



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.**, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, Praha, zastoupený JUDr. Karlem Muzikářem, advokátem, WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o., se sídlem Křižovnické nám. 193/2, Praha, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti: I. **Jihočeský kraj**, se sídlem U Zimního stadionu 1952/2, České Budějovice, zastoupený JUDr. Markem Bilejem, advokátem, KŠD LEGAL advokátní kancelář s.r.o., se sídlem Hvězdova 1716/2b, Praha, a II. **GW Train Regio a.s.**, se sídlem U Stanice 827/9, Ústí nad Labem, zastoupená JUDr. Jaromírem Bayerem, advokátem se sídlem Jeremiášova 18, České Budějovice, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R045/2016/VZ-25706/2016/323/KKř ze dne 17.6.2016,

t a k t o :

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

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce se domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R045/2016/VZ-25706/2016/323/KKř ze dne

17.6.2016, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19.1.2016, č.j. ÚOHS-S0590/2015/VZ-02271/2016/531/JDo.

I. Shrnutí podstaty věci

Jihočeský kraj, jako objednatel podle zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů (dále jen „ZVS“), v rámci nabídkového řízení na zajištění dopravní obslužnosti veřejnými službami v přepravě cestujících veřejnou drážní dopravou vlaky regionální dopravy na tratích „provozního souboru Šumava“ dne 6.8.2015 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky dopravce GW Train Regio a.s. Proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky podal žalobce dne 21.8.2015 námitky k objednateli. Ten námitkám v částech „B“ a „C“ podle § 13 odst. 2 ZVS a § 111 odst. 1 zákona č. 137/2006, o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), nevyhověl a o námitkách v části „A“ podle § 13 odst. 2 ZVS a § 111 odst. 4 ZVZ nerozhodoval.

Se způsobem vyřízení námitek žalobce nesouhlasil, a proto dne 8.9.2015 podal k žalovanému návrh na přezkoumání úkonů objednatele. Žalovaný žalobcův návrh zamítl, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření podle § 31 odst. 1 ZVS. Předseda žalovaného poté žalobou napadeným rozhodnutím toto prvostupňové rozhodnutí potvrdil a rozklad zamítl. Závěry žalovaného nyní žalobce napadá žalobou; domáhá se zrušení napadeného i jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí.

II. Shrnutí procesního postoje žalobce

Žalobce namítá zjevnou snahu žalovaného věcně nepřezkoumávat správnost závěru hodnotící komise, resp. objednatele, že nabídková cena předložená vybraným dopravcem není mimořádně nízká, přestože žalobce v tomto směru v námitkách a následně v návrhu na zahájení správního řízení poukázal na celou řadu konkrétních skutečností. Objednatel i hodnotící komise podle žalobce vycházeli z nesprávných a neúplných informací, závěry objednatele i hodnotící komise jsou chybné a kompenzace vybraného dopravce je podle žalobce mimořádně nízká. Žalovaný se nezabýval námitkami a důkazními návrhy žalobce. Podle žalobce „...*Argumentace žalovaného, že nemůže přezkoumávat správnost závěrů hodnotící komise ani podkladových informací, z nichž hodnotící komise při formulaci svých závěrů vycházela, neboť by tím údajně zasahoval do myšlenkových pochodů hodnotící komise, představuje naprostou rezignaci žalovaného na výkon jeho dohledových povinností, které mu ukládá zákon...*“.

Žalovaný podle žalobce posoudil postup objednatele při posuzování nabídky vybraného dopravce z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny v rozporu se zákonem. Objednatel a hodnotící komise si od vybraného dopravce nevyžádali písemné zdůvodnění částí nabídky, které byly významné pro nabídkovou cenu ve smyslu § 77 odst. 1 ZVZ. Žalobce dále namítá, „...*že závěry hodnotící komise, které*

jsou shrnuty v analýze nabídkové ceny vybraného uchazeče, kterou hodnotící komise připojila ke zprávě o posouzení a hodnocení nabídek..., jsou fundamentálně vadné, zkreslené a neobjektivní...“. Za situace, kdy hodnotící komise při posuzování nabídky vybraného dopravce vycházela „...z nesprávných a neúplných informací a kdy její závěry jsou vadné, zkreslené a neobjektivní...“, byl postup objednatele a hodnotící komise netransparentní a nepřezkoumatelný. Žalobce namítá, že v řízení před žalovaným uvedl řadu konkrétních skutečností dokládajících nedostatečnost a nepřezkoumatelnost posouzení provedeného hodnotící komisí, avšak žalovaný se s argumentací žalobce nijak věcně nevypořádal.

Žalobce poukazoval na dezinterpretaci souhrnné zprávy o závazcích veřejné služby vypracované Karlovarským krajem ze strany hodnotící komise, neboť ve zprávě nejsou zohledněny příspěvky od státu ve formě dotací. Žalobce v rámci správního řízení dále namítal, že hodnotící komise porovnávala tratě provozního souboru Šumava s neporovnatelnými tratěmi v rámci České republiky. Žalovaný podle žalobce v rozporu se ZVZ odmítl věcný přezkum vhodnosti zvolených tratí v rámci České republiky odkazem na autonomii úvah hodnotící komise. Žalovaný dle žalobce rezignoval na zhodnocení, zda měl mít objednatel pochybnosti o výskytu mimořádně nízké nabídkové ceny. Žalobce odkazuje na dosavadní rozhodovací praxi, z níž podle něj vyplývá, že žalovaný byl povinen posoudit věcnou správnost závěru objednatele (resp. hodnotící komise) o existenci či neexistenci mimořádně nízké nabídkové ceny, přičemž se nemohl této své povinnosti vyhnout tvrzením, že by tím vstupoval do myšlenkových pochodů hodnotící komise. Z celého napadeného rozhodnutí je podle žalobce patrný jednostranně zaměřený a neobjektivní přístup žalovaného, když na jedné straně nekriticky přejímá tvrzení objednatele a závěry hodnotící komise coby správné a naopak na straně druhé námítky žalobce bez jakéhokoli relevantního odůvodnění formalisticky plošně odmítá jako spekulativní a účelové.

Žalovaný dále podle žalobce pochybil tím, že k posouzení odborných otázek neustanovil znalce, přestože je kalkulace ceny dopravního výkonu složitou a komplexní záležitostí. Neustanovení znalce zatížilo správní řízení vadou způsobující nezákonnost žalobou napadeného rozhodnutí; nedostatek odbornosti potřebné k posouzení věci podle žalobce ostatně žalovaný v napadeném rozhodnutí sám opakovaně přiznává.

Předcházejícím rozhodnutím žalovaného ze dne 29.6.2015, č.j. ÚOHS-S0203/2015/VZ-16006/2015/531/JDo, byly již jednou v téže věci zrušeny úkony objednatele, jelikož se objednatel nezabýval mimořádně nízkou nabídkovou cenou v nabídce vybraného dopravce. Žalobce namítá, že objednatel závěry rozhodnutí žalovaného ze dne 29.6.2015 v nyní posuzované věci nijak nezohlednil a napadené rozhodnutí žalovaného je s jeho dřívějším pravomocným rozhodnutím ze dne 29.6.2015 v rozporu.

Žalobce dále žalobu člení podle jednotlivých částí Analýzy nabídkové ceny GW Train Regio a.s. vypracované hodnotící komisí (dále jen „analýza“), která je součástí zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 6.8.2015.

K části 1 analýzy žalobce namítá, že hodnotící komise „uměle“ navýšila nabídkovou cenu vybraného dopravce o maximální dovolenou míru výnosu na kapitál ve výši 7,5 % z provozních aktiv vybraného dopravce, přestože vybraný dopravce v nabídce uplatnil míru ročního výnosu na kapitál pouze 1,673 %. Podle žalobce porovnávání předpokládané hodnoty zakázky s uměle navýšenou nabídkovou cenou vybraného dopravce vůbec neodpovídá realitě - vybraný dopravce takovouto nabídkovou cenu nikdy nenabídl a kompenzace vybraného dopravce, jak s ní pracovala hodnotící komise, je proto ryze smyšleným fantazijním číslem. Maximální dovolená míra výnosu na kapitál ve výši 7,5 % podle § 3 odst. 3 vyhlášky č. 296/2010 Sb., o postupech pro sestavení finančního modelu a určení maximální výše kompenzace (dále jen „vyhláška“), se navíc vztahuje pouze na smlouvy uzavřené přímým zadáním. Pokud by žalovaný postupoval správně, došel by dle žalobce k závěru, že procentní rozdíl mezi předpokládanou hodnotou a skutečnou nabídkovou cenou vybraného dopravce není 5,47 %, nýbrž 25 %, a je tak zřejmá existence důvodných pochybností o mimořádně nízké nabídkové ceně vybraného dopravce.

