62 Af 19/2021-120

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D., a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D., v právní věci

žalobce: **České dráhy, a.s.**
sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, Praha

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno

za účasti: **Plzeňský kraj**
sídlem Škroupova 18, Plzeň

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 3.3.2021, č.j. ÚOHS-07856/2021/162/PJe, sp.zn. ÚOHS-R0006/2021/VZ,

takto:

I. Žaloba se zamítá.

II. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení.

III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

IV. Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Shrnutí podstaty věci

1. Žalovaný prvostupňovým rozhodnutím ze dne 21.12.2020, č.j. ÚOHS-41340/2020/510/MKo, sp.zn. ÚOHS-S0412/2020/VZ, o návrhu žalobce na přezkoumání úkonů objednatele (osoby zúčastněné na řízení) učiněných při zajišťování dopravní obslužnosti v nabídkovém řízení „Výběr dopravce pro uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné drážní osobní dopravě na celek Jihozápad“ podle § 10 zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně některých zákonů (dále jen „ZVS“), rozhodl tak, že návrh podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), ve spojení s § 27 odst. 1 ZVS zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Předseda žalovaného pak nyní napadeným rozhodnutím žalobcův rozklad zamítl a prvostupňové rozhodnutí potvrdil.

II. Shrnutí procesního postoje žalobce

2. Podle žalobce je napadené a jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí nepřezkoumatelné, neboť nebyla vypořádána žalobcem uplatněná argumentace. Žalovaný se neměl omezit na konstatování, zda byly požadavky v zadávací dokumentaci (dokumentaci nabídkového řízení) vymezeny jasně, srozumitelně a stejným způsobem pro všechny, nýbrž měl materiálně posoudit, zda objednatel pochybil, nevymezil-li v zadávací dokumentaci, jakým způsobem bude v budoucnu řešen požadavek na vybavení vozidel evropským vlakovým zabezpečovacím systémem (dále jen „ETCS“). Měl-li objednatel od určitého data povinnost provozovat vozidla vybavená ETCS, šlo o zásadní okolnost pro „nacenění“ nabídky. Žalobci ze zadávací dokumentace nevyplývaly možné indicie o tom, zda vzhledem k budoucí povinnosti vybavení ETCS mohla být doba trvání smlouvy zkrácena. Objednatel tak podle žalobce neposkytl všechny informace potřebné pro přípravu nabídek. Někteří dodavatelé tak mohli podávat nabídku v dobré víře, že smlouva bude plněna po celou dobu, jiní naopak mohli vycházet z toho, že smlouva bude předčasně ukončena v roce 2026 z důvodu povinného vybavení vozidel ETCS. Podle žalobce tak nebylo možné podat nabídku porovnatelnou s nabídkami ostatních dodavatelů. Bylo na objednateli, aby stanovil zadávací podmínky jednoznačně, určitě a v souladu se ZZVZ a ZVS. Nebylo nutné, aby objednatel problematiku ETCS řešil prostřednictvím vyhrazené změny závazku; objednatel mohl stanovit dobu trvání smlouvy tak, aby tato doba nekolidovala s povinným používáním vozidel s ETCS. Žalovaný podle žalobce pochybil tím, že se věcně nezabýval otázkou povinného vybavení vozidel ETCS, a to i ve vztahu k otázce porovnatelnosti jednotlivých nabídek. Žalovaný tak podle žalobce nezjistil skutečný stav věci a nevypořádal žalobcem uplatněné námitky.

3. Předseda žalovaného se podle žalobce dopustil též nesprávného právního posouzení věci. Tím, že žalobce nebyl schopen v ekonomické kalkulaci při zpracování nabídky zohlednit případné používání systému ETCS od roku 2026 či 2029, nebylo možné podat nabídky, které by bylo možné vzájemně porovnat. Žalovaný podle žalobce nepochopil význam otázky vybavení vozidel ETCS. Objednatel pochybil, jestliže své požadavky na vybavení vozidel ETCS vymezil teprve v rámci řízení před žalovaným, kdy již dodavatelé nemohli na tyto požadavky reagovat, ačkoli je zjevné, že povinnost provozovat vozidla s ETCS nepochybně nastane v průběhu trvání smlouvy. Dodavatelům tak nebylo poskytnuto dostatečné vodítko pro stanovení nabídkové ceny a zadávací podmínky nebyly stanoveny správně a úplně. Podle žalobce tak nebylo možné stanovit nabídkovou cenu na dobu 10 let bez upřesnění zadávací dokumentace. Žalobce namítá, že objednateli předkládal podklady, ze kterých je patrná povinnost provozování vozidel s ETCS. Objednatel tak zvýhodnil ty dodavatele, kteří vycházeli z předpokladu, že smlouvu bude možné plnit po dobu 10 let bez nutnosti zavedení ETCS. To, že po podání nabídek měla probíhat

elektronická aukce, není relevantní, neboť žalobce musel zohledňovat vybavení vozidel ETCS také v elektronické aukci. Objednatel tedy požadoval „nacenění“ plnění, které po roce 2026 (2029) nebylo možné. Podle žalobce bylo postaveno najisto, že povinnost vybavení vozidel ETCS nastane, a tato povinnost tak měla být zohledněna od počátku trvání smlouvy. Bylo v rozporu s ZZVZ a § 8 odst. 2 písm. a) a b) ZVS, aby objednatel po zavedení povinnosti provozovat vozidla s ETCS ustal s objednáváním dopravních výkonů.

