azylu apod., snaží eliminovat bezpečnostní rizika tím, že si orgány veřejné moci ve správních řízeních vyžádají stanovisko/vyjádření Policie České republiky a/nebo předání informací zpravodajských služeb, tedy orgánů disponujících klíčovými informacemi v oblasti vnitřní bezpečnosti.*“[11] Z toho je zjevné, že novelizace správního řádu není tak úzce systematicky vázána na přestupkový zákon, nelze zde tedy použít shodný výklad jako v případě novelizace ZOHS, a proto není na místě vylučovat v tomto správním řízení aplikaci této novely správního řádu. Novela správního řádu provedená zákonem č. 225/2017 Sb. účinná od 1. 1. 2018 obsahuje v čl. XLII odst. 1 Přechodné ustanovení, dle kterého se správní řízení zahájená přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů. Poslední novela provedená zákonem č. 176/2018 Sb. opět v čl. II obsahuje přechodné ustanovení určující, že řízení, která nebyla pravomocně skončena přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, se dokončí podle dosavadních právních předpisů. Použití této k dnešnímu dni poslední novely správního řádu je tedy v předmětném správním řízení vyloučeno a správní řád je proto aplikován ve znění zákona č. 183/2017 Sb.

68. Z pohledu procesněprávních norem lze tak shrnout, že se v tomto správním řízení nyní postupuje podle ZOHS (tj. ve znění zákona č. 360/2012 Sb.) při subsidiárním použití správního řádu ve znění zákona č. 183/2017 Sb. V případech předvídaných zákonem č. 262/2017 Sb. (vyloučení žádosti leniency z nahlížení a žádosti o zpřístupnění informací ze spisu pro účely žalob na náhradu škody) by Úřad aplikoval i ustanovení tohoto zákona. V rámci prvostupňového řízení ani řízení o rozkladu však žádné situace, na něž reaguje novelizace ZOHS provedená zákonem č. 262/2017 Sb., nevznikly.

[10] Viz také např. rozsudek NSS ze dne 25. července 2007 č.j. 1 Azs 55/2006-60, v němž NSS k řešení střetu staré a nové úpravy ve vztahu k běžícím řízením připomněl obecně platnou zásadu nepravé retroaktivity procesních norem, tedy zásadu aplikace nových procesních norem pro dříve započatá řízení, ze které je třeba dovodit, že v daném řízení bylo nutno pokračovat dle pozdějšího zákona s tím, že právní účinky úkonů učiněných dříve zůstávají v platnosti.

[11] Viz důvodová zpráva k zákonu č. 183/2017 Sb. K části sto padesáté deváté – změna správního řádu.

Hmotněprávní normy

69. V rámci vyhodnocení toho, podle které právní úpravy je třeba postupovat při hmotněprávním posouzení odpovědnosti účastníka řízení za vytýkané jednání je nutné zabývat jak okamžikem ukončení protiprávního jednání, tak příznivostí pozdější právní úpravy (tj. právní úpravy, jež vešla v účinnost po spáchání deliktu, resp. přestupku), neboť ústavní pravidlo zakotvené v čl. 40 odst. 6 Listiny stanoví, že trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán, a pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější, zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem a tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v řízeních o sankci za správní delikty. Nejvyšší správní soud např. v rozsudku č. j. 6 A 126/2002 – 27 ze dne 27. 10. 2004 dovodil, že „[…] *ústavní záruka vyjádřená v článku 40 odst. 6 in fine Listiny základních práv a svobod a spočívající v přípustnosti trestání podle nového práva, jestliže je taková úprava pro pachatele výhodnější, platí i v řízení o sankci za správní delikty. Ve svých důsledcích znamená, že rozhodnutí, které za účinnosti nového práva ukládá trest podle práva starého, se musí ve svých důvodech vypořádat s otázkou, zda nové právo vůbec převzalo staré skutkové podstaty, a pokud ano, zda tresty za takové delikty ukládané jsou podle nového práva mírnější nebo přísnější než podle práva starého. Rozhodnutí, které se s touto otázkou vůbec nevypořádá a zcela ji pomine, je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů*.“ Obdobně se Nejvyšší správní soud vyjádřil např. v rozsudku č. j. 5 Afs 68/2011 – 99 ze dne 21. 3. 2012 či v rozsudku č. j. 2 Afs 64/2012 – 48 ze dne 12. 4. 2013.

70. Jak vyslovil Ústavní soud v nálezu ze dne 22. 1. 2001 sp. zn. IV. ÚS 158/2000, „[…] *rozhodujícím kritériem pro posouzení otázky, zda použití pozdějšího zákona by bylo pro pachatele příznivější, je celkový výsledek z hlediska trestnosti, jehož by bylo při aplikaci toho či onoho zákona dosaženo, s přihlédnutím ke všem právně rozhodným okolnostem konkrétního případu. Použití nového práva je tedy pro pachatele příznivější tehdy, jestliže jeho ustanovení posuzována jako celek skýtají výsledek příznivější než právo dřívější*“.

71. Výše uvedené zásady za stávající právní úpravy vyplývají i přímo z přestupkového zákona, který v § 2 týkajícím se časové působnosti zákona stanoví, že odpovědnost za přestupek se posuzuje podle zákona účinného v době spáchání přestupku; podle pozdějšího zákona se posuzuje jen tehdy, je-li to pro pachatele přestupku příznivější. P přechodné ustanovení v § 112 odst. 1 přestupkového zákona stanoví, že odpovědnost za přestupky a dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, se posoudí podle dosavadních zákonů, pokud k jednání zakládajícímu odpovědnost došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona; podle tohoto zákona se posoudí jen tehdy, jestliže to je pro pachatele příznivější. K ukončení jednání došlo dle správního orgánu prvního stupně i podle účastníka řízení přede dnem nabytí účinnosti přestupkového zákona. Dle citovaného přechodného ustanovení se tedy tento zákon při hmotněprávním posouzení jednání účastníka řízení neaplikuje, ledaže by to znamenalo příznivější výsledek pro pachatele.

72. Vliv na příznivost výsledku pro účastníka řízení však může mít pouze obecná část zákona o přestupcích, neboť jednotlivé skutkové podstaty jsou upraveny pouze v ZOHS. Obecná část by se také neuplatnila celá, neboť ZOHS ve znění zákona č. 183/2017 Sb. obsahuje speciální úpravu některých hmotněprávních institutů a též aplikaci řady ustanovení nového přestupkového zákona vylučuje. Obecná část přestupkového zákona nejprve definuje pojmy,

které byly před účinností tohoto zákona také používány. Na posuzovaný případ se uplatní pouze definice trvajícího přestupku, která se však materiálně od toho, jakým způsobem byl chápán trvající správní delikt, neliší. Dále nový přestupkový zákon upravuje podmínky odpovědnosti právnické osoby. Tyto podmínky účastník řízení naplňuje a aplikace nového přestupkového zákona by tak nevedla ke zproštění odpovědnosti. Běh promlčecích lhůt je speciálně upraven v ZOHS. Otázce, zda došlo k promlčení, se podrobně věnuji níže. Totéž platí i ve vztahu k obecným ustanovením o ukládání trestů. V tomto kontextu nepřináší nový zákon o přestupcích žádné změny, které by umožnily hodnotit jednání účastníka řízení příznivěji. Nejsou proto splněny podmínky pro aplikaci hmotněprávních ustanovení nového přestupkového zákona.

73. Dále je třeba pracovat se skutečností, že účastník řízení nesouhlasí s kvalifikací svého jednání jako deliktů trvajících, a proto je datum ukončení jeho jednání mezi správním orgánem prvního stupně a účastníkem řízení sporné. Dle napadeného rozhodnutí bylo jednání účastníka řízení započato 15. 11. 2005 (delikt dle výroku I. A napadeného rozhodnutí), resp. 26. 5. 2006 (delikt dle výroku I. B napadeného rozhodnutí), a ukončeno 13. 12. 2014, přičemž podle správního orgánu prvního stupně šlo o jednání trvající, pro něž platí následující: „*Trestní právo rozlišuje od jednorázových trestných činů z hlediska časového úseku, v němž byly spáchány, trestné činy pokračující, trvající a hromadné (kolektivní). Je pro ně společné, že trestná činnost trvá po delší dobu a skládá se buď z řady dílčích útoků či spočívá v udržování protiprávního stavu. […] tyto principy je na místě přiměřeně aplikovat i pro potřeby správního trestání […] Jednání, jímž pachatel udržuje protiprávní stav, závadný z hlediska správního práva, tvoří jeden skutek a jeden správní delikt až do okamžiku ukončení deliktního jednání, tj. až do okamžiku odstranění protiprávního stavu.*“[12] Účastník řízení je naopak přesvědčen o tom, že k ukončení protiprávního jednání v obou případech muselo dojít nejpozději dne 13. 12. 2006.

74. Pro určení znění zákona o ochraně hospodářské soutěže, které má být aplikováno, je tak rozhodné posouzení charakteru jednání účastníka řízení. Tomuto posouzení je věnována samostatná pasáž odůvodnění. V této části odůvodnění se budu zabývat pouze otázkou toho, zda některé z pozdějších novelizací ZOHS (po ukončení jednání dne 13. 12. 2014 dle napadeného rozhodnutí) a jiných pozdějších předpisů z pohledu hmotněprávních ustanovení upravujících odpovědnost za správní delikty potažmo přestupky nejsou pro účastníka příznivější. Správní orgán prvního stupně s ohledem na jím určené datum ukončení obou protiprávních jednání aplikoval shodně jako v procesním režimu ZOHS, tj. ZOHS ve znění zákona č. 360/2012 Sb. Jak bylo uvedeno výše ZOHS byl novelizován zákony č. 293/2016 Sb., č. 183/2017 Sb. a 262/2017 Sb. Zákon č. 293/2017 Sb. nepřinesl žádné změny v hmotněprávní úpravě § 11 odst. 1 ZOHS, § 22a, či jiných ustanovení, které by mohly mít vliv na výrok o spáchání správních deliktů či na výrok o uložené pokutě. Totéž platí pro novelu provedenou zákonem č. 262/2017 Sb. Novela provedená zákonem č. 183/2017 Sb. je, jak již bylo vysvětleno výše, velmi úzce provázána s aplikací přestupkového zákona, neboť upravuje výjimky z této obecné úpravy v oblasti ochrany hospodářské soutěže. Výhodnost pozdější právní úpravy pro účastníka řízení je proto třeba posuzovat v kontextu obou těchto předpisů.

[12] Rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 10. 2009, č. j. 5 Afs 87/2008 – 139 či ze dne 20. 12. 2013 č. j. 5 Afs 3/2012-131.

75. Přijetí nového zákona o přestupcích přineslo legislativně-technické změny, a to především v jednotném označení „přestupek“. Z důvodu specifičnosti soutěžních deliktů ovšem v ZOHS zůstala zachována kritéria pro určení druhu a výměry správního trestu[13] a řada institutů dle přestupkového zákona se rovněž na úpravu soutěžních deliktů nebude aplikovat.[14] Vlastní skutkové podstaty porušení § 11 odst. 1 ZOHS se novela nedotkla, totéž platí o výši sankce.

76. Změnou však prošlo také ustanovení o zániku odpovědnosti za správní delikt, resp. přestupek, když v novém ustanovení § 23 ZOHS stanovila obecnou promlčecí dobu, která činí nově 10 let (viz § 23 odst. 1), resp. maximálně 14 let byla-li promlčecí doba přerušena (viz § 23 odst. 6).[15] Samotná délka nových promlčecích lhůt je pro účastníka řízení méně příznivá.[16] Na účastníka řízení by se tak aplikovala 14 letá promlčecí doba, která v žádném případě do vydání tohoto rozhodnutí neuplynula. Aplikace nové právní úpravy by tedy nevedla k příznivějšímu posouzení jednání účastníka řízení. Posouzení jednání účastníka řízení podle této novely ZOHS není pro účastníka řízení příznivější.

77. Za předpokladu správného určení ukončení obou trvajících deliktů účastníka řízení dnem 13. 12. 2014 tak, jak určil správní orgán prvního stupně, by byly tyto delikty posuzovány podle ZOHS, který byl účinný v době ukončení jejich trvání, neboť pozdější právní úprava nepřináší účastníku řízení příznivější důsledek z hlediska trestnosti.

A. Posouzení charakteru jednání účastníka řízení

78. Jednání, jež správní orgán prvního stupně vyhodnotil jako trvající správní delikty, spočívá v následujícím. Účastník řízení podal nabídky v rámci nabídkových řízení vyhlášených Ministerstvem dopravy na realizaci dopravních výkonů v relaci Pardubice-Liberec a Plzeň – Most. Jednalo se o první linky z plánované řady dalších, které se měly vydělit z režimu Smlouvy o závazku veřejné služby v drážní osobní dopravě ve veřejném zájmu na zajištění dopravních potřeb státu uzavřené mezi Českou republikou a účastníkem řízení[17]. Jednalo se o první kroky Ministerstva dopravy při otevírání trhu veřejných služeb v dálkové osobní železniční dopravě. Každého z nabídkových řízení se vedle účastníka řízení účastnili i jiní soutěžitelé. V případě linky Plzeň – Most byly doručeny dvě nabídky, v případě linky Pardubice – Liberec tři nabídky. Správní orgán prvního stupně po porovnání nabídek jednotlivých uchazečů dospěl k závěru, že nabídky účastníka řízení počítají s mnohem vyššími výnosy, mnohem nižšími náklady a mnohem nižší prokazatelnou ztrátou než nabídky zbývajících uchazečů (srovnávací tabulky jsou obsaženy na stranách 15, 16 a 17 napadeného rozhodnutí). Srovnání provedl správní orgán prvního stupně mezi podanými nabídkami velmi

[13] Srov. § 22b odst. 8 ZOHS ve znění zákona č. 183/2017 Sb., kde se výslovně vylučuje ustanovení § 37 přestupkového zákona.

[14] Např. ustanovení přestupkového zákona o okolnostech vylučujících protiprávnost, podmíněném upuštění od uložení správního trestu, upuštění od uložení správního trestu a poškozeném, atd. Srov. blíže § 22b odst. 8 ZOHS ve znění zákona č. 183/2017 Sb.

[15] Speciální promlčecí doba je stanovena pro některé méně závažné skutkové podstaty. Tato činí 3 roky, maximálně pak 6 let, byla-li promlčecí doba porušena. Srov. § 23 odst. 2 ve spojení s § 23 odst. 6 ZOHS ve znění zákona č. 183/2017 Sb.

[16] Dle ZOHS odpovědnost za správní delikt zanikala, jestli správní orgán o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl (subjektivní lhůta), nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán (objektivní lhůta). Srov. § 22b odst. 3 ZOHS 2016.

[17] Podrobný popis tohoto smluvního vztahu je obsažen v bodě 25 napadeného rozhodnutí. Nejprve byl tento smluvní vztah uzavírán na rok, od 1. 1. 2010 jde o závazek účinný do konce platnosti jízdního řadu 2018/2019.

podrobně, zabýval se i změnou požadavků zadavatele ve vztahu k lince Pardubice-Liberec, kde Ministerstvo v souvislosti se změnou svých požadavků umožnilo uchazečům také změnu jejich nabídek. V případě nabídky účastníka řízení došlo dle napadeného rozhodnutí k poklesu některých nákladových položek navzdory tomu, že dle změněných požadavků měl být dopravní výkon účastníka řízení vyšší. Nabídky zbývajících svou uchazečů účastnících se nabídkového řízení ovšem vykazovaly opačné tendence (s nárůstem dopravního výkonu se zvýšily nákladové položky na výkonovou spotřebu apod.).

79. Vedle těchto skutečností týkajících se obsahu samotných nabídek, zkoumal správní orgán prvního stupně to, jaké skutečné náklady měl účastník řízení v průběhu celého období, kdy dle postupně prodlužované smlouvy uzavřené na základě těchto nabídkových řízení realizoval dopravní služby. Dle zjištění správního orgánu prvního stupně nebyly v rámci celého období pokryty vyhnutelné ani variabilní náklady účastníka řízení[18], resp. dle napadeného rozhodnutí účastník řízení po celé období od 10. 12. 2006 do 13. 12. 2014 realizoval své přepravní služby za podnákladové ceny.

80. Správní orgán na základě těchto skutkových zjištění dospěl k závěru, že již při podání nabídek do nabídkových řízení na realizaci přepravních výkonů na linkách Plzeň – Most a Pardubice – Liberec si účastník řízení musel být vědom, že jím nabízené ceny nemohou po celé období, po které mohl být účastník touto nabízenou cenou vázán, pokrývat jeho vyhnutelné náklady. Tím na počátku procesu otevírání trhu veřejných služeb v dálkové osobní železniční dopravě vyloučil konkurenci a tento závadný stav udržoval až do 13. 12. 2014 (maximální délka smluvního vztahu vycházejícího z podmínek smlouvy uzavřené po provedení popsaných nabídkových řízení).

81. Uvedený popis jednání účastníka řízení je jen stručným shrnutím skutkových zjištění a závěrů správního orgánu první stupně, které slouží pouze pro účely posouzení správnosti jeho úvah při hodnocení jednání účastníka řízení jako trvajícího deliktu, nikoli jako deliktu jednorázového. Napadené rozhodnutí obsahuje zevrubný popis všech zjištěných skutkových okolností a lze na ně tak v plném rozsahu odkázat. Správní orgán prvního stupně na jejich základě dospěl k závěru, že si účastník řízení již při podávání nabídky musel být vědom toho, že jím nabízená výše prokazatelné ztráty, kterou mělo hradit Ministerstvo dopravy, je příliš nízká a že výnosy spolu s touto vykazovanou prokazatelnou ztrátou nepokryjí jeho vyhnutelné náklady. Dle napadeného rozhodnutí tak účastník řízení úmyslně vyvolal závadný právní stav (narušení hospodářské soutěže) tím, že nabídku podal a následně po dobu 8 let (do konce platnosti jízdního řádu 2013/2014) realizoval smluvené přepravní výkony za cenu nepokrývající jeho vyhnutelné náklady. Tímto svým postupem mimo jiné vyvolal a udržoval závadný stav spočívající v tom, že na základě nabídkového řízení k poskytování přepravních výkonů v závazku veřejné služby v dálkové osobní železniční dopravě neměl přístup žádný jiný soutěžitel.

82. Jednání účastníka řízení se tak v případě obou linek sestává ze dvou částí, které obě musely nastat, aby bylo dosaženo stavu, kdy byla až do 13. 12. 2014 vyloučena možnost otevření soutěže o uzavření smlouvy na předmětných linkách. První část jednání účastníka řízení

[18] Zde podotýkám, že část nákladů účastníka řízení ve sledovaném období byla správním orgánem prvního stupně dopočtena na základě užití metody Holt-Winters, což je předmětem samostatných námitek účastníka řízení. Této problematice je věnována samostatná část odůvodnění tohoto rozhodnutí.

představovala samotné získání zakázky v rámci nabídkového řízení, tedy v rámci tzv. soutěže o trh. Následující období plnění závazku v rámci postupného a zadavatelem v nabídkovém řízení přepokládaného prodlužování smluvního vztahu a vyžadovalo udržení nastoleného stavu, jinými slovy zafixování stavu po celou dobu, kdy Ministerstvo mohlo využívat své opční právo, a zabránění tomu, aby došlo k dřívějšímu otevření nové soutěže o trh. Je třeba si uvědomit, že se jednalo o smluvní vztah, jehož pravidla a obsah do značné míry určují jeho smluvní strany. Změna rámce, délky trvání apod. každého smluvního vztahu je věcí smluvních stran, smluvní strany nejsou uzavřením smlouvy zbaveny své smluvní volnosti obsah svého závazku přizpůsobit aktuální situaci. Naopak to, co smluvní volnost limituje, je právní rámec daný kogentními normami, právními principy a zejména pak požadavky veřejného práva. Zatímco obsah smluvního vztahu je v dispozici smluvních stran, povinnosti vyplývající z veřejného práva jsou v obecné rovině závazné bez ohledu na to, zda je to pro smluvní strany výhodné, či jaká je jejich společná vůle.

83. Dle zjištění správního orgánu prvního stupně po celé období plnění smluvního vztahu předkládal účastník řízení Ministerstvu dopravy údaje o nákladech a výši prokazatelné ztráty odpovídající smluvním závazkům. Existenci jiných skutečných hodnot nákladů odhalila až kontrola Nejvyššího kontrolního úřadu prováděná na přelomu let 2009 a 2010. Úřadu byly skutečné údaje o nákladech účastníka řízení předloženy až v roce 2013. Účastník řízení se tak po celé období choval takovým způsobem, aby k novému otevření soutěže o trh nezavdal příčinu, resp. nedal svému smluvnímu partneru najevo, že jeho skutečné náklady a ztráta, která mu vznikala, jsou jiné a že by se mohlo jednat ze strany účastníka řízení o poskytování plnění za podnákladové ceny, což by se mohlo jevit jako postup v přímém rozporu s dlouhodobým plánem Ministersva dopravy na otevření trhu dálkové železniční přepravy.

84. Účastník řízení pak své jednání vnímá jako jednorázové jednání s trvajícími účinky. Jeho protiprávní jednání se má koncentrovat výhradně do fáze nabídkového řízení, kdy docházelo k soutěži o trh. Tuto soutěž pak měl účastník řízení, samozřejmě v hypotetické rovině, ovlivnit podáním predátorské nabídky. Toto jedno jednání mělo být dokonáno nejpozději 13. 12. 2006, kdy byly mezi Ministerstvem dopravy a účastníkem řízení uzavřeny smlouvy o závazku veřejné služby v drážní osobní dopravě ve veřejném zájmu na zajištění dopravních potřeb státu v relaci Pardubice – Liberec a Plzeň – Most. Zbývající část Úřadem vytýkaného jednání by mohla být pouze následkem jeho jednání, nikoli jeho dalším trváním, neboť po zavření smlouvy již měl absentovat prvek dalšího volního jednání účastníka řízení spočívající v udržování protiprávního stavu.

85. Tomuto stanovisku účastníka řízení by bylo možné dát za pravdu jen v případě, že by byl zcela vyloučen prvek autonomie vůle, který by účastníku řízení dával možnost změnit protiprávní stav a umožnit otevření nového nabídkového řízení dříve než po 8 letech, což činilo maximální možnou dobu trvání smluvního závazku. „*Podstata zneužití dominantního postavení soutěžitele dle zákona o ochraně hospodářské soutěže vychází ze zákazu chování, které by bylo za normálních podmínek přípustné, avšak vzhledem k tomu, že subjekt s dominantním postavením má zvláštní odpovědnost, vyplývající z potencionální újmy, kterou by jeho chování mohlo způsobit soutěži obecně a zájmům konkurence, dodavatelů, zákazníků a spotřebitelů zvláště, je v jeho případě takové chování považováno za nepřípustné*.“[19]

[19] Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 6. 2013, č. j. 1 Afs 7/2009-753.