Ve vztahu k části 2 analýzy žalobce brojí proti komparaci nabídnuté výše kompenzace vybraného dopravce s kompenzacemi poskytovanými jiným dopravcům, resp. s kompenzacemi poskytovanými na jiných regionálních tratích. Hodnotící komise totiž podle žalobce bez dalšího porovnávala údaje týkající se vzájemně neporovnatelných tratí a vycházela z nepravdivých údajů a nesprávných předpokladů, navíc selektivně provedla pouze taková porovnání a z nich účelově vybrala pouze takové údaje, které podporují její názor, že nabídka vybraného dopravce neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Z důkladného porovnání správných a vzájemně porovnatelných údajů týkajících se různých tratí přitom jasně vyplývá, že nabídková cena vybraného dopravce je mimořádně nízká. Žalovaný podle žalobce pochybil, jestliže uvedl, že není oprávněn věcně zkoumat výběr tratí zvolených hodnotící komisí v rámci komparace výše kompenzací poskytovaných na jiných tratích. Hodnotící komise pro porovnání vybrala tratě, kde údajně žalobci konkuruje právě vybraný dopravce a dále dopravce ARRIVA MORAVA a.s., avšak tyto dopravci ve vybraných případech provozují dopravu na základě smluv uzavřených přímých zadáním a o vzájemné konkurenci proto nelze hovořit. Podle žalobce nadto sám žalovaný přiznává, že existují i geograficky „obdobnější“ tratě než ty, které pro srovnání použila hodnotící komise, a tedy toto srovnání provedené hodnotící komisí nemá žádnou vypovídací hodnotu. Žalobce již v průběhu správního řízení namítal, že tratě provozního souboru Šumava jsou zcela specifické a že jejich provoz se zcela vymyká ostatním regionálním tratím v Jihočeském kraji a České republice. Protože objednatel ani žalovaný nijak nezdůvodnili výběr jednotlivých krajů pro srovnání s provozním souborem Šumava, postupovali nezákonně a nepřezkoumatelně. Žalovaný se s žalobcem tvrzenou neporovnatelností tratí navíc nijak nevypořádal. Neporovnatelnost tratí provozního souboru Šumava s jinými tratěmi v České republice

vyplývá dle žalobce také z nabídky vybraného dopravce - zatímco průměrné tržby vybraného dopravce v Karlovarském kraji, Moravskoslezském kraji a Královéhradeckém kraji činí cca 35,80 Kč na vlakokilometr (dále jen „vlkm“), v nyní posuzované věci předpokládal vybraný dopravce tržbu pouze 18,18 Kč/vlkm, což podle žalobce indikuje neporovnatelnost tratí provozního souboru Šumava se zbytkem tratí v České republice. Údaje o výši kompenzace poskytované dopravci v Olomouckém kraji podle žalobce nelze srovnávat s nabídkovou cenou vybraného dopravce tím spíše, že drážní doprava na trati Šumperk – Kouty nad Desnou a Petrov nad Desnou – Sobotín provozuje dopravce ARRIVA MORAVA a.s. s drážními vozidly v majetku objednatele. Žalobce dále namítá, že byť z analýzy vyplývá, že hodnotící komise při komparaci kompenzací poskytovaných dopravci v Moravskoslezském kraji a Královéhradeckém kraji vycházela z dokumentu „Nabídka dopravce GW Train Regio a.s. – část 6.1. Seznam významných služeb v dopravě“, tato listina není uvedena jako příloha analýzy a ani v rámci nahlížení do spisu nebyl žalobci takový dokument zpřístupněn, a tedy jsou závěry hodnotící komise nepodložené a nepřezkoumatelné. Žalovaný pochybil, jestliže uvedl, že i při odhlédnutí od údajů o výši kompenzace v Moravskoslezském kraji a Královéhradeckém kraji je průměrná výše ve zbývajících dvou krajích totožná, neboť podle žalobce rezignoval na posouzení otázky, zda je odůvodnění hodnotící komise přezkoumatelné a zda je založeno na pravdivých podkladech. Žalovaný měl podle žalobce za povinnost přezkoumat, zda údaje z Moravskoslezského kraje a Královéhradeckého kraje jsou relevantními pro úvahu o případné mimořádně nízké nabídkové ceně vybraného dopravce.

Žalobce dále namítá, že skutečné nákladové položky vybraného dopravce musí být oproti údajům vykázaným ve finančním modelu mnohem vyšší, neboť jestliže kompenzace ve srovnání s jinými tratěmi má v nyní posuzované věci zůstat v přibližně srovnatelné výši, zatímco tržby na tratích provozního souboru Šumava jsou odhadovány coby dramaticky nižší, pak nelze dojít k jinému závěru, než že náklady ve finančním modelu vybraného dopravce jsou podhodnocené. Žalovaný podle žalobce pochybil také v tom, že nijak nezdůvodnil, proč hodnotící komisí zvolený vzorek sedmi krajů je dostatečně reprezentativním, a proč nebyly zohledněny údaje za všechny kraje v České republice. Žalovaný měl dále pochybit tím, že se věcně nevypořádal s námitkou žalobce, podle níž nejnížší kompenzaci v rámci srovnávaných krajů v roce 2014 hradil žalobci Liberecký kraj, a to ve výši cca 92,50 Kč/vlkm; není tedy pravdou, že kompenzace vybraného dopravce nevybočuje z obvyklé výše kompenzace poskytované žalobci v České republice; kompenzace vybraného dopravce je o cca 4 Kč/vlkm nižší, než nejnížší kompenzace hrazená žalobci v Libereckém kraji. Při srovnání s průměrnou kompenzací hrazenou žalobci je nabídková cena vybraného dopravce dokonce nižší o 22 Kč/vlkm, přestože podmínky na tratích provozního souboru Šumava – co do nákladovosti – jsou náročnější.

Žalovaný se podle žalobce také věcně nevypořádal s tvrzením žalobce o chybných předpokladech hodnotící komise o výši kompenzace poskytované dopravcům a žalobci v dalších krajích, přestože hodnotící komise nezahrnula do

kompenzace dotaci od státu. Žalovaný vycházel mimo jiné z aritmetického průměru kompenzací poskytovaných v různých krajích, to je však z důvodu rozdílů mezi jednotlivými kraji údajem, který nemá jakoukoli vypovídací hodnotu. Žalobce v návrhu na přezkoumání úkonů objednatele také namítal, že vybraný dopravce kalkuloval s výnosy ve výši 18,18 Kč/vlkm, přestože výnosy v roce 2014 činily pouze 12,79 Kč/vlkm; domníval-li se žalovaný, že vyšší komfort vlaků může přispět k nárůstu tržeb o 50 %, není to podle žalobce ničím podloženo, a to obzvláště za situace, kdy má v souvislosti s dopravní koncepcí poklesnout rozsah dopravy v dopravní špičce. Tvrzení žalovaného, že pokud nebude vybraný dopravce dosahovat zamýšlených výnosů, půjde to pouze k jeho tíži, zcela popírá smysl institutu mimořádně nízké nabídkové ceny. Žalobce také namítá, že se objednatel věcně nevypořádal s námitkou související s provozováním vlaků s nízkými tržbami; objednatel v podmínkách nabídkového řízení nedeklaroval, že v budoucnu nebudou málo výnosné vlaky z jeho strany objednávány, a tedy zadávací dokumentace nabídkového řízení nebyla vyhotovena v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky a nabídky podané jednotlivými uchazeči nejsou vzájemně porovnatelné.

K části 3 analýzy žalobce namítá, že vybraný dopravce do nákladů spojených s realizací drážní dopravy nezahrnul také náklady na zařízení služeb (depo), které jsou ve vlastnictví žalobce, přestože přístup k zařízením služeb žalobce je na tratích č. 194, 197 a 198 nezbytný. Vybraný dopravce taktéž do nákladů nezahrnul náklady na zajištění externího financování, byť s ním prokazatelně počítá. Žalovaný postupoval v rozporu s ustálenou judikaturou, pokud konstatoval, že není oprávněn zkoumat, zda vybraný dopravce v nabídce ocenil všechny náklady spojené s plněním smlouvy. Objednatel tím podle žalobce vyvolal objektivní neporovnatelnost nabídek a porušil zásadu rovného zacházení a transparentnosti (vybral jako nejvhodnější takovou nabídku, která nezohledňuje náklady nutné pro provedení dopravních služeb dle smlouvy, a která je tedy rovněž v důsledku toho mimořádně nízká). Náklady na zařízení služeb nejsou ve finančním modelu vybraného dopravce zohledněny v položce „ostatní přímé náklady“, a stejně tak nejsou zohledněny v položce „ostatní služby“, nabídka vybraného dopravce nezahrnuje náklady na využívání odstavných kolejí a čerpání pohonných hmot.