4. V souvislosti se snahou o vytvoření jednotného unijního trhu železničních přepravních služeb stanoví právní úprava Evropské unie dílčí technické požadavky na interoperabilitu. Nařízení Komise (EU) 2016/919 o technické specifikaci pro interoperabilitu týkající se subsystémů „Řízení a zabezpečení“ železničního systému v Evropské unii (dále jen „nařízení 2016/919“) mimo jiné upravilo ETCS, který měl umožnit fungování jednotného zabezpečovacího systému na tratích a drážních vozidlech. Podle čl. 6 odst. 4 nařízení 2016/919 ve vazbě na bod 7.4.4. přílohy nařízení můžou členské státy vydat národní implementační plán zohledňující národní specifika zavádění ETCS. Tento plán je podle žalobce závazný, jak je patrné také z čl. 3 odst. 4 prováděcího nařízení Komise (EU) 2017/6 o evropském prováděcím plánu evropského systému řízení železničního provozu (dále jen „nařízení 2017/6“), podle kterého může k posunu termínu zavedení ETCS dojít nejvýše o 3 roky pouze z vymezených důvodů. Není tedy pravdou, že by problematika zavedení ETCS dopadala pouze na objednatele jako provozovatele železniční dopravy na vlastním území; šlo o nastavení pravidel vedení nabídkového řízení. Bylo na objednateli, aby povinnost zavedení ETCS zohlednil v zadávací dokumentaci. Bylo tedy povinností žalovaného zkoumat, zda byly zadávací podmínky stanoveny v dostatečných podrobnostech tak, aby bylo možné zpracovat vzájemně porovnatelné nabídky a nabídkové ceny. Není pochyb o tom, že povinné vybavení vozidel ETCS je významnou položkou pro stanovení nabídkové ceny. Jestliže vybrané úseky měly být od roku 2026 (2029) obsluhovány výlučně vozidly s ETCS, představuje absence požadavku na povinné vybavení vozidel ETCS v zadávací dokumentaci a v rozhodnutí o námitkách klíčový nedostatek zadávací dokumentace. To, že objednatel měl zohlednit vývoj infrastruktury ve veřejných zakázkách, mu muselo být zřejmé také z e-mailu Ministerstva dopravy ze dne 17.4.2020. Stejný závěr (povinnost vybavení vozidel ETCS) plyne také z dopisu Ministerstva dopravy ze dne 8.10.2020. Povinnost provozovat výlučně vozidla vybavená ETCS na dráze, která je součástí evropského železničního drážního systému, je zakotvena v § 49b odst. 4 zákona č. 266/1994 Sb., o dráhách, v návaznosti na základní požadavky na konstrukční a provozní podmínky a technické specifikace propojenosti vyplývající z nařízení 2016/919. Povinnost vybavení vozidel ETCS se tak měla stát povinnou součástí technických podmínek ve smyslu § 10 odst. 4 písm. d) ZVS. Žalovaný věcně nezkoumal, zda objednatel pochybil tím, že povinné vybavení vozidel ETCS v zadávací dokumentaci neupravil, a podle žalobce tak žalovaný v rozporu s § 3 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, nedostatečně zjistil skutkový stav. Objednatel tedy stanovil podmínky nabídkového řízení v rozporu s § 10 odst. 3 ZVS a § 36 ZZVZ.

5. Objednatel měl vyhlásit nové nabídkové řízení a zadávací dokumentaci doplnit kromě informace o obligatorním zavedení ETCS také o vymezení mechanismu, jak bude postupováno při zavedení povinnosti dovybavit vozidla ETCS, spolu s údajem, zda bude smlouva dále trvat a zda se objednatel bude finančně podílet na tomto dovybavení vozidel. Požadavek na finančním podílení objednatele podle žalobce plyne ze čl. 2a odst. 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1370/2007 o veřejných službách v přepravě cestujících po železnici a silnici a o zrušení nařízení Rady (EHS) č. 1191/69 a č. 1107/70 (dále jen „nařízení 1370/2007“). To, že bylo povinností objednatele zohlednit v zadávací dokumentaci všechny ekonomicky oprávněné náklady, je podle žalobce zřejmé také ze čl. 4 odst. 1 písm. c) nařízení 1370/2007. Na objednatele dopadala podle § 23 odst. 2 ZVS povinnost zkontrolovat, zda dopravcem navrhovaná kompenzace na základě finančního modelu není nadměrná. Žalobce namítá, že náklad na palubní ETCS nemůže být z kompenzace (finančního modelu) vyloučen. Jestliže by dopravce nabídl cenu sníženou o