Poskytování služeb za cenu nepokrývající vyhnutelné náklady po dobu 8 let by si nemohl dovolit soutěžitel, který by se nenacházel v obdobném postavení jako účastník řízení, který měl s Českou republikou uzavřenou smlouvu o závazku veřejné služby v drážní osobní dopravě ve veřejném zájmu na zajištění dopravních potřeb státu a byl tak jediným subjektem působím na Úřadem vymezeném relevantním trhu. Uzavření soutěžního prostředí pro vznik nových příležitostí k uzavření smluv na předmětných linkách by tak bez jednání účastníka řízení nebylo možné udržet po celé sledované období (tedy až do konce platnosti jízdního řádu 2013/2014). Jak vyplývá z provedených výpočtů správního orgánu prvního stupně, bylo by pro účastníka řízení ekonomicky výrazně výhodnější linky Plzeň – Most a Pardubice – Liberec vůbec neprovozovat, než je provozovat za podmínek, za nichž tak po 8 let činil.

86. Znak trvání jednání na rozdíl od trvání následku pak v dané situaci vychází z existence určitého prostoru chovat se takovým způsobem, aby ne/docházelo k dalšímu udržování či prohlubování protiprávního stavu. Smluvní vztah je závazkem mezi smluvními stranami a jeho obsah je po celou dobu jeho trvání v jejich dispozici. Smlouva uzavřená mezi smluvními stranami tedy není ekvivalentem zákona. Ujednání smluvních stran nemá, pokud to zákon sám nepředpokládá, na platnost a účinnost veřejnoprávních předpisů vliv. Skutečnost, že účastník řízení uzavře smlouvu určitého obsahu, neznamená, že se na něj již nevztahují povinnosti vyplývající z veřejného práva. I v situaci, kdy by v době uzavření smlouvy předpisy veřejného práva porušeny nebyly, ale například v důsledku změny veřejnoprávní úpravy by se další plnění smluvního závazku dostalo do rozporu se zákonem, nebyl by smluvní závazek veřejnému právu nadřazen, veřejnoprávní povinnost by bylo nutné splnit a za její neplnění by byla určitá smluvní strana (případně obě smluvní strany) odpovědná, zejména pak v situaci, kdy jde o objektivní odpovědnost. I plnění smlouvy, které je rozporu s veřejným právem, je trvajícím jednáním, nikoli následkem jednorázového jednání, kterým by bylo jen samotné uzavření této smlouvy. Existence smlouvy a její určité znění (důvody odstoupení, mechanismy meziročního zvyšování protiplnění atd.) není nezvratitelným a nezměnitelným objektivním nastavením parametrů určitého chování, na něž nemají strany této smlouvy žádný vliv.

87. Smlouvy mezi účastníkem řízení a Ministerstvem dopravy byly uzavřeny dle § 39 odst. 1 písm. b) zákona č. 266/1994 Sb. o drahách, ve znění účinném ke dni jejich podpisu. Toto ustanovení upravovalo vznik závazku veřejné služby v drážní dopravě, tj. skutečnost že tento závazek vzniká na základě smlouvy uzavřené mezi dopravcem a Ministerstvem dopravy. Tento smluvní vztah je tak předvídán a regulován veřejným právem, nicméně Ministerstvo dopravy i účastník řízení zde vystupují v rovném postavení. Pravidla vzniku, změny či zániku závazkových vztahů soukromého práva jsou tak platná i v rámci tohoto typu smluvního vztahu. Je-li plnění smluvního vztahu v rozporu s povinnostmi vyplývajícími z veřejného práva, jde o plnění nezákonné, resp. nemožné z důvodu nezákonnosti. Účastník řízení nebyl oprávněn porušovat ustanovení § 11 ZOHS a plnění porušující toto ustanovení by tak bylo v režimu soukromého práva nemožné. Důsledky této skutečnosti v soukromoprávní rovině by odpovídaly tehdy platné a účinné právní úpravě. S ohledem na popsanou nemožnost plnění by mohl následek spočívat v neplatnosti smlouvy či jejím zániku. Pravděpodobným důsledkem zjištění, že účastník řízení poskytuje své služby za podnákladové ceny, by tak bylo uzavření nové smlouvy, ať již na základě nabídkového řízení nebo na základě přímého zadání. V každém případě by mohlo dojít k opětovnému otevření příležitosti k uzavření smlouvy a možnosti konkurentů na relevantní trh vstoupit.

88. Podle zjištění správního orgánu prvního stupně ovšem účastník řízení údaje o svých skutečných nákladech Ministerstvu dopravy nepředával, ale posílal mu informace odpovídající výši ztráty uznatelné podle uzavřených smluv. Toto jednání představuje aktivní činnost účastníka řízení spočívající v udržování protiprávního stavu, jehož následkem bylo uzavření trhu na maximální délku předpokládaného období dle zadání Ministerstva dopravy (tj. maximálně do konce platnosti jízdního řádu 2013/2014). V této souvislosti je možné upozornit například na společnost STUDENT AGENCY, k.s., která podala v roce 2008 podnět k přezkoumání předmětné věci a předložila i vlastní kalkulaci nákladů účastníka řízení. Z činnosti této společnosti je patrné, že mezi podniky existoval zájem o vstup na otevírající se trh a že potenciál k rozvoji soutěžního prostředí byl dán i v průběhu trvání závazku mezi účastníkem řízení a Ministerstvem dopravy na linkách Plzeň – Most a Pardubice – Liberec. Nelze tak újmu jiných soutěžitelů či případnou újmu spotřebitelů koncentrovat pouze do roku 2006, kdy byly na základě nabídkového řízení uzavřeny smlouvy, ale je nutné zohlednit i újmu způsobenou tím, že smlouvy s Ministerstvem dopravy účastník řízení plnil za podnákladové ceny, výši skutečných nákladů Ministerstvu dopravy nesděloval a v důsledku toho nemohlo dojít k odstranění závadného stavu a novému otevření příležitosti k uzavření smluv, o jejíž získání by mohly usilovat také jiné podniky.

89. Nelze tedy konstatovat, že jednání účastníka řízení se omezovalo toliko na podání nabídky a uzavření smlouvy v rámci nabídkového řízení. V rámci této složky jednání účastníka řízení došlo k tomu, že na základě nepřiměřeně nízké výše prokazatelné ztráty byly ze soutěže o předmětnou část trhu eliminovány jiné podniky. Tímto jednáním byl také vyvolán protiprávní stav, kdy v důsledku uzavření smluv s Ministerstvem dopravy došlo k ukončení soutěže o tuto část trhu, resp. v kombinaci s nedostatkem jiných příležitostí k uzavření smlouvy, také k uzavření relevantního trhu pro jiné podniky. Naopak druhá složka jednání účastníka byla zaměřena na udržení nastoleného protiprávního stavu. Toto jednání mělo podobu dlouhodobého poskytování služeb za nepřiměřeně nízkou cenu a předávání údajů o nákladech, které neodpovídaly jeho nákladům skutečným. Bez skutečných nákladů nebylo možné spolehlivě určit, zda se jedná o ceny nepřiměřeně nízké (resp. podnákladové) a odpovídajícím způsobem tuto skutečnost promítnout do trvání a podoby smluvního vztahu mezi účastníkem řízení a Ministerstvem dopravy. Pro udržení nastoleného stavu tak bylo nutné zajistit, aby nedošlo k ukončení smluvního vztahu s Ministerstvem dopravy (a to ne jen z důvodů přímo upravených ve smlouvách, ale také z důvodů předvídaných právním řádem) což účastník řízení prováděl plněním za původně dohodnutých podmínek a předkládáním informací o nákladech, výnosech a výši prokazatelné ztráty, která neodpovídala skutečnosti. Uskutečňování skutkové podstaty porušení § 11 odst. 1 ZOHS tak zahrnovalo jednání účastníka řízení nepřetržitě po celé období od 15. 11. 2005 do 13. 12. 2014 (v případě linky Plzeň – Most) a od 26. 5. 2006 do 13. 12. 2014 (v případě linky Pardubice – Liberec). Nejprve tak účastník řízení způsobil přímou újmu soutěžitelům Viamont a Conex, v průběhu 8 let plnění smluv pak svým jednáním vyloučil možnost opětovně otevřít soutěž o trh, vyloučil možnost jiných soutěžitelů nabídnout své plnění, čímž dále prohluboval jak újmu způsobenou výše uvedeným soutěžitelům, tak možnou újmu spotřebitelů plynoucí z existence konkurenčního prostředí.

90. Nemohu se tak ztotožnit s námitkami účastníka řízení, že délka trvání plnění smluv s Ministerstvem dopravy za nepřiměřeně nízké ceny nebyla nijak podmíněna jednáním účastníka řízení nad rámec podání nabídek, že po podání nabídek nemohl vyvolaný stav již

nijak ovlivnit a že se na jeho udržování nijak nepodílel. Také se nelze ztotožnit s tvrzením, že újma mohla být způsobena jen samotným uzavřením smluv a že v průběhu plnění podle těchto smluv již nemohlo dojít k opětovnému otevření trhu.

91. Účastník řízení dále odkazuje na závěry doc. JUDr. Soni Skulové, Ph.D., vedoucí katedry správní vědy a správního práva Právnické fakulty Masarykovy Univerzity v Brně, jejíž stanovisko reagovalo na obsah sdělení výhrad. Závěry obsažené v tomto stanovisku tak vycházejí z rozboru naplnění skutkové podstaty § 11 odst. 1 písm. e) ZOHS. Paní docentka Skulová zde mimo jiné zdůrazňuje skutečnost, že jednání účastníka řízení spočívající v předložení nabídek s výší ztráty, která spolu s dalšími výnosy nepokrývala skutečné náklady dálkové osobní železniční dopravy na předmětných linkách, nelze kvalifikovat jako „*dlouhodobé nabízení a prodej zboží za nepřiměřeně nízké ceny*." U druhé části jednání účastníka řízení podle zpracovatelky posudku absentuje vztah příčinné souvislosti, tj. dlouhodobé poskytování služeb za podnákladové ceny záviselo na tom, zda Ministerstvo dopravy využije své jednostranné opce a prodlouží smluvní vztah na období platnosti dalšího jízdního řádu. Závěr paní docentky proto zní tak, že naplnění skutkové podstaty porušení § 11 odst. 1 písm. e) ZOHS není prokázáno a že jednání účastníka řízení bylo ukončeno nejpozději v roce 2006 uzavřením smluv s Ministerstvem dopravy.

92. K tomuto stanovisku v prvé řadě uvádím, že napadené rozhodnutí právně kvalifikuje jednání účastníka řízení jako porušení § 11 odst. 1 ZOHS - tedy jako porušení obecné skutkové podstaty. Je to reakce na komplexní povahu jednání účastníka řízení, které se sestávalo z více částí. Nejprve došlo k vyvolání protiprávního stavu a posléze k jeho aktivnímu udržování. Prvky speciální skutkové podstaty popsané v § 11 odst. 1 písm. e) ZOHS jsou sice v jednání účastníka řízení obsaženy, ale nejde o jednání takto typizované, bylo proto právně kvalifikováno jiným přiléhavějším způsobem. Jelikož tedy stanovisko paní docentky Skulové nevychází z napadeného rozhodnutí a v mezidobí došlo k úpravě právní kvalifikace, není již podstatná část její analýzy relevantní.

93. Jak bude rovněž rozebráno níže, právo jednostranné opce Ministerstva dopravy obsahovalo také alternativu, tj. sjednaný postup v případě, kdy by Ministerstvo dopravy opci neuplatnilo. Pokud Ministerstvo neuplatnilo opci a účastník řízení se nedopustil závažného porušení smlouvy, nebylo Ministerstvo do konce platnosti jízdního řádu 2013/2014 oprávněno uzavřít smlouvu s jiným dopravcem než s účastníkem řízení.[20] Z těchto pravidel bylo účastníku řízení jednoznačně patrné, jakým způsobem by se měl chovat, aby nebyl ohrožen svými potenciální konkurenty a aby nedošlo k opětovnému otevření soutěže o trh. Z těchto podmínek vycházel účastník řízení při podání nabídky, při uzavření smlouvy i při svém navazujícím jednání, kdy plnil za nepřiměřeně nízké ceny a Ministerstvu nesděloval skutečné údaje o svých nákladech, ale údaje upravené tak, aby odpovídaly obsahu smluv. V tomto ohledu jsou závěry docentky Skulové postaveny jen na sdělení výhrad ze dne 1. 2. 2017 a na vyjádření účastníka řízení k těmto výhradám. Docentka Skulová tedy nevycházela ze samotných smluv a ve svém stanovisku se konkrétním nastavením postupu při využití či nevyužití opčního práva Ministerstva dopravy nezabývá. Její závěr o neexistenci příčinné souvislosti je postaven na tom, že podmínkou pro poskytování služeb na předmětných linkách právě účastníkem řízení bylo pouze rozhodnutí Ministerstva dopravy, zda opční právo využije. Skutečnost, že dle

[20] Viz čl. XIX bod 4 smluv.

smlouvy mělo dojít při nevyužití opčního práva k uzavření smlouvy s účastníkem řízení až do konce platnosti jízdního řádu 2013/2014, nebyla při zvažování vztahů příčinné souvislosti vůbec reflektována.

94. Byť tedy v rámci smluvního vztahu mezi účastníkem řízení a Ministerstvem dopravy existovaly určité proměnné, jednání účastníka řízení přesně cílilo na to, aby protiprávní stav spočívající v uzavření trhu pomocí podání nabídky s příliš nízkými cenami a uzavření smlouvy, podle níž byl účastník řízení připraven poskytovat své služby za tyto nízké ceny po celých 8 let, byl udržen po celé toto období. Jeho další činnost v průběhu plnění směřovala k tomu, aby Ministerstvu dopravy nebyly sdělovány údaje o nákladech skutečných, které by mohly vést ke zjištění, že poskytování služeb podle smluv je pro účastníka řízení natolik ztrátové, že by bylo ekonomicky výhodnější, aby tyto služby vůbec neposkytoval. Jde tedy jednoznačně o chování, které přímo směřovalo k zafixování vyvolaného stavu a eliminaci možnosti nového otevření soutěže o trh. Vztah příčinné souvislosti mezi jednáním účastníka řízení a následkem, tj. škodlivým účinkem jeho jednání na jiné soutěžitele a možným škodlivým účinkem na spotřebitele, je dán.

95. S ohledem na shora uvedené nemohu aplikovat závěry vyplývající ze stanoviska docentky Skulové, neboť se vztahují k jinému právnímu hodnocení a nevychází z dokumentů založených ve správním spise. Z logiky věci nelze všechny detaily odůvodnění a naprosto všechny detaily skutkových zjištění, nota bene v naprosto plném znění, vtělovat právě do sdělení výhrad. Je proto logické, že popis opčního práva ve sdělení výhrad nemohl být sám o sobě (bez přístupu k vlastnímu znění smluv) naprosto vyčerpávající a že závěry vyplývající ze stanoviska je nutné konfrontovat s kompletními skutkovými zjištěními Úřadu. V rámci plného kontextu a obsahu napadeného rozhodnutí se tedy nelze se závěry stanoviska ztotožnit.

96. V neposlední řadě účastník řízení poukazuje na body 63 a 73 Pokynů k prioritám Komise a na rozhodnutí Komise ve věci First/Keolis/TPE JV (COMP/M.3273). Body Pokynů k prioritám Komise odkazované účastníkem řízení se týkají obecného přístupu k posuzování predátorského jednání. Nejde tedy o postup vztahující se ke specifickým podmínkám na trhu, který se teprve otevírá a jehož otevírání probíhá prostřednictvím příležitostí k tzv. soutěžím o trh. Pokyny k prioritám Komise jsou svým charakterem deklarací obvyklých postupů v typově shodných případech, nikoli jediným správným a závazným postupem pro posuzování určitého konkrétního chování soutěžitele. Eliminace konkurence se tak v pojetí správního orgánu prvního stupně sestává z počáteční eliminace konkurentů, kdy byl navozen stav ukončení resp. uzavření dané soutěže o trh, a z navazujícího období byl tento stav udržován tak, aby v průběhu plnění dle uzavřených smluv nevzniklo nebezpečí opětovného otevření soutěže o trh, resp. výběru jiného dopravce na základě přímého zadání. Z Pokynů k prioritám Komise proto nelze bez dalšího odvozovat jednorázový charakter jednání účastníka řízení.

97. Unijní právo také trvání určitého protiprávního jednání nechápe tak, jako je tomu v případě vnitrostátního práva. Unijní právo pracuje s kategorií tzv. single and continuous infringement, v rámci kterého vůbec nerozlišuje, jestli se jedná o trvání, pokračování nebo trvající následek. Unijní právo zcela běžně počítá s tím, že délkou trvání určitého deliktu se

rozumí jak vlastní uzavření dohody, tak její plnění[21]. Například v případě Scandinavian Airlines kvalifikovala Komise jako trvající skutek jednání, které zahrnovalo uzavření dohod (okamžik shodného projevu vůlí), dále vstup dohod v účinnost až po ukončení jejich plnění.[22] Z judikatury vyplývá, že jádrem skutku – resp. protiprávního jednání je právě trvání následků v podobě negativního vlivu na hospodářskou soutěž.[23] Tribunál také explicitně aproboval závěr Komise o tom, že protiprávní jednání trvalo tak dlouho, jak dlouho trvaly následky již formálně zrušených a neúčinných dohod.[24] Formální právní jednání, kterým je vyvolán určitý stav tak není unijním právem vnímáno jako dokončení určitého skutku a následky v podobě trvání závadného stavu jsou pojímány jako součást skutku, který trvá po celou dobu trvání těchto následku, resp. po celou dobu, po kterou trvá závadný stav.

98. V tomto kontextu je tak nutné nazírat i na pojetí trvajícího či pokračujícího přestupku v soutěžním právu na vnitrostátní úrovni, zejména pak v případech, kdy je posuzováno naplnění skutkové podstaty spočívající v porušení unijního práva. Z popsané judikatury vyplývá jednoznačně nastavené pravidlo, že uzavření smlouvy či jiné úkony nelze oddělit od jejího plnění. Součástí jednoho trvajícího případně pokračujícího jednání (tyto kategorie nejsou v unijním právu striktně odlišovány) je jak vlastní vznik závazku, tak jeho plnění. Ani z pohledu českého práva totiž nelze přijmout argument, že jednání vedoucí k uzavření trhu na 8 let a znemožnění konkurentům se o vstup na trh jakkoli pokoušet bylo dokončeno již uzavřením smlouvy a nebylo dále potřebné vyvolaný stav udržovat, resp. že by toto udržování bylo zcela mimo sféru vlivu účastníka řízení. Okamžikem dokončení jednání účastníka řízení bylo až ukončení poskytování plnění dle jízdního řádu platného pro období 2013/2014, tj. dne 13. 12. 2014. Samotné uzavření smlouvy mezi účastníkem řízení a Ministerstvem dopravy se nerovnalo automatickému vyloučení toho, aby byla soutěž o tyto příležitosti k uzavření smlouvy vyloučena až do 13. 12. 2014. Dosažení tohoto stavu vyžadovalo udržování určitých podmínek a určitého chování ze strany účastníka řízení. Už samotné informace o skutečných nákladech účastníka řízení mohly vést Ministerstvo dopravy k závěru, že smlouvu za takových podmínek nelze plnit a že je třeba opětovně otevřít soutěž o trh, případně zvolit jiný postup prostřednictvím přímého zadání jiným přepravním společnostem apod.

99. Rozhodnutí Komise ve věci First/Keolis/TPE JV (COMP/M.3273) je rozhodnutím o povolení spojení, které je primárně založeno, na premise, že přesné vymezování relevantních trhů nemá smysl, neboť nejsou dány obavy z narušení soutěžního prostředí v důsledku spojení.

[21] Rozsudek Soudního dvora (šestého senátu) ze dne 8. července 1999. Komise Evropských společenství proti Anic Partecipazioni SpA. Věc C-49/92 P. Bod 81.

[22] Srov. body 172 a násl. rozsudku Tribunálu ze dne 18. července 2005. Scandinavian Airlines System AB proti Komisi Evropských společenství. Věc T-241/01.

[23] Srov. rozsudek Soudního dvora (pátého senátu) ze dne 4. března 1999. Union française de l'express (Ufex), původně Syndicat français de l'express international (SFEI), DHL International a Service CRIE proti Komisi Evropských společenství a May Courier. Věc C-119/97 P. Bod 94. Rozsudek Soudního dvora ze dne 3. července 1985. SA Binon & Cie proti SA Agence et messageries de la presse. Věc 243/83. Bod 17. Rozsudek Tribunálu ze dne 13. prosince 2001. Krupp Thyssen Stainless GmbH a Acciai speciali Terni SpA proti Komisi Evropských společenství. Spojené věci T-45/98 a T-48/98. Bod 181.

[24] 48/98. Bod 181.

[24] Rozsudek Tribunálu ze dne 11. prosince 2003. Ventouris Group Enterprises SA proti Komisi Evropských společenství. Věc T-59/99. Bod 182.

Toto rozhodnutí tak neobsahuje detailnější analýzy relevantních trhů. Účastník řízení pak poukazuje na vyjádření Komise v bodě 12, kde Komise popisuje situaci, kdy některé společnosti obsluhují téměř výlučně některé linky, což ovšem z pohledu povolování spojení není významné, neboť konkurenční boj se odehrává v rámci nabídkových řízení, do nichž se hlásí dostatek jiných soutěžitelů, jejichž tržní podíly jsou významné a zajišťují dostatečnou konkurenci spojujícím se soutěžitelům. Z uvedeného je zjevné, že Komise se vůbec nezamýšlela nad tím, jak posuzovat otázku trvání či pokračování jednání podobného tomu, jehož posouzení bylo předmětem napadeného rozhodnutí. Pouze konstatovala, že v situaci, kdy je celý trh služeb dálkové osobní železniční dopravy otevřen, ovšem jeho fungování je založeno na veřejných nabídkových soutěžích, nelze postavení na trhu spojujících se soutěžitelů posuzovat jen podle toho, kolik linek obsluhují, ale podle toho, jak silné je jejich postavení v nabídkových soutěžích. Situace v jednotlivých členských státech také nejsou plně porovnatelné, neboť Komise popisuje mechanismy fungování trhu, které v České republice v rozhodném období byly teprve v samých počátcích. Nic z toho, jak již bylo řečeno shora, nebylo předmětem zájmu Komise a tato se sama podle svých slov věnovala situaci na trhu spíše stručně a formálně.