K části 4 analýzy žalobce namítá, že hodnotící komise určila chybnou hranici podnákladové ceny ve výši 22,77 Kč/vlkm; to bylo způsobeno řadou chyb při kalkulaci minimálních variabilních nákladů plynoucích z toho, že do variabilních nákladů nebyly zařazeny také náklady na opravy a udržování vozidel. Žalovaný dle žalobce opět rezignoval na věcné posouzení jeho námitek. Jestliže vybraný dopravce všechny variabilní náklady nezahrnul do dílčího hodnotícího kritéria „Variabilní část kompenzace při změně rozsahu dopravního výkonu v cenové hladině roku 2014“, a naopak je zahrnul do kritéria „Výše požadované jednotkové kompenzace v cenové hladině roku 2014 pro rozsah veřejných služeb v období platnosti jízdního řádu 2016/2017“, pak byly porušeny zadávací podmínky; uchazeči nemohou dle vlastního obchodního uvážení manipulovat s hodnotou jednotlivých hodnotících kritérií a cenou jednotlivých položek. Žalobce i zde opětovně namítá, že žalovaný neustanovil znalce

podle § 56 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu (dále jen „správní řád“), přestože o problematice údržby a oprav vozidel nemá potřebné odborné znalosti. Stejně tak nemá žalovaný dle žalobce dostatečnou odbornost potřebnou k posouzení problematiky mzdových nákladů a jejich variability v oblasti drážní dopravy, a proto žalovaný měl i k této otázce ustanovit znalce. Vybraným dopravcem předpokládané průměrné tržby u dodatečného dopravního výkonu jsou taktéž naprosto nereálné mimo jiné proto, že žalobce předpokládá, že dodatečné dopravní výkony by měly být přidávány zejména v dopravním sedle mimo špičku; ani s touto námitkou se žalovaný podle žalobce nijak nevypořádal. V rozhodnutí o námitkách objednatel podle žalobce nově a překvapivě uvedl, že nebude objednávat dopravní výkony v případě vlaků s nízkými tržbami v rozsahu 6,80 Kč/vlkm, resp. 3,20 Kč/vlkm. Toto pro žalobce nové tvrzení dokládá, že dokumentace byla nejasná, umožňovala nejasnou interpretaci, a tato nejasnost se projevila až při posuzování nabídek dopravců. Jednotliví dopravci kalkulovali na základě odlišných předpokladů a jejich nabídky jsou tak neporovnatelné; toto namítané pochybení přitom mohlo ovlivnit konečné pořadí podaných nabídek, a to mimo jiné i s ohledem na marginální odstupy hodnocených nabídek.

V žalobních bodech směřujících proti části 5 analýzy žalobce namítá pochybení hodnotící komise z důvodu chybných závěrů, které komise učinila při srovnávání nabídek jednotlivých dopravců, neboť tyto závěry byly založeny na nedostatečných a neporovnatelných údajích a žalovaný rezignoval na věcné vypořádání žalobcových námitek. Z finančního modelu vybraného dopravce vyplývá, že většina služeb, údržby a oprav měla být zajištěna externě, zatímco žalobce tyto činnosti mínil provádět svépomocí. Takové rozdíly ve vstupních parametrech musely nutně vést k nemožnosti využití prostého srovnání vybraných nákladových položek, jak to učinila hodnotící komise. Pro řádné posouzení existence mimořádně nízké nabídkové ceny bylo nutné, aby vybraný dopravce doložil žalobcem uvedené vstupy a informace, což se nestalo. Hodnotící komise také nezkoumala, zda je vybraný dopravce schopen jím nabízená vozidla obstarat s náklady deklarovanými v jeho nabídce, byť tak dle žalobce měla učinit. Vybraný dopravce v nabídce uvedl mzdové náklady ve výši 15,45 Kč/vlkm, přestože dle žalobce jsou průměrné mzdové náklady vybraného dopravce obdobné průměrným mzdovým nákladům žalobce. Podle výroční zprávy vybraného dopravce jsou jeho průměrné mzdové náklady 32,35 Kč/vlkm a výše průměrných mezd u žalobce a vybraného dopravce je obdobná (29 500 Kč/měsíc a 29 300 Kč/měsíc); výše průměrných mezd proto nemůže být důvodem rozdílu v mzdových nákladech nabídnutých jednotlivými dopravci. Přestože zajišťování dopravy v provozním souboru Šumava pro vybraného dopravce znamená nárůst celkového ročního nájezdu o 50 %, mzdové náklady jsou dle nabídky vybraného dopravce o 30 % nižší, než jsou náklady současné, což dle žalobce prokazuje, že v nabídce vybraného dopravce nejsou zahrnuty veškeré náklady nezbytné k zajištění plnění smlouvy. S nepřiměřeně nízkými mzdovými náklady dle žalobce automaticky souvisí také nepřiměřeně nízké náklady na sociální a zdravotní pojištění.

Ve vztahu k čistému příjmu vybraného dopravce dle jím předloženého finančního modelu žalobce namítá, že čistý příjem vybraného dopravce spolu s odpisy

nedosahuje výše umožňující splácení jistiny úvěru na pořízení provozních aktiv, a nabídka vybraného dopravce je proto mimořádně nízká. Žalobce dále namítá, že odhad tržeb, jak byl uveden v dokumentaci, byl výrazně nadhodnocen, přestože objednatel měl přesné informace o skutečných výnosech na tratích provozního souboru Šumava. Hodnotící komise se nezabývala deseti položkami, které jsou podle žalobce významné pro úvahu, zda vybraný dopravce do nabídky zahrnul všechny náklady nezbytné pro realizaci zakázky a zda předložil nabídku s mimořádně nízkou nabídkovou cenou či nikoli.

Dále žalobce brojí proti závěru žalovaného o tom, že vybraný dopravce a dopravce ARRIVA MORAVA a.s. splnili zadávací podmínky, přestože v rámci jednání o nabídkách dne 13.2.2015 výslovně uvedli, že jejich vlaky budou obsazeny průvodčími pouze částečně, avšak ze čl. 12 odst. 4 písm. a) smlouvy vyplývá požadavek objednatele na neustálou přítomnost alespoň jednoho člena vlakového doprovodu; proto měli být oba dopravci z účasti v řízení vyloučeni. Dodatečná informace č. 3 dle žalobce k „vyjasnění“ zadávacích podmínek nijak nepřispěla, neboť ta se týkala pouze případné instalace prodejního automatu dopravce a nijak neřešila plnění dalších povinností, které vyplývají ze smlouvy a jejichž plnění vyžaduje přítomnost člena vlakového doprovodu. Objednatel pochybil také tím, že nevyločil vybraného dopravce z toho důvodu, že podle obsahu nabídky je schopen v mimořádných situacích zajistit přepravu autobusy; zadávací dokumentace však dle žalobce jasně stanoví podmínku realizovat veškerou dopravu – vyjma náhradní dopravy – pouze po železnici. Vybraný dopravce tedy ani v tomto ohledu nesplnil zadávací podmínky.

Žalobce dále namítá, že dopravce ARRIVA MORAVA a.s. v rámci jednání o nabídkách předložil novou nabídkovou cenu, a proto tohoto dopravce dle čl. 14 dokumentace stíhala povinnost předložit nový finanční model. Dopravce ARRIVA MORAVA a.s. nový finanční model nepředložil, a měl tedy být z účasti v nabídkovém řízení vyloučen.

V posledním žalobním bodu pak žalobce namítá, že byť žalovaný z nabídky vybraného dopravce prokazatelně vycházel, nebylo žalobci umožněno se dle § 36 odst. 3 správního řádu seznámit s nabídkou vybraného dopravce.

Žalobce tedy navrhuje napadené i jemu předcházející rozhodnutí zrušit a na tomto procesním postoji setrval v průběhu celého řízení před zdejším soudem, a to i na jednání, které ve věci proběhlo.

III. Shrnutí procesního postoje žalovaného a osob zúčastněných na řízení

Podle žalovaného je napadené rozhodnutí správné, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 31 odst. 1 ZVS. V rámci správního řízení žalovaný přezkoumal rámeček, v němž se posuzování a hodnocení nabídek provádí, nikoli však už samotnou kvalitu posouzení a výběru nejvhodnější nabídky,

neboť ta spadá již do myšlenkových procesů jednotlivých hodnotitelů, které nemohou podléhat dohledové činnosti žalovaného. Analýza je podle něj uceleným dokumentem, který na první pohled nebudí pochyby o adekvátnosti zvolených kritérií, ani o jejich konkrétním obsahu, ani učiněných závěrech. Žalovaný je přesvědčen, že provedl odpovídající kontrolu postupu hodnotící komise, a to při zohlednění aktuální judikatury správních soudů. Brojí-li žalobce proti dílčím bodům analýzy, pak vytrhává jednotlivé úvahy z kontextu, čímž deformuje jejich význam. V částech, kde se argumentace žalobce shoduje s jeho již dříve uplatněnou argumentací, odkázal žalovaný na napadené rozhodnutí.