náklady spojené s ETCS, mohlo by jít o mimořádně nízkou nabídkovou cenu podle § 12 odst. 2 ZVS a § 113 ZZVZ. V důsledku netransparentního postupu objednatele bylo založeno předvídatelné riziko přerušení veřejných služeb podle § 22 ZVS. Odpověď objednatele na opakované žádosti žalobce, že pro veřejnou zakázku na celek Jihozápad nepožaduje vybavení vozidel systémem ETCS, byla zcela nedostatečná. Jestliže dopravce při zpracování nabídek nevěděl, zda má být finanční model zpracován skutečně na 10 let či pouze do doby povinného provozu vozidel s ETCS, byly podmínky nabídkového řízení v rozporu se zásadou diskriminace, transparentnosti a v rozporu s § 36 odst. 1 ZZVZ. Ministerstvo dopravy vycházelo z národního implementačního plánu, a není tak pochyb o tom, že byť omezení plynoucí z povinnosti provozu vozidel s ETCS budou stanovena teprve v prohlášení o dráze podle § 33 zákona o dráhách, povinnost provozu vozidel vybavených ETCS byla patrná již z národního implementačního plánu. Žalovaný tak pochybil také tím, že nezohlednil další strategické dokumenty státu týkající se drážní dopravy. Objednatel nebyl oprávněn poskytnout dopravci výjimku z povinnosti mít podle § 8 odst. 3 písm. c) ZVS nejpozději ke dni zahájení poskytování veřejných služeb v přepravě cestujících zajištěna vozidla s ETCS. Smlouva, která by takovou výjimku umožňovala, by byla podle § 580 odst. 1 zákona č. 82/2012 Sb., občanský zákoník, neplatná.

6. Žalovaný podle žalobce pochybil také tím, že nezrušil nabídkové řízení, ačkoli objednatel ve stanovené lhůtě nepředložil kompletní dokumentaci nabídkového řízení. Nabídkové řízení je vysoce formalizovaným postupem a žalovaný tak nejednal transparentně. Bez předložení stejnopisu návrhu spolu s dokladem o doručení rozhodnutí o námitkách je postup objednatele nepřezkoumatelný.

7. Napadené rozhodnutí je tedy podle žalobce nepřezkoumatelné, neodůvodněné a jeho vydání předcházely závažné procesní nedostatky. Zadávací dokumentace nebyla zpracována v dostatečných podrobnostech a neumožnila podání vzájemně porovnatelných nabídek; postup objednatele byl v rozporu se zákazem diskriminace a v rozporu se zásadou transparentnosti.

8. V replice pak žalobce uvedl, že jestliže žalovaný pod pohrůžkou zrušení nabídkového řízení vyzval objednatele k doručení dokladu o doručení rozhodnutí o námitkách, měl žalovaný postupovat v souladu s vlastním poučením obsaženým ve výzvě a nabídkové řízení zrušit. Byť objednatel uvedl, že vybavení vozidel ETCS nepožaduje, zcela rezignoval na (v budoucnu účinnou) podmínku vybavení vlaků ETCS. To, že požadavek na povinné vybavení vozidel ETCS je dán pouze u minoritního rozsahu úseků podle národního implementačního plánu, je pouhou spekulací ze strany žalovaného. Není pravdou, že by objednatel nemohl uplatňovat smluvní pokutu po dopravci; smlouva neupravuje možnost neposkytnutí služeb v případě, kdy bude na dané trati zavedena povinnost ETCS. To, že objednatel měl výslovně v zadávací dokumentaci upravit otázku povinného vybavení vozidel ETCS, je patrné také z toho, že v souvislosti s jiným záměrem uzavřít smlouvu o veřejných službách v přepravě cestujících již objednatel stanovil požadavek, aby vozidla byla od roku 2029 vybavena ETCS.

9. Žalobce tedy navrhuje, aby zdejší soud napadené a jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí zrušil. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejším soudem, a to i při jednání.

III. Shrnutí procesního postoje žalovaného

10. Podle žalovaného ani existence formalizovaného procesu automaticky nevede k závěru o přepjatém lpění na dikci zákona. Za doklad o doručení lze uznat dokumenty, které jiným způsobem okamžik doručení potvrzují. Žalovaný měl všechny potřebné informace pro přezkum k dispozici. Podle žalovaného nebylo jeho povinností podrobně okomentovat každé jednotlivé tvrzení žalobce. Objednatel námitky žalobce vypořádal dostatečně a také žalovaný žalobcem uplatněnou argumentaci vypořádal. Objednatel výslovně uvedl, že požaduje provoz vlaků bez ETCS po dobu 10 let. Jestliže podle smlouvy nebyl objednatel oprávněn smlouvu jednostranně

vypovědět, a zároveň byly ve smlouvě stanoveny minimální požadované výkony dopravy, nebyly podle žalovaného dány pochybnosti o rozsahu, povaze a způsobu plnění veřejné zakázky, a porovnatelnost nabídek tak nebyla dotčena. Podle žalovaného tak smlouva neumožňuje objednateli požadovat dovybavení vlaků ETCS. Otázka povinnosti provozu vozidel s ETCS je tak podle žalovaného irelevantní; nadto žalovaný dále uvádí, že datum účinnosti povinnosti provozu vlaků s ETCS je nejisté.

11. Žalovaný tedy navrhuje, aby zdejší soud žalobu jako nedůvodnou zamítl. I žalovaný na svém procesním postoji setrval po celou dobu řízení před zdejším soudem, a to i při jednání.

IV. Posouzení věci

12. Žaloba byla podána osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“) a včas (§ 72 odst. 1 s. ř. s.). Žaloba je přípustná (§ 65, § 68, § 70 s.ř.s.). Napadené rozhodnutí bylo přezkoumáváno v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodování žalovaného (§ 75 odst. 1 s.ř.s.). Zdejší soud dospěl k závěru, že žaloba není důvodná.