100. Dále účastník řízení poukazuje na stranu 7 bod 22. materiálu OECD sp. zn. DAF/COMP/WP2/WD(2013)34. Zde je uvedeno, že regionální osobní doprava je často realizována v závazku veřejné služby, kde se hospodářská soutěž projevuje v podobě soutěží o uzavření smlouvy s příslušným orgánem veřejné správy, přičemž v průběhu realizace takového kontraktu není zvolený dopravce obdobným konkurenčním tlakům vystaven. Tomuto pojetí ovšem napadené rozhodnutí nijak neodporuje a nevylučuje ani možnost dopravců dopouštět se jednání trvajícího či pokračujícího charakteru. V právě posuzovaném případě je totiž element udržování protiprávního stavu správním orgánem prvního stupně spatřován právě v takovém chování účastníka řízení, které eliminovalo riziko opětovného otevření soutěže. Účastník řízení tak neustále poskytoval formálně právně nemožné plnění (fakticky si toto poskytování mohl dovolit díky svému dominantnímu postavení na trhu a ohledem na existenci tzv. velké Smlouvy o závazku veřejné služby v drážní osobní dopravě ve veřejném zájmu na zajištění dopravních potřeb státu uzavřené mezi Českou republikou a účastníkem řízení). Z obecného popisu koncentrací soutěžních tlaků do období podávání nabídek a výběru kontraktačního partnera ovšem nevyplývá to, že získáním kontraktu je vždy nastolen nezměnitelný stav, který svým chováním již žádná ze smluvních stran neovlivní, a tento stav nevyhnutelně musí trvat po celé období, na které je kontrakt uzavřen. Uzavřením kontraktu je vybraný dopravce „odstíněn“ od přímých konkurenčních tlaků, musí však stále počítat s tím, že pro udržení tohoto stavu je třeba řádného plnění povinností, a to nejen soukromoprávní, ale také veřejnoprávní povahy. V opačném případě musí počítat s tím, že dojde k nové soutěži o trh, resp. že jeho konkurenti získají další příležitost k přímému konkurenčnímu boji o získání kontraktu na zbývající období.

101. Konečně účastník řízení upozorňuje na obecný charakter jednání zvaného bid rigging, které je spjato právě s koluzním jednáním při podávání nabídek do zadávacích řízení. Podstatou tohoto jednání je simulace soutěže, kdy jednotliví soutěžitelé podávající nabídku do zadávacího řízení spolu ve skutečnosti nesoutěží, ale tuto soutěž jen předstírají tak, aby mohl zakázku získat konkrétní předem dohodnutý dodavatel. V tomto případě je skutkovou podstatou protiprávního jednání simulace soutěže. Z takového jednání mají určitý prospěch všichni jeho účastníci, což je motivací k jejich účasti na zakázaném jednání. Typicky je tak

takové jednání výhodné v podmínkách plurality obdobných zadávacích řízení, kdy si mohou účastníci této dohody kooperaci nějakým způsobem kompenzovat či přímo rozdělit zakázky mezi sebe. Takového jednání se pak mohou dopouštět opakovaně a jednání typu bid rigging tak získává trvající či pokračující charakter. Nenastanou-li specifické okolnosti, samotné plnění jediné smlouvy uzavřené s jediným zadavatelem v podmínkách této plurality nebude představovat uzavření trhu, ani nebude zatíženo protiprávním jednáním tak, že by šlo o plnění protiprávní, nemožné a ve svém důsledku bránící novému otevření soutěže o trh. V praxi se ovšem mohou vyskytovat situace a okolnosti, kdy nepůjde o obdobný „učebnicový případ," ale o komplexnější jednání které bude zahrnovat více různých prvků. Právě z toho důvodu jsou skutkové podstaty přestupků (správních deliktů) v soutěžním právu formulovány obecně. V posuzovaném případě se nejednalo o veřejnou zakázku parciální a na jednorázové plnění, ale o nabídková řízení předznamenávající změnu dosavadního fungování tržního prostředí. Možnosti realizace dálkových služeb osobní železniční přepravy mimo závazek veřejné služby byly v rozhodném období v České republice malé. Příležitosti k uzavření smlouvy na linkách Plzeň – Most a Pardubice – Liberec se také týkaly období 8 let, což představuje zcela jinou perspektivu než plnění jednorázová. Šlo také o okamžik počátku postupného otevírání tohoto trhu v České republice tedy o okamžik klíčový pro další podobu nově vznikajícího soutěžního prostředí v celé České republice nejen o plnění na linkách Plzeň – Most a Pardubice – Liberec.

102. Ze strany účastníka řízení je tak jeho jednání nesprávně zužováno do určitých typových kategorií, které ovšem nejsou skutkovou podstatou, kterou účastník řízení dle napadeného rozhodnutí naplnil. V případě bid riggingu jde navíc pouze o typ jednání formulovaný judikaturou a právní teorií nikoli právem pozitivním, neboť jsou formálně kvalifikovány jako porušení skutkové podstaty obecné. U těchto kategorií nelze vyloučit výskyt specifických okolností, které se budou od teorie lišit. Ani porovnání s jednáním typu bid rigging nemůže vyvrátit zjištění správního orgánu prvního stupně o tom, že účastník řízení po celou dobu plnění Smluv poskytoval Ministerstvu dopravy své služby za ceny nepokrývající jeho vyhnutelné náklady, že Ministerstvu dopravy nepředkládal skutečné údaje o svých nákladech a udržoval tak v platnosti Smlouvy, jejichž plnění bylo pro účastníka řízení formálně právně nemožné.

103. Na základě shora uvedeného jsem proto přesvědčen, že kvalifikace jednání účastníka řízení jako skutku trvajícího charakteru provedená správním orgánem prvního stupně je správná a že námitkám účastníka řízení nelze přisvědčit. Rozhodným datem kdy došlo k odstranění protiprávního stavu je tak 13. 12. 2014 a toto datum je rozhodné pro určení právní úpravy, která se na skutek aplikuje, pro počátek běhu promlčecích (resp. prekluzivních) lhůt, pro určení účetního období pro výpočet pokuty, pro určení koeficientu času i pro aplikaci polehčujících okolností.

104. Správní orgán prvního stupně tedy zcela správně posuzoval jednání účastníka řízení podle ZOHS ve znění zákona č. 360/2012 Sb. Promlčecí lhůta tedy dosud neuplynula.

B. Vymezení objektivní stránky deliktu

105. Objektivní stránka správního deliktu je jedním z jeho typových znaků. Jde o vlastní jednání pachatele porušující určitou právní povinnost. Objektivní stránku deliktu tak tvoří jednání,

následek a příčinná souvislost mezi oběma uvedenými.[25] Z judikatury pak vyplývá následující: *„Příčinná souvislost – kauzální nexus (nexus causalis) – je vztah mezi protiprávním jednáním jako příčinou a škodlivým následkem, který je právě tímto jednáním vyvolán. Ve shodě s doktrínou je přitom jednání příčinou následku pouze tehdy, jestliže by následek bez tohoto jednání nenastal buď vůbec, anebo by bez něho nenastal takovým způsobem, jakým konkrétně nastal. Při posuzování projednávané věci proto bylo nutné zaměřit se na konkrétní jednání, jakožto nejvýznamnější příčinu škodlivého následku*.“[26]

106. Příčinná souvislost tak neznamená, že určité jednání musí být jedinou příčinou vedoucí k určitému následku. Tento kauzální vztah je zachován i v případě, kdy vznik následku sice není závislý výlučně na jednání pachatele, ale bez takového jednání by byl následek jiný. V tomto kontextu je tedy nutné posuzovat obě části zjištěného jednání účastníka řízení. V první části mělo dojít k vyvolání závadného stavu (uzavření Smluv obsahujících nepřiměřeně nízkou předpokládanou výší prokazatelné ztráty a s tím spojené uzavření soutěže o trh pro konkurenty). Tohoto následku by nemohlo být dosaženo bez toho, že účastník řízení předložil nabídky obsahující nepřiměřeně nízkou předpokládanou výší prokazatelné ztráty a následně se nezavázal za těchto podmínek poskytovat přepravní služby po dalších 8 let v případě, že o to Ministerstvo dopravy projeví zájem. Pokud by takové nabídky nepředložil, nedošlo by k protiprávní eliminaci konkurentů a uzavření soutěže o trh, včetně vyslání signálu všem potenciálním konkurentům o tom, jakou strategii v rámci nabídkových řízení bude volit. V druhé části mělo dojít k udržování tohoto stavu (poskytování přepravních služeb za cenu, která nepokrývala vyhnutelné náklady a udržování podmínek vhodných pro to, aby nebyla zpochybněna platnost a zákonnost uzavřených Smluv a aby nedošlo k předčasnému znovuotevření soutěže o trh). V případě, že by účastník řízení dále neposkytoval právně nemožné plnění Smluv, nedošlo by ke shodnému následku v podobě udržení závadného stavu až do 13. 12. 2014. V případě, že by účastník řízení závadný stav odstranil (přestal poskytovat služby za podnákladové ceny a předkládal Ministerstvu dopravy údaje o svých skutečných nákladech) by následek závisel na postupu Ministerstva dopravy. Ať už by byl následek postupu Ministerstva dopravy jakýkoli, jednalo by se o následek, který by nastal jiným způsobem. Za stávajících skutkových okolností je tak nejvýznamnější příčinou škodlivého následku jednání účastníka řízení. Vztah příčinné souvislosti byl proto správním orgánem prvního stupně řádně prokázán jak ve vztahu k první části jednání (vyvolání závadného stavu) tak ke druhé části jednání (udržování závadného stavu).

107. Námitky účastníka řízení jsou proto v tomto ohledu nedůvodné. Vztah příčinné souvislosti totiž nevyžaduje, aby určité jednání bylo jedinou a výlučnou příčinou určitého následku. Naopak, mnohem častěji bude následek ovlivněn i řadou jiných faktorů a příčinnou souvislost je tak nutné konstruovat ve vztahu k jednání, které bylo pro určitý následek nejvýznamnější, resp. ve vztahu k tomu jednání, které způsobilo, že následek byl právě takový, jaký byl, případně bez kterého by se skutkové děje vyvíjely jiným způsobem, byť by nakonec eventuálně dospěly ke shodnému výsledku.

C. Uplynutí prekluzivních lhůt

[25] Srov. JEMELKA, L., VETEŠNÍK, P. Zákon o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, Zákon o některých přestupcích. Komentář. Praha: C.H.Beck,2017, s. 55.
[26] Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 As 50/2008 ze dne 5. 3. 2009.

108. Námitky účastníka řízení týkající se uplynutí prekluzivních lhůt se kromě posouzení toho, zda bylo jeho jednání trvající či jednorázové povahy, vztahují také ke správnosti určení okamžiku, kdy se Úřad o možném protiprávním jednání dověděl. Účastník řízení zde vychází z konstrukce, že subjektivní lhůta může začít běžet dříve než lhůta objektivní, která zazněla v rozsudku sp. zn. 2 As 204/2014-71 ze dne 15. 4. 2015.

109. Ve vztahu k tomuto závěru Úřad již dříve uvedl, že jej nepovažuje za univerzálně platný a neaplikuje jej mimo případ, kterého se tento rozsudek přímo dotýká, neboť právě a jen v onom případě je zmiňovaný rozsudek závazný. K této praxi dospěl Úřad na základě důkladného rozboru judikatury správních i jiných soudů, která se vyjadřuje k počítání lhůt v případech trvajícího či pokračujícího jednání. Z tohoto rozboru vyplývá převažující závěr o tom, že v případě trvajících či pokračujících jednání se každý den, kdy jednání trvá/pokračuje, neustále mění rozsah skutku, o kterém se tak správní orgán neustále znovu dovídá.

110. Nejvyšší správní soud tento závěr formuloval např. v rozsudku ze dne 22. 2. 2005, č. j. 5 A 164/2002 - 44, publikovaném pod č. 832/2006 Sb. Nejvyššího správního soudu, kde konstatoval následující: „*Trvajícím jiným správním deliktem je takový správní delikt, jímž pachatel vyvolá protiprávní stav, který posléze udržuje, popřípadě jímž udržuje protiprávní stav, aniž jej vyvolal. Jednání, jímž pachatel udržuje protiprávní stav, závadný z hlediska správního práva, tvoří jeden skutek a jeden správní delikt až do okamžiku ukončení deliktního jednání, tj. až do okamžiku odstranění protiprávního stavu. Lhůta pro uložení pokuty, případně pro zahájení řízení o uložení pokuty, začne běžet teprve od okamžiku ukončení trvajícího správního deliktu. Pokaždé, když se správní orgán dozví, že delikvent i nadále udržuje protiprávní stav, tj. že stále nedošlo k ukončení trvajícího jiného správního deliktu, počne vždy běžet nová subjektivní lhůta k uložení pokuty, resp. k zahájení řízení o uložení pokuty*.“ Odkaz na tuto formulaci se objevil také v rozsudcích Nejvyššího správního soudu 2 As 21/2005-72 či 5 Afs 3/2012-131, kde tento soud mimo jiné zdůraznil že „*v souladu s konstantní judikaturou zdejšího soudu totiž dozvěděním se žalovaného, že protiprávní stav je stěžovatelem pořád udržován, tj. že stále nedošlo k ukončení pokračujícího jiného správního deliktu, počala běžet nová prekluzivní lhůta k uložení pokuty.*“

111. Tato judikatura reflektuje reálný proces dozvídání se o protiprávním jednání. Tím, že pachatel v určitém jednání pokračuje či udržuje protiprávní stav, sám z vlastní vůle mění dosavadní rozsah svého protiprávního jednání a posouvá dále okamžik jeho ukončení – zde spáchání deliktu. Pachatel je oním subjektem, v jehož moci je od protiprávního jednání upustit a určit tak rozhodný okamžik, od něhož je třeba počítat lhůtu pro reakci ze strany orgánů veřejné moci. Správní orgán je zde pouze v roli pasivní, kdy pouze zpětně reaguje na jednání pachatele, nemůže předvídat skutečnosti, které teprve nastanou. Jakmile se o těchto nových skutečnostech dozví (zde o tom, že je delikt stále páchán), počne mu běžet subjektivní lhůta nová. U trvajících a pokračujících deliktů je okamžik spáchání potřebné vnímat jinak než u deliktů jednorázových a dozvědět se o spáchání znamená dozvědět se o celém správním deliktu: „*Správní orgán k tomu, aby mohl za správní delikt uložit pokutu a posoudit její výši s ohledem na všechna zákonná hlediska, se musí dle názoru zdejšího soudu nutně „dovědět“ o celém správním deliktu, tedy o „spáchání“ deliktu, nikoli pouze o jeho počátku či části deliktního jednání, tedy o jeho „páchání“. Protiprávnost určitého jednání se posuzuje podle doby jeho spáchání, za kterou se považuje okamžik dokonání deliktu (teprve tehdy je uskutečněno to, co je předmětem právního posouzení). Tomuto pojetí odpovídá i*

právní úprava ukládání pokut, kdy jedním z kritérií, které je správní orgán povinen zohlednit při rozhodování o výši pokuty, je dle § 22 odst. 2 věty poslední ZOHS délka trvání porušování zákona o ochraně hospodářské soutěže. Předpokladem pro řádné vyměření pokuty tedy musí být nutně „povědomí" správního orgánu o celé délce trvání správního deliktu, nikoli pouze vědomí o jeho dílčí části. Pokud se v projednávané věci Úřad dověděl poprvé o existenci deliktu v době, kdy byl delikt páchán, a nikoli ukončen, není tento moment rozhodný pro počátek běhu subjektivní prekluzivní lhůty pro uložení pokuty. K jinému závěru nelze dojít ani samotným výkladem § 22 odst. 5 ZOHS. … Subjektivní lhůta, jak již bylo výše uvedeno, se musí nacházet uvnitř lhůty objektivní, neboť ani ona nemůže začít běžet dříve, než ke spáchání deliktu dojde."[27] Tento názor Nejvyššího správního soudu je navíc z února 2016, zatímco rozsudek, o který se účastník řízení opírá, je z dubna 2015. Tento princip, podle něhož subjektivní i objektivní lhůta počíná běžet až ukončením určitého jednání, se podle Ústavního soudu projevuje shodně napříč právním řádem a jiná interpretace by se příčila jeho bezrozpornosti.[28]

112. Počátek objektivní i subjektivní lhůty tak v případě trvajícího deliktu splývá a je jím okamžik odstranění protiprávního stavu – zde k datu 13. 12. 2014. V tomto ohledu nejsou okolnosti prošetřování jednání účastníka řízení v průběhu jeho trvání relevantní. Nicméně všem těmto skutečnostem je věnována náležitá pozornost v souvislosti s následujícím okruhem námitek účastníka řízení, které se dotýkají údajné dysfunkce činnosti Úřadu.

D. Dysfunkce v působení orgánů státní správy

113. V souvislosti s postupem Úřadu před zahájením řízení účastník řízení dovozuje, že Úřad jeho jednání mlčky aproboval. Účastník řízení tak měl jednat v dobré víře, že se nedopouští ničeho nezákonného a tato dysfunkce Úřadu má být důvodem k zániku odpovědnosti za správní delikt.

114. Postup prověřování jednání účastníka řízení skutečně probíhal v několika vlnách, jak podrobně popisují body 1 – 6 a bod 273 napadeného rozhodnutí. První prověřování proběhlo v roce 2006 a další v roce 2009. První prověřování probíhalo v období před uzavřením Smluv, kdy Úřad prověřoval postup účastníka řízení na základě informací z tisku.[29] V rámci tohoto prověřování se Úřad nacházel v situaci, kdy ještě nedošlo k uzavření Smluv a neměl k dispozici informace o skutečných nákladech, které účastníku řízení v souvislosti s poskytováním služeb dle Smluv vznikaly. Podnět byl proto odložen. V průběhu plnění Smluv byl pak postup účastníka řízení prověřován v roce 2009.[30] V rámci tohoto prověřování již měl Úřad k dispozici údaje o nákladech účastníka řízení. Jednalo se ovšem o náklady, které účastník řízení vykazoval podle Smluv jako oprávněné, nikoli o náklady, které účastníku řízení skutečně vznikaly. Jejich rozbor provedený správním orgánem prvního stupně tak potřebné indicie o možném protiprávním jednání neodhalil. Ačkoli podatel podnětu předložil vlastní kalkulace nákladů, správní orgán prvního stupně považoval za rozhodující informace o nákladech od Ministerstva dopravy a od účastníka řízení, které zcela správně vyhodnotil jako

[27] Rozsudek NSS ze dne 25. 2. 2016, č. j. 5 Afs 7/2011-799.
[28] Srov. nález Ústavního soudu sp. zn. II ÚS 635/18 ze dne 15. 5. 2018.
[29] Jednalo se o prověřování vedené pod sp. zn. P741/06, viz č.l. 9 spisu sp. zn. P439/2009, kde je založena informace o postupu v prvním prověřování.
[30] Jednalo se o prověřování vedené pod sp. zn. P439/2009.

spolehlivější zdroj informací a nemohl mít tušení o tom, že se jedná o údaje „uměle“ upravené tak, aby odpovídaly výši prokazatelné ztráty stanovené podle Smluv.

115. Skutečnost, že účastník řízení deklaruje Ministerstvu dopravy údaje o nákladech, které se liší od jeho nákladů skutečných, odhalil až Nejvyšší kontrolní úřad (dále též „NKÚ“) na kontrole účastníka řízení, která probíhala od září 2009 do března 2010. Po prověření podkladů, na základě kterých NKÚ dospěl ke svým zjištěním, si správní orgán prvního stupně vyžádal od účastníka řízení přímo výkazy z programu P602.[31] Účastník řízení ovšem opět poskytnul informace předkládané Ministerstvu dopravy dle Smluv.[32] Úřad proto účastníka řízení opětovně vyzýval k tomu, aby skutečně poskytnul údaje z programu P602, které jako jediné umožňovaly Úřadu zjistit informace o skutečných nákladech a výnosech účastníka řízení.[33] Tato komunikace probíhala mezi Úřadem a účastníkem řízení v srpnu a září 2013. Předcházející výsledky prošetřování postupu účastníka řízení vedených pod sp. zn. P741/06 a P439/2009 tak nevycházely ze skutečných dat o nákladech a výnosech účastníka řízení. Účastník řízení si přitom musel být vědom, že údaje, které Úřad obdržel, představují údaje upravené podle Smluv, nikoli údaje skutečné. Nelze se tak ztotožnit s tvrzením, že Úřad podvakrát postup účastníka řízení „aproboval,“ ani s tím, že by účastníka řízení utvrdil v tom, že jeho jednání není protiprávní. Naopak účastník řízení nemohl nevědět, že údaje zkoumané Úřadem nebyly skutečnými údaji o jeho nákladech a výnosech. V takové situaci nemůže být předchozí přezkoumávání postupu účastníka řízení Úřadem exkulpačním ani liberačním důvodem. Účastník řízení totiž ve svém jednání nemohl pokračovat v dobré víře, že jeho postup nebyl Úřadem vyhodnocen jako potenciálně protiprávní. Účastník řízení si musel být vědom toho, jaké údaje o nákladech a výnosech poskytoval Úřadu i Ministerstvu dopravy a že bez skutečných dat Úřad nemohl být schopen spočítat, zda poskytuje své služby dle Smluv za podnákladové ceny či nikoli.

116. Pokud účastník řízení ponechal Úřad v omylu, že údaje předkládané Ministerstvu dopravy byly skutečnými údaji o jeho nákladech a výnosech na linkách Plzeň – Most a Pardubice – Liberec, nemohlo na jeho straně vzniknout žádné legitimní očekávání či právem chráněný předpoklad toho, že z pohledu soutěžního práva je jeho jednání souladné s vnitrostátní i unijní právní úpravou. Nemohu přisvědčit ani tvrzení, že by se vzniklá situace dala nazývat dysfunkcí veřejné správy. Tento okruh námitek účastníka řízení považuji za nedůvodný.

