



ČESKÁ REPUBLIKA

# ROZSUDEK

## JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. a Mgr. Petra Šebka v právní věci žalobce a): **České dráhy, a.s.** se sídlem Praha 1, Nábřeží L. Svobody 1222, zastoupený Mgr. Jakubem Kotrbou, advokátem, Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r.o., se sídlem Praha 1, Těšnov 1/1059, a žalobce b): **ÖBB-Produktion GmbH**, se sídlem Wien, Am Hauptbahnhof 2, zastoupený JUDr. Vladimírem Chýským, advokátem, Chýský Lorenc, advokáti, s.r.o., se sídlem Praha 3, Žerotínova 1132/34, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, za účasti: **SKODA TRANSPORTATION a.s.**, se sídlem Plzeň, Jižní Předměstí, Borská 2922/32, zastoupená Mgr. Radkem Pokorným, advokátem, Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., se sídlem Praha 1, Karolíny Světlé 301/8, o žalobách proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R232,233/2014/VZ-26217/2014/321/IPs ze dne 11.12.2014,

### t a k t o :

I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R232,233/2014/VZ-26217/2014/321/IPs ze dne 11.12.2014 **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.

II. Žalovaný **je povinen** nahradit žalobci a) náklady řízení ve výši 21 765 Kč do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám Mgr. Jakuba Kotrby, advokáta, Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r.o., se sídlem Praha 1, Těšnov 1/1059.

III. Žalovaný **je povinen** nahradit žalobci b) náklady řízení ve výši 23 410 Kč do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám JUDr. Vladimíra Chýského, advokáta, Chýský Lorenc, advokáti, s.r.o., se sídlem Praha 3, Žerotínova 1132/34.

IV. Žalovaný **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

V. Osoba zúčastněná na řízení **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

### **O d ů v o d n ě n í :**

Žalobci, každý samostatně podanou žalobou, se domáhají zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 11.12.2014, č.j. ÚOHS-R232,233/2014/VZ-26217/2014/321/IPs, kterým žalovaný zamítl rozklady žalobců proti rozhodnutí žalovaného ze dne 10.6.2014, č.j. ÚOHS-S603/2013/VZ-12356/2014/524/MŠa, a toto rozhodnutí potvrdil.

#### I. Podstata věci

Žalovaný dne 2.10.2013 obdržel návrh osoby zúčastněné na řízení, kterým se domáhala uložení zákazu plnění smlouvy, kterou podle návrhové argumentace zadavatel (žalobce a/) uzavřel na období od počátku účinnosti aktuálního jízdního řádu, tedy ode dne 15.12.2013, s Österreichische Bundesbahnen – Holding Aktiengesellschaft a která se týká úplatného pořízení (zajištění) trakčních kolejových vozidel typu ES64U4 vyráběných Siemens Aktiengesellschaft Österreich a provozovaných Österreichische Bundesbahnen – Holding Aktiengesellschaft pod označením Taurus.

Stalo se tak za situace, kdy žalobce a) uzavřel dne 11.12.2008 s Österreichische Bundesbahnen, Geschäftsbereich Traktion dohodu o vzájemné výměně lokomotivních výkonů (dohodu o proběhu lokomotiv). Jejím výslovně vyjádřeným účelem bylo vzájemné nasazování lokomotiv v přeshraniční dopravě na principu vyrovnání výkonů, předmětem plnění bylo „*poskytnutí lokomotiv smluvní stranou poskytující lokomotivy pro trakční výkony smluvní straně nasazující lokomotivy*“. Žalobce a) k této dohodě uzavíral od roku 2008 periodicky na každý příslušný rok (vždy ve vztahu k období účinnosti příslušného jízdního řádu) dodatky označené jako „Přílohy“, jež jsou koncipovány jako objednávka výkonu personálu a vozidel, resp. čištění lokomotiv, pro nadcházející rok („Příloha 1“) a ujednání podrobností odpočtu pro konkrétní dva kalendářní roky plnění, jehož podkladem je evidence kilometrických výkonů lokomotiv („Příloha 2“).

Jednotlivé „Přílohy 1“ byly uzavírány tak, aby jejich účinnost vždy odpovídala účinnosti příslušného jízdního řádu. Jedná se o „Přílohu 1“ uzavřenou dne 11.12.2008

na období od 14.12.2008 do 12.12.2009 (pro jízdní řád 2008/2009), o „Přílohu 1“ uzavřenou dne 23.12.2009 na období od 13.12.2009 do 11.12.2010 (pro jízdní řád 2009/2010), o „Přílohu 1“ uzavřenou dne 20.12.2010 na období od 12.12.2010 do 10.12.2011 (pro jízdní řád 2010/2011), o „Přílohu 1“ (den podpisu není znám) na období od 11.12.2011 do 8.12.2012 (pro jízdní řád 2011/2012), o „Přílohu 1“ (den podpisu není znám) na období od 9.12.2012 do 31.12.2012 a o „Přílohu 1“ (den podpisu není znám) na období od 1.1.2013 do 14.12.2013 (obě naposledy uvedené přílohy pro jízdní řád 2012/2013). Pod textem všech „Příloh 1“ v místě s podpisy smluvních stran je uveden i údaj „Stav k“ s předtištěnými daty 8.12.2008, 23.11.2009, 4.11.2010, 22.11.2011 a 30.10.2012; tento údaj má podle prohlášení smluvních stran ze dne 15.10.2013 vyjadřovat datum, k němuž byly aktualizovány údaje uvedené vždy v příslušné „Příloze 1“.

„Přílohy 2“ byly uzavírány tak, aby určovaly výši náhradní nákladové sazby podstatné pro výpočet odpočtu vždy na dva kalendářní roky. Jedná se o „Přílohu 2“ uzavřenou na období od 14.12.2008 do konce roku 2010 stanovující náhradní nákladové sazby platné pro kalendářní roky 2009 a 2010, o „Přílohu 2“ na období od 1.1.2011 do konce roku 2012 stanovující náhradní nákladové sazby platné pro kalendářní roky 2011 a 2012 a o „Přílohu 2“ na období od 1.1.2013 do konce roku 2014 stanovující náhradní nákladové sazby platné pro kalendářní roky 2013 a 2014 (konec účinnosti jednotlivých „Příloh 2“ je dán účinností nové „Přílohy 2“).

Dne 26.2.2014 žalobce uzavřel dvě „Přílohy 1“ koncipované jako objednávka výkonu personálu a vozidel, resp. čištění lokomotiv, pro jízdní řád 2013/2014; první z těchto dvou „Příloh 1“ byla uzavřena (se zpětnou účinností) na období od 15.12.2013 do 28.2.2014 a vyplýval z ní závazek žalobce a) uhradit druhé smluvní straně (subjektu ze skupiny ÖBB) po vzájemném započtení výkonu vozidel (bez služeb čištění lokomotiv) objednaných oběma smluvními stranami 473 845,31 EUR (podle příslušného kurzu jde o 12 950 192,32 Kč). Druhá z těchto dvou „Příloh 1“ byla uzavřena pro období od 1.3.2014 do 13.12.2014 a vyplýval z ní závazek žalobce a) uhradit druhé smluvní straně (subjektu ze skupiny ÖBB) po vzájemném započtení výkonu vozidel (bez služeb čištění lokomotiv) objednaných oběma smluvními stranami 1 311 008,42 EUR (podle příslušného kurzu jde o 35 829 860,12 Kč).

Osoba zúčastněná na řízení ve svém návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy ze dne 2.10.2013 namítala, že žalobce a) nezákonným uzavřením „Příloh 1“ ve vztahu k jízdnímu řádu vztahujícímu k období od prosince 2013 do prosince 2014 vyloučil jakoukoli soutěž a významným způsobem omezil možnost kontroly postupu zadavatele ze strany dodavatelů nebo žalovaného, zároveň měl podle návrhu žalobce a) porušit základní zásady uvedené v § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách („ZVZ“), neboť postupoval netransparentním a diskriminačním způsobem, přičemž bezdůvodně zvýhodnil konkrétního dodavatele, kterým může být pravděpodobně vybraný uchazeč, resp. osoba náležející do stejného podnikatelského

uskupení či jiná třetí osoba. Postup žalobce a) je podle osoby zúčastněné na řízení v rozporu se ZVZ a představuje správní delikty podle § 120 odst. 1 písm. a), b) a c) ZVZ.

Žalovaný postupoval tak, že zbylým účastníkům správního řízení (žalobci a/ a žalobci b/) oznámil zahájení řízení o návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy a současně vyslovil pochybnost o možném spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ za současného porušení zásad zakotvených v § 6 odst. 1 ZVZ a dále pochybnost o možném spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ a předmět správního řízení zahájeného na návrh rozšířil z moci úřední.

V řízení pak žalovaný dospěl k závěru, že se žalobce a) dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že veřejnou zakázku vymezenou obsahem „Přílohy 1“ k dohodě o proběhu lokomotiv uzavřené dne 26.2.2014 na období od 15.12.2013 do 28.2.2014 nezadal v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacího řízení dle § 21 ZVZ, ačkoli pro postup dle ZVZ byly dány důvody, čímž zároveň porušil zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace zakotvené v § 6 odst. 1 ZVZ, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a již došlo k uzavření smlouvy (výroková část I. prvostupňového rozhodnutí, napadeným rozhodnutím potvrzeného). Dále žalovaný dospěl k závěru, že se žalobce a) dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ tím, že uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku vymezenou obsahem „Přílohy 1“ k dohodě o proběhu lokomotiv uzavřené dne 26.2.2014 na období od 15.12.2013 do 28.2.2014 bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 ZVZ, ačkoli byl podle ZVZ toto oznámení uveřejnit (výroková část II. prvostupňového rozhodnutí, napadeným rozhodnutím potvrzeného). Dále žalovaný dospěl k závěru, že se žalobce a) dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že veřejnou zakázku vymezenou obsahem „Přílohy 1“ k dohodě o proběhu lokomotiv uzavřené dne 26.2.2014 na období od 1.3.2014 do 13. 12.2014 nezadal v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacího řízení dle § 21 ZVZ, ačkoliv pro postup dle ZVZ byly dány důvody, čímž zároveň porušil zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace zakotvené v § 6 odst. 1 ZVZ, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a již došlo k uzavření smlouvy (výroková část III. prvostupňového rozhodnutí, napadeným rozhodnutím potvrzeného). Dále žalovaný dospěl k závěru, že se žalobce a) dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ tím, že uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku vymezenou obsahem „Přílohy 1“ k dohodě o proběhu lokomotiv uzavřené dne 26.2.2014 na období od 1.3.2014 do 13.12.2014 bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 ZVZ, ačkoli byl podle ZVZ povinen toto oznámení uveřejnit (výroková část IV. prvostupňového rozhodnutí, napadeným rozhodnutím potvrzeného). Žalobci a) za to byla uložena pokuta ve výši 1 000 000 Kč (výroková část V. prvostupňového rozhodnutí, napadeným rozhodnutím potvrzeného).