13. Namítá-li žalobce nepřezkoumatelnost napadeného (a jemu předcházejícího prvostupňového) rozhodnutí, pak zdejší soud vychází z toho, že rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů (také) tehdy, nevypořádá-li se správní orgán s námitkami či návrhy účastníka správního řízení; z odůvodnění správního rozhodnutí musí být mimo jiné zřejmé, z jakých důvodů správní orgán k námitkám či návrhům účastníka řízení nepřihlédnul, případně proč považuje námitky za liché, a jaké skutečnosti vzal za podklad svého rozhodnutí. Nepřezkoumatelnost rozhodnutí pro nedostatek důvodů přitom musí být vykládána ve svém skutečném smyslu, tj. jako nemožnost přezkoumat určité rozhodnutí pro nemožnost zjistit samotný obsah nebo důvody, pro které bylo vydáno (srov. například usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 19.2.2008, č.j. 7 Afs 212/2006-76). Není namístě institut nepřezkoumatelnosti libovolně rozšiřovat a vztahovat jej i na případy, kdy se správní orgán podstatou námitky účastníka řízení řádně zabývá a vysvětlí, proč nepovažuje argumentaci účastníka za správnou, byť výslovně v odůvodnění rozhodnutí nereaguje na všechny dílčí aspekty vznesené námitky. Zrušení rozhodnutí pro nepřezkoumatelnost je vyhrazeno těm nejzávažnějším vadám rozhodnutí, kdy pro absenci důvodů či pro nesrozumitelnost skutečně nelze rozhodnutí meritorně přezkoumat. Nepřezkoumatelnost rozhodnutí pro nedostatek důvodů tak má místo zejména tehdy, opomene-li správní orgán či soud na námitku účastníka zcela (tedy i implicitně) reagovat (srov. například rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 17.1.2013, č.j. 1 Afs 92/2012 - 45, či ze dne 29.6.2017, č.j. 2 As 337/2016 - 64). Přehlédnout pak nelze ani fakt, že správní orgány nemají povinnost vypořádat se s každou dílčí námitkou, pokud proti tvrzení účastníka řízení postaví právní názor, v jehož konkurenci námitky jako celek neobstojí. Takový postup shledal ústavně konformním i Ústavní soud například v nálezu ze dne 12.2.2009, sp. zn. III. ÚS 989/08: „*Není porušením práva na spravedlivý proces, jestliže obecné soudy nebudují vlastní závěry na podrobné oponentuře (a vyvracení) jednotlivě vznesených námitek, pakliže proti nim staví vlastní ucelený argumentační systém, který logicky a v právu rozumně vyloží tak, že podpora správnosti jejich závěrů je sama o sobě dostatečná.*“ (srov. také rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12.3.2015, č.j. 9 As 221/2014-43).

14. Předseda žalovaného v odůvodnění napadeného rozhodnutí zrekapituloval rozkladové námitky žalobce (str. 4) a ve vztahu k porušení ediční povinnosti objednatele a na to navazující povinnosti (str. 5) zrušit nabídkové řízení odkázal na konkrétní body prvostupňového rozhodnutí a uvedl, že se s jeho závěry ztotožňuje. Takový postup je – i s ohledem na konstantní argumentační postoj žalobce uplatněný též v rozkladu – v pořádku. Pokud se totiž předseda žalovaného v konkrétních aspektech, k nimž měl žalobce v průběhu správního řízení konstantní postoj, ztotožnil s názorem obsaženým v prvostupňovém rozhodnutí a tam obsažené závěry převzal, nikterak to neovlivňuje přezkoumatelnost ani zákonnost napadeného rozhodnutí, neboť z hlediska soudního přezkumu tvoří rozhodnutí správních orgánů obou stupňů jeden celek (srov. například usnesení rozšířeného

senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 12.10.2004, č.j. 5 Afs 16/2003-56, nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28.12.2007, č.j. 4 As 48/2007-80); žalobce přitom nebyl v situaci, že by odůvodnění prvostupňového rozhodnutí neznal. Dále předseda žalovaného doplnil, že návrh a doklad o jeho doručení nejsou součástí dokumentace o nabídkovém řízení ve smyslu § 17 ZVS. Nedoručení návrhu, dokladu o jeho doručení a dokladu o doručení rozhodnutí o námitkách nevede ke zrušení nabídkového řízení, neboť zákonem požadované informace vyplývají z jiných dokumentů. Zrušení nabídkového řízení by i přes formalizovaný charakter zadávacího řízení vedlo k formalismu. Také ve vztahu k posouzení zákonnosti rozhodnutí o námitkách (str. 6) předseda žalovaného odkázal na konkrétní body prvostupňového rozhodnutí, s jehož argumentací se ztotožnil (to je i v tomto případě podle zdejšího soudu v pořádku), a dále uvedl, že objednatel *„…explicitně nesouhlasil s navrhovatelem přednášenou hypotézou a podrobně deklaroval, proč vybavení vlakových souprav systémem ETCS nepožaduje…“* a citoval podstatné části rozhodnutí o námitkách. Klíčové otázce v podobě absence vtělení požadavku na provozování vozidel vybavených ETCS se předseda žalovaného dostatečně konkrétně věnoval na str. 7 až 9 napadeného rozhodnutí. Podle předsedy žalovaného objednatel opakovaně výslovně a transparentně uvedl, že vybavení vlakových souprav ETCS nepožaduje, a všem dodavatelům tak stanovil shodné (a jasné) podmínky. Předseda žalovaného vymezil konkrétní důvody (povaha národního implementačního plánu a dopis Ministerstva dopravy ze dne 8.10.2020), pro které dospěl k závěru, že není postaveno najisto, zda v letech 2026 a 2029 bude povinné provozování vlaků s ETCS. Vysoká míra nejistoty podle předsedy žalovaného také znemožňovala povinnost dovybavení vozidel ETCS jako vyhrazenou změnu závazku. V závěru napadeného rozhodnutí (str. 9) se předseda žalovaného vypořádal s námitkou týkající se výše složené kauce. Je tedy zřejmé, že předseda žalovaného argumentaci žalobce uplatněnou v rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí vypořádal.