E. Vady ve výroku rozhodnutí

117. Právní kvalifikace skutku ve výroku rozhodnutí je provedena jako porušení § 11 odst. 1 ZOHS a spáchání správního deliktu podle §22a odst. 1 písm. c) téhož zákona a jako porušení čl. 102 SFEU. Jednání účastníka řízení tedy bylo podřazeno pod skutkovou podstatu deliktu spočívajícího v tom, že právnická osoba zneužije své dominantní postavení na újmu jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů. Jde o skutkovou podstatu obecnou, která v sobě zahrnuje i demonstrativně uvedené typy jednání. Popis skutku ve výroku napadeného rozhodnutí se pak sestává ze dvou částí: z předložení nabídky a následného uzavření Smluv a z poskytování služeb dálkové osobní železniční dopravy dle Smluv za úhradu prokazatelné ztráty, jež spolu

[31] Srov. č. l. 242 spisu sp. zn. P439/2009.
[32] Srov. č. l. 243 a násl. sp. zn. P439/2009
[33] Srov. č. l. 255 sp. zn. P439/2009.

s dalšími výnosy nepokrývala vyhnutelné náklady na poskytování těchto služeb. Dále jsou ve výroku specifikovány subjekty, jimž byla či mohla být tímto jednáním způsobena újma.

118. Odkazující skutková podstata uvedená v § §22a odst. 1 písm. c) ZOHS odkazuje na § 11 odst. 1 téhož zákona jako na celek. Jednotlivé typy chování, které jsou uvedeny pod písmeny a) – f) § 11 odst. 1 ZOHS jsou typovými příklady toho, co se rozumí pojmem „zneužití dominantního postavení“. Jde o příklady demonstrativní, o čemž jednoznačně svědčí text tohoto ustanovení obsahující obrat „zejména“. Jak jsem tedy zmiňoval již výše v textu, jednotlivé typy jednání, které je zneužitím, pouze ilustrují již známé a popsané druhy chování, které lze jako zneužití dominantního postavení kvalifikovat. Jak vyplývá i z rozkladu účastníka řízení, který považuje své jednání za jednorázové a ukončené již uzavřením Smluv, skutek vymezený ve výroku napadeného rozhodnutí neobsahuje jen složku typového jednání uvedeného pod písmenem e). Podřazení skutků popsaných ve výrokové části napadeného rozhodnutí je tak možné podřadit pouze pod obecnou skutkovou podstatu § 11 odst. 1 ZOHS.

119. Jestliže tedy účastník řízení vytýká napadenému rozhodnutí porušení § 68 odst. 2 správního řádu, resp. nesoulad výrokové části a odůvodnění, pak opětovně upozorňuji na to, že prvek typového jednání obsaženého v písmeni e) § 11 odst. 1 ZOHS ve skutku obsažen je, ovšem jsou zde i další prvky skutku, které toto typové jednání překračují. Nelze proto považovat za nesoulad výrokové části a odůvodnění napadeného rozhodnutí to, že Úřad při posuzování dlouhodobého poskytování služeb dálkové osobní železniční dopravy dle Smluv za úhradu prokazatelné ztráty, jež spolu s dalšími výnosy nepokrývala vyhnutelné náklady na poskytování těchto služeb vychází z východisek platných pro typové jednání popsané v písmeni e) § 11 odst. 1 ZOHS. Naopak je zcela správné, že v situaci, kdy Úřad identifikoval některé prvky typového jednání podřazovaného pod zneužití dominance, vycházel z předchozí praxe postupů Komise a judikatury, která se k tomuto typu jednání vztahuje. Nejde tak o rozpor mezi výrokovou částí a odůvodněním. Speciální typová jednání vyjmenovaná v ZOHS konkretizují neurčité právní pojmy užité obecnou skutkovou podstatou a jsou v ní de facto zahrnuty. Nejde o dvě zcela odlišné právní kvalifikace. Trvající jednání identifikované správním orgánem prvního stupně zahrnovalo více prvků, nejen samotné dlouhodobé nabízení a prodej zboží za nepřiměřeně nízké ceny, které mělo nebo mohlo mít za následek narušení hospodářské soutěže, a právní kvalifikace skutku podřazená pod obecnou skutkovou podstatu § 11 odst. 1 ZOHS je tedy přiléhavější.

120. Další vady výroku vytýkané účastníkem řízení se mají vztahovat k nedostatečné identifikaci skutku, který není zaměnitelný s jiným. Obecnost resp. neurčitost výroků napadeného rozhodnutí má být dána tím, že popis skutku neobsahuje důvody, proč nabídky účastníka řízení obsahovaly nepřiměřeně nízkou předpokládanou výši prokazatelné ztráty, a dále neobsahují určení toho, za jakou úhradu prokazatelné ztráty, jež spolu s výnosy nepokrývala vyhnutelné náklady, účastník řízení své služby poskytoval.

121. K těmto námitkám uvádím následující. Výroková část napadeného rozhodnutí popisuje skutek pomocí identifikace podstaty jednání účastníka řízení, které bylo hlavní příčinou zjištěných následků. Úřad tak nejprve uvádí, že nabídky účastníka řízení obsahovaly nepřiměřeně nízkou předpokládanou výši prokazatelné ztráty a posléze uvádí, že účastník řízení poskytoval v jednotlivých letech (od 10. 12. 2006 do 31. 12. 2014) služby dálkové osobní železniční dopravy v relaci Plzeň - Most a Pardubice – Liberec za úhradu prokazatelné

ztráty, jež spolu s jeho dalšími výnosy z poskytování uvedených služeb v této relaci nepokrývala jeho vyhnutelné náklady na jejich poskytování, aniž by pro takové jednání existovalo objektivní ospravedlnění.

122. Základním východiskem pro popis skutku ve výroku rozhodnutí o správním deliktu je následující závěr rozšířeného senátu NSS: „*Výrok rozhodnutí o jiném správním deliktu musí obsahovat popis skutku uvedením místa, času a způsobu spáchání, popřípadě i uvedením jiných skutečností, jichž je třeba k tomu, aby nemohl být zaměněn s jiným*.“[34] Správní orgán prvního stupně ve výroku napadeného rozhodnutí specifikoval jednání účastníka řízení časově (datum předložení nabídek, období plnění Smluv, období trvání deliktu), místně (komu byla nabídka předložena a na jakých linkách se plnění Smluv odehrávalo), způsobem spáchání (popis jednání sestávajícího se z předložení nabídek s nepřiměřeně nízkou předpokládanou výši prokazatelné ztráty, následného uzavření Smluv a jejich plnění za úhradu prokazatelné ztráty, jež spolu s jeho dalšími výnosy z poskytování uvedených služeb v této relaci nepokrývala jeho vyhnutelné náklady na jejich poskytování).

123. Takto popsaný skutek nelze zaměnit se žádným jiným skutkem. Nelze jednání zaměnit s jinými nabídkami, které by byly podány účastníkem řízení v témž období. Plnění na linkách Plzeň – Most a Pardubice – Liberec pro Ministerstvo dopravy probíhající podle Smluv také nelze zaměnit s případným jiným plněním, které by účastník řízení ve sledovaném období poskytoval. Doplnění konkrétních důvodů pro to, že nabídka výše prokazatelné ztráty v těchto konkrétních nabídkách skutečně obsahovala nepřiměřeně nízkou výši prokazatelné ztráty je věcí dokazování a odůvodnění výroku napadeného rozhodnutí nikoli náležitostí popisu skutku, kterou by bylo nutné uvést ve výrokové části, aby popsaný skutek nebyl zaměnitelný s jiným. Konečně už sám účastník řízení hovoří o uvedení důvodů, což je z podstaty věci obsahem odůvodnění. To shodně platí pro uvedení konkrétní výše prokazatelné ztráty, která spolu s dalšími výnosy účastníka řízení ze služeb poskytovaných dle Smluv nepokrývala jeho vyhnutelné náklady. Specifikace toho, jakou ztrátu v jednotlivých letech účastník řízení u Ministerstva dopravy uplatňoval, nijak neovlivňuje nezaměnitelnost a určitost popisu skutků uvedených ve výrokové části napadeného rozhodnutí. A dále výpočet toho, zda celkové výnosy za poskytování předmětných služeb pokrývaly nebo nepokrývaly vyhnutelné náklady účastníka řízení, je opět logickou součástí odůvodnění výroku rozhodnutí nikoli popisu skutku ve výroku.

124. Nemohu tak dát za pravdu tvrzení účastníka řízení, že z napadeného rozhodnutí vůbec není zřejmé, z jakého konkrétního důvodu by měl být popisovaný skutek správním deliktem, není zřejmá právní kvalifikace a není jasné, jakého porušení ZOHS se měl účastník řízení dopustit. Skutky jsou ve výroku napadeného rozhodnutí řádně popsány tak, aby je nebylo možno zaměnit s jiným jednáním, ve výroku je provedena právní kvalifikace včetně všech prvků naplnění skutkové podstaty. Napadené rozhodnutí také obsahuje řádné odůvodnění, z něhož se srozumitelně podává jak přehled Úřadem zjištěných skutečností, tak právní hodnocení a jeho odůvodnění, tak vypořádání námitek účastníka řízení.

F. Skutková zjištění ekonomické povahy

[34] Usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 15. 1. 2008, č. j. 2 As 34/2006-73.

125. Těžištěm skutkových zjištění ekonomické povahy správního orgánu prvního stupně jsou data o nákladech účastníka řízení za poskytování služeb dle Smluv. Úřad zde částečně vycházel přímo z dat poskytnutých účastníkem řízení (data za 2. pololetí roku 2009 a data za období 2010 – 2014) a částečně z modelace nákladů vypočtené za pomoci techniky Holt-Winters. K užití této techniky správní orgán prvního stupně přistoupil z toho důvodu, že mu účastníkem řízení nebyla poskytnuta odpovídající data. Údaje za období 2007 – 2008 nemohl účastník řízení poskytnout, neboť dle svého tvrzení těmito údaji v době, kdy je správní orgán prvního stupně vyžádal, nedisponoval. Data tak byla dopočtena za období 2007 – 1. pololetí roku 2009.

126. Výše skutečných nákladů v rámci jednotlivých nákladových položek poskytnutá účastníkem řízení za období 2. pololetí roku 2009 až konec roku 2014 tvoří časovou řadu (tj. chronologicky seřazená pozorování určitého jevu, která jsou navzájem porovnatelná). Na základě dekompozice, resp. rozkladu, takové časové řady je možno časovou řadu analyzovat a dále předpovědět její vývoj (zde do minulosti). Časovou řadu lze rozdělit na několik základních složek: složku trendovou (vyjadřuje dlouhodobé chování časové řady, ke krátkodobým výkyvům nepřihlíží), složku sezónní (popisuje sezónní výkyvy, které se pravidelně opakují), složku úrovňovou či cyklickou (popisuje dlouhodobé fluktuace kolem trendu) a složku náhodnou (faktor náhody). V časových řadách se tyto složky vyskytovat mohou, ale také nemusí.

127. Mezi nejpokročilejší metody sloužící k analýze časových řad patří často užívaná Holtova metoda, která pracuje s principy exponenciálního vyrovnávání a je vhodná pro časové řady, v nichž se nevyskytuje sezónní složka. Metoda Holt-Winters, kterou použil Úřad, je pak metodou Holtovou zdokonalenou tak, aby bylo možno pracovat i s časovými řadami, v nichž se sezónní složka vyskytuje. Existují celkem dvě varianty metody Holt-Winters – aditivní a multiplikativní. Aditivní varianta pracuje s tím, že sezónní složka sice existuje, ale je konstantní. Multiplikativní varianta pracuje s tím, že sezónní složka je proměnlivá, jde proto o hodnotu relativní. Identifikace a sledování jednotlivých složek pak umožňuje predikovat data chybějící, přičemž pozorování predikovanému období nejbližší mají také nejvyšší váhu (s časovým odstupem vliv jednotlivých pozorování postupně klesá).

128. Při modelaci odhadu nákladů účastníka řízení užil Úřad aditivní variantu metody Holt-Winters. Volba této metody se odvíjela od toho, jaký vzorek časové řady byl účastníkem řízení poskytnut, přičemž se Úřad snažil co nejvíce využít všech poskytnutých informací a zároveň je analyzovat pomocí pokročilých metod. Tyto požadavky metoda Holt-Winters beze zbytku naplňuje. Umožnila hloubkovou analýzu poskytnutých dat a tím také spolehlivější predikci než jiné jednodušší metody, mimo jiné Posudkem zmiňovaný aritmetický průměr, který není schopen ze zjištěné časové řady vytěžit žádné bližší informace pro predikci nad rámec průměrné hodnoty nákladů.

129. Postup provedení predikce Úřad popsal v dokumentu č. j. ÚOHS-46222/2016[35]. V reakci na účastníkem řízení předložený Posudek Úřad celý postup opětovně rozebral včetně reakcí a zohlednění závěrů vyplývajících z tohoto Posudku v dokumentu č. j. ÚOHS-S0180/2016/DP-31595/2017/830/AFi[36]. Na tento dokument reagoval účastník řízení předložením dodatku

[35] Zal. na č. l. 637 a násl. spisu
[36] Zal. na č. l. 785 a násl. spisu.

č. 1 k Posudku, na jehož závěry reaguje přímo napadené rozhodnutí. V reakci na obsah napadeného rozhodnutí předložil účastník řízení dodatek č. 2 k Posudku.

130. Posudek i jeho dodatky se přitom vyjadřují k celé škále otázek, které byly v posuzovaném případě řešeny: k rozčlenění nákladů na vyhnutelné a nevyhnutelné, ke způsobu určení újmy způsobené jiným soutěžitelům a také k právě popsané predikci nákladů účastníka řízení za období 2007 – 1. pololetí roku 2009. Výtky vyplývající ze znaleckého Posudku, které směřují čistě k predikci samotné, se týkají toho, že podle Posudku nemusí být výsledky zjištěné Úřadem zcela spolehlivé a nelze vyloučit jejich subjektivní ovlivnění. Celkově nepovažuje Posudek metodu Holt-Winters za vhodnou, což ovšem podle Posudku není prakticky žádná analýza a mělo by se vycházet ze skutečných dat. Mimo to Posudek zpochybňuje použitý softwarový nástroj, některé aspekty použité metody a nesouhlasí s tím, jakým způsobem Úřad provedl ověření možnosti provedení predikce podle jiných samotným Posudkem zmiňovaných postupů.

131. K tomu bych chtěl v prvé řadě uvést, že provádění ekonometrických analýz v případě absence skutečných dat, je v soutěžním právu obecně přijímaným způsobem dokazování.[37] Pomocí těchto analýz se např. kvantifikuje újma u deliktů, kde tento prvek skutkové podstaty musí být identifikován, modeluje se, zda by se shodně efektivní soutěžitel mohl na trhu chovat určitým způsobem apod. Není tedy ničím neobvyklým, že k prokázání určitých prvků skutkových podstat neexistují skutečná data (nebo je nelze získat) a je nutné je modelovat pomocí ekonometrických analýz. Nemohu se proto ztotožnit se závěry Posudku a konstatovat, že odhad dat za pomoci ekonometrických analýz nelze v posuzovaném případě užít jako důkaz, neboť analýza není zcela spolehlivá, jelikož se nikdy nelze zcela vyvarovat některých subjektivních prvků či proměnných. Je zjevné, že vždy bude existovat rozdíl mezi skutečnými daty a daty modelovanými za pomoci ekonometrických analýz což je běžný jev, kterým se právě posuzovaný případ nijak neodlišuje od případů jiných. To ovšem neznamená, že by takto modelovaná data nebyla použitelná jako důkazní prostředek a nebylo možné z nich vycházet. Je jistě třeba, aby správní orgán hodnotil jejich věrohodnost a spolehlivost, nicméně to Úřad v posuzovaném případě učinil. Není zde dán důvod, proč by se jí nemohlo užít právě v posuzovaném případě. Jak je totiž patrné z výše uvedeného přehledu kroků správního orgánu prvního stupně, Úřad se snažil postupovat tak, aby skutečná data, která měl k dispozici, využil co nejefektivněji a použil nejpokročilejší dostupné metody k analýze a následné predikci chybějících dat. Zároveň neignoroval ani skutečnosti vyplývající z Posudku a snažil se ověřit, zda vlivy jako je cena nafty, na kterou Posudek upozorňuje, mohou být použity jako relevantní proměnné. Postup Úřadu lze tedy popsat tak, že zcela v souladu se zásadou materiální pravdy zkoumal všechny aspekty, které se racionálně mohly do analyzovaných dat promítnout, aby jeho odhad skutečných nákladů za chybějící období byl co nejspolehlivější.

132. K samotnému postupu provedení analýzy časové řady a navazujícího odhadu nákladů Posudek uvádí, že nebyla zohledněna složka cyklická a trendová. Jak vyplývá ze shora

[37] Ekonomických analýz se běžně užívá v souvislosti s prokazováním různých aspektů soutěžních případů jako je vymezení relevantního trhu, vymezení způsobené újmy, predikcím vývoje či následků určitého jednání, k prokázání predátorského jednání apod. Lze poukázat například na případy T-340/03 France Télécom proti Komisi, T-342/99 Airtours proti Komisi, T-201/04 Microsoft proti Komisi, C-549/10 Tomra a další. proti Komisi, či rozhodnutí Komise jako Volvo/Scania COMP/M.1672, nebol Electric/Honeywell, 2004/134/EC, COMP/M.2220.

nastíněné podstaty rozkladu časové řady (skutečných dat o nákladech poskytnutých účastníkem řízení), Úřad při analýze pracoval se složkou sezónní, trendovou a úrovňovou (jinak také cyklickou). Trendová i úrovňová složka se zaměřují na chování řady v dlouhodobém horizontu. Spolehlivost těchto složek pro predikci tak závisí ve značné míře délce časové řady. V posuzovaném případě se ze statistického hlediska jedná o poměrně krátké období a malé množství pozorování. Pro odhad nákladů za chybějící období tak Úřad užil složku úrovňovou a složku sezónní. Jelikož složka úrovňová odpovídá složce cyklické, je zjevné, že Úřad cyklickou složku zohlednil. Cykličnost jako taková se projevuje i ve složce sezónní, která sleduje opakující se výkyvy (cykly) v kratším časovém období (např. kalendářní rok). Trendové chování nebylo do odhadu zahrnuto, neboť jasnější trendové znaky nebyly v rámci poměrně krátké časové řady identifikovány a užití této složky pro predikci by také mnohdy šlo v neprospěch účastníka řízení. Jako příklad lze poukázat právě na Posudkem rozebíranou položku trakčních nákladů, která má klesající tendenci – náklady v předcházejícím období jsou tedy vyšší než v následujícím. Predikce zde byla vypočtena pro období minulé, trendová složka by tedy trakční náklady ještě navyšovala. S ohledem na uvedené se domnívám, že spolehlivost a věrohodnost dopočtených údajů nebyla nijak ohrožena a zahrnutí trendové složky by predikovaná data nezměnilo natolik, aby to mělo vliv na závěr Úřadu o tom, že ani v období od počátku roku 2007 po konec 1. pololetí roku 2009 nebyly pokryty vyhnutelné náklady účastníka řízení.

133. Skutečnost, že výše odhadnutých nákladů byla pro roky 2007 a 2008 shodná nijak nenasvědčuje tomu, že Úřadem provedený odhad nemohl být použit jako kvalifikovaný a spolehlivý odhad prokazující fakt, že nebyly pokryty vyhnutelné náklady účastníka řízení. Nepokryta v obou letech je cca 1/3 vyhnutelných nákladů, což vytváří dostatečný prostor pro případné odchylky od reality, jejichž vznik nelze při využití ekonometrických analýz obecně nikdy absolutně vyloučit. Nejde tak o situaci, kdy by drobná změna odhadu vedla k tomu, že vyhnutelné náklady by byly pokryty.

134. Z Posudku také vyplynula námitka týkající se použitého software, který má být podle Posudku nespolehlivý z toho důvodu, že se jedná o tzv. open source software. Je obecně známo, že kromě proprietárního software, který má hlavně komerční využití, je hojně užíván i tzv. open source software, neboli otevřený software. Hlavní rozdíl mezi těmito druhy software spočívá v otevřenosti, resp. uzavřenosti kódu. Zatímco vývojem proprietárního software se zabývá pouze jeho vlastník, kód není dostupný a záleží pouze na investicích vlastníka do vývoje, otevřený software je vyvíjen a zdokonalován celou komunitou uživatelů. Tento typ software je proto velmi často užíván v oblasti vědy a výzkumu. Pro všechny je možné ověřit si jeho nastavení a spolehlivost právě díky přístupnosti zdrojového kódu. Při užití tohoto software je tedy možné ze zdrojového kódu ověřit, jak pracoval. Nic podobného u proprietárního software běžné není, neboť kód je utajen vlastníkem a je nutné spoléhat na jeho ujištění a popis funkcionalit. Nelze tak učinit paušalizovaný závěr o tom, že proprietární software rovná se software spolehlivý, sofistikovaný a specializovaný, zatímco open source software je jeho pravým opakem, neboť jeho zdrojový kód může kdokoli upravovat. Otevřenost software totiž vede nejen k usnadnění vývoje a k urychlení odstraňování chyb software, ale také zvyšuje možnost veřejné kontroly zdrojového kódu, což bývá vnímáno jako výhodnější z pohledu bezpečnosti.

135. Uživatel takového open source software si stáhne jeho příslušnou verzi a ta je následně užívána. Zdrojový kód dané verze je dohledatelný a zpracovateli Posudku tedy nic nebránilo, aby samotný obsah zdrojového kódu software užitého Úřadem ověřil a poukázal na případné chyby. Jak vyplývá z dodatku č. 2 Posudku, software R ve verzi 3.1.2 měl jeho zpracovatel k dispozici. Mohl proto sám příslušnou verzi software stáhnout a znovu provést celou modelaci podle informací Úřadu o použitých funkcích. Tím mohl výsledky predikce ověřit. Posudek ovšem zpochybňuje výsledky provedené predikce toliko na základě tvrzení, že nemá k dispozici prinscreen každého kroku, který Úřad učinil, a na základě tvrzení, že open source software je horší volbou než software proprietární, neboť jeho licenční podmínky neobsahují záruku výrobce.

136. Oba druhy software mají své příznivce a odpůrce, tyto názory patří ovšem do zcela jiných diskuzních platforem. Licenční podmínky citované zpracovatelem Posudku odráží otevřenost či uzavřenost software. Proprietární software má uzavřený kód, za jehož funkčnost poskytuje vlastník uživateli záruku, neboť uživatel nemá ke kódu přístup a chyby v kódu, bezpečnostní ohrožení apod. nemá jak odhalit, za případné škody způsobené uživateli, který si licenci k takovému software zakoupí, tak nese odpovědnost vlastník software. Otevřený software na tomto principu nefunguje, není zde onen vlastník zdrojového kódu.[38] Tyto soukromoprávní vztahy nejsou pro správní řízení samotné ani pro práva účastníka řízení nijak relevantní. Naopak jsem přesvědčen, že otevřenost software dává účastníku řízení větší kontrolu nad postupem Úřadu. Tyto vlastnosti dle mého názoru jen posilují jeho věrohodnost a spolehlivost.