Žalovaný tedy navrhuje zamítnutí žaloby jako nedůvodné. I žalovaný setrval na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před soudem, včetně jednání, které ve věci proběhlo.

Objednatel, jako osoba zúčastněná na řízení, považuje podanou žalobu za zcela nedůvodnou a ztotožňuje se s prvostupňovým i žalobou napadeným rozhodnutím. Objednatel navrhuje zamítnutí žaloby jako nedůvodné a na tomto procesním stanovisku setrval po celou dobu řízení před zdejší soudem, včetně jednání, které ve věci proběhlo.

Podle vybraného dopravce – osoby zúčastněné na řízení – je podaná žaloba a související procesní aktivita žalobce projevem snahy pozdržet nabídkové řízení a jeho správní, resp. soudní přezkum. Vybraný dopravce se ztotožňuje s prvostupňovým i žalobou napadeným rozhodnutím, a proto navrhuje zamítnutí žaloby; na tomto procesním stanovisku setrval po celou dobu řízení před zdejší soudem, včetně jednání, které ve věci proběhlo.

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů – „s.ř.s.“) a včas (§ 72 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68, § 70 s.ř.s.).

Zdejší soud věc projednával a rozhodoval o ní přednostně podle § 56 odst. 1 s.ř.s., navíc souběžně se skutkově související věcí týchž účastníků (a osob zúčastněných na řízení) vedenou pod sp. zn. 62 Af 52/2016; závažným důvodem pro přednostní projednání a rozhodnutí bylo vydání předběžného opatření k návrhu žalobce, jímž bylo v souvislosti s řízením před zdejší soudem zakázáno uzavření smlouvy mezi oběma osobami zúčastněnými na řízení, a též účinky takto vydaného předběžného opatření, které byly v reakci na vydání předběžného opatření tvrzeny a jež zdejší soud pokládá za *prima vista* osvědčené.

V rozsahu uplatněných žalobních bodů je pro zdejší soud stěžejní otázkou, zda nabídka vybraného dopravce obsahovala mimořádně nízkou kompenzaci či nikoli, a tedy zda měl objednatel vybraného dopravce vyzvat k písemnému zdůvodnění ve

smyslu § 77 odst. 1 ZVZ či nikoli, a pokud tak neučinil, zda došlo k porušení ZVS či nikoli. Při řešení této otázky je třeba nejprve popsat východiska, která byla pro zdejší soud určující.

Podle § 12 odst. 2 ZVS se pro posouzení a hodnocení nabídek použijí příslušná ustanovení ZVZ s tím, že hodnotícím kritériem pro výběr dopravce je pouze ekonomická výhodnost nabídky. V souladu s § 77 odst. 1 ZVZ tedy při posouzení nabídek dopravců z hlediska splnění zadávacích podmínek musí hodnotící komise posoudit také výši kompenzace ve vztahu k předmětu nabídkového řízení. Jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou kompenzaci, musí si hodnotící komise vyžádat od dopravce písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši kompenzace podstatné.

Žalobce i žalovaný opakovaně odkazovali na judikaturu správních soudů k institutu mimořádně nízké nabídkové ceny; žalobce i žalovaný tedy vycházejí z toho, že tato judikatura použitelná je, a stejné přesvědčení sdílí i zdejší soud. Veškerá východiska, jež dosud byla judikována zdejším soudem (především rozsudky ze dne 2.9.2010, č.j. 62 Ca 11/2009-46, ze dne 22.3.2012, č.j. 62 Af 28/2011-334, ze dne 21.11.2013, č.j. 62 Af 88/2012-75, a ze dne 5.8.2015, č.j. 62 Af 20/2013-125) a Nejvyšším správním soudem (především rozsudky ze dne 23.5.2013, č.j. 9 Afs 86/2012-80, a ze dne 10.6.2014, č.j. 2 Afs 103/2013-61), se tedy v obecné rovině použijí i na nyní posuzovanou věc; podstatou těchto východisek je imperativ žalovanému, podle něhož – zjednodušeně řečeno – musí být pod kognicí žalovaného posouzení, zda hodnotící komise se otázkou mimořádně nízké nabídkové ceny (tu tedy kompenzace) zabývala věcně či nikoli, a pokud ano, zda její závěry jsou srozumitelné, konzistentní, jasně reagující na podstatu pochyb ohledně možné mimořádně nízké nabídkové ceny (tu tedy kompenzace), jež se v řízení vyskytly, a zda její závěry vyhoví rozumnému a objektivizovanému pohledu ohledně reálné schopnosti dodavatele (tu tedy vybraného dopravce) nabízené plnění za nabízených finančních podmínek realizovat.

Zároveň je však podle zdejšího soudu v nyní posuzované věci třeba vycházet z toho, že smlouva mezi objednatelem a vybraným dopravcem uzavřená na základě nabídkového řízení podle ZVS je smlouvou koncesního typu, jehož nosným znakem je přenos určité míry obchodního rizika spojeného s poskytováním plnění na koncesionáře, resp. tu na dopravce (obdobně rozsudek zdejšího soudu ze dne 30.11.2015, č.j. 29 Af 72/2013-107, či rozsudky – dnešního – Soudního dvora Evropské unie ze dne 13.10.2005, věc C-458/03, *Parking Brixen*, a ze dne 10.9.2009, věc C-206/08, *Eurawasser*). Rovněž je třeba podle zdejšího soudu zohlednit specifický charakter plnění spočívajícího v zajišťování dopravní obslužnosti veřejnými službami v přepravě cestujících veřejnou drážní dopravou; veřejná přeprava je totiž službou obecného hospodářského zájmu ve smyslu nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1370/2007. Samotný pojem služeb obecného hospodářského zájmu není unijním právem přesně vymezen, obvykle se však vykládá v tom směru, že na zajištění těchto služeb existuje veřejný zájem (podrobněji jsou východiska zdejšího soudu

obsažena v bodu 65. a násl. rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 26.6.2013, č.j. 1 Afs 7/2009-753). V nyní posuzované věci jsou důvody veřejného zájmu vymezeny mimo jiné v § 2 ZVS; tyto služby nemohou být plně zajištěny podnikatelskými subjekty v rámci hospodářské soutěže, neboť se nejedná o ziskové aktivity. Koncesní charakter smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících je tedy třeba do posuzování věci promítnout s vědomím, že dopravce, který se účastní nabídkového řízení dle ZVS, nese větší míru podnikatelského rizika oproti uchazeči v zadávacím řízení v režimu ZVZ, a byť jsou v obecné rovině veřejné služby v přepravě cestujících ztrátové, má dopravce v rámci kompenzace nárok také na přiměřený zisk (rozsudek – dnešního – Soudního dvora Evropské unie ze dne 24.7.2003, věc C-280/00, *Altmark*). Zůstává však především na dopravci, jakou míru rizika nakonec bude pokládat za ještě přijatelnou a jak se to promítne do podmínek, za nichž plnění bude pro objednatele nabízet, přijatelná míra rizika se však u různých dopravců může lišit tím spíše, jde-li o dopravce svým postavením na trhu – včetně finanční síly, podílu na trhu, míry etablování atd. zcela odlišné.

Konečně pokládá zdejší soud za vhodné při posuzování otázek mimořádně nízké nabídkové ceny zohledňovat – byť jen jako velmi podpůrný argument, neboť si je dobře vědom, podle jaké právní úpravy žalovaný rozhodoval – historický vývoj tuzemské právní úpravy mimořádně nízké nabídkové ceny; je pravdou, že právní úprava na věc aplikovatelná (§ 77 ZVZ) ukládala zadavateli (hodnotící komisi) v případě zjištění mimořádně nízké nabídkové ceny, aby si vyžádal zdůvodnění a pro případ nezdůvodnění či neopodstatněného zdůvodnění uchazeče povinně vyloučil, nyní účinná právní úprava (být účinná až od 1.10.2016, tedy poté, co rozhodoval žalovaný), tj. zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, obsahuje v § 48 odst. 4 konstrukci, podle níž v případě nezdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatel účastníka zadávacího řízení může vyloučit (tedy nemusí) – tuto povinnost má pouze ve výjimečných případech, jak na ně pamatuje § 113 odst. 6 tohoto zákona. I z toho zdejší soud nutně dovozuje posun ve vnímání institutu mimořádně nízké nabídkové ceny v tom směru, že nově je upřednostňována odpovědnost samotného zadavatele za uzavření smlouvy za podmínek pro něj „podezřele výhodných“ před nezměnitelným následkem spočívajícím v nemožnosti takovou smlouvu uzavřít; to ve výsledku také může směřovat k výkladu, podle něhož institut mimořádně nízké nabídkové ceny tu přestává být institutem chránícím rovným dílem zadavatele i ostatní dodavatele (resp. zajištění korektní soutěže mezi dodavateli), nýbrž spíše zadavatele, na něhož se pak zároveň klade vyšší odpovědnost při rozhodování o tom, zda se o mimořádně nízkou nabídkovou cenu jedná a jak při zjištění (nezdůvodněné) mimořádně nízké ceny postupovat. Být zdejší soud podle § 75 odst. 2 s.ř.s. vychází z právního stavu na věc aplikovatelného, tj. takového, za jehož účinnosti rozhodoval žalovaný (a postupoval objednatel), uvedený posun v zákonodárcově přístupu k institutu mimořádně nízké nabídkové ceny podle zdejšího soudu nelze v obecnější rovině nereflektovat.