15. Také prvostupňové rozhodnutí podle zdejšího soudu obsahuje nosné důvody včetně vypořádání žalobcem uplatněné argumentace. Žalovaný zrekapituloval obsah návrhu žalobce, dosavadní procesní vývoj a citoval podstatné části návrhu žalobce a souvisejících dokumentů – kupříkladu části vysvětlení dokumentace č. 6 a č. 7. V souvislosti s doručením kompletní dokumentace nabídkového řízení a řádného vyřízení žalobcových námitek žalovaný podrobně intimoval důvody, které jsou rekapitulovány již shora ve vztahu k napadenému rozhodnutí předsedy žalovaného. Ve vztahu k zadávacím podmínkám žalovaný uvedl, že otázku existence povinnosti provozovat vlaky výhradně s ETCS posuzovat nemůže (tento závěr byl přitom následně zčásti korigován předsedou žalovaného v napadeném rozhodnutí). Žalovaný vycházel z toho, že objednatel výslovně uvedl, že ETCS nepožaduje, a k porušení § 6 a § 36 ZZVZ ve spojení s § 10 odst. 3 ZVS tak nemohlo dojít, neboť zadávací podmínky byly jasné, určité a srozumitelné.

16. Ani jedno z obou postupně vydaných rozhodnutí žalovaného (ani obě rozhodnutí ve svém celku) tedy deficitem přezkoumatelnosti rozhodně netrpí.

17. Pokud jde o zákonnost (správnost) napadeného rozhodnutí, pak podle žalobce zadávací podmínky v rozporu se zásadou zákazu diskriminace a zásadou transparentnosti a v rozporu s § 10 odst. 3 ZVS a § 36 ZZVZ neumožňovaly podání vzájemně porovnatelných nabídek, neboť objednatel nezohlednil povinnost provozovat vozidla s ETCS od roku 2026 (2029).

18. Tu je třeba předeslat, že podle § 10 odst. 3 ZVS se pro zadávací podmínky nabídkového řízení použijí obdobně § 36 a 37 ZZVZ a pro zadávací dokumentaci se pak použijí obdobně § 98 až 102 ZZVZ. Podle § 36 odst. 1 ZZVZ nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Podle § 36 odst. 3 ZZVZ zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele. Podle § 6 odst. 1 ZZVZ musí zadavatel při postupu podle tohoto

zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti. Podle § 6 odst. 2 ZZVZ musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

19. Ve vztahu k otázce, zda zadávací podmínky (v souladu se zásadou zákazu diskriminace a zásadou transparentnosti a v souladu s § 10 odst. 3 ZVS a § 36 ZZVZ) umožňovaly podání vzájemně porovnatelných nabídek, je podle zdejšího soudu podstatné, že bylo postaveno najisto, zda objednatel vyžadoval, aby bylo plnění po dobu 10 let poskytnuto výlučně vlaky vybavené ETCS, či nikoliv. Takový požadavek objednatel neuplatnil. Požadavky na vozidla (příloha č. 1 návrhu smlouvy) povinnost ETCS neprochází. Nadto objednatel jasně zdůvodnil absenci požadavku na ETCS v zadávací dokumentaci ve svém rozhodnutí o námitkách žalobce tím, že *„…neměl v době zahájení nabídkového řízení na celek Jihozápad ani v jeho průběhu k dispozici ze strany Ministerstva dopravy či Správy železnic, státní organizace, dostatečné, jasné a relevantní informace, které by mohl do zadávací dokumentace promítnout. V současné době existuje jen (stěžovatelem citovaný) dokument národní implementační plán, který byl vydán v roce 2017 a který není závazným dokumentem, přičemž informace v něm uvedené již stejně na mnoha místech nejsou aktuální…“*. Podle objednatele tak nebylo jisté, zda na vybraných úsecích (a kdy) bude stanovena povinnost provozovat vlaky výlučně s ETCS. Vzhledem k vysokým pořizovacím nákladům na tento zabezpečovací systém a vysoké míře nejistoty tak nebylo možné otázku ETCS vtělit do zadávací dokumentace ani prostřednictvím institutu vyhrazené změny. V případě, že by v průběhu plnění smluv nastoupila povinnost provozovat vozidla s ETCS, uvedl objednatel, že by mohl přistoupit ke snížení výkonů na vybraných tratích, které byly ve vztahu k veřejné zakázce zcela minoritní. Objednatel v rozhodnutí o námitkách odmítl možnost, že by mu smlouva dávala možnost snížit rozsah dopravního výkonu pod smluvený objem; smlouva mu také nedávala možnost odstoupit od smlouvy či ji vypovědět z důvodu případného zavedení povinnosti ETCS.