137. Programovací jazyk R je pak velmi široce užívaným nástrojem pro analýzu a práci se statistickými daty, je řazen mezi nejoblíbenější nástroje[39] je užíván na univerzitách k analytickým i výukovým účelům.[40] Nemohu tak dát za pravdu zpracovateli znaleckého posudku, že Úřadem užitý software není specializovaným či sofistikovaným statistickým softwarem, a to na základě pouhého tvrzení, že jde o open source software s freeware licencí, která má své typické soukromoprávní parametry týkající se záruky a odpovědnosti za škodu.

138. Konečně zpracovatel Posudku poukazuje na příliš subjektivní volbu vyhlazovacích konstant. Volba vyhlazovacích konstant nebyla ze strany Úřadu samostatně upravována, pro jejich volbu byla užita funkcionalita samotného software, která vychází z kritéria minimalizace čtverců reziduí. Takové nastavení je zcela standartním a objektivním nastavením pro ekonomometrické modelování, software testuje stovky odhadů a vybírá tu volbu, která v součtu odhadů vykazuje co nejmenší odchylky od skutečné pozorovaných hodnot. Nejde tedy o libovůli či manipulaci funkcionalit použitého software. Konkrétní hodnoty jsou obsaženy v bodě 20 vyjádření č. j. ÚOHS-S0180/2016/DP-31595/2017/830/AFi[41], což považuji za dostatečnou specifikaci hodnot vyhlazovaných konstant, s nimiž bylo Úřadem

[38] Odtud formulace „R is free software and comes with absolutely no warranty“ – tedy nevztahuje se na něj žádná záruka ve smyslu soukromého práva – z licenčních podmínek.
[39] Srov. tzv. TIOBE index sledující popularitu programovacích jazyků, dostupné zde: https://www.tiobe.com/tiobe-index/
[40] Srov. např. J. Fox R. Andersen. Using the R Statistical Computing Environment to Teach Social Statistics Courses. Mc. Master University, 2005. Dostupné na: https://socialsciences.mcmaster.ca/jfox/Teaching-with-R.pdf
[41] Č. l.788 – 789 spisu.

pracováno. Na tomto postupu neshledávám nic netransparentního a považuji požadavek zpracovatele Posudku na to, aby byly vytvářeny printscreeny každého jednotlivého kroku v rámci provádění modelace za nadbytečné. Opět na tomto místě zdůrazňuji to, že znalost verze software a nastavení funkcionalit tak, jak jsou popsány ve zmiňovaném dokumentu, umožňuje rekonstrukci postupu modelace.

139. Další část Posudku se dotýká postupu Úřadu při ověřování jiných přístupů k odhadu chybějících a nákladů a jejich využitelnosti v posuzovaném případě. Tato část vyjádření zpracovatele Posudku se týká regresních modelů, Box-Jenkinsonovy metody a zejména pak modelace použité pro trakční náklady účastníka řízení. Užití Box-Jenkinsonovy metody nebylo dle Úřadu možné, neboť tato metoda vyžaduje větší počet pozorování v časové řadě (minimálně 50), což v posuzovaném případě nebylo k dispozici. Data před 2. pololetím roku 2009 nebyla dostupná a data následující po roce 2014 nejsou použitelná, neboť s koncem platnosti jízdního řádu 2013/2014 končila i platnost Smluv a tam specifikovaných shodně nastavených podmínek provozu na linkách Plzeň-Most a Pardubice-Liberec. Šlo tak o objektivní nemožnost získat delší časovou řadu a použít metody s vyšší náročností na počet pozorování.

140. Postupy odhadu nákladů na základě vícenásobné regrese či klasické dekompozice byly Úřadem testovány. Výsledkem těchto postupů byla ovšem detekce protichůdného trendu, např. v podobě poklesu trakčních nákladů účastníka řízení při zvyšování ceny nafty. Podle zpracovatele znaleckého posudku jsou tyto nelogické výsledky způsobeny nedostatečnou analýzou jevů a dostupnosti proměnných, včetně dekompozice proměnných na dílčí. Cena nafty tak podle zpracovatele posudku mohla být rozložena ještě na cenu ropy v USD, měnový kurz, spotřební daň, marži, inflaci apod. U trakčních nákladů by zase mohlo uvažovat o vlivu obsazenosti vagónů, četností jízd, stavu lokomotiv atd. Kromě toho podle zpracovatele Posudku měly být vedle ceny nafty zohledňovány i jiné faktory jako je vývoj počtu obyvatel v České republice, DPH, průměrné mzdy, věková struktura obyvatelstva a další socioekonomické faktory.

141. Úřad v napadeném rozhodnutí ovšem výši trakčních nákladů nevyhodnotil jako komplexní ekonomický jev, který by byl závislý na velkém množství proměnných a vyznačoval se složitostí kauzálních vztahů těchto proměnných. S tím plně souhlasím a navíc dodávám, že se jednalo o náklady vznikající dle Smluv, kde byla řada dílčích parametrů (četnost jízd, maximální obsazenost vagónů atd.) vymezeny a odhadnuty zadavatelem. Nešlo o to, že by se jednalo o parametry absolutně neměnné, ale šlo o parametry, jejichž určitá stabilita v rámci plnění zakázky, byla z povahy věci nezbytná, neboť jinak by nebylo možno řádně specifikovat zadávací podmínky. Nemohu proto dát za pravdu zpracovateli Posudku, který líčí trakční náklady jako velmi komplexní jev, který se v průběhu poměrně krátkého časového období zásadně měnil právě v závislosti na nepřeberném množství proměnných a jejich vzájemných vztahů.

142. Postup Úřadu při pokusech modelovat trakční náklady jiným způsobem je třeba posuzovat jako snahu o dodržení zásady materiální pravdy v podobě ověřování, zda některé ze zpracovatelem Posudku navržených postupů nepovedou k přesnějším a spolehlivějším výsledkům. Pokud aplikace takového postupu vykazovala zcela nelogické výsledky, jde o jasný indikátor nevhodnosti takového postupu, resp. toho, že postup nepovede k věrohodnějším a přesnějším výsledkům. Další hledání příčin těchto nelogických výsledků by

vedlo k hlubšímu rozboru toho, proč je takový postup pro odhad nevhodný, nikoli k tomu, že by se takový postup ukázal být spolehlivějším a přesnějším než Úřadem užitá metoda Holt-Winters.

143. To platí i o spekulacích zpracovatele Posudku ohledně možnosti zkoumat závislost trakčních nákladů na jiných socioekonomických faktorech, jejichž souvislost s trakčními náklady je velmi vágní a teoretická, a byť existenci určitého vlivu nikdy nelze zcela vyloučit, nepůjde z racionálního hlediska o statisticky významný faktor. Tyto skutečnosti naopak nasvědčují tomu, že postupy zmiňované zpracovatelem Posudku jsou nevhodné a nepovedou ke spolehlivějším a přesvědčivějším výsledkům, než odhad modelovaný na základě analýzy skutečných dat z období 2. pololetí roku 2009 do konce roku 2014. Analýzu faktorů, které s náklady účastníka řízení na předmětných linkách mohou souviset jen velmi vágně, není možné považovat za vhodnější či spolehlivější způsob provedení odhadu nákladů. V tomto ohledu považuji stále za nejspolehlivější ukazatel právě skutečná data o nákladech účastníka řízení, na základě jejichž analýzy pomocí metody Holt-Winters byl proveden odhad správním orgánem prvního stupně. I zde je nutné si uvědomit, že šlo o plnění dle Smluv – tedy o poskytování úzce vymezených služeb osobní dálkové železniční přepravy na konkrétních linkách splňujících konstantně nastavené požadavky zadavatele.

144. Námitky zpracovatele Posudku jsou tak samy o sobě založeny na tom, že predikce lze provádět různým způsobem a že se může ukázat, že jakékoli zmiňované postupy vůbec nebudou použitelné. Sám zpracovatel Posudku se tedy nezaměřuje na to, že by výpočty Úřadu byly nesprávné, ale spíše poukazuje na to, jaký přístup by ještě Úřad mohl zkusit a ověřit a v případě, že navrhovaný přístup ověřil, vysvětluje, proč toto ověření zpracovatel Posudku nepovažuje za dostatečné. Celkově pak z Posudku vyplývá, že by bylo nejlépe ekonometrické analýzy vůbec neužívat.

145. V tomto ohledu považuji postup Úřadu, který se pokoušel o modelaci trakčních nákladů v souladu se zpracovatelem Posudku navrhovanými postupy, které se logicky jevily jako relevantní, aniž by musel prověřovat veškeré návrhy zpracovatele Posudku jako je zohlednění vývoje počtu obyvatel migrace apod., za dostatečný, a to jak ve vztahu k vypořádání námitek účastníka řízení, tak ve vztahu k dodržení zásady materiální pravdy. Dopočtení chybějících skutečných nákladů účastníka řízení slouží ke zjištění toho, zda byly v rámci rozhodného období vyhnutelné náklady účastníka pokryty či nikoli, nejde o to, jak odhad provést co nejkomplikovanějším způsobem, který zohlední všechny „možné i nemožné“ proměnné, ani o hloubkové zkoumání toho, proč užití některých proměnných vede k nelogickým závěrům. Počet zohledněných proměnných je také nutně závislý na počtu pozorování, přičemž tento počet je v posuzovaném případě značně omezen a vyšší počet pozorování získat nelze. Malý počet pozorování tak výrazně ztěžuje interpretaci případných závislostí sledovaných proměnných a může vést ke zcela chybným závěrům. Spolehlivost a věrohodnost výsledků sledování takového množství proměnných, jejichž zohlednění navrhuje zpracovatel Posudku a které navíc z logického hlediska s modelovanými náklady mohou souviset opravdu jen velmi vzdáleně, by tak byla významně snížena (ne-li přímo popřena) právě tímto omezeným počtem pozorování.

146. Když zpracovatel posudku požaduje, aby byla cena nafty, kterou se Úřad za účelem přezkoumání návrhů zpracovatele Posudku pokoušel sledovat, dále dekomponována na cenu nafty v dolarech a pohyb směnného kurzu, jde o požadavek pro zjištění skutkového stavu v

posuzovaném případě naprosto irelevantní. Rozhodujícím kritériem pro výši nákladů jsou ceny vstupů, a to bez ohledu na to, co je příčinou jejich změn. Není už rozhodné, jestli je příčinou změn směnný kurz nebo cena suroviny na evropské burze. Smysl provedení této navrhované dekompozice směřuje výhradně ke zjištění, jaké faktory a jakým podílem stojí za změnami trakčních nákladů, což však předmětem dokazování v posuzovaném případě není. Jde tak opět o požadavek zpracovatele Posudku směřující k tomu, aby bylo provedeno hloubkové zkoumání příčin nevhodnosti určitého postupu pro odhad nákladů.

147. S ohledem na shora uvedené úvahy i na obsah napadeného rozhodnutí jsem přesvědčen, že Úřad volil tu metodu, která umožňuje, co nejlépe „vytěžit" získaná skutečná data o nákladech účastníka řízení a zároveň je vhodná pro práci s menším počtem pozorování. Ve vztahu k požadavkům na dokazování je také rozhodné to, zda se dopočtené hodnoty nacházejí v takovém rozmezí, že bez důvodných pochybností prokazují, zda vyhnutelné náklady mohly být pokryty či nikoli, ne to, zda v tomto rozmezí byla konkrétní nákladová položka vyčíslena s naprostou přesností, či proč modelace trakčních nákladů za pomoci jiných metod vykazuje nelogické výsledky. Námitky účastníka řízení tak považuji za nedůvodné a jsem přesvědčen, že je možné vycházet z odhadu nákladů provedených správním orgánem prvního stupně tak, jak je popsán v napadeném rozhodnutí.

148. Zpracovatel Posudku se dále zabývá otázkami, které již s vlastním technickým provedením odhadu nákladů přímo nesouvisí, tj. otázkami správného vymezení vyhnutelných nákladů či prokázání vzniklé újmy a otázkou vlivu na obchod mezi členskými státy. Některé z těchto otázek jsou předmětem samostatných okruhů námitek rozkladu a je jim proto věnována samostatná část odůvodnění tohoto rozhodnutí. V této části odůvodnění se tak budu věnovat pouze námitkám vyplývajícím z Posudku, které se týkají určení vyhnutelných nákladů.

149. Dle zpracovatele Posudku by měly být všechny náklady účastníka řízení označeny za nevyhnutelné, neboť se jako národní dopravce musel zadávacích řízení účastnit. To má plynout jak z jeho pozice na trhu osobní železniční dálkové dopravy, tak z jeho vazby na stát, a to v kontextu teprve se otevírajícího trhu. Díky těmto parametrům tak zpracovatel Posudku považuje běžné postupy pro zjištění predace za neaplikovatelné.

150. V tomto ohledu zpracovatel Posudku staví do popředí okolnosti, které zvyšují závažnost dopadů jednání účastníka řízení. Je to právě situace, v níž dochází k otevírání dříve uzavřeného a státem regulovaného trhu, kdy je otevírající se soutěžní prostředí nejvíce ohroženo a dominantní soutěžitel, který na onom trhu doposud působil, nese speciální odpovědnost a jeho povinností je vyhnout se zakázanému jednání. Nemohu proto považovat skutečnosti uváděné zpracovatelem Posudku, jako například nutnost podat nabídku z toho titulu, že účastník řízení je národním dopravcem a že se od něj podání nabídek očekávalo, za okolnosti, které by dominantní podnik ospravedlňovaly nebo odůvodňovaly méně striktní přístup či výjimky z běžných postupů. Tato myšlenková konstrukce jde zcela proti smyslu a účelu úpravy veřejnoprávní ochrany hospodářské soutěže. Právě podnik v dominantním postavení na nově se otevírajícím trhu musí jednat zvlášť odpovědně a soutěžní orgán, včetně Komise, musí dbát na svoji roli. Je tedy zcela nepředstavitelné, že by se běžné metodiky užívané Úřadem či Komisí k posuzování predátorského jednání na tyto situace neaplikovaly a zcela proti smyslu a účelu právní úpravy by byla kontrola dominantních podniků v těchto citlivých situacích ztížena a pro dominantní podnik vytvořen větší prostor,

do něhož kontrolní orgány nemohly zasahovat, resp. by musely uplatňovat speciální postupy. Jsem naopak přesvědčen, že běžné postupy pro zjištění predátorského jednání se plně aplikují.

151. Dle výsledků porovnání nákladů a výnosů se tak predátorské jednání buď presumuje, nebo je nutné prokázat ještě volní složku v podobě úmyslu eliminovat konkurenci, záleží vždy na míře pokrytí nákladů. Nejsou-li pokryty ani vyhnutelné náklady (dříve se užívaly náklady variabilní), presumuje se, že jde o predátorské jednání, aniž by bylo nutno prokazovat další skutečnosti. Takto nízké ceny samy o sobě totiž nemohou mít dle judikatury[42] jinou motivaci než uzavření trhu prostřednictvím eliminace konkurence a tím i způsobení újmy spotřebitelům v dlouhodobějším horizontu. Tak je tomu i v právě posuzovaném případě. V případech, kdy jsou alespoň vyhnutelné náklady pokryty, přichází na řadu další dokazování, to ovšem neodpovídá Úřadem zjištěným skutečnostem v posuzovaném případě. Všechna tato východiska se v případě nově se otevírajícího trhu uplatní v plném rozsahu, zneužití dominantního postavení eliminací konkurentů již na začátku zpomaluje či zcela zabraňuje dalšímu postupu otevírání trhu, zabraňuje vzniku hospodářské soutěže a spotřebitelé ve svém důsledku nesou náklady, a to ať již v podobě vyšších cen, či přeneseně prostřednictvím státního financování ztrát dominantního podniku.

152. V napadeném rozhodnutí je jasně podloženo, že nebyly pokryty vyhnutelné náklady ani náklady variabilní, neboť Úřad postupoval jak podle aktuálních Pokynů k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele, tak k námitkám účastníka řízení provedl kalkulaci rozdílu nákladů i výnosů podle původního přístupu, který se historicky formoval například v případě Akzo.[43] Opět tedy musím konstatovat, že Úřadem nebylo nic zanedbáno a že byly ověřeny všechny doposud užívané postupy k prokazování podnákladovosti cen a predátorského jednání.

153. Další námitky zpracovatele Posudku směřují k tomu, že Úřad nesprávně vyšel z toho, že vyhnutelné náklady jsou větší nebo rovny variabilním nákladům. Úřadem provedené porovnání variabilních nákladů tak nepovažuje za skutečnost prokazující to, že skutečně došlo k poskytování služeb za podnákladové ceny. Zpracovatel Posudku zde uvádí několik příkladů, na nichž ilustruje, že variabilní náklad nemusí být automaticky vyhnutelný (např. náklady na trakční energii jsou variabilní, neboť se mění v závislosti na objemu přepravních výkonů, ale ze smluv na dodávky nafty není možné se ihned vyvázat, tedy tento náklad nelze plně označit jako vyhnutelný).

154. Vyhnutelné náklady jsou definovány jako náklady, kterým se lze vyhnout buď tím, že jistou hospodářskou aktivitu ekonomický subjekt vůbec nezačne vykonávat, nebo s jejím výkonem přestane. Při posouzení vyhnutelnosti hraje určitou roli také období, v rámci něhož je vyhnutelnost posuzována. Například ukončením provozu výrobní linky ihned nezmizí náklady na údržbu budovy, v níž byla linka umístěna, nicméně lze očekávat, že se tuto nepotřebnou budovu v určitém časovém horizontu podaří odprodat a vyhnout se tak i těmto nákladům.

155. Jelikož v posuzovaném případě se jedná o období 8 let, v rámci něhož byly předmětné přepravní služby poskytovány, je nutné otázku vyhnutelnosti posuzovat optikou celého

[42] Rozsudek SDEU ve věci France Télecom, C – 202/07 P ze dne 2. 4. 2009, bod 109.
[43] Rozsudek SDEU ve věci C – 62/86 ze dne 3. 7. 1991.

sledovaného období. V rámci něho byla tedy klasifikace provedená správním orgánem prvního stupně zcela správná, a to i u onoho zlomku trakčních nákladů či nákladů mzdových, které by mohly vznikat po bezprostředním ukončení provozu na linkách Plzeň – Most a Pardubice – Liberec. Vždy by šlo o několik měsíců nikoli o nevyhnutelnost nákladů v rámci časového horizontu 8 let. Dále je třeba si uvědomit, že vyhnutelné náklady jsou náklady, které by nevznikly, kdyby se určitá hospodářská činnost vůbec nerealizovala – tedy náklady na případné odstupné či náklady spojené s vyvázáním se ze smluv na dodávku nafty apod. by vůbec nevznikly, neboť kdyby tato ekonomický činnost vůbec vykonávána nebyla, nebylo by třeba zaměstnanců ani trakční energie k jejímu výkonu. Okolnosti, které motivovaly účastníka řízení podat nabídku, také nijak neovlivňuje otázku vyhnutelnosti nákladů. Jestliže měl účastník řízení pocit, že jako národní dopravce by měl nabídky podat, nic to nemění na tom, že se vznikajícím nákladům mohl snadno vyhnout, resp. nepodávat takové nabídky, které pro něj budou již od samého počátku tak ekonomicky nevýhodné, že z výnosů nedokázal pokrýt ani vyhnutelné náklady. Popsané úvahy zpracovatele Posudku tak v žádném případě nezpochybňují správnost závěru správního orgánu prvního stupně o tom, že po celé rozhodné období neměl účastník řízení pokryty ani vyhnutelné náklady a že by jeho ekonomická situace byla výhodnější, kdyby tyto služby vůbec neposkytoval.

156. I tyto námitky obsažené ve předloženém Posudku tak s ohledem na shora uvedené považuji za nedůvodné.

G. Vymezení relevantního trhu

157. Z pohledu věcného vymezil správní orgán prvního stupně relevantní trh jako trh poskytování služeb dálkové osobní železniční dopravy v závazku veřejné služby, což zahrnuje přepravu osob a zavazadel a rovněž veškeré služby s tím související. Nejedná se o služby provozované mimo závazek veřejné služby na komerční riziko, přičemž dle napadeného rozhodnutí není činěn rozdíl mezi způsobem zadání konkrétního plnění, resp. zakázky, v rámci závazku veřejné služby. Z pohledu geografického byl trh vymezen celým územím České republiky, nikoli jednotlivými linkami, na které byla vypsána nabídková řízení.

158. Zakázky v rámci závazku veřejné služby byly v rozhodném období zadávány Ministerstvem dopravy buďto na základě přímého zadání nebo na základě nabídkového řízení. Základní odlišnost zde nespočívá v druhu poptávaných služeb, ale v podmínkách výběru dodavatele na nabídkové straně. Role spotřebitele je zde do značné míry upozaděna, neboť zadavatel poptává na určité období služby v takové podobě, aby uspokojil běžné požadavky spotřebitelů. Nejde tak o shodné nastavení jako u poskytování služeb na komerční riziko, kdy jde v prvé řadě o to zaujmout spotřebitele a získat co nejvyšší počet cestujících. Zde na základě zjištění o stávajícím chování spotřebitelů zadavatel formuluje své požadavky, kterým musí nabídková strana vyhovět, a případné ztráty vybraného poskytovatele služeb jsou ze strany zadavatele v souladu s nastavenými podmínkami kompenzovány. Toto základní paradigma poskytování přepravních služeb v závazku veřejné služby zůstává zachováno bez ohledu na způsob výběru poskytovatele služeb.

159. Musím proto konstatovat, že správním orgánem prvního stupně byla zcela správně detekována zásadní odlišnost mezi režimem poskytování přepravních služeb na komerční riziko a jejich poskytováním v závazku veřejné služby. Toto oddělení konečně nerozporuje ani účastník řízení. Ten namítá, že nesprávnost postupu správního orgánu prvního stupně

spočívá v tom, že do jednoho trhu zahrnul jak zakázky zadávané přímým zadáním tak zakázky zadané na základě nabídkového řízení. Podle účastníka řízení by mělo jít o oddělené relevantní trhy, neboť způsob zadání je výraznou překážkou vstupu na trh a souvisí s existencí hospodářské soutěže na tomto trhu.