Vycházejí ze shora uvedeného zdejší soud z obsahu správního spisu zjistil, že žalobce v námitkách objednateli ze dne 21.8.2016 věrohodně a kvalifikovaně uvedl

důvody, pro které považoval nabídku vybraného dopravce v otázce kompenzace (resp. „kompenzaci“) za mimořádně nízkou. Jestliže byla hodnotící komise takto kvalifikovaným způsobem upozorněna na důvody, jež by mohly znamenat, že je kompenzace mimořádně nízká, bylo její povinností se s jednotlivými důvody tvrzené mimořádně nízké kompenzace vypořádat; vypořádání jednotlivých důvodů přitom muselo být dostatečně věcné a srozumitelné, a to mimo jiné proto, aby bylo i zpětně přezkoumatelné, tj. aby přezkum ze strany žalovaného mohl proběhnout a aby také reálně proběhl. Lze souhlasit se žalobcem potud, že není možné, aby žalovaný zcela rezignoval na dohled nad postupem objednatele, resp. hodnotící komise, pouze obecným tvrzením, že není oprávněn vstupovat do myšlenkových pochodů hodnotící komise. Přestože žalovaný nepochybně není povinen (a ani oprávněn) přezkoumávat úvahy členů hodnotící komise (tam, kde se o takové úvahy vsutku jedná), nezbavuje jej to povinnosti vykonávat dohled nad způsobem vypořádání námitek souvisejících s možností mimořádně nízké kompenzace v průběhu nabídkového řízení. Rozhodnutí o námitkách, a tedy ani postup podle ZVS směřující k uzavření smlouvy, by nemohly obstat, pokud by na námitky nebylo reagováno dostatečně věcně a srozumitelně nebo pokud by rozhodnutí o námitkách nebylo opřeno o dostatek věrohodných relevantních podkladů anebo pokud by takové rozhodnutí bylo s těmito podklady v rozporu. Východiska pro posouzení věci zdejší soudem jsou tudíž na základě shora uvedeného následující: 1. povinností objednatele bylo vypořádat se s konkrétními důvody, které žalobce uvedl v námitkách, a to způsobem, z něhož by bylo jasné, jaké důvody jej k takovému závěru vedly; 2. úlohou žalovaného v řízení o přezkoumání úkonů objednatele bylo zabývat se otázkou, zda se objednatel v rozhodnutí o námitkách vypořádal s předmětem námitek, zda jsou důvody rozhodnutí o námitkách srozumitelné a ve vzájemné konzistenci a zda odpovídají zjištěním, která objednatel v dostatečné míře učinil; to odpovídá pohledu, podle něhož je úkolem žalovaného kontrola rámce nabídkového řízení, nikoli již samotné kvality výběru (*mutatis mutandis* rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16.3.2004, č.j. 2 A 9/2002-62). Obdobně povinnosti žalovaného v obecné rovině v souhrnu formuloval jeho předseda v bodu 106. napadeného rozhodnutí; podstatné tedy je, zda žalovaný tato východiska v nyní posuzované věci skutečně aplikoval.

V prvostupňovém i napadeném rozhodnutí je obecně vymezen rámec přezkumu úkonů objednatele. V napadeném i v prvostupňovém rozhodnutí je vysvětleno, proč nebyl ustanoven znalec. Podle žalovaného by, zjednodušeně řečeno, ustanovením znalce došlo ke vstupování žalovaného do myšlenkových pochodů hodnotící komise. Takové zdůvodnění zdejší soud nepřijímá, neboť přezkum dodržení rámce § 77 ZVZ není vstupováním do myšlenkových pochodů členů hodnotící komise, jak plyne ze shora sumarizované judikatury, a žalovaný by již tedy měl v tomto zjednodušujícím pohledu navždy ustat. Znalce však žalovaný přesto v posuzované věci podle zdejšího soudu ustanovovat nemusel, neboť přezkum dodržení rámce § 77 ZVZ – tedy zda se objednatel konkrétně a korektně námitkami žalobce zabýval – mohl proběhnout i bez jeho ustanovení. Ostatně bylo-li úkolem hodnotící komise posoudit otázku mimořádně nízké kompenzace v době běžícího nabídkového řízení „v terénu“, aniž by byla reálná představa, že by k řešení každého dílčího odborného problému souvisejícího

s kalkulacemi nabízených kompenzací musela povolávat externí experty (nebo že jimi ve všech směrech budou členové hodnotící komise), tím spíše musí být přezkumu takového posouzení schopen specializovaný ústřední orgán státní správy, kterým je žalovaný, v odborně i administrativně podstatně komfortnějších podmínkách.

Napadené rozhodnutí potvrzuje postoj vyjádřený v prvostupňovém rozhodnutí, který je sice v bodu 279. prvostupňového rozhodnutí zmíněn zdánlivě na okraj, zdejší soud jej však zvláště v podmínkách nabídkových řízení podle ZVS pokládá za podstatný, dobře odpovídající pohledu vyjádřenému především od bodu 238. prvostupňového rozhodnutí. Z obsahu správního spisu zdejšímu soudu skutečně plyne, že argumentace žalobce o mimořádně nízké kompenzaci vybraného dopravce je opírána v nosných ohledech o nabídku samotného žalobce a jeho kalkulace. Je přitom přirozené, že každý dopravce (účastník nabídkového řízení) svoji nabídku konstruuje individuálně s ohledem na svoji obchodní a cenovou politiku a s ohledem na své možnosti; není-li ani ze strany žalobce zpochybněno, že na trhu, na němž se pohybují jednotliví dopravci, jež byli účastníky nabídkového řízení, je soutěžní prostředí omezeno (ve své podstatě jde o oligopol), přičemž bez dalšího dokazování lze jasně dovozovat, že postavení žalobce se od postavení vybraného dopravce významně odlišuje co do postavení na trhu, pak shodně jako žalovaný i zdejší soud nutně vychází z předpokladu, že žalobce i vybraný dopravce nebudou vycházet z principiálně shodných hodnot v kalkulacích; hodnota konkrétní položky tvořící výši kompenzace, která může být pro vybraného dopravce reálná, může být pro žalobce neudržitelná. Pak zdejší soud dává žalovanému zapravdu v tom, že kalkulace žalobce odkazem na jeho nabídku, jimiž zpochybňuje reálnost kompenzace nabízené vybraným dopravcem, a tím fakticky zpochybňuje i závěry učiněné hodnotící komisí v analýze, nemusí být nutně jediné možné (jedině správné). Jestliže za této situace z prvostupňového i napadeného rozhodnutí plyne, že se žalovaný koncentroval na to, zda hodnotící komise (potažmo objednatel při rozhodování o námitkách) tuto otázku jednoduše řečeno „neodbyl“, tedy zda si opatřil podklad, který se snažil objektivizovat, aniž by dovozoval nutnost stát se arbitrem mezi žalobcem a vybraným dopravcem ve všech detailech odlišného přístupu k dílčím položkám tvořícím nabízenou kompenzaci, pak jde se zohledněním shora uvedeného podle zdejšího soudu o pohled principiálně správný.

Pokud pak žalovaný, veden právě uvedeným pohledem, vystavěl svůj závěr na zjištění, že hodnotící komise, resp. objednatel, nakonec neměl pochybnosti o výskytu mimořádně nízké kompenzace v nabídce podané vybraným dopravcem, přičemž s využitím analýzy zdůvodnil, na základě jakých skutečností k danému závěru dospěl, pak jde podle zdejšího soudu o závěr rovněž správný. Z obsahu správního spisu skutečně neplyne, že by hodnotící komise, resp. objednatel, otázku mimořádně nízké kompenzace „odbyli“. Naopak z něj plyne, že hodnotící komise, resp. objednatel, měl k dispozici dostatečný podklad, který – byť jej žalobce v dílčích ohledech zpochybňuje – se mohl jevit jako dostatečný pro závěr, že se nejedná o kompenzaci mimořádně nízkou. Hodnotící komise tedy zpracovala analýzu, v níž se výši kompenzace nabízené vybraným dopravcem věnovala z pohledu pěti podstatných aspektů – a to se stalo

základem jejího závěru. Podstatou přezkumu ze strany žalovaného pak nemůže být rozhodování, který z dopravců má v každém jejich dílčím argumentu k „oprávněné kalkulaci“ pravdu a který nikoli a zda jednotliví členové hodnotící komise tuto otázku hodnotili do všech detailů správně či nikoli, nýbrž kontrola, zda otázka mimořádně nízké kompenzace řešena byla, zda byla řešena přezkoumatelně, přiměřeně odborně, logicky za použití vzájemně si neodporujících dílčích argumentů, jež mají oporu v podkladech; tím je kontrola postupu podle § 77 ZVZ naplněna.

Jestliže tedy předseda žalovaného v žalobou napadeném rozhodnutí uvedl, že hodnotící komise zpracovala „...*poměrně podrobnou analýzu nabídkové kompenzace...*“, tento závěr skutkovým zjištěním plynoucím z obsahu spisu (z analýzy samotné) odpovídá. Pokud pak jsou podle napadeného rozhodnutí ukazatele, které hodnotící komise v rámci analýzy zvolila pro posouzení existence mimořádně nízké kompenzace, odpovídající smyslu jejího posuzování a úkolům hodnotící komise podle § 77 ZVZ, i s tím zdejší soud souhlasí. Analýzu lze skutečně vnímat jako ucelený dokument, který se nabídkou vybraného dopravce věcně zabývá a nebudí pochyby o adekvátnosti zvolených kritérií, ani o jejich konkrétním obsahu a učiněných závěrech, jež ve výsledku ponechává přiměřený stupeň odpovědnosti na členech hodnotící komise i na objednateli samotném, jenž za těchto podmínek s vybraným dopravcem do smluvního vztahu vstoupil. Předseda žalovaného tedy kromě samotné existence analýzy hodnotil i její vnitřní bezrozpornost a soulad jejího obsahu se závěrem o absenci mimořádně nízké kompenzace, čímž své dohledové pravomoci podle zdejšího soudu dostál.

Úhel přezkumu, jaký v posuzované věci žalovaný zvolil, tudíž zdejší soud pokládá za metodicky i věcně správný. To se pak promítá v posouzení jednotlivých žalobních argumentů směřujících proti dílčím závěrům obsaženým v analýze, jež se stala podkladem pro závěr hodnotící komise, následovně:

Na základě argumentace žalobce k závěrům části 1 analýzy musel zdejší soud posoudit, zda se maximální dovolená míra výnosu na kapitál ve výši 7,5 % dle § 3 odst. 3 vyhlášky vztahuje také na smlouvy uzavřené na základě nabídkového řízení. Podle § 23 odst. 4 ZVS při uzavírání smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících na základě nabídkového řízení platí povinnost předložit finanční model, nestanoví-li objednatel v dokumentaci nabídkového řízení jinak. Dle § 23 odst. 7 ZVS prováděcí předpis stanoví mimo jiné způsob určení nadměrné kompenzace. Z dokumentace zdejšího soudu nevyplývá, že by objednatel stanovil pravidla odlišná oproti § 23 odst. 4 ZVS, a proto se povinnost předložit finanční model normovaný vyhláškou uplatnila i v nyní posuzované věci. Podle § 1 písm. d) vyhlášky tento podzákoný právní předpis stanoví vymezení čistého příjmu a maximálního výnosu na kapitál.

Lze přisvědčit žalobci, že z gramatického a izolovaného výkladu § 3 odst. 3 vyhlášky by bylo možno usuzovat, že maximální dovolená míra výnosu na kapitál dle § 7 vyhlášky se týká pouze smluv uzavřených na základě přímého zadání. Ustanovení

§ 3 odst. 3 vyhlášky se však vztahuje pouze ke smlouvám uzavřeným na základě přímého zadání, zatímco § 7 vyhlášky se vztahuje obecně ke všem kompenzacím ve smyslu ZVS. Maximální dovolená míra výnosu na kapitál ve výši 7,5 % je stanovena v § 7 odst. 1 vyhlášky. V § 7 odst. 2 vyhlášky je stanoveno, že podíl čistého příjmu k provozním aktivům stanoví smlouva o veřejných službách tak, aby nepřesáhl maximální dovolenou míru výnosu na kapitál; tato povinnost je tedy stanovena obecně bez ohledu na to, zda je smlouva o veřejných službách v přepravě cestujících uzavřena napřímo nebo v rámci nabídkového řízení. Pokud by se maximální dovolená míra výnosu na kapitál ve výši 7,5 % vztahovala pouze na smlouvy uzavřené napřímo bez nabídkového řízení, vedl by takový výklad k nedůvodné právní nejistotě dopravců účastnících se nabídkových řízení. Podle přesvědčení zdejšího soudu se proto maximální dovolená míra výnosu na kapitál ve výši 7,5 %, jak je stanovena v § 7 odst. 1 vyhlášky, uplatní také při posuzování nadměrné kompenzace u finančních modelů předložených dopravci v nabídkovém řízení.

Vycházel-li objednatel při stanovení předpokládané hodnoty veřejných služeb v přepravě cestujících z maximální míry výnosu na kapitál ve výši 7,5 %, zatímco vybraný dopravce v nabídce uplatnil míru ročního výnosu na kapitál 1,673 %, pak je zřejmé, že bez zohlednění rozdílu ve výnosu na kapitál nelze tyto dva údaje porovnat. Výrazný rozdíl mezi předpokládanou hodnotou a nabídnutou kompenzací přitom může představovat jedno z vodítek pro indikaci mimořádně nízké kompenzace. Hodnotící komise nepostupovala v rozporu se ZVS, resp. ZVZ, jestliže pro účely srovnání nabídky vybraného dopravce s předpokládanou hodnotou veřejných služeb v přepravě cestujících navýšila kompenzaci dopravce o zbývající rozdíl do maximální dovolené míry výnosu na kapitál. Žaloba je tak v této části nedůvodná.

Žalobce dále v žalobě rozporuje výběr krajů v rámci části 2 analýzy. Předseda žalovaného v bodu 121. napadeného rozhodnutí uvedl důvody, pro které se mu výběr krajů určených ke komparaci jevil jako správný; pro porovnání byly zvoleny tratě, kde žalobci konkurují jiní dopravci, a to zejména vybraný dopravce a uchazeč ARRIVA MORAVA a.s., namísto volby geograficky „obdobnějších“ tratí. Výběr tratí z tohoto pohledu tedy byl předmětem analýzy, samotný výběr tratí se nejeví jako nelogický ani tendenční, nenavozuje ani jakékoli pochyby o pohnutkách k jejich volbě, neboť jde o tratě, kde výše kompenzace byla ovlivněna soutěží mezi dopravci. Výběr sedmi konkrétních krajů pro účely části 2 analýzy tedy nevykazuje žádné zjevné principiální nedostatky, jež by mohly přivodit závěr, že hodnotící komise své povinnosti nedostála.

Pokud jde o konkrétní závěry, pak na str. 3 analýzy jsou uvedeny kraje, ve kterých vyjma žalobce provozují drážní dopravu také vybraný dopravce a dopravce ARRIVA MORAVA a.s. Z analýzy vyplývá, že drážní dopravu provozuje vybraný dopravce v Karlovarském kraji, Královéhradeckém kraji, Libereckém kraji a Moravskoslezském kraji; dopravce ARRIVA MORAVA a.s. drážní dopravu provozuje v Olomouckém kraji. Analýza na str. 4 obsahuje tabulku s konkrétními ročními výkony, výší kompenzace a kompenzací na kilometr včetně uvedení zdrojů informací (právě na str. 4 analýzy je odkazováno na nabídku vybraného dopravce, a je tak

zřejmé, že hodnotící komise při zpracování analýzy částečně vycházela z nabídky vybraného dopravce, jak v žalobě upozorňoval žalobce, byť v „Seznamu příloh Analýzy nabídkové ceny“ na č.l. 53 správního spisu není uvedena). Na str. 4 analýzy je dále konstatováno, že trať na území Libereckého kraje považuje hodnotící komise s ohledem na její délku, charakter a význam v zajištění dopravní obslužnosti kraje za neporovnatelnou; tuto trať tudíž hodnotící komise zvažovala. Na str. 5 analýzy jsou uvedeny kompenzace za roky 2012-2014, které v sedmi krajích obdržel žalobce. Hodnotící komise výběr těchto sedm krajů vysvětlila porovnáním „...*veřejně známých údajů ročního rozsahu provozních výkonů, charakteru jednotlivých tratí, typů použitých dopravních prostředků a podílu elektrizovaných železničních tratí na jednotlivých územích posuzovaných krajů*...“. Pak tedy hodnotící komise podle zdejšího soudu dostatečně ozřejmila výběr jednotlivých krajů pro účely komparace v rámci analýzy, jenž nevykazuje žádné logické nedostatky. Poukaz žalobce na specifika některých krajů, resp. odlišnosti v kompenzacích v rámci jednotlivých krajů, se však již stává základem teoreticky nikdy nekončící polemiky ohledně vhodnosti kritérií zvažovaných hodnotící komisí, k níž by bylo lze zřejmě vždy nalézt oboustranných argumentů a jež by se již vymykala smyslu § 77 ZVZ a rozumně odvoditelným povinnostem hodnotící komise v rámci postupu podle tohoto ustanovení. Česká republika, byť je ve srovnání s ostatními státy Evropy a světa co do rozlohy spíše menším státem, je z hlediska geomorfologie rozmanitým celkem; tento fakt sám o sobě způsobuje, že přírodní podmínky, a tedy i nákladovost provozování drážní dopravy, se v jednotlivých krajích liší, navíc donedávna v rámci České republiky na trhu regionální osobní drážní dopravy fakticky působil pouze žalobce a sjednané kompenzace mohly být sjednávány buď v době, kdy měl na tento segment drážní dopravy monopol, anebo v době, kdy důsledky tohoto monopolu se i po jeho skončení mohly ve výši kompenzace promítat. Takto sjednané kompenzace by byly jen obtížně porovnatelnými s kompenzací nabídnutou vybraným dopravcem v průběhu nabídkového řízení v nyní posuzované věci. Stejně tak je nutné zohlednit, že některé smlouvy mezi kraji a dopravci mohly být uzavřeny v režimu odlišné právní úpravy (§ 35 ZVS a čl. 8 nařízení č. 1370/2007), což může také způsobovat neporovnatelnost kompenzací v rámci jednotlivých krajů. Podle přesvědčení zdejšího soudu je proto metoda porovnání vyplácených kompenzací v jednotlivých krajích pouze jednou z indicií možné existence mimořádně nízké kompenzace a z povahy věci je evidentní, že kompenzace hrazené v jednotlivých krajích by mohly být do určité míry vždy zpochybněny; dovozovat za této situace povinnost hodnotící komise všechna tato dílčí zpochybnění v běžícím nabídkovém řízení vyjasňovat a odstraňovat by se nejevilo jako korektní naplňování smyslu § 77 ZVZ.

Pro zdejší soud je tedy podstatné, že hodnotící komise se věcí do odpovídající míry konkrétnosti zabývala, uvedla zdroje, ze kterých údaje čerpala, že je zřejmá logická vazba mezi jednotlivými údaji a závěry analýzy, která není v podstatných ohledech zpochybněna, a že zároveň není patrná vnitřní rozpornost jednotlivých údajů. Z pohledu transparentnosti postupu hodnotící komise nevyvstávají zdejšímu soudu žádné pochybnosti; závěry, k nimž komise dospěla, jsou zachyceny korektním způsobem umožňujícím jak zpětný přezkum důvodů, pro které měla hodnotící komise

za to, že vybraným uchazečem nebyla nabídnuta mimořádně nízká kompenzace, tak případné zpětné dovození odpovědnosti členů komise za výsledek, k němuž hodnotící komise dospěla. Podrobnější odborný věcný přezkum části 2 analýzy nepříslušel ani žalovanému, ani nepřísluší zdejšímu soudu. Žaloba je tak i v této části nedůvodná.

Obdobně zdejší soud nahlíží i na část 3 analýzy. Žalobce k části 3 analýzy namítal, že vybraný dopravce a dopravce ARRIVA MORAVA a.s. nezohlednili náklady na zařízení služeb a navíc vybraný dopravce neoceníl ani náklady na zajištění externího financování. Podle zdejšího soudu by však taková argumentace žalobce mohla vyvolat závěr o tom, že hodnotící komise nepostupovala v souladu s § 77 ZVZ, tehdy, pokud by významným způsobem zpochybňovala, že by vybraný dopravce byl schopen plnění za jím nabízených podmínek jako celku realizovat – k tomu ostatně celý § 77 ZVZ směřuje. Jinak je správné vyčíslení těchto dílčích nákladů povinností dopravce; v případě chyby ve vyčíslení – ať již úmyslné či z nedbalosti – jde takové pochybení k tíži dopravce. Namítá-li tedy žalobce nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, neboť na jeho základě nelze ověřit, zda vybraný dopravce předmětné náklady ve své nabídce skutečně ocenil, nikterak to nevypovídá o reálných pochybnostech žalobce, podle nichž by za tohoto stavu nebyl schopen vybraný dopravce plnění realizovat. Jestliže žalobce dovozuje, že vybraný dopravce ani další dopravce v nabídkovém řízení nezohlednili část svých nákladů, může to být jedno z možných vysvětlení, proč jejich nabídka byla výhodnější, stejně tak se může nabízet vysvětlení odvíjející se od základních – byť výslovně neuvedených – tezí, na nichž je vystavěn ZVS i ZVZ, a sice že podnikatelské subjekty jsou schopny zajistit realizaci plnění mnohdy levněji a efektivněji v rámci soutěže než bez ní. Nejlépe samotný podnikatel, který se účastní nabídkového řízení, zná své limity při poskytování plnění, a to i finanční. Posuzování existence mimořádně nízké kompenzace je proto z povahy věci vždy založeno pouze na kvalifikovaném odhadu, zda výše kompenzace ještě je přiměřená či nikoli a zda je realizace plnění možná ve vztahu k výši kompenzace či nikoli; postup podle § 77 ZVZ je tedy zapotřebí vnímat především coby nástroj, který umožňuje objednatelům neuzavřít smlouvu za situace, pokud by se podmínky jejího uzavření, nabízené dopravcem, jevily jako podezřele výhodné, nikoli jako nástroj k otevření polemiky mezi dopravci ohledně podrobností jejich nabídek.

Za podstatné tu tedy zdejší soud pokládá, že hodnotící komise se posouzením nabídnuté výše kompenzace ve vztahu k nákladům na přístup k zařízení služeb zabývala, využila jí dostupné informace (dodatek ke smlouvě o závazku veřejné služby ke smlouvě uzavřené se žalobcem), které porovnála s výší jednotkové kompenzace nabízené dopravcem. Ani v tomto případě zdejšímu soudu nevyvstávají pochybnosti z pohledu transparentnosti kroků hodnotící komise a srozumitelnosti jejích závěrů, pro které měla hodnotící komise za to, že podmínky kompenzace nabízené vybraným dopravcem nejsou natolik podezřelé nízké, že by bylo třeba zahájit proceduru vysvětlování na základě § 77 ZVZ. Ani tu tedy zdejší soud neshledává důvod, pro který by měl napadené rozhodnutí rušit.

Limity posuzování existence mimořádně nízké kompenzace, jak byly dovozeny shora, se podle zdejšího soudu uplatní i při posuzování žalobních bodů, které souvisejí s částí 4 a 5 analýzy. Úvaha hodnotící komise je z analýzy zřejmá; jednotlivé číselné hodnoty jsou uvedeny srozumitelně a závěry hodnotící komise těmito číselným údajům odpovídají. Z obsahu spisu přitom zdejšímu soudu nevyplývá, že by tyto údaje byly evidentně chybné či nepravdivé. Z tabulky na str. 12 analýzy (část 5) je zřejmé, že hodnotící komisí zvolené položky jsou co do výše absolutního rozdílu mezi nabídkou vybraného dopravce a žalobce nejvýraznější, a proto byly hodnotící komisí vybrány pro další komparaci. Detailní náklady na obstarání drážních vozidel a mzdových nákladů vybraného dopravce, které žalobce zpochybňuje, neindikovaly u hodnotící komise pochybnost o nemožnosti plnění za nabízených podmínek realizovat; ani tyto závěry nevyvolávají pochybnosti z pohledu transparentnosti kroků hodnotící komise a srozumitelnosti jejích závěrů.

Pokud jde tedy o argumentaci žalobce, že žalovaný se nevypořádal s jeho dílčí argumentací proti jednotlivým částem analýzy, která se stala podkladem úvah hodnotící komise (a objednatele), pak zdejší soud ze shora uvedeného dovozuje, že tak učinit nemusel. Kontrola nad postupem objednatele ve vztahu k § 77 ZVZ podle zdejšího soudu neproběhla výlučně formálně a dovedl-li žalovaný, že hodnotící komise, resp. objednatel, měli ke svým závěrům dostatečný podklad opatřený korektním způsobem, a tedy že povinnosti podle § 77 ZVZ splnili, zdejší soud se žalovaným souhlasí. Předestírat dílčí polemiku ohledně cenotvorby mezi účastníky nabídkového řízení žalovanému, jak se toho dožaduje žalobce, není podle zdejšího soudu namístě. Pokud by žalobce nadále měl za to, že se žalovaný měl řídit závěry plynoucími z judikatury, jak ji zdejší soud shora shrnul a jak ji částečně žalobce sám zmínil v žalobě, a že tak neučinil, pak zdejší soud pokládá za potřebné zdůraznit i podstatný skutkový rozdíl mezi tamními věcmi a věcí nyní posuzovanou: ve věcech, v nichž soudy judikovaly, jak jsou sumarizovány shora, se hodnotící komise, resp. zadavatelé, otázkou mimořádně nízké nabídkové ceny podle § 77 ZVZ nezabývali buď vůbec anebo se jí zabývali pouze formálně do té míry, že pouze s využitím obecných frází, univerzálně použitelných, povšechně konstatovali, že se touto otázkou zabývali – a takový postup byl shledán nezákonným; v nyní posuzované věci se hodnotící komise, resp. objednatel, otázkou mimořádně nízké kompenzace zabýval v rozsahu, který – jak zdejší soud shora dovedl – smyslu § 77 ZVZ odpovídá.

Žalobce dále namítá, že vybraný dopravce a dopravce ARRIVA MORAVA a.s. nesplnili zadávací podmínky, neboť dne 13.2.2015 při jednání o nabídkách uvedli, že vlaky budou obsazeny průvodčími pouze částečně. Ani tu nedává zdejší soud žalobci zapravdu. Objednatel v dodatečné informaci ze dne 8.8.2014 uvedl, že v případě instalace prodejního automatu jízenek nebo zajištění prodeje jízenek u strojvedoucího nemusí být vlak vybaven žádným členem vlakového doprovodu a že způsob zajištění dalších povinností vyplývajících z dokumentace nabídkového řízení vůči cestujícím je plně na rozhodnutí dopravce. Taková dodatečná informace je podle zdejšího soudu jednoznačná, srozumitelná, nemohla vyvolat interpretační nejasnosti a ani není v rozporu s výslovným zněním návrhu smlouvy či její změnou; dodatečná

informace zadávací podmínky neměnila, pouze vysvětlovala. Výklad čl.12 odst. 4 písm. a) návrhu smlouvy po zohlednění dodatečné informace ze dne 8.8.2014 je tudíž naprosto jednoznačný, tj. že při alternativním zajištění prodeje jízdenek nemusí být ve vlaku přítomen člen vlakového doprovodu. Jestliže tedy vybraný dopravce a dopravce ARRIVA MORAVA a.s. objednateli při jednání o nabídkách uvedli, že vlaky budou obsazeny průvodčími pouze částečně, nebylo to v rozporu s podmínkami. Žaloba je tak i v této části nedůvodná.

Objednatel měl podle žalobce pochybit také tím, že nevyloučil vybraného dopravce, přestože ten v rámci jednání o nabídkách dne 13.5.2015 uvedl, že při nárazové přepravě větších neohlášených skupin lze přepravu zajistit autobusem, přestože v příloze č. 7 část A čl. 2 dokumentace nabídkového řízení objednatel stanovil požadavek, podle kterého musí být kapacita vlaků dimenzována alespoň tak, aby každý cestující měl k dispozici jedno místo k sezení. Ani v tomto žalobním bodě nedává zdejší soud žalobci zapravdu. Z přílohy č. 7 část A čl. 2 odst. 2 dokumentace nabídkového řízení je zřejmé, že i objednatel počítal se situací, kdy počet cestujících převyší počet míst k sezení. Podmínkou přípuštění stání cestujících v části A čl. 2 odst. 2 přílohy č. 7 dokumentace nabídkového řízení byla přítomnost většího počtu cestujících, než mohl dopravce „...na základě disponibilních frekvenčních dat v konkrétním vlaku...“ očekávat. Může kupř. nastat situace, kdy ve vlaku bude cestovat mnohem vyšší počet cestujících, než je pro daný spoj obvyklé (kupříkladu skautský oddíl v období letních prázdnin), a v takovém spoji nebude dostatek míst k sezení. Nabídl-li vybraný dopravce jako nadstandard v takové situaci posilový autobus, nelze z takového prohlášení dovozovat, že porušil podmínky stanovené objednatel.

Žalobce dále namítá pochybení objednatele spočívající v tom, že nevyloučil dopravce ARRIVA MORAVA a.s., který při jednání o nabídkách předložil novou výši kompenzace bez doložení nového finančního modelu. Žalovaný k této námitce uvedl, že zjišťování toho, zda mělo dojít k vyloučení dopravce ARRIVA MORAVA a.s. z účasti v nabídkovém řízení, se jeví irelevantním, jelikož by ani souhlas se žalobcem v této otázce neměl vliv na rozhodnutí žalovaného, neboť nabídka dopravce ARRIVA MORAVA a.s. nebyla vybrána jako nejvhodnější. Žalovaný tedy v prvostupňovém rozhodnutí zdůvodnil, proč se touto námitkou nezabýval, a předseda žalovaného odůvodnění prvostupňového rozhodnutí poté doplnil tak, že žalobce proti vytýkanému postupu objednatele žalobce neuplatnil námitky, a proto nesplnil zákonnou podmínku stanovenou v § 110 odst. 7 ZVZ. Zdejší soud přitom souhlasí již s prvním z obou argumentů; vyloučení dopravce ARRIVA MORAVA a.s. z účasti v nabídkovém řízení by na rozhodnutí objednatele o výběru nejvhodnější nabídky nemělo žádný vliv – a návrh žalobce by ani v takovém případě nemohl být v této otázce důvodný. Pak není třeba zabývat se druhým z obou samostatných argumentů žalovaného.

Podle žalobce dále pochybil žalovaný tím, že v rozporu s § 36 odst. 3 správního řádu neumožnil žalobci seznámit se s nabídkou vybraného dopravce, přestože tato nabídka byla prokazatelně podkladem prvostupňového rozhodnutí. Zdejšímu soudu

z bodů 256. a 272. prvostupňového rozhodnutí plyne, že údaje z nabídky vybraného dopravce podkladem rozhodnutí byly, zároveň však ze závěrečné části bodu 257. prvostupňového rozhodnutí plyne, že žalovaný důkaz nabídkou vybraného dopravce neprovedl a tuto listinu si od objednatele ani nevyžádal; v bodu 257. prvostupňového rozhodnutí přitom žalovaný reagoval na požadavek žalobce na zpřístupnění nabídky vybraného dopravce (bod 169. prvostupňového rozhodnutí). Body 256. a 272. jsou v odůvodnění prvostupňového rozhodnutí zařazeny v částech textu, který souvisí s analýzou, a zdejšímu soudu proto z textu odůvodnění prvostupňového rozhodnutí vyplývá, že je-li v bodech 256. a 272. odkazováno na nabídku vybraného dopravce, jsou tím míněny údaje z nabídky vybraného dopravce, které obsahuje analýza samotná. Zdejší soud souhlasí se žalobcem v tom směru, že § 117b ZVZ žalovaný nemohl použít, neboť § 27 ZVS až ve znění účinném po jeho novelizaci v souvislosti s přijetím zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, obsahuje odkaz na § 260 zákona č. 134/2016 Sb., který upravuje ochranu informací; předseda žalovaného přitom neodůvodnil použití § 117b ZVZ, ačkoli jeho aplikace výslovně připuštěna nebyla. Jestliže však údaje z nabídky vybraného dopravce byly součástí analýzy, kterou žalovaný vzal za podklad svého rozhodnutí, a samotná nabídka se podkladem rozhodnutí nestala, pak nelze dovozovat, že by nezpřístupněním nabídky vybraného dopravce byl žalobce na svých právech zkrácen natolik, že by to mohlo mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Ani blíže neodůvodněným – a navíc i nesprávným – přímým odkazem na § 117b ZVZ ve vztahu k nabídce vybraného uchazeče tudíž nemohla být vyvolána nezákonnost napadeného rozhodnutí. Pak ani tu nedává zdejší soud žalobci zapravdu.

Ze shora uvedených důvodů tedy zdejší soud na věc nahlíží v nosných ohledech shodně jako žalovaný v napadeném a jemu předcházejícím rozhodnutí. Závěr žalovaného podle zdejšího soudu je opřen o odpovídající skutkový podklad a nevykazuje žádnou chybu v jeho hodnocení. Žádný ze žalobních bodů, jak byly v žalobě uplatněny, zdejší soud nepokládá za důvodný, nad jejich rámec nelze ve vztahu k napadenému rozhodnutí dovést ani žádný nedostatek, který by vyvolával vadu, k níž by musel zdejší soud přihlédnout z úřední povinnosti.

Proto zdejší soud žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

V. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, proto právo na náhradu nákladů řízení nemá. Úspěšný byl žalovaný, tomu však podle obsahu správního spisu nevznikly žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti a náhradu žádných nákladů řízení ani nepožadoval, a proto bylo rozhodnuto, že se mu náhrada nákladů řízení nepřiznává.

Osoby zúčastněné na řízení nemají podle § 60 odst. 5 s.ř.s. na náhradu nákladů řízení právo, neboť jim soud neuložil žádnou povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jim náklady řízení mohly vzniknout; pokud jde o další jejich náklady, náhrada ze

strany osob zúčastněných na řízení požadována nebyla a zdejší soud k jejich přiznání neshledal ani žádný důvod hodný zvláštního zřetele.

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). Připadne-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 4. listopadu 2016

Za správnost vyhotovení:
Romana Lipovská

David Raus, v.r.
předseda senátu