20. Dále je podstatné, že ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 7 ze dne 2.9.2020 objednatel jasně uvedl, že *„…pro veřejnou zakázku na celek Jihozápad nepožaduje vybavení vozidel systémem ETCS…“*. Shodně uvedl objednatel ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 ze dne 6.8.2020 k dotazu 8 (2.1), že nepožaduje vybavení vozidel ETCS. Z textu žádostí o vysvětlení zadávací dokumentace je přitom jednoznačně patrné, že tyto žádosti souvisely s úvahou, zda dovybavení vozidel ETCS zahrnout do ekonomické kalkulace dopravce či nikoli.

21. Dodavatelé (dopravci) tak disponovali jednoznačnou a dostatečně srozumitelnou informací o tom, že objednatel nepožaduje ETCS, a tedy že náklady spojené s instalací tohoto systému nemají být zahrnuty do ekonomických úvah dopravců v rámci desetiletého poskytování dopravních výkonů. To, že žalobci bylo zřejmé, že objednatel nepožaduje vybavení vozidel ETCS, připustil také žalobce v námitkách proti zadávacím podmínkám ze dne 21.9.2020. Návrhy smluv (část „Český les“ i část „Pošumaví“) neumožňovaly objednateli vypovědět či jinak ukončit smlouvu (16. článek návrhu smluv) z důvodu povinného zavedení ETCS a zároveň byl v návrhu smluv zakotven institut minimálního dopravního výkonu (odst. 2.5). Ekonomická kalkulace dopravců tak jasně měla vycházet z toho, že plnění bude poskytováno po dobu 10 let bez nutnosti „dovybavení“ vozidel ETCS.

22. Podle zdejšího soudu tak vůbec není pravdou, že dopravci nedisponovali dostatečně podrobnými údaji pro podání vzájemně porovnatelných nabídek. Skutkové poměry nyní posuzované věci v tomto směru nezavdávají žádné pochybnosti ohledně respektu k zásadě zákazu diskriminace a zásadě transparentnosti.

23. Pokud jde pak o navazující otázku, zda objednatel pochybil, jestliže požadavek na povinné provozování vozidel s ETCS nevtělil do zadávací dokumentace, pak ani v tomto směru zdejší soud ve skutkových poměrech nyní posuzované věci pohled žalobce nesdílí.

24. Podle § 49b odst. 4 zákona o dráhách (ve znění účinném do 31.1.2022) je dopravce povinen provozovat drážní dopravu na dráze, která je nebo se stane součástí evropského železničního

systému, pouze drážním vozidlem, které splňuje základní požadavky na konstrukční a provozní podmínky a technické specifikace propojenosti. Oznámení o zahájení nabídkového řízení bylo uveřejněno dne 27.3.2020. Předmětem nabídkového řízení byl výkon veřejných služeb za účelem zajištění dopravní obslužnosti Plzeňského kraje veřejnou drážní osobní dopravou v souladu s § 2 ZVS, v období ode dne celostátní změny jízdních řádů v prosinci 2022 do dne předcházejícího termínu celostátní změny jízdních řádů v prosinci 2032 na části území Plzeňského kraje pro provoz vlaků v rámci celku Jihozápad, který byl rozdělen na dvě části - část 1 „Pošumaví" (linka P11 Horažďovice předměstí - Sušice - Klatovy, linka P23 Domažlice - Klatovy) a část 2 „Český les" (linka P32 Poběžovice - Staňkov - Holýšov, linka P33 Domažlice - Tachov). Správním spisem k tomu prochází kopie elektronické komunikace objednatele s Ministerstvem dopravy z podzimu roku 2020, ze které je zřejmé, že ve vztahu k povinnému zavádění ETCS v krajích byla ze strany Ministerstva dopravy realizována koordinační jednání. Jestliže se podle e-mailu ze dne 30.10.2020 mělo dne 10.11.2020 nebo dne 11.11.2020 uskutečnit koordinační jednání za účelem *„…zahájení společné diskuse…"*, pak podle přesvědčení zdejšího soudu tato e-mailová komunikace dobře potvrzuje legendu objednatele o nejistotě ve vztahu k obligatornímu provozu vozidel pouze s ETCS na některých tratích.

25. Namítá-li žalobce, že objednatel v později (v průběhu, spíše v závěru roku 2021) realizovaných obdobných nabídkových řízeních již otázku požadavku na ETCS výslovně upravil, nemá taková okolnost v nyní posuzované věci vzhledem k plynutí času a objednateli tehdy dostupným informacím vliv. Ve vztahu k nyní posuzované věci je podstatné, že požadavek na ETCS uplatněn nebyl, přičemž dobře hájitelným důvodem byla tehdejší obecná nejistota v tomto směru.