160. Porovnáme-li podmínky poskytování služeb u obou způsobů zadání, lze identifikovat následující. Nabídkové řízení klade na zadavatele určité nároky na specifikaci poptávaného plnění, neboť tato specifikace musí umožnit zpracování vzájemně porovnatelných nabídek různými potenciálními poskytovateli. Podoba smluvního vztahu a z ní vyplývající parametry poskytovaných služeb jsou také předem specifikovány a mají zůstat v zásadě shodné po celou dobu plnění. Změny a modifikace smluvního vztahu nejsou vyloučeny; nejde o smluvní vztahy zcela neměnné, neukončitelné a nevypověditelné. Přímé zadání také vyžaduje, aby budoucí dodavatel předložil zadavateli finanční model nákladů, výnosů a čistého příjmu, které mají vyplynout ze smlouvy. Zadavatel je pak povinen tento model prověřit, aby nedošlo k uzavření smlouvy s nadměrnou výší kompenzace ztrát z veřejných rozpočtů.[44] Na zkladě tohoto modelu je pak uzavřena smlouva na určité období. Způsob zadání tedy s sebou nese určité rozdíly a specifika, nejedná se ovšem o zásadní rozdíl v podmínkách poskytování přepravních služeb oproti službám poskytovaným na základě přímého zadání. Způsoby zadání se projevují zejména v okamžiku výběru vhodného dodavatele. Nabídkové řízení ze strany potenciálních dodavatelů vyžaduje specifické nároky na vlastní promyšlení a kalkulaci nabídky, nicméně stále se jedná o poskytování služeb, jejichž parametry jsou stanoveny zadavatelem (nejsou tak utvářeny pouze bezprostřední soutěží o jednotlivé spotřebitele). Průběh plnění služeb, jistota poskytování určitého objemu služeb po určité období, mechanismus úhrady prokazatelné ztráty – to vše je u obou způsobů zadání zakázky shodné.

161. Podle tvrzení účastníka řízení je přímé zadání zásadní bariérou pro vstup na trh a vznik hospodářské soutěže. Tyto skutečnosti ovšem pouze popisují stav soutěžního prostředí na relevantním trhu, nevymezují ovšem trh samostatný. Trh, na němž byly ze strany České republiky poptávány a poskytovány služby osobní železniční dálkové přepravy, se v rozhodném období teprve počal více otevírat hospodářské soutěži, což správní orgán prvního stupně náležitě zohlednil. Relevantním trhem totiž nemusí být nutně trh, na němž již soutěž živě probíhá, ale také potenciální trh, který se teprve otevírá, či by mohl být soutěži otevřen.[45] Nelze tak vycházet z toho, že pokud je nějaký trh pro soutěž teprve otevírán, automaticky nemůže být vymezen jako relevantní trh. Jak popsal správní orgán prvního stupně, v České republice v rozhodném období existoval trh dálkové osobní železniční přepravy v závazku veřejné služby, který byl postupně otevírán hospodářské soutěži. Linky, na nichž v rozhodném období proběhlo zadání zakázky pomocí nabídkového řízení, představovaly první příležitosti pro otevřenou soutěž.

162. Účastník řízení v této souvislosti poukazuje na bod 24 Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství (97/C 372/03), podle něhož: „*Třetí zdroj konkurenčního omezování, potenciální hospodářská soutěž, se při vymezování trhů nebere v úvahu, protože podmínky, za nichž potenciální hospodářská soutěž ve skutečnosti znamená účinné konkurenční omezování, závisejí na analýze zvláštních faktorů a okolností*

[44] Podrobně jsou jednotlivé postupy popsány v bodech 14 – 24 napadeného rozhodnutí.

[45] Srov. rozsudek ESD ze dne 12. září 2000, ve spojených věcech C-180/98 až C-184/98, Pavel Pavlov a další proti Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten.

vztahujících se na podmínky vstupu. Pokud je třeba, provádí se tato analýza v další fázi, obvykle tehdy, kdy již bylo postavení zúčastněných společností na relevantním trhu zjištěno a kdy toto postavení vyvolává obavy o ohrožení hospodářské soutěže."

163. Sdělení Komise v bodech 15 – 24 shrnuje hlavní zásady definice relevantního trhu. Jedná se tak o obecné principy, které se obvykle užívají, a nastavení těchto principů nijak nevylučuje existenci jiných faktorů, v důsledku nichž bude Komise postupovat odlišným způsobem. Obecně tak platí, že etalonem vymezování relevantního trhu je poptávková substituce čili schopnost poptávkové strany trhu zvolit substituční produkt. Nahraditelnost na straně nabídky je pro vymezení relevantního trhu také plně využitelná, a to zejména v situacích, kdy „*dodavatelé mohou převést výrobu na relevantní výrobky a v krátké době je uvést na trh, aniž by jim vznikaly významné další náklady nebo rizika jako reakce na malé a trvalé změny relativních cen*."[46] V těchto situacích má z pohledu účinku na trh nabídková substituce stejný dopad jako substituce poptávková.

164. Způsob provozování dálkové železniční dopravy právě v závazku veřejné služby také není vhodným modelem pro vymezení relevantního trhu na principu origin-destination (tedy pouze ve vztahu ke konkrétní lince), neboť ten, komu je provozování linky veřejným zadavatelem na dané období svěřeno, by byl vždy automaticky dominantním soutěžitelem, přičemž by mohlo jít o drobného soutěžitele provozujícího právě a jen jedinou linku. Jak bylo řečeno výše v souvislosti s případem First/Keolis/TPE, důležitá je síla postavení soutěžitelů na trhu jako celku, která se pak odráží v míře konkurence v rámci jednotlivých výběrových řízení, která na relevantním trhu probíhají. Model origin-destination je příznačný zejména pro vymezování relevantních trhů fungujících na komerčním principu, kde se na určité lince střetává několik soutěžitelů přímo a bezprostředně soutěžících o jednotlivé cestující bez možnosti kompenzace ztrát z veřejných prostředků apod. V případě poskytování služeb v závazku veřejné služby je naopak vhodnější definovat relevantní trh na úrovni sítí.

165. Model provozování přepravních služeb v závazku veřejné služby zahrnuje na jedné straně orgán veřejné správy (zde Ministerstvo dopravy), který má za úkol zajistit dopravní obslužnost určitých oblastí na odpovídající úrovni tak, aby byly pokryty potřeby cestujících, byť by poskytování těchto služeb nebylo ekonomicky rentabilní a udržitelné. Jak je podrobně popsáno v napadeném rozhodnutí, konání nabídkových řízení ve vztahu k jednotlivým linkám bylo voleno ze strany Ministerstva podle vhodnosti k realizaci nabídkových řízení[47] s ohledem na potřebu předem definovat požadované parametry služeb v rámci formalizovaných podmínek. Na nabídkové straně pak stojí soutěžitelé, kteří jsou schopni tyto služby zajistit, přičemž právě díky modelu úhrady ztrát z veřejných rozpočtů mohou tito soutěžitelé nabízet své služby bez vázanosti na okamžité chování cestujících na konkrétní lince, což je klíčové u poskytování služeb na vlastní komerční riziko. Z pohledu střetávání se této nabídky a poptávky tak není na místě oddělovat linky, na nichž v rozhodném období byla realizována nabídková řízení od linek, na nichž byly podmínky provozování nastaveny na shodném principu, ovšem dodavatel byl vybrán na základě přímého zadání.

166. Střetávání nabídky a poptávky v popsaném prostředí probíhá na principu průběžného uzavírání smluv na provoz jednotlivých linek či celých sítí – podle toho, jaký způsob zadání je

[46] Bod 20 Sdělení Komise.
[47] Viz body 30 a 32 napadeného rozhodnutí.

volen a jak je vhodné a účelné definovat objem, případně další detailnější parametry poptávaných služeb. Nabídková strana pak je schopna uspokojit potřeby poptávkové strany bez vázanosti na jednu konkrétní příležitost k uzavření smlouvy. Jde tedy o konkurenční boj o příležitosti uzavřít smlouvu, nikoli o konkurenční boj o zákazníky na konkrétní lince. V případě těchto tzv. bidding markets je tedy zkreslující zaměřovat se pouze na jedinou konkrétní příležitost k uzavření smlouvy, naopak je nutné zohlednit celé spektrum těchto příležitostí, na které je schopna a ochotna nabídková strana bez problémů reagovat – viz výše popsaná východiska odpovídající bodu 20 Sdělení Komise.

167. Je také nesprávné vnímat každou příležitost k uzavření smlouvy jako jediný samostatný a uzavřený relevantní trh, který po uzavření smlouvy na několik let zaniká a posléze znovu vzniká, jak naznačuje účastník řízení v bodě 121 svého rozkladu. Fungování tohoto typu trhu totiž vždy počítá s tím, že až do otevření další příležitosti pro uzavření smlouvy je hospodářská soutěž omezena. Trh jako takový nezaniká a jeho parametry se díky ztrátě jedné z příležitostí k uzavření smlouvy nemění.

168. Nejde ani o potenciální soutěž ve smyslu bodu 24 Sdělení komise, na který poukazuje účastník řízení. Potenciální soutěží se podle Sdělení Komise rozumí konkurenční tlak, který vytváří na podnik možnost vstupu nového konkurenta na relevantní trh. Zde se naopak jedná o specifické fungování relevantního trhu typu bidding market, kdy se opakovaně otevírají příležitosti k uzavření smlouvy. Tyto příležitosti se sice mohou vyznačovat různou mírou efektivnosti hospodářské soutěže (podle typu zadání), nejde ovšem o příležitosti hypotetické, ale o podstatu fungování tohoto trhu.

169. Dále je třeba zdůraznit, že v rámci rozhodného období bylo zcela zjevné, že trh dálkové osobní železniční dopravy bude dále otevírán a budou vznikat další příležitosti k uzavření smlouvy, a to nejen na základě přímého zadání, ale také prostřednictvím nabídkového řízení, a tedy že bude dáván větší prostor uplatnění otevřené soutěže o jednotlivé příležitosti uzavřít smlouvu. Jak poukázal účastník řízení v rozkladu, v průběhu rozhodného období bylo vydáno Nařízení 1370/2007 i zákon č. 194/2010 Sb. směřující k otevírání trhu osobní železniční přepravy a v průběhu trvání jednání, jež je účastníku řízení kladeno za vinu, bylo zjevné, že ze strany Ministerstva dopravy bude vyvíjena snaha o to, aby další příležitost k uzavření smlouvy měla podobu otevřené soutěže. Ani zde tedy nelze hovořit o hypotetickou možnost uplatnění otevřené soutěže, ale jasně deklarovaný počátek procesu otevírání relevantního trhu. Nelze tak od sebe izolovat linky jen podle druhu zadání smlouvy.

170. Nemohu se také ztotožnit s účastníkem řízení v tom, že by správní orgán prvního stupně ignoroval či věnoval nedostatečnou pozornost historickým souvislostem a běžné praxi zadávání zakázek v oblasti dálkové osobní železniční přepravy v závazku veřejné služby v letech 2006 a 2007. Správní orgán prvního stupně v bodech 14 – 24 napadeného rozhodnutí shrnul právní rámec zadávání zakázek v tomto odvětví za celé rozhodné období, v bodech 25 – 31 napadeného rozhodnutí popsal, jak byly od roku 2007 Ministerstvem dopravy v této oblasti zakázky fakticky zadávány, a v bodech 32 a násl. shrnul všechny okolnosti související se zadávacími řízeními na linky Plzeň – Most a Pardubice – Liberec. Jedná se o zevrubný přehled popisující stav a fungování trhu služeb dálkové osobní železniční dopravy v závazku veřejné služby v České republice, a to od roku 2006 do roku 2014. Správní orgán prvního stupně přímo vycházel z toho, že v posuzovaném případě šlo o trh, jehož otevírání v rozhodném období teprve počínalo, a že zadávací řízení na linky Plzeň – Most a

Pardubice – Liberec představovala první příležitosti pro širší uplatnění otevřené hospodářské soutěže. Jak již bylo řečeno výše, vymezení relevantního trhu nebrání to, že jde o trh, který se soutěži otevírá a na němž se otevřená soutěž prosazuje postupně. U takových prvních příležitostí pro otevřenou soutěž je naopak klíčové zachovat férovou soutěž a zabránit získávání neoprávněných výhod vznikajících z toho, že soutěžní prostředí není otevřeno zcela.

171. Správní orgán prvního stupně i účastník řízení zmiňují také některá rozhodnutí Komise - konkrétně opět rozhodnutí First/Keolis/TPE JV (COMP/M.3273) a rozhodnutí ve věci DSB/First/Öresundstag (M.4806). Jedná se o rozhodnutí v oblasti povolení spojení, kdy Komise sice neshledala dopad na obchod mezi členskými státy, ovšem vymezovala v těchto rozhodnutích relevantní trh v oblasti osobní železniční přepravy. V obou případech byl relevantní trh vymezen na úrovni sítí. Princip origin – destination nebyl v rozhodnutích aplikován a jeho vhodnost nebyla ani podrobně zkoumána, jelikož Komisí posuzovaná spojení nevyvolávala obavy z negativního dopadu na obchod mezi členskými státy. Na základě těchto rozhodnutí lze tedy dospět k závěru, že v kontextu dálkové osobní železniční dopravy jsou v obecné rovině aplikovatelné oba přístupy, bude však vždy záležet na každém konkrétním případě. Tento přístup ilustruje například další účastníkem řízení odkazované rozhodnutí Komise Govia/Connex South Central (M.2446), taktéž ve věci posuzování spojení. V právě posuzovaném případě je, jak již bylo vysvětleno, klíčová nepřímá role spotřebitele a skutečnost, že konkurenční boj je soustředěn na jednotlivé příležitosti k uzavření smlouvy, nikoli na získání zákazníků na konkrétní lince. Správní orgán prvního stupně tedy zvolil při vymezování relevantního trhu vhodnou strategii odpovídající skutkovým okolnostem posuzovaného případu.

172. Účastník řízení také kritizuje odkaz správního orgánu prvního stupně na rozhodnutí Švédského soutěžního úřadu Statens Järnvägar proti Konkurrensverket[48]. Správní orgán prvního stupně odkazem na toto rozhodnutí v bodě 116 napadeného rozhodnutí ilustruje to, jak jsou pojímány bidding-markets v jiných zemích – zejména v situacích, kdy je trh s jedním tradičním soutěžitelem více otevírán hospodářské soutěži. Nezachází s ním jako se závazným rozhodnutím či s podkladem napadeného rozhodnutí. V kontextu jeho odůvodnění jde o rozšiřující porovnání s přístupy jiných soutěžních Úřadů. Tento odkaz tak nepovažuji za nepřiléhavý či nevhodný.

173. Dále je třeba zdůraznit skutečnost, že správní orgán prvního stupně poptávkovou stranu trhu neignoroval. V rámci homogenity poptávkové strany rozlišil dálkové či nadregionální linky a linky regionální, které se liší svým významem, vzdáleností, požadavky na rychlost vlaků, četnost zastávek a také tím, kdo je jejich zadavatelem. V případě dálkové dopravy jde o Ministerstvo dopravy, v případě dopravy regionální jsou to obce a kraje. Relevantní trh se omezuje na dálkovou osobní železniční přepravu v závazku veřejné služby, provedl tak v kontextu výše popsaných specifik bidding markets také odpovídající diferenciaci charakteru poptávaných služeb i na straně poptávkové.

174. Závěrem shrnuji, že správní orgán prvního stupně vymezoval relevantním trh s ohledem k historickým okolnostem, ke specifikům daného typu tržního prostředí a vycházel přitom

[48] Rozsudek Marknadsdomstolen ze dne 1. 2. 2000 ve věci *Statens Järnvägar proti Konkurrensverket*, dostupné na:http://www.marknadsdomstolen.se/Filer/Avg%C3%B6randen/Dom00.2.pdf.

plně z teoretických standardů unijního práva. Námitky účastníka řízení týkající se nesprávného vymezení relevantního trhu považuji za nedůvodné.

H. Neprokázání vzniklé újmy

175. Vzniklou újmu identifikoval správní orgán prvního stupně vzhledem k dalším soutěžitelům VIAMONT a Connex a toto jednání mělo podle napadeného rozhodnutí potenciál způsobit újmu také spotřebitelům. Deklarovaná újma reflektuje charakter jednání účastníka řízení, které se sestávalo ze dvou částí. V první části – tedy při vlastním podání nabídek – vzniklá újma dle napadeného rozhodnutí spočívá ve vyloučení konkurentů VIAMONT a Connex z účasti na hospodářské soutěži na relevantním trhu. Následné poskytování služeb za ceny, které nepokrývaly ani vyhnutelné náklady, pak zajistilo jejich vyloučení po dobu celých 8 let (resp. snahy účastníka řízení o to, aby nedošlo ke vzniku další příležitosti uzavřít smlouvu) a také zbrzdil otevírání relevantního trhu pro přístup konkurenčních poskytovatelů služeb v rámci započatého liberalizačního procesu. Dále správní orgán prvního stupně konstatoval, že predátorské jednání v počátcích otevírání trhu vysílá negativní signál ostatním soutěžitelům také do budoucna, brání širšímu uplatnění hospodářské soutěže na relevantním trhu a připravuje spotřebitele o výhody plynoucí z efektivního konkurenčního prostředí. Konečně správní orgán prvního stupně identifikoval i hrozbu v podobě vynahrazování si způsobené ztráty.

176. Tyto závěry účastník řízení zpochybňuje jako nedostatečně prokázané. Za prvé proto, že Úřad neurčil, který ze zbývajících soutěžitelů by se umístil na druhém místě – resp. neprokazuje, kdo by byl zadavatelem vybrán, kdyby nabídka účastníka řízení pokrývala jeho vyhnutelné náklady, a komu tedy byla způsobena újma. Za druhé proto, že na něj Úřad nedůvodně přenáší odpovědnost za nepříliš úspěšné snahy o provedení liberalizace trhu. A konečně za třetí proto, že není dostatečně prokázána újma způsobená spotřebitelům, neboť není doloženo, že by jiný dopravce mohl skutečně cestujícím poskytnout kvalitnější služby.

177. Znakem skutkové podstaty dle § 11 ZOHS i čl. 102 SFEU je také vznik újmy. Z napadeného rozhodnutí tak musí být zjevné, že tento prvek skutkové podstaty je naplněn, tedy že újma v důsledku jednání určitého soutěžitele v dominantním postavení opravdu vznikla. Nejde ovšem o požadavek na přesné vymezení této újmy. Nejvyšší správní soud v tomto kontextu vyložil, že je nezbytné, aby bylo z rozhodnutí Úřadu jasně patrné, v čem újma spočívá, přičemž to, že Úřad vzniklou újmu nevyčíslí, nemá vliv na zákonnost závěru o vzniku újmy či o zneužití dominantního postavení.[49] Vycházel přitom z nálezu Ústavního soudu sp zn. II. ÚS 192/05 ze dne 11. 7. 2007, který konstatoval, že *„újma zahrnuje veškeré škodlivé následky, které mají příčinnou souvislost s jednáním dominanta, a již s přihlédnutím k tomu, že újma musí vzniknout, nikoli toliko hrozit, je třeba ji pojmout široce. Kromě přímé materiální škody lze tak za újmu považovat ztrátu zákazníků, ztrátu postavení na trhu, potřebu překonávat v důsledku dominantova jednání vniklé bariéry vstupu na trh, ale také vzniklou potřebu soutěžitele, u něhož je vznik újmy zkoumán, činit v bezprostřední reakci na dominantovo jednání i takové úkony, které by za jiných okolností činit nemusel, tj. potřebu aktivizovat se a odvracet pro něj nepříznivé dopady dominantova jednání. Újmu přitom není zapotřebí ve vztahu k jednotlivým účastníkům trhu přesně kvantifikovat (jako by tomu bylo v případě „škody“ – tedy materiální újmy vyjádřitelné v penězích), je však třeba konkretizovat, v čem*

[49] Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j.5 Afs 21/2010 – 295 ze dne 13. 4. 2011.

taková újma spočívá. Ve vztahu k posuzovanému případu tato úvaha znamená, že pokud se na trhu hodlal etablovat jiný soutěžitel a pokud tento soutěžitel musel vyvinout úsilí k překonání překážky způsobené dominantem, pak je podmínka prokázání újmy splněna."

178. Prokázání tohoto prvku skutkové podstaty tedy vyžaduje vznik skutečné újmy, nikoli újmy pouze hrozící. Tato újma je chápána velmi široce a může jí být například i potřeba překonávat dominantem vytvořenou překážku ve vstupu na trh. Z pohledu dokazování je nutné újmu řádně specifikovat, nikoli již kvantifikovat, což souvisí se širokým chápáním pojmu újma a s tím, že její kvantifikace je spíše otázkou pro soukromoprávní oblast a vymáhání jejích náhrady před civilními soudy. Jak bylo shrnuto na počátku této části odůvodnění, újma v posuzovaném případě spočívá ve vytvoření překážky, která znemožnila soutěžitelům VIAMONT a Connex vstoupit na relevantní trh. Tato překážka byla vytvořena podáním nabídky zadavateli, která obsahovala tak nízkou předpokládanou výši prokazatelné ztráty, že s takovouto výší nemohl být účastník řízení schopen pokrýt po celé období plnění vyhnutelné náklady. Dále byla tato překážka udržována prostřednictvím poskytování služeb za podnákladové ceny a neuváděním skutečné výše nákladů, ale pouze výše uznatelné podle Smluv. Tak bylo zajištěno, aby nedošlo k opětovnému vzniku příležitosti k uzavření smlouvy, kterou by mohli konkurenční soutěžitelé využít, a to bez ohledu na druh zadání. V souladu s uvedenou judikaturou vytvoření takové překážky ve vstupu na trh a vyloučení jiných soutěžitelů z účasti na hospodářské soutěži (zde také v podobě vyloučení vzniku příležitosti pro uzavření nové smlouvy se zadavatelem) představuje újmu. Tato újma byla způsobena v příčinné souvislosti s jednáním účastníka řízení a je nerozhodné, které ze společnosti VIAMONT či Connex byla způsobena újma vyššího rozsahu – tj. která ze společností by byla vybrána zadavatelem k uzavření smlouvy. Kvantifikace způsobené újmy znakem skutkové podstaty není a není ji nutné prokazovat.