Dále žalovaný zastavil správní řízení v části vedené o návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy „Příloha 1“ k dohodě o proběhu lokomotiv uzavřené dne 26.2.2014 na období od 15.12.2013 do 28.2.2014 podle § 66 odst. 1 písm. g) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád („správní řád“), neboť žádost (návrh osoby zúčastněné na řízení) se stala v průběhu správního řízení zjevně bezpředmětnou (výroková část VI. prvostupňového rozhodnutí, napadeným rozhodnutím potvrzeného).

Žalovaný však podle § 118 odst. 2 písm. a) ZVZ uložil zákaz plnění smlouvy „Příloha 1“ k dohodě o proběhu lokomotiv uzavřené dne 26. 2. 2014 na období od 1.3.2014 do 13.12.2014; v této části tedy návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy vyhověl (výroková část VII. prvostupňového rozhodnutí, napadeným rozhodnutím potvrzeného).

Oba žalobci napadají závěry žalovaného samostatně podanými žalobami, které byly zdejším soudem spojeny ke společnému projednání; nyní je o obou žalobách tímto rozsudkem rozhodováno.

## II. Shrnutí žalob

Žalobci shodně považují napadené rozhodnutí za nezákonné a nepřezkoumatelné z důvodu nesprávného právního posouzení věci a pro nedostatek důvodů.

Žalobce a) namítá, že napadené rozhodnutí za nezákonné z toho důvodu, že žalovaný nerozhodl o spáchání správního deliktu v samostatném řízení, nýbrž v rámci řízení o návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy. Žalobci a) i b) dále namítají, že bylo vedeno řízení o návrhu, který byl buď opožděný anebo předčasný. Žalobce a) dále namítá podstatné vady řízení spočívající v porušení zásady zákazu sebeobviňování založené získáním podkladů v rozporu s právními předpisy, resp. v rozporu s ústavními principy zákazu sebeobviňování a zákazu donucování přispívat aktivní činností k vlastnímu postihu za správní delikt. Žalobci a) i b) také považují napadené rozhodnutí za nezákonné z důvodu absence aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu. Žalobci a) i b) dále namítají posouzení obsahu dohody o proběhu lokomotiv ze dne 10.11.2008 a „Přílohy 1“; podle žalobců vůbec nejde o veřejnou zakázku, nýbrž o poskytování lokomotivních výkonů pro účely společně provozované přeshraniční železniční osobní dopravy jde o specifickou formu spolupráce národních železničních podniků dvou sousedních států. Dále žalobci a) i b) namítají nesprávné posouzení aplikace výjimek z působnosti ZVZ. Podle žalobce a) je napadené rozhodnutí rovněž nepřezkoumatelné, a to jak v části týkající se viny (spáchání správních deliktů), tak v části týkající se trestu (uložené pokuty) i uložení zákazu plnění smlouvy.

Žalobci z těchto důvodů, v žalobách podrobně argumentovaných, navrhují napadené i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí zrušit; na svém procesním postoji oba žalobci setrvali v průběhu celého řízení před zdejší soudem.

### III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný odkazuje na obsah napadeného rozhodnutí, setrvává na závěrech tam prezentovaných a důvodnost žaloby popírá. Podle žalovaného se žalobce a) dopustil správních deliktů, z obsahu dohody a jejích „Příloh 1“ vyplývá, že se jedná o veřejnou zakázku dle ZVZ, na zadávací řízení se žádná z výjimek podle ZVZ neuplatní a žalobce a) měl podle ZVZ postupovat. Osoba zúčastněná na řízení dále podle žalovaného byla k podání návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy aktivně legitimována a její návrh nebyl ani předčasným, ani opožděným. Řízení není podle žalovaného zatíženo ani žádnou procesní vadou, jak je žalobci namítají.

Žalovaný navrhuje žaloby jako nedůvodné zamítnout; i žalovaný setrval na svém procesním postoji po celou dobu řízení před zdejší soudem.

### IV. Posouzení věci

Žaloby byly podány včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“), osobami k tomu oprávněnými (§ 65 odst. 1 s.ř.s.). Žaloby jsou přípustné (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.) a po jejich spojení je o nich rozhodováno společně tímto rozsudkem.

#### IV.1.

Pokud jde o namítaná procesní pochybení žalovaného, pak žalobce a) zpochybňuje rozhodování o správním deliktu v rámci řízení o návrhu (na uložení zákazu plnění smlouvy). Podle žalobce a) je předpokladem pro rozhodnutí žalovaného, kterým se ukládá zákaz plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 písm. a) ZVZ, pravomocné rozhodnutí žalovaného o spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ. Žalovaný však o spáchání správního deliktu rozhodl v rámci řízení o návrhu. Tím podle žalobce a) porušil zásadu presumpce nevin, která se uplatňuje i v rámci správního trestání. Podle žalobce a) dokud nebylo pravomocně rozhodnuto o spáchání správního deliktu, správní delikt nebyl spáchán. Řízení o návrhu a řízení o spáchání správního deliktu podle žalobce a) nelze vést společně, protože se jedná o zcela odlišná řízení, která mají odlišný účel, zásady, okruh účastníků i možnosti, resp. pravomoci, jak může žalovaný rozhodnout. O spáchání správního deliktu může žalovaný rozhodnout pouze rozhodnutím o správním deliktu, které musí nabýt právní moci, a to v řízení o správním deliktu, které se zahajuje pouze z moci úřední, nikoli na návrh. Podle žalobce a) nelze řízení o návrhu ani rozšířit o řízení o spáchání správního deliktu.

Z obsahu správního spisu plyne (a mezi žalobci a žalovaným to není sporné), že žalovaný poté, co bylo zahájeno řízení na návrh (na uložení zákazu plnění smlouvy), jeho zahájení přípisem ze dne 10.10.2013 oznámil a zároveň tímž přípisem sdělil, že předmět správního řízení je vymezen obsahem návrhu a že žalovanému vznikla pochybnost o možném spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) a c) ZVZ. V řízení pak bylo rozhodnuto jak o správním deliktu (tj. že žalobce a/ správní delikty porušením ZVZ spáchal), tak o zákazu plnění smlouvy (odvozeném od spáchání správních deliktů).

Zdejší soud na straně jedné rozumí argumentaci žalobce a), jež se *prima vista* může jevit jako oprávněná, neboť je založena na rozumných (a pravdivých) argumentech ohledně procedurálních odlišností řízení vedených žalovaným na návrh a řízení vedených žalovaným z moci úřední plynoucích již ze samotných odlišných zásad, jimiž jsou tato řízení ovládána, což se pak projevuje v odlišných pravidlech pro vymezení účastenství v řízení i pro vymezení způsobů, jak lze v takových řízeních rozhodnout; žalobní argumentace by se mohla jevit jako správná již proto, že řízení o správním deliktu zadavatele, jednoduše řečeno, není zahajováno na návrh a jeho účastníkem je pouze zadavatel. Na straně druhé však zdejší soud rozumí i postupu žalovaného, jenž musel aplikovat právní úpravu vztahující se na řízení o návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy a rozhodování o tomto návrhu založeném v první řadě na právním posouzení, zda došlo ke spáchání správního deliktu (správních deliktů) či nikoli; právní úpravu lze přitom pokládat za problematickou.

Podle § 114 odst. 2 ZVZ (návrh byl podán dne 2.10.2013, použije se ZVZ ve znění zákona č. 167/2012 Sb.) po uzavření smlouvy lze podat návrh pouze a) proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení, b) proti porušení zákazu uzavření smlouvy stanovenému tímto zákonem nebo předběžným opatřením podle § 117 odst. 1, nebo c) v případě postupu zadavatele podle § 82 odst. 3 ZVZ. Navrhovatel se může domáhat pouze uložení zákazu plnění smlouvy. Podle § 118 odst. 2 ZVZ žalovaný svým rozhodnutím na základě návrhu podle § 114 odst. 2 ZVZ uloží zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, pokud se zadavatel a) dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ, s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 ZVZ a postupoval v souladu s § 82 odst. 1, § 110 odst. 6 a § 111 odst. 5 ZVZ, b) dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ a současně správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. d) ZVZ, nebo c) dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ a současně postupuje podle § 82 odst. 3 ZVZ.

Z uvedeného plyne, že rozhodnout o návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy lze (kromě jiného) pouze tehdy, dopustí-li se zadavatel správního deliktu. Zdejší soud zároveň sdílí názor žalobce a), podle něhož nebylo-li o spáchání správního deliktu zadavatele rozhodnuto, nelze na zadavatele hledět jako na pachatele správního deliktu.

Řízení, v němž je rozhodováno o návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy, je řízením návrhovým (na základě návrhu podle § 114 odst. 2 ZVZ), zatímco řízení o podezření ze spáchání správního deliktu je řízením zahajovaným z moci úřední. Je to ostatně právě žalovaný, kdo ve své aplikační praxi velmi úzkostlivě rozlišuje mezi řízeními zahajovanými na návrh a řízeními zahajovanými z moci úřední. Navíc podle § 116 ZVZ je účastníkem řízení zadavatel a v řízení zahájeném na návrh též navrhovatel, naproti tomu v řízení o spáchání správního deliktu je účastníkem (pouze) osoba podezřelá z jeho spáchání.

Za této situace by nebyl v rozporu se ZVZ postup, v rámci něhož by žalovaný řízení o návrhu na uložení zákazu plnění přerušil, pro toto řízení si poté jako předběžnou posoudil otázku spáchání správního deliktu zadavatelem, což by učinil v samostatném správním řízení zahájeném z moci úřední (jehož účastníkem by byl podle § 116 věty druhé ZVZ pouze zadavatel), a po právní moci tohoto rozhodnutí dokončil správní řízení, v němž by rozhodoval o tom, zda zákaz plnění uloží či nikoli (podle hledisek plynoucích z § 118 odst. 3 a 4 ZVZ). Jednalo by se nepochybně o procesně bezvadný postup (jak jeho potřebu dovozuje žalobce a/).