26. Jestliže podle čl. 6 odst. 4 nařízení 2016/919 musí členské státy vypracovat vnitrostátní prováděcí plán, v němž budou popsána jimi přijatá opatření k zajištění souladu s technickou specifikací pro interoperabilitu v souladu s bodem 7 přílohy a stanoveny kroky, které je nutno učinit pro zavedení plně interoperabilních subsystémů „Řízení a zabezpečení", nelze z tohoto ustanovení dovodit, že by národní implementační plán byl závazný. Byť z bodu 7.4.4 nařízení 2016/919 plyne, že součástí plánu musí být všechny nové, obnovené a modernizované tratě, zejména pak podrobný harmonogram vybavení těchto tratí systémem ETCS, z ničeho neplyne, že by tento harmonogram měl být závazný. Také mapové podklady, které procházejí správním spisem a obsahují vyznačené jednotlivé tratě s rozlišením výhradního provozu s ETCS do roku 2030 a po roce 2030, byly označeny („jen") jako „výhled implementace ETCS do roku 2035". Z nařízení 2017/6 pak plyne pouze to, že provozovatelé železniční infrastruktury vybaví koridory hlavní sítě – tedy nikoli všechny tratě – systémem ERTMS (jehož součástí je ETCS) a uvedou jej do provozu ve lhůtách stanovených v příloze tohoto nařízení (čl. 2 odst. 1). Existence lhůt pro zprovoznění ERTMS však nelze zaměňovat s povinnosti provozovat na těchto tratích výlučně vlaky vybavenými ETCS. Nadto jestliže nařízení 2017/6 dopadá pouze na část tratí, kterých se měl týkat dopravní výkon v nyní posuzované věci, pak tato okolnost dobře odpovídá argumentaci objednatele, který v rozhodnutí o námitkách uvedl, že případné snížení dopravního výkonu bude v limitech smluv, neboť se bude případně týkat pouze omezeného rozsahu tratí.

27. To, že faktické omezení užívání vozidel bez ETCS může vyvolat teprve prohlášení o dráze ve smyslu § 33 zákona o dráhách a nikoli evropské či tuzemské právní předpisy, vyplývá také ze sdělení Ministerstva dopravy ze dne 8.10.2020. Byť podle tohoto sdělení by mělo dojít k zavedení povinnosti užívat výlučně vlaky s ETCS na vybraných tratích již v letech 2026 a 2029, z formulace přípisu Ministerstva dopravy je zjevné, že jde pouze o předpoklad, nadto velmi „opatrný" (navíc jde o sdělení z doby po zahájení nabídkového řízení v nyní posuzované věci).

28. Zdejší soud sice může rozumět snaze žalobce o exaktní kalkulaci nákladů spojených s případným poskytováním služeb v přepravě cestujících, avšak za situace, kdy objednatel jednoznačně nevyžadoval vybavení vozidel ETCS, neboť měl oprávněné pochybnosti o tom, zda a kdy bude povinnost vybavení vozidel ETCS zavedena, což doložil elektronickou i listinnou komunikací

s Ministerstvem dopravy, jež bylo tuzemským garantem zavádění ETCS, nebyl dán důvod, aby žalobce pro účely zpracování nabídky v nyní posuzované věci do kalkulace zahrnul také náklady na ETCS, resp. potřeboval vědět parametry k nákladům na ETCS; tomu ostatně také odpovídaly smluvní podmínky za situace, kdy povinnost provozu výlučně vozidel s ETCS nevyplývala přímo (jasně s pevně stanoveným datem) z evropské legislativy.

29. Hodlal-li žalobce dokládat svoji vlastní komunikaci s Ministerstvem dopravy z dubna roku 2021, pak ta nebyla – s ohledem na dobu, kdy měla být vedena – dostupná objednateli na počátku nabídkového řízení, nadto žalobce nakonec na dokazování jejím obsahem netrval. Jestliže od počátku správního řízení před žalovaným stavěl žalobce svoji argumentaci na přesvědčení, že v průběhu kontraktu, k jehož vzniku nabídkové řízení v posuzované věci směřovalo, povinnost provozovat vozidla s ETCS nastane (a že to má snad vyplývat z postoje Ministerstva dopravy), pak tomuto žalobcovu přesvědčení obsah žádné listiny, kterou by žalobce žalovanému předložil, neodpovídá, aniž by bylo namístě, aby zdejší soud sám k návrhu žalobce takové (další) stanovisko, z něhož by to snad eventuálně mohlo vyplynout, od Ministerstva dopravy opatřoval. Proto zdejší soud o takové stanovisko Ministerstvo dopravy nežádal.

30. Lze tedy uzavřít, že ačkoli průběžný vývoj poměrů zřejmě může k provozu vlaků s ETCS směřovat, jasné parametry (především odkdy by tomu tak určitě mělo být) k zavedení takové povinnosti v průběhu správního řízení před žalovaným z ničeho nevyplynuly. Proto je zdejší soud toho názoru, že k okamžiku zahájení nabídkového řízení měl objednatel důvodné (rozumné a dobře hájitelné) pochyby, zda a kdy přesně bude povinnost provozování vozidel vybavených ETCS skutečně zavedena, a nebylo tak jeho povinností otázku ETCS výslovně upravit v zadávací dokumentaci, resp. nebylo namístě takový požadavek uplatňovat, pročež nebylo chybou, neuplatnil-li jej.

31. Žalobce rovněž namítá, že žalovaný měl podle § 263 odst. 4 ZZVZ nabídkové řízení zrušit z důvodu nedoručení kompletní dokumentace o nabídkovém řízení ze strany objednatele.

32. Pro řízení o přezkoumání úkonů objednatele se podle § 27 odst. 1 ZVS dále použijí § 250 až 252 a § 254 až 266 ZZVZ; § 255 odst. 1 a § 264 ZZVZ se nepoužijí. Podle § 263 odst. 4 ZZVZ platí, že nedoručí-li zadavatel v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele před uzavřením smlouvy žalovanému podle § 252 odst. 1 ZZVZ nebo § 254 odst. 5 ZZVZ dokumentaci o zadávacím řízení ve stanovených lhůtách, a to ani v dodatečné pětidenní lhůtě stanovené žalovaným, uloží žalovaný nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení nebo přezkoumávaného úkonu vymezeného v oznámení o zahájení řízení. Podle § 17 ZVS objednatel uchovává dokumentaci nabídkového řízení po dobu 5 let od ukončení účinnosti smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících nebo ode dne zrušení nabídkového řízení. Dokumentací nabídkového řízení se rozumí souhrn všech dokumentů v listinné podobě nebo na nosičích dat, jejichž pořízení vyžaduje tento zákon v průběhu nabídkového řízení, popřípadě po jeho ukončení, včetně úplného znění nabídek všech dopravců, smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících a všech jejích změn. Dodatečná pětidenní lhůta k doručení kompletní dokumentace nabídkového řízení byla objednateli žalovaným stanovena usnesením ze dne 13.11.2020, č.j. ÚOHS-36300/2020/512/JHé.

33. Zdejší soud souhlasí se žalobcem potud, že součástí dokumentace nabídkového řízení ve smyslu § 17 ZVS je také stejnopis návrhu a doklad o jeho doručení. Objednatel je nepochybně povinen evidovat všechny dokumenty, které – mimo jiné – osvědčují procesní aktivitu zúčastněných subjektů, tedy zejména objednatele a dopravců, tak, aby byla fakticky realizovatelná dozorová pravomoc žalovaného. Byť z jazykového výkladu § 263 odst. 4 ZZVZ může vyplývat „automatická“ povinnost žalovaného zrušit zadávací (nabídkové) řízení nebo přezkoumávaný úkon vždy, nesplní-li zadavatel (objednatel) ediční povinnost, také podle zdejšího soudu ve vztahu k návrhu a dokladu o jeho doručení platí, že není-li pochyb o okamžiku doručení návrhu včetně jeho obsahu, pak by bylo vskutku přepjatě (a tedy nemístně) formalistické přistoupit jen

z tohoto důvodu ke zrušení zadávacího (nabídkového) řízení. To, zda a kdy objednatel obdržel návrh žalobce na přezkoumání úkonů objednatele, bylo postaveno zcela najisto podáním žalobce ze dne 1.12.2020, který tak reagoval na výzvu žalovaného ze dne 27.11.2020, č.j. ÚOHS-38231/2020/512/ŠMr. Shodný náhled sdílí zdejší soud také ve vztahu k dokladu o doručení rozhodnutí o námitkách. V nyní posuzované věci nečiní žádná ze stran spornou otázku doručení rozhodnutí o námitkách a také zdejšímu soudu z ničeho neplyne, že by snad rozhodnutí o námitkách nebylo žalobci doručeno. Za tohoto stavu dává zdejší soud za pravdu žalovanému v tom, že postup podle § 263 odst. 4 ZZVZ nebyl namístě, a to právě z důvodu obecného zákazu přepjatého formalismu, neboť nedoručením těchto dokumentů vůbec nemohlo dojít k ohrožení realizace dozorové pravomoci ze strany žalovaného. Tato žalobní námitka je tedy ve výsledku nedůvodná.

34. Zdejší soud tak sdílí ve všech nosných ohledech náhled žalovaného vyjádřený v napadeném rozhodnutí. Objednatel (osoba zúčastněná na řízení) především disponoval rozumně hájitelnými důvody, na základě kterých se mohl oprávněně domnívat, že přesný termín a okolnosti nastoupení povinnosti provozování vozidel s ETCS byl v době zahájení nabídkového řízení zahalen v nejistotě, kterou nebylo možné rozumně odstranit úpravou zadávacích podmínek, přitom zadávací podmínky poskytovaly v tomto směru jasnou informaci shodně dostupnou všem dodavatelům, což jim umožňovalo podat vzájemně porovnatelné nabídky. Žalovaný tedy zjištěný skutkový stav posoudil zákonně a věcně správně, přitom se nedopustil ani jiné chyby, která by mohla mít vliv na zákonnost napadeného a jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí. Žalovaný tak podle zdejšího soudu aplikoval správný právní předpis, v jeho mezích správnou právní normu, přitom pochybení, jež by mělo vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, se nedopustil ani při její aplikaci na zjištěný skutkový stav.

35. Zdejší soud tak neshledal žádný z uplatněných žalobních bodů důvodným a nad rámec těchto uplatněných žalobních bodů nezjistil žádnou vadu, jež by atakovala zákonnost napadeného rozhodnutí a k níž by musel přihlížet z úřední povinnosti, a proto žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

V. Náklady řízení

36. O nákladech řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, a proto mu nenáleží právo na náhradu nákladů řízení, to by náleželo procesně úspěšnému účastníkovi – žalovanému. Zdejší soud však nezjistil, že by žalovanému v souvislosti s řízením vznikly náklady přesahující rámec jeho běžné úřední činnosti, a proto mu náhrada nákladů řízení nebyla přiznána. Osobě zúčastněné na řízení pak nevznikly žádné náklady související s povinností uloženou zdejším soudem podle § 60 odst. 5 s.ř.s., k náhradě jiných nákladů zdejší soud neshledal žádný důvod, a proto osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Poučení:

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). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejblíže 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.

Brno 22. září 2022

David Raus v.r.
předseda senátu