179. Příčinná souvislost mezi jednáním účastníka řízení a postupem liberalizace trhu je dle napadeného rozhodnutí dána právě vyloučením konkurence podáním nabídek obsahujících výši prokazatelné ztráty, která ani spolu s dalšími výnosy nemohla v rámci rozhodného období pokrýt vyhnutelné náklady účastníka řízení. Správní orgán neklade účastníku řízení za vinu postup Ministerstva dopravy. Poukazuje pouze na to, že účastník řízení využil svého dominantního postavení na trhu k tomu, aby v rámci prvních příležitostí pro otevřenější soutěž na trhu vytlačil své konkurenty pomocí podnákladových cen a udržoval tento stav po celé sledované období. Dopady na soutěž jsou tak správním orgánem prvního stupně v napadeném rozhodnutí vztahovány nikoli k tomu, že by byl účastník řízení zodpovědný za to, jak Ministerstvo dopravy nadále postupovalo v rámci liberalizace trhu, ale k tomu, jak svým jednáním ovlivnil výsledek prvních pokusů Ministerstva dopravy o provedení nabídkových řízení, kdy u 2 z celkem 3 příležitostí (přičemž třetí řízení bylo nakonec zrušeno) podal nabídky s takovou předpokládanou výší prokazatelné ztráty, že jeho celkové výnosy nemohly pokrýt vyhnutelné náklady a po následujících 8 let poskytoval své služby za tyto ceny, způsoboval si ztrátu a bránil tak možnosti vytvoření nových příležitostí k uzavření smlouvy, čímž minimalizoval možnosti konkurentů ke vstupu na relevantní trh.

180. Skutková podstata sice vylučuje pouze potenciálně hrozící újmu, nicméně ve vztahu ke spotřebitelům ke vzniku újmy často dochází v delším časovém horizontu, není proto nezbytné, aby tato újma spotřebitelů již nastala, ale postačí zjištění, že v budoucnu nevyhnutelně nastane (například při predátorských cenách nastane negativní dopad na

spotřebitele v podobě opětovného zvýšení cen dominantem po vytlačení konkurence za účelem kompenzace utrpěné ztráty). Správní orgán prvního stupně tak v napadeném rozhodnutí vymezuje újmu, která s ohledem na povahu posuzovaného jednání v delším časovém horizontu obvykle vzniká spotřebitelům v důsledku vyloučení hospodářské soutěže predátorským jednáním. Jde o specifikaci újmy, která již není nezbytná z pohledu prokázání naplnění všech prvků skutkové podstaty, neboť zde postačí újma způsobená jiným soutěžitelům v důsledku vytvoření a udržování překážky pro vstup na trh. Přesto jde o újmu, která spotřebitelům z logiky věci vznikat může a její popis je důležitou vazbou na soukromoprávní větev vymáhání soutěžního práva. To platí i pro možné omezení vstupu na trh jiných soutěžitelů než společností VIAMONT a Connex právě v důsledku udržování protiprávního stavu a vyslání negativního signálu pro budoucí příležitosti k uzavření smlouvy. Jde o újmu, která je s jednáním účastníka řízení inherentně spojena a bylo tedy na místě, aby i tento druh újmy správní orgán prvního stupně identifikoval.

181. Účastník řízení namítá také to, že závěry správního orgánu prvního stupně ohledně dopadů na trh nebyly doplněny odpovídajícími simulacemi vývoje tržního prostředí podle jednotlivých aspektů uvedených v bodě 20 Pokynů k prioritám a že nebyl řádně proveden test stejně efektivního soutěžitele.

182. Test stejně efektivního soutěžitele se užívá k tomu, aby bylo zjištěno, zda praktika uplatňovaná dominantním podnikem, je schopná na relevantním trhu poškodit – resp. vytlačit, i stejně efektivního soutěžitele, nejen drobné konkurenty, kteří nemusejí mít shodné možnosti optimalizace nákladů apod. Tento test není založen na porovnávání nákladů dominanta a jeho konkurentů, ale na porovnání vlastních nákladů dominanta a cen za nabízený produkt či službu.[50] Pokud zde dominantnímu podniku vzniká ztráta, test prokazuje, že ani stejně efektivní soutěžitel, který je schopen optimalizovat své náklady obdobně jako dominantní podnik, by nebyl ziskový. Bez dominantní pozice by si takový stejně efektivní soutěžitel nemohl dovolit zachování dané cenové hladiny, neboť nemá k dispozici možnosti kompenzovat tuto ztrátu jako dominantní podnik např. prostřednictvím krosfinancování či pozdějšího zvýšení cen. V posuzovaném případě, jak již bylo uvedeno výše, neměl účastník řízení pokryty po celé sledované období (8 let) ani vyhnutelné náklady, pravidelně zůstávala nepokryta cca 1/3 těchto nákladů, nemluvě o nepokrytí nákladů nevyhnutelných. Stejně efektivnímu soutěžiteli by tedy vznikaly obdobné ztráty a nebyl by schopen služby za těchto podmínek poskytovat. Požadavek účastníka řízení na to, aby byly simulovány např. náklady a ceny podniku jako je Deutsche Bahn je proto zcela nedůvodný a není ani součástí test stejně efektivního soutěžitele.

183. Bod 20 Pokynů k prioritám pak vyjmenovává činitele, které jsou zpravidla důležité pro posouzení toho, zda jednání dominantního podniku povede k uzavření trhu. Mezi tyto činitele patří: postavení dominantního podniku, podmínky na relevantním trhu, postavení konkurentů dominantního podniku, postavení zákazníků nebo dodavatelů vstupů, rozsah údajného zneužívajícího chování, případné důkazy o skutečném uzavření trhu, či přímé důkazy o případné strategii k vyloučení ostatních soutěžitelů. Tyto činitele jsou formulovány obecně, tedy vychází z existence běžně fungujícího soutěžního prostředí, které se snaží

[50] HILDEBRAND, Doris. *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. 596 s. ISBN 978-90-411-2513-2. S. 367.

dominantní podnik svojí činností uzavřít a vytlačit stávající konkurenci. V napadeném rozhodnutí je zevrubně popsáno, jak vypadalo v rozhodném období soutěžní prostředí na relevantním trhu, resp. že tento byl soutěži spíše uzavřen a vznikaly první příležitosti k uzavření smluv, kde se začala uplatňovat otevřená soutěž. Dále popsal zcela specifické postavení účastníka řízení jako tradičního dominanta na tomto trhu, který na něm otevřené soutěži před rokem 2006 čelit nemusel. Věnoval se také poptávkové straně relevantního trhu a identifikoval specifické postavení zadavatelů, a to že chování a preference spotřebitelů se na poptávkové straně projevuje nepřímo právě prostřednictvím těchto zadavatelů. Mám za to, že správní orgán zkoumal všechny činitele vyjmenované v bodě 20 Pokynů k prioritám, které jsou v posuzovaném případě použitelné, neboť, jak již bylo řečeno, jde o obecný výčet činitelů a tyto činitele se v každém konkrétním případě mohou projevovat různě. Jestliže tedy výchozím stavem byl relevantní trh s minimální přítomností konkurence a prostoru pro hospodářskou soutěž, jednání účastníka řízení směřovalo k tomu, aby byl zachován tento stav i přes kroky učiněné Ministerstvem dopravy k jeho liberalizaci.

184. Námitky účastníka řízení týkající se identifikace vzniklé újmy tak rovněž považuji za nedůvodné.

I. Posouzení vlivu jednání účastníka řízení na obchod mezi členskými státy

185. Při zkoumání dopadů jednání účastníka řízení na obchod mezi členskými státy vyšel Úřad z Oznámení Komise[51]. Toto oznámení popisuje jak to, co se rozumí dopadem na obchod mezi členskými státy obecně, tak to, kdy je tento dopad dán u jednotlivých typů protisoutěžního jednání. Obchod mezi členskými státy je dle Oznámení Komise chápán velmi široce, dopad na tento obchod také může být potenciální, tj. postačí důvodný předpoklad, že k takovému dopadu by mohlo dojít a není nutné zkoumat skutečnou míru zasažení.[52] Může tak jít o dopad přímý či nepřímý, skutečný i potenciální. Jednotlivé typy protisoutěžního jednání jsou v Oznámení rozděleny podle zasaženého území a podle věcného charakteru zkoumaného jednání. Zkoumaným jednáním bylo v posuzovaném případě zneužití dominantního postavení a zasaženým územím trh dálkové osobní železniční dopravy v závazku veřejné služby v České republice. Účastník řízení má dominantní postavení na trhu, který zahrnuje celou Českou republiku. Tento trh se počal více otevírat hospodářské soutěži – tj. v rozhodném období vznikaly první příležitosti k uzavření smlouvy na poskytování služeb na základě nabídkového řízení. Jednalo se o služby, o jejichž poskytování mohli mít zájem zahraniční soutěžitelé, soutěžitelé působící v jiných členských státech pouze částečně i soutěžitelé, kteří by takového přeshraničního působení byli schopni, případně také působení plánovali. Podání nabídek obsahujících výši předpokládané ztráty, která společně s dalšími výnosy nepokrývala vyhnutelné náklady účastníka řízení, vedlo k tomu, že ani shodně efektivní soutěžitel by nebyl schopen těmto cenám konkurovat, aniž by si působil velmi citelné ztráty. Udržováním tohoto stavu účastník řízení bránil tomu, aby na předmětných linkách mohla vzniknout nová příležitost pro uzavření smlouvy. Tím tedy nejen vyslal

[51] Commission Notice – Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 a 82 of the Treaty (2004/C 101/07) – (dále též „**Oznámení Komise**“).

[52] Rozsudek Soudu prvního stupně (třetího senátu) ze dne 7. října 1999, Irish Sugar plc proti Komisi Evropských společenství, věc T-228/97, bod 170, nebo rozsudek Soudního dvora ze dne 1. února 1978, Miller International Schallplatten GmbH proti Komisi Evropských společenství, věc 19/77, bod 15.

negativní signál jiným potenciálním zájemcům, ale také konzervoval stav na relevantním trhu.

186. Zjištěné skutečnosti spočívající v tom, že zasažené území pokrývá celý členský stát, že zde existuje pravděpodobnost zájmu soutěžitelů z jiných členských států o vstup na tento trh, že v daném období bylo tržní prostředí velmi citlivé a jednání účastníka řízení jasně signalizovalo jeho postoj k liberalizaci trhu a zvolenou strategii pro reakci na vstup nové konkurence, byla naplněna v podstatě všechna kritéria, která podle Oznámení Komise indikují, že dopad na obchod mezi členskými státy skutečně hrozil. Na shodné skutečnosti Úřad upozornila v rámci posuzovaného případu také Komise[53], která se vyjadřovala k návrhu prvostupňového rozhodnutí v právě posuzovaném případě.

187. Správní orgán prvního stupně dále zkoumal přímo linky Pardubice – Liberec a Plzeň – Most a jejich síťové zařazení z hlediska mezistátní přepravy i obchodní záměry soutěžitelů, kteří do předmětných řízení podali své nabídky. V tomto ohledu správní orgán prvního stupně u linky Plzeň – Most identifikoval síťovou návaznost na spojení mezi Plzní a Drážďany. V bodě 2012 napadeného rozhodnutí se správní orgán prvního stupně věnoval mimo jiné porovnání cen a vzdáleností alternativních tras vlakového spojení Plzeň – Drážďany přes Prahu a přes Most. U linky Pardubice - Liberec byla jednáním účastníka řízení způsobena újma vyloučením z hospodářské soutěže společnosti Connex, což je společnost, která byla v rozhodném období součástí skupiny Connex, resp. nadnárodní společnosti Veolia Environment působící mj. v oblasti osobní železniční dopravy v několika státech světa včetně EU. Společnost Connex lze tedy vnímat jako součást soutěžitele působícího v řadě členských států EU. S tím souvisí i obchodní záměry avizované společností Connex ohledně možností propojení linky Pardubice – Liberec s územím Německa.[54] I tato zjištění ukazují, že příležitosti k uzavření smluv na trhu dálkové železniční osobní dopravy v České republice měly význam pro soutěžitele jiných členských států a existovaly také záměry, které by ve svém důsledku rozšířily možnosti přeshraničního cestování spotřebitelům.

188. Účastník řízení s těmito závěry nesouhlasí. Je přesvědčen o tom, že toto posouzení je příliš formalistické. Dále poukazuje na to, že ucelený plán liberalizace relevantního trhu byl ze strany České republiky vytvořen až v roce 2010, nikoli v letech 2005 – 2006, kdy probíhalo zadávací řízení na linky Plzeň – Most a Pardubice – Liberec. Zpochybňuje také reálnost a podloženost obchodního záměru deklarovaného společností Connex a reálnou zaměnitelnost tras mezi Plzní a Drážďanami, a to pro malý či téměř nulový cenový rozdíl, který není schopen kompenzovat diskomfort daný délkou jízdy a nižší kategorií vozů.

189. K těmto námitkám uvádím následující. Při posouzení dopadu na obchod mezi členskými státy vycházel Úřad z Oznámení Komise a zkoumal naplnění všech podmínek, které podle tohoto Oznámení u daného typu protisoutěžního jednání indikují, že reálně hrozící možnost dopadu jednání na obchod mezi členskými státy je dána. Tyto podmínky se v právě posuzovaném případě vyskytují. Nejde tak o situaci, kdy by správní orgán prvního stupně vycházel toliko ze skutečnosti, že zasaženým geografickým rozměrem trhu je území celého členského státu. Vzal v úvahu jak tuto skutečnost, tak historické okolnosti a stav trhu a také hodnotil, zda by při postupující liberalizaci trhu byl dán reálný prostor pro obchod mezi členskými státy.

[53] Viz přípis Komise založený na listech č. 781 – 782 spisu.
[54] Viz nabídka společnosti Connex, č. l. 533, příloha č. 5 spisu sp. zn.P439/2009.

Všechny zkoumané okolnosti jasně ukazují na to, že potenciál zde skutečně je a že existovaly možnosti, záměry či úvahy ohledně propojení sítí a linek napříč členskými státy, jejichž realizace by s sebou nesla významné benefity pro mobilitu spotřebitelů mezi jednotlivými členskými státy. Nemohu tak považovat toto posouzení za formalistické a nedostatečně prokazující, že možnost reálných dopadů jednání účastníka řízení na obchod mezi členskými státy byla splněna.

190. V tomto ohledu není na překážku ani skutečnost, že plán postupu liberalizace trhu byl schválen až v průběhu jednání účastníka řízení, nikoli na jeho počátku. Již samotný fakt, že Ministerstvo dopravy počalo s uplatňováním zadávacích řízení v rámci otevřené soutěže, představuje jednoznačný signál, že Česká republika směřuje k liberalizaci tohoto trhu a v budoucnu budou vznikat další příležitosti k uzavření smlouvy za podmínek otevřené soutěže. Jednání účastníka řízení bylo hodnoceno jako trvající, neboť představovalo také snahu udržet nastavený závadný stav a neumožnit vznik dalších příležitostí k uzavření smlouvy pro konkurenční soutěžitele. Nelze tak označit dílčí kroky České republiky činěné během rozhodného období, nikoli pouze na jeho počátku, za irelevantní. Správním orgánem prvního stupně zmiňovaný negativní signál pro ostatní soutěžitele totiž nespočívá jen v tom, že účastník řízení bude reagovat na otevřenou soutěž podáním predátorské nabídky, ale také v tom, že dominantní postavení účastníka řízení na relevantním trhu je natolik silné, že mu umožňuje udržet takto nízké ceny po období celých 8 let (tedy že za celou dobu plnění nenastane situace, kdy by nebyl schopen plnit a musel by se zadavatelem vyjednat změnu podmínek, případně by muselo dojít k novému předčasnému zadání).

191. Skutečnosti zjištěné Úřadem ve vztahu k záměrům společnosti Connex také prokazují to, že jiní soutěžitelé, minimálně ti, kteří byli součástí nadnárodního uskupení, měli o vstup na relevantní trh zájem a zvažovali, jaké možnosti propojení sítí mezi členskými státy by mohli spotřebitelům nabídnout. Otázka toho, jak moc byly tyto plány propracovány a na to navazující posouzení jejich reálnosti, není z tohoto pohledu rozhodné. Tento požadavek vyplývá z i Posudku předkládaného účastníkem řízení, podle něhož je třeba zkoumat skutečný plán podrobně ve všech makroekonomických souvislostech a pracovat s konkrétními daty. Jak již ale bylo řečeno, zjištění Úřadu nevedou k prokázání toho, jak reálné bylo provedení konkrétního obchodního záměru společnosti Connex. Toto skutkové zjištění se vztahuje k závěru, že plány propojující národní linky a mezinárodní sítě vznikaly a také v budoucnu mohly vznikat, což dále dokládá reálnost hrozícího možného dopadu jednání účastníka řízení na obchod mezi členskými státy. Požadavek na prokázání reálnosti a významu tohoto plánu společnosti Connex pro mezinárodní přepravu jde nad rámec prokázání naplnění skutkové podstaty porušení čl. 102 SFEU. Šlo by o dokazování směřující ke kvantifikaci tohoto dopadu, což by potenciálně mohlo z pohledu naplnění skutkové podstaty a uložení trestu hrát roli pouze jako přitěžující okolnost jednání účastníka řízení.

192. Obdobně to platí i pro zjištění správního orgánu prvního stupně ohledně spojení Plzeň – Drážďany. Nejde zde o kvantifikaci dopadu – resp. o to prokázat, jak velkým substitutem obě alternativní trasy pro spotřebitele skutečně v rozhodném období byly a jak velkou část spotřebitelů tedy mohlo jednání účastníka řízení poškodit. Nepovažuji tak za podstatné zkoumat, jaký byl v rozhodném období cenový rozdíl mezi jízdenkami na obou trasách, rozdíl v kvalitě vozového parku či zkoumat citlivost spotřebitelů na poměr cena – kvalita – rychlost spojení. V kontextu právě posuzované věci je totiž klíčovou právě skutečnost, že taková

alternativa existovala a byla pro spotřebitele potenciálně zajímavá, čehož bylo možno využít v rámci otevírání trhu a rozšiřování nabídek přeshraničního spojení.

193. Obě tato zjištění učiněná správním orgánem prvního stupně ilustrují jeho úvodní zjištění ohledně existence reálně hrozícího dopadu jednání účastníka řízení na obchod mezi členskými státy v podobě vytváření překážek pro postupující liberalizaci trhu a vysílání negativních signálů jiným soutěžitelů, kteří mohli mít zájem profilovat se v rámci České republiky a integrovat vnitrostátní linky s napojením na sítě na území jiných členských států v daleko širší míře. Naplnění skutkové podstaty porušení čl. 102 SFEU tak považuji za dostatečně prokázané a námitky účastníka řízení za nedůvodné.

194. Na závěr části odůvodnění tohoto rozhodnutí, která je věnována přezkumu výroku napadeného rozhodnutí o vině účastníka řízení (výrok I napadeného rozhodnutí), uvádím, že také výrok č. II napadeného rozhodnutí je výrokem správným a zákonným, neboť podle § 11 odst. 2 ZOHS *„zjistí-li Úřad v řízení ve věcech podle odstavce 1 tohoto zákona, že došlo k zneužití dominantního postavení, tuto skutečnost v rozhodnutí uvede a tímto rozhodnutím takové jednání do budoucna zakáže.“* Úřad byl proto povinen současně s výrokem, o tom, že se účastník řízení dopustil deliktů spočívajících v porušení § 11 odst. 1 ZOHS, předmětné jednání také do budoucna zakázat.

J. Pochybení ohledně postupu při stanovení pokuty

195. Poslední část přezkumu napadeného rozhodnutí se týká uloženého trestu. Při ukládání trestu správní orgán prvního stupně vyšel z toho, že jde o dva skutky trvajícího charakteru, přičemž každým z nich došlo k naplnění skutkové podstaty dvou deliktů v jednočinném souběhu. Úřad tak musel při určování výše pokuty vycházet ze zásady absorpce, uložit trest za skutek nejzávažnější (nejpřísněji trestný) a v konkrétní výši trestu zohlednit i spáchání skutků zbývajících. S ohledem na shodné maximální výše trestu vycházel správní orgán prvního stupně ze závažnosti dopadů jednotlivých skutků, přičemž shledal, že z pohledu množství vyloučených konkurentů, rozsahu poskytovaných služeb apod. mělo nejzávažnější dopady porušení § 11 odst. 1 ZOHS na lince Pardubice – Liberec. Šlo o skutek v délce trvání 8 let a 6 měsíců.

196. Při stanovení výše pokuty Úřad vycházel ze „Zásad postupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže“. Nejprve vymezil obrat účastníka řízení na relevantním trhu za předchozí účetní období, aby byla určena maximální možná zákonná hranice výše pokuty. Při vlastním výpočtu vycházel z hodnoty prodejů dosažených účastníkem řízení za poslední ukončené účetní období, ve kterém se účastník řízení protiprávního jednání dopouštěl. Základní částku pokuty z pohledu závažnosti stanovil na 1 % hodnoty prodejů účastníka řízení na relevantním trhu v roce 2013, a toto číslo dále násobil koeficientem času odpovídajícímu období od 26. 5. 2006 do 13. 12. 2014. Koeficient času byl stanoven ve výši 2,66 (se zaokrouhlením na dvě desetinná místa dolů). Dále Úřad shledal jednu přitěžující okolnost v podobě úmyslné formy spáchání deliktu, za což vypočtenou částku zvýšil o 20 %. V rámci uplatnění absorpční zásady byla takto vypočtená částka finálně zvýšena o dalších 45 % (to odpovídá zvýšení o 15 % připadající na každý z absorbovaných deliktů). Výsledná částka pokuty tak činila 367 805 000 Kč.

197. Námitky účastníka řízení týkající se uložené pokuty jsou v rozkladu rozděleny do následujících okruhů.

Nesprávně určená výše základní částky pokuty

198. V prvé řadě tak účastník řízení namítá nesprávnost určení základní částky pokuty, což má být dáno jak nesprávným vyhodnocením skutku jako trvajícího deliktu (to se projevuje v určení posledního ukončeného účetního období i v koeficientu zohledňujícímu délku trvání deliktu), tak nesprávným vymezením relevantního trhu (to odráží hodnoty prodejů). Tyto námitky se tedy netýkají samotného způsobu výpočtu základní částky pokuty, ale již výše rozebraných skutečností a námitek účastníka řízení, které se projevují v mechanismu výpočtu pokuty.

199. Správní orgán prvního stupně stanovil základní částku pokuty zcela v souladu se zákonnými principy i se Zásadami pro ukládání pokut. Nedopustil se tedy žádného pochybení. Jak již bylo uvedeno výše, v posuzovaném případě se jedná o delikt trvajícího charakteru a délka jeho trvání byla určena správně, proto byl správním orgánem prvního stupně identifikován rok 2013 jako poslední ukončené účetní období a vypočten koeficient času 2,66 odpovídající délce předmětného jednání. Tyto námitky s odkazem na výše uvedené části odůvodnění tohoto rozhodnutí považuji za nedůvodné.