Na straně druhé nelze přehlédnout, že uložení zákazu plnění smlouvy vázané podle § 118 odst. 2 ZVZ (mimo jiné) vždy na spáchání správního deliktu není důsledkem nutné implementace směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007 a zřejmě nebylo ani úmyslem samotného normotvůrce. Ze čl. 2d odst. 1 právě uvedené směrnice totiž plyne povinnost členských států zajistit, aby orgán příslušný k přezkumu, který je nezávislý na veřejném zadavateli, považoval smlouvu za neúčinnou nebo aby její neúčinnost byla výsledkem rozhodnutí tohoto orgánu v kterémkoli z těchto případů: a) jestliže veřejný zadavatel zadal zakázku bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v Úředním věstníku Evropské unie, aniž by to bylo podle směrnice 2004/18/ES přípustné; b) v případě porušení čl. 1 odst. 5, čl. 2 odst. 3 nebo čl. 2a odst. 2 této směrnice, pokud toto porušení zbavilo uchazeče podávajícího návrh na přezkum možnosti využít prostředky nápravy před uzavřením smlouvy, došlo-li k takovému porušení spolu s porušením směrnice 2004/18/ES, pokud uvedené porušení ovlivnilo možnosti uchazeče podávajícího návrh na přezkum získat zakázku; c) v případech uvedených v čl. 2b písm. c) druhém pododstavci této směrnice, pokud členské státy uplatnily výjimku z odkladné lhůty pro zakázky na základě rámcové dohody a dynamického nákupního systému.

Podle směrnice by tedy „neúčinnost“ (jenž do českého vnitrostátního právního řádu byla promítnuta coby „zákaz plnění“, z jehož uložení plyne podle § 118 odst. 6 ZVZ „neplatnost“) měla být důsledkem porušení vyjmenovaných pravidel postupu zadavatele (tedy „pouhého porušení“, jež směrnice specifikuje), nikoli takového porušení, jež je porušením kvalifikovaným (k porušení ZVZ musí přistoupit ještě další skutečnosti v případě české vnitrostátní úpravy uvedené v § 120 odst. 1 ZVZ).



Pokud jde o důvodovou zprávu k zákonu č. 417/2009 Sb., kterým byl do ZVZ institut zákazu plnění smlouvy kodifikován ([www.psp.cz](http://www.psp.cz)), pak z ní plyne, že „...*Zákaz plnění ze smlouvy bude ukládán pouze na návrh a v zákonem vymezených případech vyžadovaných směrnicí, a to pokud zadavatel: a) zadá veřejnou zakázku bez oznámení zadávacího řízení, ač je povinen oznámení uveřejnit, nebo b) nedodrží zákaz uzavření smlouvy a současně je zjištěno v jeho postupu další porušení zákona, které podstatně ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo c) v dynamickém nákupním systému nezasílá oznámení o výběru nejvhodnější nabídky v jednotlivých případech (ale na základě možnosti podle § 83 odst. 2 pouze čtvrtletně) a současně je zjištěno v jeho postupu další porušení zákona, které podstatně ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky...*“. Tomu však nakonec text § 118 odst. 2 ZVZ, kde je možnost uložení zákazu plnění vždy navázána na spáchání tam vyjmenovaných správních deliktů, nikoli na „pouhá porušení“, jež jsou v důvodové zprávě zmiňována, rovněž zcela neodpovídá. Byť je podmínka *podstatného ovlivnění nebo možnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky* jednou z podmínek (znaků) správního deliktu, s potřebou dovození správního deliktu (což se nakonec objevilo v textu ZVZ) důvodové zpráva nepočítá. Nelze přitom ani dovozovat, že by z uvedení podmínky *podstatného ovlivnění nebo možnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky* mělo automaticky plynout, že je tím myšleno spáchání správního deliktu, neboť podmínka *podstatného ovlivnění nebo možnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky* se neuplatní pouze v případě rozhodování o správním deliktu, nýbrž i v případě (návrhového) řízení na uložení nápravného opatření (podle § 118 odst. 1 ZVZ), kde se o správním deliktu vůbec nerozhoduje.

Způsob implementace čl. 2d směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007 do § 118 odst. 2 ZVZ je tak třeba nejspíše pokládat za zákonodárcovu neobratnost. Za této situace podle zdejšího soudu neexistuje žádný silnější imperativ (nad rámec ZVZ), z něhož by bylo nutno dovozovat, že by v době rozhodování o návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 ZVZ muselo být o spáchání správních deliktů uvedených v § 118 odst. 2 písm. a), b) nebo c) ZVZ již pravomocně rozhodnuto. Ani ze samotného textu § 118 odst. 2 ZVZ (jiné ustanovení ZVZ tuto otázku přitom neupravuje) přitom podle zdejšího soudu nelze přesvědčivě dovodit, že by v době rozhodování o návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy muselo být o spáchání správních deliktů uvedených v § 118 odst. 2 písm. a), b) nebo c) ZVZ již pravomocně rozhodnuto.

Navíc řízení o návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy by zřejmě mělo být pokládáno z důvodu nepochybného významného prolomení právní jistoty smluvních stran, do níž uložení zákazu plnění smlouvy jistě citelně zasahuje (proto také podle § 114 odst. 4 věty druhé ZVZ návrh na uložení zákazu plnění smlouvy musí být doručen pouze žalovanému, a to do 30 kalendářních dnů ode dne, kdy zadavatel uveřejnil oznámení o uzavření smlouvy způsobem podle § 147 ZVZ s uvedením důvodu pro zadání veřejné zakázky bez uveřejnění oznámení zadávacího řízení,

nejpozději však do 6 měsíců od uzavření této smlouvy), za řízení, které by mělo proběhnout „rychle“; jeho přerušování do doby pravomocného rozhodnutí v souběžně zahájeném řízení o správním deliktu by tomuto požadavku neodpovídalo.

Kromě toho nutnost úzkostlivého oddělení rozhodování o správním deliktu a rozhodování o návrhu neplyne ani z § 115 odst. 3 věty druhé ZVZ, podle něhož kauce se vrací rovněž v případě, kdy žalovaný společně se zamítnutím návrhu podle § 118 odst. 5 písm. a) ZVZ rozhodne o tom, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 ZVZ; i z toho totiž může plynout, že zákonodárce připouští, že v řízení návrhovém (nebylo-li by návrhu, nemohl by být návrh zamítnán) lze „společně“ rozhodovat o správním deliktu. Byť jde o konstrukci v určitých ohledech ne zcela srozumitelnou (a navíc upravující nikoli samotný způsob rozhodování, nýbrž pouze důsledky promítající se ve vztahu ke kauci), tato konstrukce nabízí postup, v rámci něhož je o návrhu i o správním deliktu rozhodováno „společně“ – a tedy zřejmě i jediným rozhodnutím (jak se stalo v nyní posuzované věci).

Za situace, kdy ZVZ neposkytuje jasné vodítko pro rozhodování o uložení zákazu plnění smlouvy navázaného na spáchání konkrétního správního deliktu, je tedy podle zdejšího soudu třeba k žalobní argumentaci žalobce a) zodpovědět otázku, nakolik se postup, kdy o spáchání správního deliktu žalobcem a) bylo rozhodnuto současně („společně“) s uložení zákazu plnění, a tedy nikoli dříve, jak požaduje žalobce a), na právech žalobce a) reálně negativně projevil. Pouze v případě, že by zvolený postup ve vztahu k žalobci přivodil reálnou možnost újmy na jeho právech, by podle zdejšího soudu bylo současné („společně“) rozhodnutí nezákonné.

Zdejší soud ve vztahu k této dílčí otázce především uvážil, že žalobce a) byl účastníkem řízení shodně jako by jím byl v případě, že by řízení o správním deliktu bylo vedeno jako řízení samostatné. Dále zdejší soud pokládal za podstatné, že rozsah jeho procesních práv a jejich garance byla v řízení táž jako v případě, že by řízení o správním deliktu bylo vedeno jako řízení samostatné; žalobce totiž jednak z § 118 odst. 2 ZVZ musel dovodit, že podmínkou uložení zákazu plnění smlouvy je prokázání spáchání správního deliktu zadavatele, a také již od 10.10.2013, kdy mu bylo doručeno oznámení o zahájení správního řízení z téhož dne, věděl, že tímto podezřením se žalovaný zabývá. Skutečnost, že se na řízení před žalovaným, jež zčásti bylo i řízením o podezření ze spáchání správního deliktu, úzkostlivě uplatní veškeré zásady, jež by byly uplatnitelné v případě, že by se žalobcem a) bylo vedeno samostatné řízení o tomto podezření, přitom plyne i níže z části IV.2. odůvodnění tohoto rozsudku (porušením zásady zákazu sebeobviňování osoby podezřelé ze spáchání správního deliktu se zdejší soud zabýval zcela shodně, jako by se jím zabýval v samostatném řízení vedeném výlučně pro podezření ze spáchání správního deliktu). Dále je pro zdejší soud ve vztahu k otázce, zda zvolený postup ve vztahu k žalobci přivodil reálnou možnost újmy na jeho právech, velmi podstatné, že rozhodnutí o uložení zákazu plnění smlouvy nemohlo nabýt právní moci předtím, než nabylo právní moci

rozhodnutí o spáchání správního deliktu (podle jednotlivých výroků prvostupňového rozhodnutí, napadeným rozhodnutím jako celek potvrzeného), ledaže by to žalobce a) sám svými procesními kroky umožnil. Konečně je pro zdejší soud podstatné, že žalobce a) má shodné možnosti přezkumu rozhodnutí žalovaného jako v případě, že by řízení o správním deliktu bylo vedeno jako řízení samostatné.

Ze všech právě uvedených důvodů zdejší soud dospívá k závěru, že rozhodování o spáchání správního deliktu žalobcem a) současně s uložením zákazu plnění smlouvy žalobcovu právní sféru nikterak negativně nezasáhlo a najde o vadu v postupu žalovaného, jež by mohla zákonnost napadeného rozhodnutí atakovat.

Tvrdí-li tedy žalobce a), že žalovaný porušil zásadu presumpce nevinny, zdejší soud s ním nesouhlasí. V souladu s touto zásadou (čl. 40 odst. 2 Listiny základních práv a svobod) se každý považuje za nevinného, dokud nebyla jeho vina vyslovena pravomocným rozhodnutím. Je-li výrok o spáchání správního deliktu (resp. několika správních deliktů) součástí rozhodnutí, jež obsahuje i výrok o uložení zákazu plnění smlouvy, pak žalobce a) byl po dobu řízení považován za nevinného a účinky uložení zákazu plnění nenastaly dříve, než rozhodnutí o spáchání správního deliktu (resp. několika správních deliktů) nabylo právní moci.

V tomto žalobním bodu je tedy žaloba (žalobce a/) nedůvodná.

#### IV.2.

Jestliže zdejší soud shora dovedl, že se na řízení před žalovaným, jež „zčásti“ bylo i řízením o podezření ze spáchání správního deliktu, musí uplatnit veškeré zásady, jež by byly uplatnitelné v případě, že by se žalobcem a) bylo vedeno samostatné řízení o tomto podezření, pak je třeba zabývat se žalobní argumentací (žalobce a/), podle níž žalovaný porušil zásadu zákazu sebeobviňování, neboť dohodu o proběhu lokomotiv ze dne 11.12.2008 a všechny „Přílohy 1“ od žalobce a) vynutitelně vyžadoval, aniž by žalobce a) poučil o možnosti jejich poskytnutí odepřít.

Nelze popřít, že existuje rozhodovací praxe především Evropského soudu pro lidská práva a českého Ústavního soudu, která, obecně řečeno, omezuje postupy veřejné moci ve vztahu k jednotlivci při opatřování si podkladu rozhodnutí v tom směru, že nikdo není povinen proti sobě poskytovat důkazy v jakékoli formě (tedy i jinak než výpovědí) proti své vůli. V několika věcech Evropského soudu pro lidská práva („*Funke*“, stížnost č. 10828/84, „*John Murray*“, stížnost č. 14310/88, „*P. G. a J. H.*“, stížnost č. 44787/98, „*Jalloh*“, stížnost č. 54810/00, a řada dalších rozhodnutí, v nichž je na rozhodnutí právě uvedená odkazováno) bylo dovozeno, že nerespektování zákazu sebeobviňování může porušit právo na spravedlivý proces, nutně je však podle zdejšího soudu třeba vnímat souvislosti, za nichž byly tyto závěry vyřčeny.

Pokud jde o tuzemskou judikaturu, v ní lze nalézt právní závěry k zákazu sebeobviňování v trestním řízení. Je pravdou, že český Ústavní soud dával zapravdu stěžovatelům, kteří namítali, že nemohou být pod hrozbou sankce nuceni k tomu, aby prostřednictvím jimi poskytované součinnosti umožnili opatření důkazu, který by následně mohl být použit proti nim – což by bylo sebeobviňování. Například v rozhodnutí I. ÚS 671/05 ze dne 22.2.2006 Ústavní soud judikoval, že stěžovatel, který jako obviněný odmítl sejmutí pachové stopy, nemůže být prostřednictvím pokuty nucen k tomu, aby opatřil, resp. svou součinností umožnil opatření důkazu, který by mohl být použit proti němu v trestním řízení. Nucení k poskytnutí součinnosti k sejmutí pachové stopy pomocí pořádkové pokuty bylo tedy chápáno jako nepřípustný zásah do práv stěžovatele. K obdobným závěrům došel Ústavní soud i v dalších rozhodnutích, např. ve věci III. ÚS 655/06 ze dne 23.5.2007, kdy se stěžovatel odmítl podrobit odběru vlasů a bukálnímu stěru, nebo ve věci I. ÚS 636/05 ze dne 21.8.2006, kdy označil za důvodnou stížnost podezřelého, která byla pod hrozbou sankce nucena k vydání účetnictví. Tu je však třeba poznamenat, že již při rozhodování ve věci III. ÚS 655/06 ze dne 23.5.2007 měl odlišné stanovisko ústavní soudce Jan Musil, který uvedl, že nikdo není povinen přispět aktivním způsobem, přímo či nepřímo, k vlastnímu odsouzení. Podstatná je myšlenka přispění „aktivním“ způsobem. Tento směr výkladu zásady zákazu sebeobviňování se pak odrazil i ve stanovisku pléna Ústavního soudu ze dne 30.11.2010, Pl. ÚS 30/10, podle kterého na úkony, které nevyžadují aktivní jednání obviněného či podezřelého, ale toliko strpení jejich provedení, nelze pohlížet jako na úkony, jimiž by byl obviněný či podezřelý donucován k ústavně nepřípustnému sebeobviňování. K zajištění součinnosti obviněného či podezřelého při opatrování těchto důkazů je tudíž možno užít zákonných donucovacích prostředků.

Zdejší soud dovozuje, že porušení zásady zákazu sebeobviňování je třeba stavět do souvislosti s aktivním přispěním obviněného, s jeho vlastní aktivní součinností. To silně naznačuje, že právo neobviňovat sebe sama není právem absolutním a lze jej omezit určitým stupněm nátlaku. Zdejší soud si je totiž vědom klíčového závěru (dnešního) Tribunálu, jak byl podán v rozsudku ve věci „*Mannesmannröhren-Werke AG proti Komisi*“ ze dne 20.2.2001 (T-112/98); zákaz sebeobviňování má být podle Tribunálu aplikován tak, že se při poskytování informací (odpovědi vyšetřovacímu orgánu) lze omezit na otázky týkající se skutkového stavu (ve smyslu prejudikatury „*Orken*“), jelikož vyšetřovací orgán není oprávněn dotazovat se na subjektivní názory ani hodnotové soudy nebo nabádat k vytváření předpokladů či vyvozování důsledků; lze odmítnout odpovídat na otázky, které se netýkají pouze skutkového stavu a které by mohly vést k přiznání podílu na protiprávním jednání (není podstatné, že tam protiprávní jednání spočívalo v uzavření kartelové dohody). Z myšlenek Tribunálu ve věcech, v nichž se uvedenou otázkou zabýval, jsou tedy dobře využitelné ty, jimiž dovozuje následující: 1. přiznání absolutního práva nevypovídat, jež v tamní věci mělo být projevem uplatnění práva neobvinít sama sebe a jež by se v právě posuzované věci

krylo s odmítnutím poskytnout podklady, by zašlo za hranice toho, co je nezbytné pro zachování práva na obhajobu, a představovalo by pro vyšetřovací orgán neodůvodněnou překážku v plnění jeho poslání; 2. právo nevypovídat je přiměřené přiznat jen do té míry, do jaké by byl vyšetřovaný (podezřelý) nucen poskytnout odpovědi, které by vyšetřovací orgán dovedly k připuštění existence protiprávního jednání, což jinak přísluší vyšetřovacímu orgánu; 3. vyšetřovací orgán je oprávněn zavázat vyšetřovaného (podezřelého) k tomu, aby poskytl veškeré potřebné informace vztahující se ke skutkovému stavu, které jsou mu známy, a aby vyšetřovacímu orgánu předal případně příslušné dokumenty, jež má k dispozici, a to i tehdy, když mohou sloužit k prokázání protiprávního jednání; 4. oprávnění vyšetřovacího orgánu podle bodu 3. se omezuje na zodpovězení čistě skutkových otázek a předávání pouze již existujících listin.

Právě uvedené se podle zdejšího soudu kryje s přístupem Evropského soudu pro lidská práva, který ve věci stížnosti č. 54810/00 („*Jalloh*“), s využitím své prejudikatury, mimo jiné uvedl, že „právo mlčet“ se nevztahuje na užití materiálů v trestním řízení, které lze získat od obžalovaného za použití donucovacích pravomocí, které však existují nezávisle na vůli podezřelého. Že se v této věci jednalo o dokumenty získané na základě předchozího soudního povolení, to není podle zdejšího soudu podstatné; na tom tamní argumentace soudu nestojí (hodnoceno bylo vynucené vypuzení drog ukrytých v žaludku - vyvoláním zvracení - jako porušení zákazu mučení nebo podrobování nelidskému či ponižujícímu zacházení).

Netřeba podrobně rozebírat fakt, že na řízení o správních deliktech se uplatní stejné garance procesních práv jako v případě trestních řízení - to není v posuzované věci sporné. Jestliže součástí předmětu řízení před žalovaným byla i otázka spáchání správního deliktu (resp. několika správních deliktů) žalobce a), pak se právě uvedené na postup žalovaného musí aplikovat (tím je ostatně i dána shodná garance práv žalobce a/, jaká by byla dána v řízení, jež by bylo výlučně řízením o správním deliktu, jak zdejší soud dovodil shora v části IV.1. odůvodnění rozsudku); ani tento závěr není třeba podrobněji odůvodňovat. Sporné není ani to, že žalovaného je třeba pokládat za „vyšetřovací orgán“ ve smyslu používaném Tribunálem. Netřeba se podrobně zabývat ani tím, že žalovaný své závěry skutečně opřel o listiny, jež mu předložil v řízení žalobce a).

Přesto však žalovaný zásadu zákazu sebeobviňování ve vztahu k žalobci a) podle zdejšího soudu neporušil. Žalobce a) totiž nebyl nucen poskytnout odpovědi, které by vedly k uznání či připuštění existence jeho protiprávního jednání, žalobce a) předkládal výlučně listiny, o nichž žalovaný poprávu předpokládal, že existují, a tedy tím nebylo překročeno oprávnění žalovaného na zodpovězení výlučně skutkových otázek, které pak sám žalovaný hodnotil, a předání pouze již existujících listin. Žalovaný nenutil žalobce a), aby pro žalovaného „vytvořil“ dokumenty, které by mohly být usvědčujícím důkazem, ani žalobce a) nenutil, aby se „přiznal“, resp. aby

uznal protiprávnost svého jednání. Velmi podstatná je pro zdejší soud i skutečnost, že žalovaný po žalobci požadoval předložení listin, jež by v případě, že by jednotlivé kroky žalobce a) směřující k uzavření „Příloh 1“ byly činěny v zadávacím řízení, nutně musely být součástí dokumentace o veřejné zakázce, jež musí být podle ZVZ uchována (§ 155 odst. 1 ZVZ) a jež musí být žalovanému také předložena (§ 114 odst. 6 ZVZ). Bylo by podle zdejšího soudu absurdní dovozovat, že osoba, které zákon výslovně ukládá povinnost uchovávat určité listiny a ty pak v zákonem jasně předvídané situaci předložit, měla být ve výzvě k jejich předložení upozorňována na to, že je předkládat nemusí. Pak trvání na této povinnosti ze strany žalovaného nemůže žalobce a) poprávu považovat za jakékoli sebeobviňování, jež by mělo být zakázáno.

Ani v této otázce tedy zdejší soud nedovozuje důvodnost žaloby (žalobce a/).

#### IV.3.

Oba žalobci dále namítají, že bylo rozhodováno o návrhu, který byl opožděný, případně předčasný – a tedy že žalovaný vůbec rozhodnout nemohl. Argument žalobců vychází z § 114 odst. 4 ZVZ, který stanoví lhůtu pro podání návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy do 30 kalendářních dnů ode dne, kdy zadavatel uveřejnil oznámení o uzavření smlouvy způsobem podle § 147 ZVZ, nejpozději však do 6 měsíců od uzavření této smlouvy. Dle žalobců tyto lhůty navrhovatel nedodržel, neboť návrh byl podán dne 2.10.2013, přičemž samotná dohoda o proběhu lokomotiv byla uzavřena dne 11.12.2008 (ve vztahu k ní by byl návrh opožděný) a obě „Přílohy 1“ byly uzavřeny až dne 26.2.2014 (ve vztahu k nim by byl návrh předčasný).

Z obsahu správního spisu plyne, že osoba zúčastněná na řízení podala návrh dne 2.10.2013. V něm dovozovala, že „z veřejně dostupných informací i skutečností známých jí z působení na trhu“ plyne, že žalobce a) pořídil určitý počet lokomotiv Taurus, za které poskytl peněžité protiplnění, přitom již dne 18.9.2013 byla představena lokomotiva v barvách žalobce a), která měla podle vyjádření mluvčího žalobce a) od prosince roku 2014 pravidelně jezdit z rakouského Štýrského Hradce přes Vídeň a Brno do Prahy; to mělo potvrzovat, že lokomotivy Taurus jsou již nyní využívány k provozu spojů žalobce a) a nadále v provozu (i v následujících obdobích) budou. Osoba zúčastněná na řízení pak vyjádřila (v návrhu ze dne 2.10.2013) své přesvědčení, že k uzavření smlouvy muselo „v nedávné době“ dojít, čemuž podle ní nasvědčuje i to, že podle čl. 2 odst. 6 dohody o proběhu lokomotiv ze dne 11.12.2008 konkrétní nasazení lokomotiv dohodnou smluvní strany samostatně pro období každého jízdního řádu nejpozději tři měsíce před jeho začátkem.

Z tohoto tedy mimo jiné plyne, že sama osoba zúčastněná na řízení, která svým návrhem podle § 114 odst. 2 písm. a) ZVZ řízení vyvolala, nepožadovala uložit zákaz plnění celé dohody o proběhu lokomotiv ze dne 11.12.2008, nýbrž až konkrétní (na

dohodu o proběhu lokomotiv navazující) dohody, na základě které měly být „nasazovány“ lokomotivy, která měla být uzavřeny v nedávné době před 2.10.2013.

Žalovaný nakonec k návrhu ze dne 2.10.2013 rozhodoval o dvou „Přílohách 1“, tj. „Přílohy 1“ ze dne 26.2.2014 s účinností (na období) od 15.12.2013 do 28.2.2014 a „Přílohy 1“ ze dne 26.2.2014 s účinností (na období) od 1.3.2014 do 13.12.2014; ve vztahu k těmto „Přílohám 1“ coby smlouvám žalovaný řízení vedl a ty byly také předmětem rozhodování o zákazu plnění. Žalovaný tedy nerozhodoval o zákazu plnění dohody o proběhu lokomotiv ze dne 11.12.2008.

Jestliže tedy žalovaný tyto „Přílohy 1“ pokládal za „smlouvy na veřejnou zakázku“ a jestliže to bylo navíc v souladu s návrhem na zahájení řízení o uložení zákazu plnění smlouvy, jak jej podala osoba zúčastněná na řízení, je z pohledu otázky včasnosti návrhu směřujícího k uložení zákazu plnění těchto „Příloh 1“ nerozhodné, kdy byla uzavřena dohoda o proběhu lokomotiv, jež má charakter obecného rámcového ujednání, jednotlivými přílohami naplňovaného. Podstatné je tedy uzavření uvedených „Příloh 1“. Jestliže podle § 114 odst. 2 písm. a) ZVZ po uzavření smlouvy lze podat návrh (mimo jiné) pouze proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení, přitom navrhovatel se může domáhat pouze uložení zákazu plnění smlouvy, a jestliže podle § 114 odst. 4 věty druhé ZVZ návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 ZVZ musí být doručen žalovanému do 30 kalendářních dnů ode dne, kdy zadavatel uveřejnil oznámení o uzavření smlouvy způsobem podle § 147 s uvedením důvodu pro zadání veřejné zakázky bez uveřejnění oznámení zadávacího řízení, nejpozději však do 6 měsíců od uzavření této smlouvy, pak konstrukce žalobců, podle níž bylo-li shora uvedeným způsobem rozhodováno o návrhu podaném dne 2.10.2013, přitom podstatou rozhodování byly úvahy ohledně uložení zákazu plnění „smluv“ uzavřených 26.2.2014, návrh nebyl podán „po uzavření smlouvy“ (§ 114 odst. 2 písm. a) ZVZ), a tedy byl podán předčasně, se jeví jako logická.

Proti této konstrukci by pro dovození opaku musela stát konstrukce vyvracející, že uvedené „smlouvy“ (tj. „Přílohy 1“) byly uzavřeny skutečně dne 26.2.2014. Jestliže zákonodárce řízení o uložení zákazu plnění smlouvy pojal jako řízení návrhové (za poměrně přísně stanovených podmínek včasnosti návrhu), pak jím disponuje navrhovatel a je nutně především na navrhovateli, aby z jeho návrhové argumentace plynulo, ve vztahu k jaké smlouvě je požadováno uložit zákaz plnění, že taková smlouva již byla uzavřena a že se tak nestalo před více než 6 měsíci. Ostatně § 114 odst. 3 věta první ZVZ ukládající naplnit návrh konkrétní věcnou argumentací „v čem je spatřováno porušení zákona“, která nutně musí být založena na identifikaci smlouvy, jejíž plnění je navrhováno zakázat, je pravidlem obecným, jež není důvodu neaplikovat i na návrhy podle § 114 odst. 2 ZVZ; nejde přitom podle zdejšího soudu o nepřiměřenou přísnost ve vztahu k navrhovatelům, jde o přímý důsledek konstrukce ZVZ a pojetí řízení o uložení zákazu plnění smlouvy jako řízení návrhového. Otázka

oprávněnosti (a včasnosti) návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy je pak pochopitelně odvislá i od skutkových zjištění ohledně uzavření smlouvy, k nimž žalovaný ve správním řízení dospěje.

Jestliže osoba zúčastněná na řízení argumentovala tím, že podmínku podle § 114 odst. 2 písm. a) ZVZ, tj. uzavření smlouvy, dovozuje „z veřejně dostupných informací i skutečností známých jí z působení na trhu“, pak argumentovala zprávou uveřejněnou na [www.novinky.cz](http://www.novinky.cz) dne 18.9.2013; ta správním spisem neprochází, a tedy zdejší soud jí u jednání dokazoval. V ní je uvedeno „...*Jak uvedla mluvčí Českých drah Kateřina Šubová, od prosince 2014 začnou tyto modré lokomotivy pravidelně jezdit se sedmi soupravami Railjet, konkrétně z rakouského Štýrského Hradce přes Vídeň a Brno do Prahy. „V současnosti jsou vyrobeny všechny hrubé stavby vozů pro první soupravu Českých drah, část vozů je již ve fázi konečné montáže a pokračuje se ve výrobě vozů z druhé a třetí soupravy. První zkušební jízdy se plánují již v polovině příštího roku,“ doplnila Šubová. První elektrické vysokorychlostní lokomotivy Taurus byly uvedeny do provozu před 14 lety. V Česku jsou pravidelně k vidění od 14. prosince 2008...*“. To by tedy mohlo nasvědčovat, že k „nějaké“ kontraktaci lokomotiv již před 2.10.2013 došlo, skutkové zjištění, že se mělo jednat o lokomotivy, které mají být výsledkem některé z „Příloh 1“ uzavřených ve vztahu k jízdnímu řádu na období od prosince 2013 do prosince 2014 (tedy těch „Příloh 1“, jichž se nakonec napadené rozhodnutí týká), však z toho dovozovat nelze; ve zprávě je zmiňováno, že v provozu lokomotivy budou od prosince 2014, nikoli tedy v období, k němuž se vztahují obě „Přílohy 1“.

Navíc ani z čl. 2 odst. 6 dohody o proběhu lokomotiv ze dne 11.12.2008, podle něhož konkrétní nasazení lokomotiv dohodnou smluvní strany samostatně pro období každého jízdního řádu nejpozději tři měsíce před jeho začátkem, nemůže být pokládáno za důkaz, že „Přílohy 1“ již byly uzavřeny, a o uzavření jiné „smlouvy“, jež by ve vztahu k jízdnímu řádu na období od prosince 2013 do prosince 2014 kupř. předcházely formálnímu uzavření „Příloh 1“, se žalovaný nikde nezmiňuje, přitom žádný podklad, jenž by tomu nasvědčoval, zdejší soud nedovodil ani z obsahu správního spisu. Žalovaný se jasně zabýval nikoli uzavřením „nějakých smluv“ (jejichž uzavření by dovozoval) v období před 2.10.2013, kdy byl návrh podán, nýbrž uzavřením „Přílohy 1“ ze dne 26.2.2014 s účinností (na období) od 15.12.2013 do 28.2.2014 a „Přílohy 1“ ze dne 26.2.2014 s účinností (na období) od 1.3.2014 do 13.12.2014. Stejně tak z prvostupňového rozhodnutí, napadeným rozhodnutím potvrzeného, neplyne žádná pochybnost o tom, že žalobce a) měl podle žalovaného ZVZ porušit tím, že „veřejnou zakázku vymezenou obsahem „Přílohy 1“ k dohodě o proběhu lokomotiv uzavřené dne 26.2.2014 na období od 15.12.2013 do 28.2.2014“ nezadal v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacího řízení, že „uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku vymezenou obsahem „Přílohy 1“ k dohodě o proběhu lokomotiv uzavřené dne 26.2.2014 na období od 15.12.2013 do 28.2.2014“ bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, že „veřejnou



*zakázku vymezenou obsahem „Přílohy 1“ k dohodě o proběhu lokomotiv uzavřené dne 26.2.2014 na období od 1.3.2014 do 13.12.2014“ nezadal v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacího řízení a že „uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku vymezenou obsahem „Přílohy 1“ k dohodě o proběhu lokomotiv uzavřené dne 26.2.2014 na období od 1.3.2014 do 13.12.2014“ bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení.*

Jestliže se tedy osoba zúčastněná na řízení svým návrhem domáhala uložení zákazu plnění té smlouvy, která byla coby „Příloha 1“ uzavřena na období od počátku účinnosti příslušného jízdního řádu, tedy ode dne 15.12.2013, pak řízení muselo být vedeno ve vztahu ke smlouvě, jež upravovala závazkový vztah právě ode dne 15.12.2013. Jestliže „Příloha 1“ navazující na dohodu o proběhu lokomotiv, byť měla být údajně „podepsána“ (formálně uzavřena) dne 26.2.2014, již své účinky vyvolávala od 15.12.2013 do 28.2.2014 a právě těmto účinkům hodlala osoba zúčastněná na řízení podáním návrhu zamezit, bylo by nejvýše možno dovozovat okamžik faktického uzavření smlouvy ke dni účinnosti smlouvy, tj. k 15.12.2013, a tedy návrh by mohl být podán od tohoto okamžiku. Byl-li návrh podán dne 2.10.2013, pak konstrukce žalovaného založená na dovození okamžiku „faktického uzavření smlouvy“, resp. „okamžiku, od něhož se smluvní strany podle smlouvy chovaly“, z níž dovodil, že návrh není ani předčasným ani opožděným, nemůže podle zdejšího soudu obstát. Pokud jde o právě uvedenou „Přílohu 1“, pak zdejšímu soudu je zřejmé, že podpisem smlouvy poté, co již měla být účinná, byl deklarován stav, z něhož práva a povinnosti oběma smluvními stranám plynuly, podání návrhu (dne 2.10.2013) však předcházelo okamžiku prokázané faktické účinnosti smlouvy (dne 15.12.2013).

Pokud jde o „Přílohu 1“ uzavřenou na období od 1.3.2014 do 13.12.2014, která měla být uzavřena rovněž až dne 26.2.2014, pak podání návrhu (dne 2.10.2013) tu předcházelo jak uzavření (26.4.2014), tak účinnosti (1.3.2014). Ani ve vztahu k této „Příloze 1“ nemůže konstrukce žalovaného založená na dovození okamžiku „uzavření smlouvy“, resp. „okamžiku, od něhož se smluvní strany podle smlouvy chovaly“, z níž dovodil, že návrh není ani předčasným ani opožděným, podle zdejšího soudu obstát.

Ani ve vztahu k jedné z uvedených „Příloh 1“ tak nelze učinit skutkové zjištění, že plnění odpovídající tomu, jak na ně byla (až) dne 26.2.2014 uzavřena smlouva (ve formě obou „Příloh 1“), již přinejmenším zčásti realizováno bylo před 2.10.2013, popř. že „fakticky“ již smlouva byla uzavřena před 2.10.2013, a tedy že návrh byl podán po uzavření smlouvy, jak předpokládá § 114 odst. 2 ZVZ. Ohledně dřívějšího uzavření obou „Příloh 1“ (před 2.10.2013) ani ohledně jejich dřívějšího faktického plnění (před 2.10.2013) žalovaný ani nedokazoval.

Zdejší soud hypoteticky nevylučuje, že některé smluvní konstrukce nemusí umožňovat najisto určit okamžik uzavření smlouvy, po němž lze návrh podle § 114 odst. 2 ZVZ podat a od něhož se pak lhůta třicetidenní i lhůta šestiměsíční podle § 114

odst. 4 ZVZ má počítat, žalovaný však za „smlouvy“ zřetelně pokládá shora zmiňované „Přílohy 1“, jejichž uzavření má za prokázané ke dni 26.2.2014 (v jednom případě s účinností ke dni 15.12.2013). Zdejší soud je přesvědčen, že lhůty plynoucí ve vztahu k návrhu podávanému po uzavření smlouvy z § 114 odst. 4 ZVZ ani podmínka podání návrhu po uzavření smlouvy plynoucí z § 114 odst. 2 ZVZ nesměřuje k tomu, aby umožňovaly vznik takových smluvních konstrukcí, při jejichž použití by se navrhovatel (podávající návrh podle § 114 odst. 2 ZVZ) musel opakovanými návrhy snažit „strefit“ do doby mezi uzavřením smlouvy a uplynutím 6 měsíců od jejího uzavření, aniž by měl jakoukoli reálnou příležitost přesné datum uzavření smlouvy zjistit. Zdejší soud také v obecné rovině sdílí žalovaným rozumně dovozený smysl uvedených lhůt. Je však nepochybné, že lhůty obsažené v § 114 odst. 4 větě druhé ZVZ se aktivují v okamžiku, kdy již byla uzavřena smlouva (neboť pro případ, že by ještě uzavřena nebyla, lze vést jiné řízení – a sice o návrhu podle § 114 odst. 1 ZVZ směřujícímu k vydání rozhodnutí o nápravném opatření podle § 118 odst. 1 ZVZ) a mají zamezit takovým zásahům do smluvních vztahů, jež jsou již ustáleny. Byť osoba zúčastněná na řízení za shora popsané situace podávala k žalovanému návrh v době, kdy smluvní vztah byl dlouhodobě rámcově založený dohodou o proběhu lokomotiv, žalovaný postavil své závěry na tom, že „Přílohami 1“ byl dlouhodobý vztah průběžně měněn v podstatných ohledech a „Přílohy 1“ pokládal za smlouvy, ve vztahu k nimž řízení o zákazu jejich plnění vedl. Zdejší soud tedy uzavírá, že žalovaný rozhodoval o zákazu plnění, jež bylo výsledkem kontraktace, o němž nelze mít za prokázané, že podání návrhu osoby zúčastněné na řízení předcházelo.

V této otázce tedy zdejší soud souhlasí s oběma žalobci, že napadené rozhodnutí bylo vydáno ve věci, v níž skutková zjištění žalovaného ohledně uzavření „Příloh 1“ vydání takového rozhodnutí neumožňují – slovy žalobců z důvodu „předčasnosti“ návrhu na zahájení řízení ze strany osoby zúčastněné na řízení. Jde o vadu řízení, jež vyvolává nezákonnost napadeného rozhodnutí, což je důvodem k jeho zrušení podle § 78 odst. 1 s.ř.s. a vrácení věci k dalšímu řízení žalovanému podle § 78 odst. 4 s.ř.s.

#### IV.4.

Vzhledem k tomu, že v dalším řízení žalovaný po zrušení napadeného rozhodnutí z důvodu uvedeného v části IV. 3. odůvodnění tohoto rozsudku může zaměřit své dokazování k otázce faktického uzavření „Příloh 1“, jejichž plnění bylo předmětem rozhodování o zákazu plnění, a v návaznosti na případně doplněná skutková zjištění i do budoucna jinak konstruovat vznik smlouvy (smluv), proti níž (nimž) návrh osoby zúčastněné na řízení směřoval, zdejší soud pokládá za žádoucí zabývat se též zbytkem žalobní argumentace, která souvisí se samotným hmotněprávním posouzením postupu žalobce a).

Je tedy třeba především posoudit, zda se vůbec jedná o veřejnou zakázku. Na zodpovězení této otázky teprve může navazovat přezkum napadeného rozhodnutí v otázce aplikace příslušné výjimky, v otázce viny a trestu žalobce a) i v otázce zákonnosti uložení zákazu plnění smlouvy, ale též, izolovaně vzato, otázka aktivní legitimace k podání návrhu (součástí návrhu musí být podle § 114 odst. 3 ZVZ identifikace porušení ZVZ, v jehož důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, což nutně s vymezením předmětu veřejné zakázky souvisí).

Oba žalobci spatřují nezákonnost napadeného rozhodnutí v nesprávném posouzení předmětu dohody o proběhu lokomotiv a „Příloh 1“ jako veřejné zakázky; žalobci argumentují tím, že spolupráce národních železničních podniků ze sousedních států při provozování společné přeshraniční železniční osobní dopravy spočívající ve vzájemném nasazování a užívání kolejových vozů vychází z mezinárodní právní úpravy, zejména z Úmluvy COTIF a Dohody mezi Československou socialistickou republikou a Rakouskou republikou o úpravě pohraničního přechodu železnic ze dne 22.9.1962, publikované pod č. 85/1964 Sb., ve znění pozdější změny publikované pod č. 3/1968 Sb., a nelze na tuto spolupráci (na její kontraktaci) aplikovat ZVZ. Kromě toho podle žalobců nelze předmět takto komplexní spolupráce zúžit a zjednodušit pouze na tu část, která se týká nasazování lokomotiv pouze Rakouských spolkových drah, protože tato spolupráce je založena na mnoha komplexních, souvisejících a neoddělitelných vztazích. Žalobci označují přeshraniční železniční osobní dopravu (provozovanou společně žalobcem a/ a žalobcem b/) za specifickou formu technické spolupráce, jejíž pravidla jsou zakotvena v uvedených mezinárodních dohodách a tato spolupráce je založena na zásadě vyrovnávání výkonů.

Žalovaný v obou postupně vydaných rozhodnutích svůj závěr o tom, že se o veřejnou zakázku jedná, vystavěl na úvaze, podle které žalobce a) a žalobce b) si neposkytují vzájemně vyrovnané lokomotivní výkony, že z většiny jde o jednostranné poskytování těchto výkonů vybraným uchazečem, tedy žalobcem b), a žalobce a) za ně platí; z toho žalovaný dovozuje, že stejně tak by mohl žalobce a) platit jinému vlastníkovvi lokomotiv, který by vzešel z řádné soutěže a který by mohl nabídnout lepší cenu než žalobce b). Žalovaný nerozporuje oprávnění žalobce a) společně se žalobcem b) provozovat přeshraniční železniční osobní dopravu, avšak dovozuje, že pořízení vhodných lokomotiv ke vzájemnému nasazování v přeshraniční dopravě na principu vyrovnanosti výkonů lze realizovat tak, aby nedocházelo k obcházení ZVZ. Žalovaný také připouští, že nelze dosáhnout celkové vyrovnanosti výkonů, neboť je vždy třeba reagovat na aktuální potřeby jízdního řádu, na nepředvídané události na trati a na další okolnosti, avšak že takto nastalou nevyrovnanost výkonů lze žalobcem a) „řešit“ jako veřejnou zakázku malého rozsahu, kterou jako sektorový zadavatel není povinen zadávat podle ZVZ.

Podle čl. 1 odst. 1 Dohody mezi Československou socialistickou republikou a Rakouskou republikou o úpravě pohraničního přechodu železnic ze dne 22.9.1962,

publikované pod č. 85/1964 Sb., ve znění pozdější změny publikované pod č. 3/1968 Sb., oba smluvní státy se zavazují umožnit pohraniční přechod železnic. Podle čl. 7 odst. 1 téže dohody výkony provedené jednou železniční správou pro druhou se vyrovnají pokud možno naturálně. Nebude-li možné plné naturální vyrovnání, uhradí se vlastní náklady.

Podle § 7 odst. 1 ZVZ je veřejnou zakázkou zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací.

Aby se jednalo o veřejnou zakázku, muselo by se jednat o smluvní vztah mezi zadavatelem (který je vymezen v § 2 ZVZ) a dodavatelem, popř. více dodavateli (1. podmínka), musely by předmětem veřejné zakázky být dodávky, služby nebo stavební práce (2. podmínka), zadavatel by musel požadovat získání plnění veřejné zakázky (3. podmínka), plnění by mu musel poskytovat dodavatel (4. podmínka), dodavatel by požadoval za své plnění úplatu (5. podmínka) a tuto úplatu by podle smlouvy poskytoval zadavatel či jiná osoba (6. podmínka). Povahu kontrahovaného smluvního vztahu z pohledu ZVZ, v právě posuzované věci tedy konkrétně to, zda se jedná o veřejnou zakázku či nikoli, nelze posuzovat podle formy, která je k uspokojení požadavku zadavatele po konkrétním plnění zvolena, nýbrž podle materiálního obsahu zadavatelova požadavku a faktické povahy a obsahu jednotlivých úkonů, prostřednictvím kterých má být zadavatelův požadavek uspokojen.

Z pohledu naplnění shora uvedených šesti podmínek (znaků veřejné zakázky) tedy není podstatné, jakým kontraktačním procesem je dosaženo uspokojení zadavatelova požadavku, nýbrž co je oním požadavkem, v čem má spočívat plnění ve prospěch zadavatele a v čem má spočívat protiplnění ze strany zadavatele. Musí se však jednat o uspokojení zadavatelova požadavku. Není přitom rozhodné, jaké smluvní typy mají být pro realizaci zadavatelova požadavku použity, ani není rozhodné, nakolik kombinovaná struktura jednotlivých smluvních vztahů, které mají sloužit k uspokojení zadavatelova požadavku, je využita, kolik subjektů do takových vztahů vstupuje a nakolik jsou jednotlivé vztahy atomizovány. Zadavatelem poptávané plnění (zakázka) nabývá charakteru veřejné zakázky podle ZVZ tehdy, pokud plnění veřejné zakázky, které naplňuje znaky jednotlivých druhů veřejných zakázek vymezených podle předmětu v souladu s § 8 až 10 ZVZ, poptává zadavatel, pokud plnění veřejné zakázky se zavazuje poskytnout zadavateli dodavatel a zároveň pokud zadavatel (popř. jiná osoba – rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29.1.2013 ve věci sp. zn. 8 Afs 12/2012, [www.nssoud.cz](http://www.nssoud.cz)) za poskytnuté plnění veřejné zakázky zaplatí dodavateli úplatu. Zjednodušeně to obecně znamená, že fakticky „ve směru k dodavateli plyne úplata“ a „ve směru k zadavateli plyne plnění veřejné zakázky, jež odpovídá zadavatelově poptávce“.

Je-li tedy podstatou veřejné zakázky smluvní uspokojení zadavatelova požadavku a jedním ze znaků veřejné zakázky úplata, jež může být poskytována v podobě peněz, ale i v podobě nepeněžité, je-li vyjádřitelná v penězích, a má-li být v nyní posuzované věci podle žalovaného uspokojován požadavek žalobce a), pak nepochybně nejde o stavební práce, avšak nejde ani o dodávku lokomotiv. U žalobce a) totiž nelze dovozovat primárně zájem na získání (ani o koupi, ani o nájem, resp. pacht) lokomotiv, a tedy nelze dovozovat na straně žalobce a) poptávku po lokomotivách, které by pak žalobce a) „nějak“ mohl využít, neboť i kdyby je takto získal, společná přeshraniční železniční osobní doprava by tím nebyla zajištěna bez toho, že by se na nasazení vozů dohodl s rakouským železničním operátorem; mezi pořízení lokomotiv a zajištění přeshraniční železniční dopravy na principech odpovídajících mezinárodním závazkům nelze klást zjednodušující rovnítko ani nelze mezi obojím spatřovat vztah automatické příčinné souvislosti.

Mohlo by jít v pojetí ZVZ tedy nejvýše o službu spočívající v provozování (společné přeshraniční) železniční osobní dopravy. Pak by ovšem nemohlo být rozhodující, zda lokomotivní výkony navzájem poskytované žalobcem a) a žalobcem b) jsou vyrovnány či nikoli. Za poskytnutí lokomotivních výkonů žalobcem b) žalobci a) by totiž buď žalobce a) poskytoval žalobci b) lokomotivní výkony výlučně (pak by se jednalo o vyrovnané poskytování lokomotivních výkonů) anebo by za poskytnutí lokomotivních výkonů žalobcem b) žalobci a) poskytoval žalobce a) žalobci b) zčásti lokomotivní výkony a zčásti plnění peněžité (pak by se jednalo o nevyrovnané poskytování lokomotivních výkonů). Pak by ovšem bylo třeba na provozování (společné přeshraniční) železniční osobní dopravy nahlížet buď jako na veřejnou zakázku ve smyslu ZVZ bez ohledu na to, zda jsou poskytované výkony vyrovnané či nikoli anebo na tuto spolupráci jako na veřejnou zakázku ve smyslu ZVZ nenahlížet vůbec. Už z tohoto důvodu podle zdejšího soudu nemůže obstát konstrukce žalovaného, podle které jde o veřejnou zakázku pouze v rozsahu nevyrovnaného poskytování výkonů. Kompenzace (vyrovnávka) za plnění je součástí pravidel vzájemného využívání výkonů (nasazování lokomotiv v přeshraniční dopravě), což je podle jejího čl. 2 odst. 1 účelem dohody o proběhu lokomotiv, a nikoli samostatným (oddělitelným) plněním, jež by mohlo odpovídat předmětu samostatné veřejné zakázky.

Kromě toho se zdejší soud ztotožňuje s argumentem obou žalobců, že poskytování výkonů v rámci provozování (společné přeshraniční) železniční osobní dopravy není plněním, jež by žalobce b) (popř. jiná osoba s ním spojená) uskutečňoval pro žalobce a) na základě poptávky žalobce a), k jejímuž uspokojení by smlouva (ať už samotná dohoda o proběhu lokomotiv anebo kterákoli z „Příloh 1“) byla uzavírána, nýbrž že se jedná o plnění uskutečňované na základě mezinárodní smlouvy, jíž je vázána především samotná Česká republika. Úmluva o mezinárodní železniční přepravě (COTIF) a Dohoda mezi Československou socialistickou republikou a Rakouskou republikou o úpravě pohraničního přechodu železnic upravují vztahy mezi

národními dopravci s cílem podporovat, zlepšovat a usnadňovat mezinárodní železniční přepravu. Podle zdejšího soudu právě (a pouze) k naplnění těchto cílů dochází na základě vztahů národních dopravců ke vzájemnému (!) poskytování lokomotivních výkonů, sdílení osobních vozů, vlakového personálu, strojvedoucích, dopravních cest atd. a veškeré platby pro případ, že takové výkony nejsou vyrovnané, mají povahu pouhé kompenzace v tom směru, aby vztahy mezi národními dopravci, na které je povinnost států podporovat, zlepšovat a usnadňovat mezinárodní železniční přepravu přenesena, nebyly pro některého z nich nevýhodné. Kompenzace (vyrovnávka) za plnění coby součást pravidel vzájemného využívání výkonů (nasazování lokomotiv v přeshraniční dopravě) podle dohody o proběhu lokomotiv (a tedy i všechna pravidla ujednaná jednotlivými „Přílohami 1“) má oporu v závazku podle čl. 7 odst. 1 Dohody mezi Československou socialistickou republikou a Rakouskou republikou o úpravě pohraničního přechodu železnic. To je pro posouzení věci zdejším soudem určující.

Žalovaný dovedil, že žalobce b) zajišťuje cca 81% lokomotivních výkonů; toto plnění by mělo podle žalovaného odpovídat fikci vyrovnanosti výkonů. Z toho žalovaný dovedil, že žalobce a) v přesahujícím plnění poptává nájem, resp. pacht lokomotivních výkonů mimo režim ZVZ, čímž jej obchází. Nevyrovnanost výkonů (nasazování lokomotiv) ovšem podle zdejšího soudu odpovídá pouze geografickému rozdělení dopravních cest, kterých se dohoda o proběhu lokomotiv a „Přílohy 1“ týkají, logicky s přihlédnutím k aktuálním potřebám jízdnicích řádů a nejrůznějším okolnostem vyskytujícími se v čase, nikoli poptávce, již by se žalobce a) rozhodl uspokojovat. Na trase Praha-Linz tvoří dopravní cesty na území České republiky přibližně 219 km z celkových 294 km. Na trase Praha-Vídeň tvoří dopravní cesty na území České republiky přibližně 314 km z celkových 404 km. V případě trasy Praha-Linz je tedy přibližně 75% celkové trasy na území České republiky a v případě trasy Praha-Vídeň jde přibližně o 78%. Z tohoto poměru vyplývá, že žalobce a) je svými zdroji schopen zajistit železniční osobní dopravu na území České republiky, protože na těchto trasách provozuje srovnatelný počet vlakových souprav. Z těchto zjištění právě vyplývá, že smyslem a účelem dohody o proběhu lokomotiv a „Příloh 1“ není potřeba žalobce a), jež by se projevila v poptávce směřující k žalobci b) spočívající v lokomotivních výkonech ani lokomotivách, jež by byla nájmem, resp. pachtem lokomotiv Taurus, jak žalovaný dovedil, nýbrž je jím naplnění cílů mezinárodních smluv a zajištění odpovídající úrovně mezinárodní železniční osobní dopravy. Jestliže čl. 7 odst. 1 Dohody mezi Československou socialistickou republikou a Rakouskou republikou o úpravě pohraničního přechodu železnic pro spolupráci dvou vnitrostátních železničních operátorů – provozovatelů železniční dopravy stanoví pravidlo, podle něhož výkony uskutečněné jedním z nich pro druhého se vyrovnají pokud možno naturálně a nebude-li možné plné naturální vyrovnání, uhradí se vlastní náklady, pak ze žádného skutkového zjištění, jež by učinil žalovaný, neplyne, že kompenzace, jež má podle žalovaného odpovídat samostatné veřejné zakázce, která měla být zadávána podle ZVZ, přesahuje úhradu vlastních nákladů při nemožnosti

plného naturálního vyrovnání, a tedy že by se jednalo o plnění, jež by ze závazku podle uvedené dohody vybočovalo.

Zdejší soud tedy dovozuje, že žalobce a) při uzavírání dohody o proběhu lokomotiv a „Příloh 1“ naplňoval závazek z mezinárodní smlouvy a žádnou „svoji“ poptávku nerealizoval. Placeno tedy není za plnění, jež by bylo dodávkou lokomotiv, nýbrž platba představuje kompenzaci nákladů podle mezinárodního závazku, jenž se promítá v povinnostech žalobce a)

Žalovaný tedy (od bodu 66. napadeného rozhodnutí) správně vyšel z toho, že předmětem plnění podle čl. 2 odst. 1 a 2 dohody o proběhu lokomotiv je **vzájemné nasazování lokomotiv v přeshraniční dopravě na principu vyrovnanosti výkonů (poskytnutí lokomotiv smluvní stranou poskytující lokomotivy pro trakční výkony smluvní straně nasazující lokomotivy), nesprávně však dospěl k závěru, že plnění, jež princip vyrovnanosti výkonů přesahuje a jež je kompenzováno peněžitým plněním, je plněním jiným (samostatným), jež už přesahuje pravidlo „vzájemnosti“ a tím i účel mezinárodní úpravy a jež by mělo být považováno za poptávku žalobce a). Nemůže tedy obstát závěr, že plnění, jež v důsledku okolností z vyrovnanosti výkonů vybočuje (přesahuje jej), je ve skutečnosti samostatnou „objednávkou na vozidla“, jež může být uspokojena kýmkoli z výrobců (dodavatelů) lokomotiv. Vztah mezi oběma žalobci v nyní posuzované věci je podle zdejšího soudu komplexním vztahem dvou železničních operátorů – provozovatelů železniční dopravy a nikoli vztahem zadavatele a dodavatele a ani výšeč tohoto vztahu odpovídající pouze kompenzacím nevyrovnanosti výkonů nemůže být izolovaně pokládána za vztah zadavatele a dodavatele.**

Veškeré úvahy žalovaného vycházející z předpokladu, že uchazeč o zakázku se zadávacího řízení účastní proto, aby po realizaci zakázky generoval zisk, jimiž pak žalovaný dovozuje, že dohoda o proběhu lokomotiv předpokládá vyrovnanost výkonů a při jejím plnění by pak žalobce a) sice vynakládal veřejné prostředky na realizaci plnění, jež by poskytoval i na území druhé strany dohody, avšak jednalo by se o náklady, jež by na realizaci vynaložil i v případě, že by ji realizoval pouze na svém území, neboť stejně by se choval i vybraný uchazeč na území České republiky, jsou pak založeny na tom, že plnění přesahující vyrovnanost výkonů je uspokojováním poptávky žalobce a). Podle zdejšího soudu jde, jak plyne ze shora uvedeného, o premisu nesprávnou, nadto k úvahám ohledně ziskovosti při vyrovnanosti výkonů oproti ziskovosti při nevyrovnanosti výkonů (právě zisk pokládá žalovaný za znak odlišující plnění, jež spadá pod dohodu o proběhu lokomotiv, od plnění, jež žalobce b/ poskytuje žalobci a/ údajně nad její rámec, a proto jde podle žalovaného v rozsahu převyšujícím vyrovnanost výkonů o veřejnou zakázku) chybí jakýkoli skutkový podklad, nehledě k tomu, že zisk (ziskovost plnění) znakem veřejné zakázky není.

Souhrnně řečeno, zdejší soud tedy v rámci posouzení právní otázky, zda plnění podle dohody o proběhu lokomotiv a „Příloh 1“ je veřejnou zakázkou či nikoli, nesouhlasí se žalovaným, že výkony žalobce a) a žalobce b) podle dohody o proběhu lokomotiv musí být vyrovnané, aby se o veřejnou zakázku nejednalo, přičemž v případě, kdy výkony vyrovnané nejsou, a tedy nedochází ke vzájemné kompenzaci plnění žalobce a) a žalobce b) v nepeněžitě formě (ve formě vzájemných výkonů), nýbrž ve formě peněžitě, o veřejnou zakázku se jedná. Stejně tak nelze se žalovaným souhlasit v tom, že pouze spolupráci na principu vyrovnanosti výkonů bez jakékoli peněžitě kompenzace uskutečněných výkonů lze pokládat za spolupráci v rámci závazků vyplývajících ze shora uvedených mezinárodních smluv. Hmotněprávní hodnocení, jež se stalo základem dílčího závěru, že plnění, jež mělo být pro žalobce a) uskutečněno, je úplatným pořízením (zajištěním) lokomotiv, je tedy podle zdejšího soudu zatíženo nezákonností vyvolanou nesprávnou aplikací § 7 odst. 1 ZVZ na zjištěný skutkový stav.

Zdejší soud tedy nad rámec svých závěrů uvedených v části IV.3. odůvodnění tohoto rozsudku dává žalobcům zapravdu i pokud jde o nosné východisko hmotněprávního hodnocení věci. Neobstojí tedy závěr žalovaného, že předmětem dohody o proběhu lokomotiv a „Příloh 1“ k této dohodě je plnění, jež je veřejnou zakázkou. Pak tedy nemohou obstát ani navazující závěry žalovaného spočívající v tom, že se žalobce a) dopustil správních deliktů tím, že na plnění podle obou „Příloh 1“ uzavřených dne 26.2.2014 nepohlížel jako na veřejnou zakázku, již bylo třeba zadávat v zadávacím řízení (včetně dodržení uveřejňovací povinnosti). To je dalším samostatným důvodem ke zrušení napadeného rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s.ř.s. a vrácení věci k dalšímu řízení žalovanému podle § 78 odst. 4 s.ř.s.

Zabývat se za tohoto stavu zbylou dílčí žalobní argumentací (ohledně aplikace výjimky, ohledně dovození správního deliktu a ohledně pokuty) je podle zdejšího soudu zcela nadbytečné.

#### IV.5.

Napadené rozhodnutí je tedy rušeno ze dvou samostatných důvodů: žalovaný rozhodoval o zákazu plnění, jež bylo výsledkem kontraktace, o němž nelze mít za prokázané, že podání návrhu osoby zúčastněné na řízení předcházel – tedy návrh nebyl podán po „uzavření smlouvy“ (důvod podle části IV.3. odůvodnění tohoto rozsudku), navíc i kdyby bylo řízení vedeno o návrhu osoby zúčastněné na řízení, jenž by byl podán po „uzavření smlouvy“, neobstojí závěr žalovaného, že předmětem „Příloh 1“ k dohodě o proběhu lokomotiv je plnění, jež je veřejnou zakázkou (důvod podle části IV.4. odůvodnění tohoto rozsudku).

Z těchto důvodů neobstojí nejen napadené rozhodnutí, nýbrž ani žádná z výrokových částí I. – IV. prvostupňového rozhodnutí, napadeným rozhodnutím



potvrzeného, nemůže obstát ani výroková část V. téhož rozhodnutí, kterou byla žalobci a) za správní delikty podle výrokových částí I. – IV. téhož rozhodnutí uložena pokuta, ani samotný zákaz plnění, uložený výrokovou částí VII. téhož rozhodnutí. Přesto může obstát výroková část VI. prvostupňového rozhodnutí, která byla též předmětem rozhodování ve fázi řízení o rozkladu, neboť oba žalobci prvostupňové rozhodnutí napadli jako celek a napadeným rozhodnutím bylo též prvostupňové rozhodnutí jako celek potvrzováno; na výrokovou část VI. prvostupňového rozhodnutí však právě dovozený závěr vztáhnout bez dalšího nelze (ten nebyl ani žalobami zpochybňován). Proto zdejší soud nepřistoupil vedle zrušení rozhodnutí napadeného ke zrušení rozhodnutí prvostupňového, nýbrž zrušil pouze napadené rozhodnutí a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. V něm však bude muset žalovaný, ve fázi řízení o rozkladu, vycházet ze shora uvedeného právního názoru zdejšího soudu.

#### V. Náklady řízení

O nákladech účastníků řízení zdejší soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Na oba žalobce zdejší soud hledí jako na procesně úspěšné, a proto jim přiznal náhradu nákladů řízení proti procesně neúspěšnému žalovanému a k jejímu zaplacení stanovil přiměřenou lhůtu.

Žalobci a) vznikly důvodně vynaložené náklady za zaplacený soudní poplatek (3 000 Kč) společně s náklady právního zastoupení; za důvodně a účelně vynaložené náklady právního zastoupení žalobce a) v jeho procesním postavení žalobce (nikoli v době, kdy byl v původně souběžně vedené věci druhého z obou žalobců osobou zúčastněnou na řízení, tam by se aplikoval § 60 odst. 5 s.ř.s.) zdejší soud pokládá náklady za čtyři úkony právní služby (převzetí a příprava zastoupení, podání žaloby, podání repliky a účast na jednání soudu) společně s režijními paušály, tj. 4 x 3 100 Kč + 4 x 300 Kč podle § 11 odst. 1 písm. a), d) a g) a § 13 vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, společně s cestovními náklady (jízdne vlakem) za cestu k jednání soudu a zpět, tj. 508 Kč, a náhradou za promeškaný čas, tj. 1 400 Kč, to vše, vyjma částky odpovídající zaplacenému soudnímu poplatku s navýšením o částku odpovídající DPH, tj. 3 000 Kč + 16 456 Kč + 2 309 Kč, celkem tedy 21 765 Kč.

Žalobci b) vznikly důvodně vynaložené náklady za zaplacený soudní poplatek (3 000 Kč) společně s náklady právního zastoupení; za důvodně a účelně vynaložené náklady právního zastoupení žalobce b) v jeho procesním postavení žalobce (nikoli v době, kdy byl v původně souběžně vedené věci druhého z obou žalobců osobou zúčastněnou na řízení, tam by se aplikoval § 60 odst. 5 s.ř.s.) zdejší soud pokládá náklady za čtyři úkony právní služby (převzetí a příprava zastoupení, podání žaloby, podání repliky a účast na jednání soudu) společně s režijními paušály, tj. 4 x 3 100 Kč + 4 x 300 Kč podle § 11 odst. 1 písm. a), d) a g) a § 13 vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, společně s cestovními náklady (náhrada za použití automobilu) na cestě k jednání soudu a zpět, 416 km vozidlem RZ 2AF 9995, tj. 2 268 Kč, a náhradou

za promeškaný čas, tj. 1 000 Kč, to vše, vyjma částky odpovídající zaplacenému soudnímu poplatku s navýšením o částku odpovídající DPH, tj. 3 000 Kč + 16 456 Kč + 3 954 Kč, celkem tedy 23 410 Kč.

Osobě zúčastněné na řízení nebyla zdejším soudem uložena žádná povinnost, v souladu s jejímž plněním by jí náklady mohly vzniknout, a důvod pro přiznání jiných nákladů zdejší soud neshledal. Proto právo na náhradu nákladů řízení podle § 60 odst. 5 s.ř.s. nemá.

### **P o u č e n í :**

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

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

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

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 21. dubna 2016

Za správnost vyhotovení:  
Romana Lipovská

David Raus, v.r.  
předseda senátu