Nesprávná aplikace přitěžujících a polehčujících okolností

200. Hlavním pochybením vytýkaným účastníkem řízení je zde přitížení o 20 % za úmyslné spáchání deliktů. Účastník řízení zde poukazuje na to, že mu bylo přitěžováno za úmysl dvakrát, neboť skutková podstata deliktu dle § 11 odst. 1 písm. e) ZOHS, resp. čl. 102 SFEU, je založena na tom, že jde o jednání úmyslné.

201. Tato námitka účastníka řízení má své opodstatnění ve vztahu k velké části protiprávního jednání. Jak již bylo shora popsáno, jednání účastníka řízení se u každé z linek sestává ze dvou částí. První část spočívá v navození protiprávního stavu – tedy v podání nabídek obsahujících nepřiměřeně nízkou výši přepokládané ztráty. Druhá část spočívá v udržování protiprávního stavu prostřednictvím dlouhodobého poskytování služeb za nepřiměřeně nízké ceny. Toto jednání jako celek nelze podřadit pod jedinou typovou skutkovou podstatu, nicméně velmi významnou část tohoto jednání tvoří udržování protiprávního stavu, které by za jiných okolností bylo subsumováno pod skutkovou podstatu deliktu dle § 11 odst. 1 písm. e) ZOHS.

202. Tyto specifické okolnosti je nutné vzít v úvahu a nepostupovat automaticky tak, že při každé aplikaci obecné skutkové podstaty § 11 odst. 1 ZOHS na úmyslné jednání musí být nutně úmysl vyhodnocen jako přitěžující okolnost, neboť není nezbytnou součástí této obecné skutkové podstaty. Paušální přístup brání řádnému uplatnění správního uvážení, zejména pak v situacích, kdy určité jednání ještě nebylo typizováno a obsahuje v sobě více prvků.

203. Jednání účastníka řízení má jako celek predátorskou povahu. S ohledem na specifické fungování relevantního trhu ovšem toto jednání nemůže probíhat shodně, jako je popsáno ve skutkové podstatě § 11 odst. 1 písm. e) ZOHS, která je typická pro běžné tržní podmínky. Na druhou stranu velká část jednání účastníka řízení nese shodné znaky a v obecné rovině lze konstatovat, že obě části jednání účastníka řízení jsou součástí jediného záměru predačního charakteru.

204. Bylo tak zcela správné, že správní orgán prvního stupně z velké části vycházel ze znaků skutkové podstaty predátorského jednání, a to při současném zohlednění specifik jednání účastníka řízení. Predátorské jednání obecně znamená, že si „*dominantní podnik v krátkodobém horizontu úmyslně způsobuje ztráty nebo nechává ujít zisky s cílem uzavřít nebo pravděpodobně uzavřít jednomu či více svým skutečným či potenciálním konkurentům trh v zájmu posílení nebo zachování své tržní síly, a tím poškozuje spotřebitele*.“[55] Je tedy zjevné, že úmysl eliminovat konkurenci je u tohoto jednání zcela klíčový. Pokud totiž existuje pro toto jednání (uplatňování nepřiměřeně nízkých cen) jiné objektivní vysvětlení (např. uvolňování skladů, zaváděcí ceny apod.), pak nejde o jednání protiprávní.

205. Základní východiska, jichž správní orgán prvního stupně použil, pochází z již zmiňovaného případu Akzo. V rámci tohoto případu bylo postulováno, že dle výsledků nákladového testu se buďto presumuje, že nízké ceny nemohly být motivovány ničím jiným než vytlačením konkurentů, nebo výsledky nákladového testu ukazují, že je nutné úmysl eliminovat konkurenci dále prokazovat. Byť se již nákladový test provádí ve vztahu k vyhnutelným nákladům nikoli k nákladům variabilním, podstatu predačního jednání to nijak nezměnilo. Jeho inherentní součástí je tak úmysl eliminovat konkurenci, který se buďto presumuje, nebo se musí prokazovat. V posuzovaném případě šlo sice o komplexnější jednání, nicméně nezákonnost postupu účastníka řízení je dána tím, že realizoval svůj úmysl zabránit konkurenci v úspěšném vstupu na právě se otevírající relevantní trh, na němž zaujímal dominantní postavení. Prokázání této skutečnosti se opírá zejména o zjištění, že po celou dobu poskytování předmětných služeb nebyly pokryty ani vyhnutelné náklady (resp. ani náklady variabilní, jak ověřil správní orgán prvního stupně) účastníka řízení, čehož si musel být vědom již při podání nabídek Ministerstvu dopravy, a úmysl zabránit konkurentům ve vstupu na relevantní trh tak nemusel být speciálně prokazován, neboť je dostatečně patrný ze samotného charakteru zjištěného jednání.

206. Jestliže tedy správní orgán prvního stupně podpůrně vycházel z popsaných východisek platných pro jednání predačního typu i přesto, že díky specifickým podmínkám fungování relevantního trhu šlo o jednání komplexnější složené ze dvou fází a podřadil je pod obecnou skutkovou podstatu § 11 odst. 1 ZOHS, neměl by být opomenut ani inherentní vztah jednání predátorského typu s úmyslem eliminovat konkurenci. Jelikož i v právě posuzovaném případě bylo pro prokázání skutkové podstaty nezbytné zjistit, zda byly pokryty vyhnutelné náklady či nikoli, není možné od této úvahy oddělit úmysl eliminovat konkurenci. I v právě posuzovaném případě je proto nutno vnímat úmyslnou formu zavinění jako součást naplnění samotné podstaty deliktu, bez níž by o protiprávní jednání vůbec nemohlo jít, nikoli jako samostatnou přitěžující okolnost. Přitěžující okolnost totiž nemá vliv na to, zda by šlo o jednání protiprávní či nikoli.

207. Správní orgán prvního stupně tak nepostupoval správně, když si pro naplnění skutkové podstaty vybral pouze část východisek predátorského jednání a úmyslnou formu spáchání kvalifikoval jako přitěžující okolnost. Tento nesprávný postup je třeba v rámci rozhodnutí o rozkladu korigovat. Z toho důvodu jsem přistoupil ke změně výroku III. napadeného rozhodnutí, který se týká výše uložené pokuty. Základní částka pokuty ve výši 211 382 725,4 Kč – tj. 1 % z hodnoty prodejů účastníka řízení na relevantním trhu v roce 2013 a

[55] Srov. Pokyny k prioritám.

násobené koeficientem času 2,66 (období od 26. 5. 2006 do 13. 12. 2014) – tak neměla být zvyšována pro úmyslnou formu zavinění.

208. Dále účastník řízení namítá, že jelikož delikt byl spáchán již v roce 2006, uplynula od toho okamžiku již značná doba, což by mělo představovat polehčující okolnost.

209. Tato námitka účastníka řízení je opět navázána na názor účastníka řízení, že jeho jednání by bylo možné kvalifikovat pouze jako jednání jednorázové, nikoli jednání trvající. Této otázce je věnována samostatná část odůvodnění tohoto rozhodnutí, proto nyní pouze konstatuji, že správní orgán prvního stupně správně identifikoval jako jednání trvající až do téměř konce roku 2014. Teprve 13. 12. 2014 je tak možno považovat za okamžik ukončení protiprávního jednání, a tedy také za okamžik spáchání, nikoli rok 2006, kdy pouze došlo k založení protiprávního stavu. Již z tohoto důvodu nelze námitce účastníka řízení vyhovět. Dobu, která uplynula od ukončení protiprávního jednání do vydání napadeného rozhodnutí, nelze považovat za nepřiměřeně dlouhou, či dobu, která by zmenšovala škodlivost jednání účastníka řízení.

Nedostatečné posouzení, zda uložená pokuta nebude pro účastníka řízení nepřiměřená či likvidační

210. Ve vztahu k výši uložené pokuty účastník řízení také namítá nepřiměřenost výše uložené pokuty s ohledem na to, že linky, jichž se jednání dotýkalo, tvoří pouze zlomek železniční sítě v rámci celé České republiky a že uložení pokuty může vést ke snížení ratingu účastníka řízení a ke zhoršení jeho vztahů s věřiteli.

211. Zde je nutné poukázat na to, že „*konkrétní forma postihu (pokuta) a jeho výše musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností, jaké svědčí žalobci, zároveň musí být postih dostatečně znatelný v žalobcově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro žalobce likvidačním. V opačném případě by totiž postih delikventa smysl postrádal*.“[56] Určitá míra omezení, citelnost a negativní dopad do sféry delikventa je tak pravidelným a žádoucím následkem uložení trestu za protiprávní jednání. Pokuta byla stanovena s ohledem na zjištěné skutkové okolnosti a majetkové poměry účastníka řízení. To, že na něj má určitý negativní dopad např. v podobě snížení ratingu, je tedy pouze přirozeným důsledkem uložení trestu za protiprávní jednání, nejde o projev nepřiměřenosti výše uložené pokuty či dokonce likvidačnosti jejích dopadů na podnikání účastníka řízení.

212. Nepřiměřenost ukládané pokuty, resp. likvidačnost, nespočívá v tom, že by nemohlo dojít k citelnému zásahu a určitým negativním dopadům do sféry delikventa. Likvidačností se rozumí stanovení pokuty v takové výši, že od delikventa vyžaduje zaměření veškeré podnikatelské činnosti za účelem generování prostředků na úhradu pokuty, tj. situace, kdy zaplacení pokuty učiní veškerou podnikatelskou činnost delikventa bezúčelnou.[57] O zásahu podobné intenzity se účastník řízení nezmiňuje.

213. Správní orgán prvního stupně věnoval posouzení platební schopnosti účastníka řízení náležitou pozornost, přičemž vycházel z jeho majetkové a finanční situace za rok 2016. Výsledky tohoto posouzení jsou shrnuty v bodě 303 napadeného rozhodnutí. Majetková a

[56] rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 14/2013 ze dne 23. 10. 2014
[57] Srov. plenární nález Ústavního soudu ze dne 13. 8. 2002 sp. zn. Pl. ÚS 3/02.

finanční situace byla ověřena i před vydáním tohoto rozhodnutí ve vztahu k výsledkům hospodaření v letech 2017 a 2018. Hospodářská a finanční situace účastníka řízení zachycená ve výročních zprávách dostupných v obchodním rejstříku ukazuje, že celková zadluženost společnosti je na stabilní úrovni, osciluje kolem 50 %, což je považováno za doporučené zadlužení.[58] Od r. 2016 klesá koeficient zadluženosti a společnost se snaží vyšší měrou využívat vlastní zdroje. Obsah položky cizí zdroje tvoří především úvěry a půjčky (v r. 2018 ve výši 26,5 mld. Kč), ve kterých jsou zahrnuty vydané dluhopisy společnosti. Další ukazatele, jako je míra likvidity a rentability, se pohybují pod doporučenými hodnotami. Nicméně České dráhy, a.s., jsou státem vlastněnou a dotovanou společností, se strategickým postavením na trhu, což této společnosti propůjčuje velmi specifické tržní postavení oproti jiným komerčním subjektům, pro něž jsou tyto ukazatele interpretovány.

214. Z účetních výsledků z let 2016 – 2018 zachycených ve výročních zprávách tedy vyplývá, že u účastníka řízení došlo k poklesu zadlužení, jeho hospodářský výsledek je kladný,[59] zmiňovaný problém likvidity a dalšího financování je účastníkem řízení aktivně řešen, a to především vydáváním dluhopisů. Obrat soutěžitele (skupiny České dráhy) za rok 2018 dosáhl 40 588 milionů korun. Ze všech shora uvedených skutečností vyplývá, že pokuta ve výši 274 797 000 Kč není pro společnost likvidační, a to mimo jiné i vzhledem k vytvářeným rezervám.

Postup Úřadu je v souvislosti s navrhovanou sankcí v rozporu s principem legitimního očekávání

215. Nakonec účastník řízení poukazuje na opakované prošetřování jeho jednání ze strany Úřadu a na fakt, že toto šetření bylo opakovaně ukončeno, aniž by byly nalezeny indicie svědčící o možném protiprávním jednání. Účastník řízení tak měl jednat v dobré víře, což měl správní orgán prvního stupně zohlednit i při ukládání pokuty.

216. Opět se jedná o námitku, která zazněla již výše v souvislosti se samotnou otázkou, zda bylo jednání účastníka řízení protiprávní a nedošlo k dysfunkci ve výkonu státní správy. Jak tedy bylo podrobně rozebráno, podnákladovost cen je nutné posoudit na základě údajů o nákladech účastníka řízení, který Úřadu v rámci předběžných šetření poskytoval pouze údaje o nákladech uznatelných podle Smluv, nikoli údaje o nákladech, které mu skutečně vznikaly. Bez skutečných údajů Úřad nemohl odhalit indicie o protiprávním jednání. Teprve v důsledku zjištění NKÚ byly založeny pochybnosti, že vedle účastníkem řízení poskytovaných nákladů uznatelných podle Smluv existují ještě jiné údaje nasvědčující tomu, že skutečné náklady jsou vyšší. Teprve po tom, co na opakované žádosti Úřad získal údaje o skutečných nákladech, bylo objektivně možné získat dostatečné indicie o protiprávním jednání. Jak již bylo uvedeno, účastník řízení si musel být vědom, že Úřadu a potažmo Ministerstvu dopravy poskytuje pouze údaje uznatelné podle Smluv a nikoli údaje o skutečných nákladech. Nelze tak okolnosti předcházející zahájení správního řízení zohledňovat ve prospěch účastníka řízení. Účastníku řízení nemohlo vzniknout žádné legitimní očekávání, pouze se mu dočasně

[58] *Zdroj: https://www.febmat.com/clanek-celkova-zadluzenost-ukazatel-veritelskeho-rizika/*

[59] *Podle Mezinárodních standardů účetního výkaznictví (IFRS) skončilo hospodaření Skupiny České dráhy v roce 2018 ziskem ve výši téměř 1,2 miliardy korun. Jde přitom o meziroční zlepšení o více než 200 milionů. Zdroj: http://www.ceskedrahy.cz/tiskove-centrum/tiskove-zpravy/-30554/*

podařilo přesvědčit správní orgán prvního stupně, že náklady deklarované dle Smluv jsou náklady skutečné a žádné jiné mu nevznikají. Toto nepředstavuje polehčující okolnost, která by měla být při ukládání pokuty zohledněna. Námitku účastníka řízení tak považuji za nedůvodnou.

VII. Změna výše uložené pokuty

217. Jak již bylo shora uvedeno, správní orgán prvního stupně postupoval příliš automaticky, když vyhodnotil úmyslnou formu zavinění jako přitěžující okolnost. V posuzovaném případě toto hodnocení není přiléhavé, neboť bez úmyslu eliminovat konkurenci, byť presumovaného, by bylo možno jednání účastníka řízení objektivně ospravedlnit a nejednalo by se tedy o jednání protiprávní. Základní částka pokuty ve výši 211 382 725,4 Kč tedy neměla být navyšována pro úmyslnou formu zavinění.

218. Samotné stanovení této částky dle napadeného rozhodnutí ovšem proběhlo zcela zákonným způsobem a není důvodu na něm ničeho měnit. Se správním orgánem prvního stupně se zcela ztotožňuji v tom, že porušení § 11 odst. 1 ZOHS týkající se linky Pardubice - Liberec mělo být kvalifikováno jako nejzávažnější z Úřadem zjištěných deliktů. Jelikož nebylo možno orientovat se podle zákonné sazby trestů, správní orgán prvního stupně zcela správně vycházel z hlubší analýzy jednotlivých deliktů a závažnost identifikoval s ohledem na skutkové okolnosti jako je množství přímo dotčených konkurentů či rozsah poskytovaných služeb na dané lince. Také je třeba zopakovat, že se dopad jednání účastníka řízení nejvíce projevil v národním měřítku.

219. Další úprava pokuty spočívá v postupu podle zásady absorpce. Vypočtená částka pokuty byla dle napadeného rozhodnutí navýšena celkem o 45 %, tedy o 15 % za každý další delikt, bez ohledu na to, zda šlo o porušení národního či unijního práva a jak závažné byly dopady jednání v národním a unijním měřítku. V tomto postupu se opět projevuje jistý automatizovaný postup správního orgánu prvního stupně. Z napadeného rozhodnutí totiž vyplývá, že dopady na relevantní trh v národním měřítku byly mnohem výraznější než dopad na obchod mezi členskými státy, který dle zjištěných skutečností sice prokazatelně hrozil, a toto ohrožení nebylo zanedbatelné intenzity, nicméně rozdíl v závažnostech jednotlivých deliktů spáchaných v jednočinném souběhu byl poměrně významný. Tento zjištěný a napadeným rozhodnutím zmiňovaný rozdíl však nebyl správním orgánem prvního stupně v rámci uplatnění zásady absorpce nijak reflektován.

220. Toto opomenutí je třeba nyní napravit, proto jsem přistoupil k následující úpravě uložené pokuty. Pokuta byla uložena za dva skutky, přičemž každým z nich byly spáchány dva delikty v jednočinném souběhu. Jeden z těchto deliktů spáchaných v souběhu má vždy významně závažnější dopad než delikt druhý. V rámci zvýšení pokuty uložené za nejpřísnější trestný (zde nejzávažnější) delikt tedy nelze ke všem dalším deliktům přistupovat shodně. Delikty spočívající v porušení čl. 102 SFEU se ve zvýšení vypočtené pokuty nemohou projevit tak intenzivně jako delikt spočívající v porušení § 11 odst. 1 ZOHS týkající se linky Plzeň - Most, jehož dopady v národním měřítku jsou významně závažnější. Zvýšení pokuty za posledně jmenovaný delikt spočívající v porušení § 11 odst. 1 ZOHS týkající se linky Plzeň – Most, proto lze ponechat na úrovni přitížení o 15 %, jak to učinil správní orgán prvního stupně v napadeném rozhodnutí. U zbývajících dvou deliktů vyznačujících se nižší závažností je pak nezbytné, aby se tato skutečnost projevila i v rámci aplikace absorpční zásady. Zjištěným

skutkovým okolnostem proto lépe odpovídá navýšení o 7,5 % za každý z deliktů spočívajících v porušení čl. 102 SFEU, což reflektuje rozdíl mezi jednotlivými dalšími delikty, které byly zohledňovány na základě aplikace absorpční zásady. Celkové navýšení pokuty dle zásady absorpce tak činí 30 %.

221. Po aplikaci zásady absorpce tak nově určená výsledná částka pokuty činí 274 797 543,02 Kč, po zaokrouhlení na celé tisíce dolů pak **274 797 000 Kč**. Tato pokuta nepřesahuje zákonnou maximální výši 10 % celkového čistého obratu dosaženého soutěžitelem za poslední ukončené účetní období. Z údajů o hospodářských výsledcích účastníka řízení také nejde o pokutu, jejíž důsledky by byly pro účastníka řízení likvidační (viz výše uvedená rekapitulace analýzy hospodářských výsledků účastníka řízení). Původní pokuta vyměřená podle napadeného rozhodnutí představovala cca 1,7 % z celkového čistého obratu účastníka řízení za rok 2016 (tj. poslední ukončení účetní období dle výkladu usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 57/2011 – 1234). Po úpravě výše pokuty jde o cca 1,3 % z celkového čistého obratu účastníka řízení za rok 2016. Na okraj uvádím, že ve vztahu k aktuální hospodářské situaci soutěžitele (skupiny České dráhy), tedy k celkovému čistému obratu skupiny za rok 2018, jde o cca 0,67 %.

Lhůta splatnosti

222. Uloženou pokutu je účastník řízení povinen uhradit ve lhůtě uvedené ve výroku tohoto rozhodnutí, tj. ve lhůtě do 180 dnů ode dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí. Oproti původní délce splatnosti v napadeném rozhodnutí je lhůta prodloužena, neboť i po korekcích příliš automatického postupu správního orgánu prvního stupně, jehož důsledkem bylo snížení původně uložené pokuty, stále její výše dosahuje stovek milionů a je na místě dát účastníku řízení odpovídající prostor pro její úhradu. Úhrada se provede na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj, variabilní symbol – identifikační číslo účastníka řízení.

Výrok o nákladech řízení

223. Napadeným rozhodnutím byla účastníku řízení stanovena také povinnost k úhradě nákladů řízení, a to ve výši 2.500 Kč s odůvodněním, že se jednalo o složitou věc. Jde o částku stanovenou zákonným způsobem, která plně odpovídá povaze a obtížnosti posuzovaného případu. Účastník řízení proti tomuto ničeho nenamítá. Výrok o nákladech řízení tak byl s ohledem na obsah tohoto i napadeného rozhodnutí rozhodnutí potvrzen.

VIII. Závěr

224. Ze všech shora uvedených důvodů, mám za to, že správní orgán prvního stupně řádně zjistil skutkový stav a provedl správné právní hodnocení jednání účastníka řízení ve vztahu k porušení § 11 odst. 1 ZOHS i ve vztahu k porušení čl. 102 SFEU. V tomto ohledu správní orgán prvního stupně řádně zjistil skutkový stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Na takto zjištěný skutkový aplikoval správný právní předpis, správného časového znění, při jeho výkladu se nedopustil žádného interpretačního pochybení a v jeho rámci užil právní normu, kterou správně aplikoval. Napadené rozhodnutí rovněž splňuje kritéria přezkoumatelnosti, tedy jedná se o rozhodnutí srozumitelné, které je opřené o dostatek relevantních důvodů, z nichž je zřejmé, proč prvostupňový orgán rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku napadeného rozhodnutí. Prvostupňový orgán se v napadeném rozhodnutí také vypořádal s námitkami vznesenými účastníkem řízení v průběhu řízení.

225. Určitých pochybení se správní orgán prvního stupně dopustil ve vztahu k výpočtu výše uložené pokuty. Zde nejprve nesprávně vyhodnotil úmyslnou formu zavinění jako přitěžující okolnost, ačkoli bez ní by se v posuzovaném případě nemohlo jednat o protiprávní jednání. Dále postupoval příliš automatickým způsobem při aplikaci zásady absorpce, kdy nezohlednil různou úroveň závažnosti dopadů jednotlivých deliktů, za něž byl trest ukládán. Tato pochybení jsem tedy napravil odpovídající úpravou mechanismu stanovení výše pokuty, který správní orgán prvního stupně v napadeném rozhodnutí použil.

226. Vzhledem k výše konstatovanému bylo na místě rozklad proti výrokům I., II. a IV. napadeného rozhodnutí zamítnout a napadené rozhodnutí v těchto výrocích potvrdit a výrok III. napadeného rozhodnutí týkající se výše uložené pokuty odpovídajícím způsobem upravit.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 183/2017 Sb., ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, dále odvolat.

Ing. Petr Rafaj
Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:
JUDr. Petra Buzková, advokátka
VKS Legal advokátní kancelář, s. r. o.
V Celnici 1040/5
110 00 Praha

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy