ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Miloslava Výborného a soudců JUDr. Michala Mazance a Mgr. Petry Weissové v právní věci žalobce: **Statutární město Přerov**, se sídlem Bratrská 709/34, Přerov, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 12. 6. 2015, čj. ÚOHS-R142/2014/VZ-14134/2015/321/PMa, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 3. 11. 2016, čj. 62 Af 89/2015-76,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá**.

II. Žalobce **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Úřad pro ochranu hospodářské soutěže v rozhodnutí ze dne 17. 4. 2014, čj. ÚOHS-S767/2013/VZ-8351/2014/521/SWa, shledal, že se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, neboť neužil řízení podle zákona o veřejných zakázkách při uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících veřejnou linkovou dopravou, nýbrž tuto smlouvu uzavřel podle zákona č. 194/2010 Sb., o veřejných službách v přepravě cestujících a o změně dalších zákonů. Za to mu byla uložena pokuta ve výši 250 000 Kč. Rozhodnutím předsedy žalovaného ze dne 12. 6. 2015, čj. ÚOHS-R142/2014/VZ-14134/2015/321/PMa, bylo rozhodnutí žalovaného potvrzeno a proti němu podaný rozklad byl zamítnut.

[2] Žalobu proti rozhodnutí předsedy žalovaného Krajský soud v Brně zamítl.

[3] Krajský soud uvedl, že postup žalovaného, spočívající ve vedení správního spisu a vedle něj podnětového spisu a s tím související odlišný režim nahlížení do spisů, byl nesprávný. Zároveň však shledal, že tento postup neměl vliv na zákonnost rozhodnutí předsedy žalovaného. Z podnětu a sdělení o způsobu vyřízení podnětu (žurnalizované v podnětovém spisu) totiž žalovaný nečinil skutková zjištění, pročež nebyla podkladem rozhodnutí. Při posouzení, zda žalobce v uzavřené koncesní smlouvě převedl v dostatečné míře obchodní riziko na dopravce, a tím splnil podmínky stanovené v § 18 písm. b) a § 21 zákona o veřejných službách v přepravě cestujících, krajský soud shledal, že tomu tak nebylo. Předpoklad, že by tržby z prodeje jízdného byly nižší než 50 % předpokládaného objemu tržeb (v tomto případě by ztrátu nesl dopravce) je totiž natolik nepravděpodobný, že na dopravce reálně žádné riziko přeneseno nebylo. Odůvodnění výše uložené pokuty považoval krajský soud za přezkoumatelné.

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření žalovaného

[4] Žalobce (dále jen „stěžovatel“) v kasační stížnosti namítl, že následné porovnání podnětového a správního spisu krajským soudem bylo irelevantní a nemůže zhojit to, že žalovaný jednal v rozporu s § 17 s. ř. a stěžovateli odepřel právo nahlédnout do podnětového spisu. Krajský soud se nevypořádal s tím, že až pokud by stěžovateli bylo umožněno nahlédnout do podnětového spisu, byl by seznámen s obsahem celého spisu. Hodnocení krajského soudu, zda vady řízení měly vliv na zákonnost rozhodnutí, je podle stěžovatele zcela nad rámec prokazatelnosti závažných vad řízení. Krajský soud nemohl porovnáním obsahu obou spisů zhojit vady správního řízení. Krajský soud se též nezabýval proporcionalitou odepření práva nahlížet do spisu ve vztahu k zájmu, který je odepřením chráněn. Podle stěžovatele výklad krajského soudu straní žalovanému v podpoře nepřípustné anonymizace podatelů podnětů a neúplnému obsahu správních spisů. Stěžovatel nesouhlasí s tím, že podnět může správní orgán nejvýše „nasměrovat“ v jeho úkonech, jedná se totiž o určitý způsob vylíčení skutečností vedoucích k závěru o podezření ze spáchání správního deliktu, s nimiž musí mít účastník možnost se seznámit a vyjádřit se k nim, např. nahlédnutím do úplného správního spisu. Z porovnání obou spisů nelze zpětně k okamžiku žádosti o nahlédnutí do spisu dovodit, které listiny byly skutečně v tomto okamžiku součástí spisu správního a spisu podnětového. Duplicitní žurnalizování listin vedlo k tomu, že se v jednom ze spisů nalézaly kopie listin, součástí spisu však mají být vždy originály. Stěžovatel se rovněž neztotožnil se závěrem krajského soudu, podle kterého podnět není podkladem rozhodnutí. Pokud byl součástí odůvodnění správních rozhodnutí odkaz na podnět a vyjádření stěžovatele k němu, pak je podnět podkladem rozhodnutí, který musí být součástí správního spisu.

[5] Stěžovatel dále v kasační stížnosti namítl, že břemeno tvrzení a břemeno důkazní nese žalovaný. Je to právě žalovaný, kdo má odůvodnění svého rozhodnutí opřít o jasné a jednoznačné závěry vedoucí k tomu, že provozní riziko na dopravce přeneseno nebylo a že byla naplněna skutková podstata správního deliktu.

[6] Stěžovatel namítl, že se krajský soud nezabýval podle stěžovatele zcela zásadní argumentací obsaženou v bodech 3. a 5. žaloby. Tuto argumentaci stěžovatel shrnul a uvedl, že je zcela liché domnívat se, že formulace obchodního rizika (v případě skutečně dosažených tržeb ve výši 0 – 50 % předpokladu hradí ztrátu dopravce a v případě skutečně dosažených tržeb ve výši 50 – 100 % předpokladu hradí ztrátu objednatel) se vztahuje pouze na případy závažného pochybení dopravce při plnění povinností vyplývajících ze smlouvy; právě naopak je z takto formulovaného ujednání zřejmé, že obchodní riziko dopravce se nepochybně vztahovalo i na objektivně možné externí faktory (kolaps dopravy ve městě, povodňová situace, významné zhoršení emisní situace ve městě, zánik nebo snížení počtu zaměstnanců významných zaměstnavatelů), které neměl dopravce možnost svým jednáním ani řádným plněním povinností ovlivnit.

[7] Stěžovatel i v kasační stížnosti setrval na tom, že postup podle zákona o veřejných službách v přepravě cestujících byl v dané situaci jediný možný, a odmítl argumentaci krajského soudu, podle které je nemožnost uskutečnit během šesti měsíců zadávací řízení přičitatelná stěžovateli. Zadat takto složitou zakázku během šesti měsíců je podle stěžovatele zcela iluzorní a v praxi nereálné. Zároveň nelze dopravce smluvním ujednáním zavázat, aby, jsou-li na jeho straně objektivně dány důvody pro ukončení smlouvy, po podání výpovědi ještě po dobu roční (nebo delší) výpovědní lhůty plnil závazky ze smlouvy v plném rozsahu. Jednalo se proto o mimořádnou situaci, kterou stěžovatel nemohl předvídat, a proto bylo možné využít jednací řízení bez uveřejnění podle zákona o veřejných zakázkách.

[8] Stěžovatel navrhl, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek zrušil a věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení.

[9] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že z rozsudku krajského soudu je evidentní, že postupoval zcela v souladu se zákonem. Tvrzení stěžovatele, podle kterého mu nebylo umožněno seznámit se s veškerými podklady pro vydání rozhodnutí, je nepravdivé; stěžovatel ani po podrobném seznámení s podnětovým spisem neoznačil jediný relevantní dokument, k němuž by mu byl postupem žalovaného znemožněn přístup. Žalovaný odmítl, že by podnět a na něj navazující vyřízení musely být součástí správního spisu. Žalovaný se ztotožnil s výkladem krajského soudu, *„který jako důvod, proč není podnět a jeho vyřízení součástí správního spisu uvedl, že tyto dokumenty ‚podkladem rozhodnutí nejsou.‘ “* Z uvedeného žalovaný dovodil, že pokud během prošetřování podnětu správní orgán obdrží dokument, který však v konečném důsledku není podkladem rozhodnutí, nemusí být tento dokument součástí správního spisu. Dále žalovaný obhajoval souběžné vedení správního a podnětového spisu, přičemž vycházel z předpokladu, že součástí správního spisu mají být jen podklady rozhodnutí a podnět spolu s dokumenty, které podkladem rozhodnutí nejsou, lze vést zvlášť. Žalovaný uvedl, že k zahájení správního řízení z moci úřední je třeba kvalifikované úvahy o pravděpodobném porušení zákona, jejímž podkladem není podnět, ale jiné dokumenty, které mají být po zahájení správního řízení *„překlopeny“* do spisu správního. Veškeré takovéto dokumenty správní spis obsahoval a jak se mohl stěžovatel nahlédnutím do spisu v průběhu správního řízení přesvědčit, obsahoval je i před rozhodnutím o rozkladu. Žalovaný připustil, že patrně správně neodůvodnil, z jakého důvodu nebylo umožněno stěžovateli nahlédnout do podnětu a jeho vyřízení.

[10] Ke kasačním námitkám, týkajícím se posouzení spáchání správního deliktu, žalovaný uvedl, že není v jeho moci vynucovat na stěžovateli dodání podkladů, o jejichž existenci žalovaný ani nemůže vědět. Důkazní břemeno prokázání, že byl uplatněný postup v souladu se zákonem, tíží stěžovatele, protože právě stěžovatel se rozhodl pro postup přímým zadáním podle zákona o veřejných službách v přepravě cestujících. Otázka obchodního rizika je jedním z výslovně uvedených kritérií v § 21 zákona o veřejných službách v přepravě cestujících, tudíž stěžovatel musel mít při zadávání zakázky k dispozici podklady, z nichž by vyplývalo, že tuto podmínku splňuje právě ten smluvní mechanismus, který do smlouvy zakomponoval. Takové podklady však dosud nepředložil, takže je zřejmé, že tyto podklady pravděpodobně ani neexistují. V této situaci musel žalovaný vycházet z relevantních podkladů, které si byl schopen opatřit sám. Žalovaný zpochybnil reálnost v kasační stížnosti uvedených rizik; jedná o zcela nahodilé jednorázové situace a stěžovatel ani neuvedl, kolikrát nastaly v době plnění předmětné zakázky nebo v jiném relevantním období, byť je označil za zcela reálná a pravděpodobná. Podle žalovaného nemůže stěžovatel preventivně rezignovat na podřízení zakázky hospodářské soutěži. Žalovaný navrhl zamítnutí kasační stížnosti.

III. Právní hodnocení Nejvyššího správního soudu

[11] Nejvyšší správní soud nenalezl žádné formální vady či překážky projednatelnosti kasační stížnosti, a proto přezkoumal jí napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu a v rámci kasační stížností uplatněných důvodů, zkoumaje přitom, zda napadené rozhodnutí či jemu předcházející řízení netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti [§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.].

III.A K námitkám týkajícím se vedení spisu

[12] Správní řízení lze zahájit na žádost nebo z moci úřední. K zahájení správního řízení z moci úřední může dojít na základě podnětu. Doručením podnětu příslušnému správnímu orgánu nedochází k automatickému zahájení správního řízení, vždy záleží na správním uvážení správního orgánu, zda řízení zahájí, nebo nikoli. Správní orgán může před zahájením řízení požadovat vysvětlení od každého, kdo by mohl přispět k objasnění skutečností, odůvodňujících případné zahájení řízení z moci úřední. Nejvyšší správní soud již ve své dřívější judikatuře uvedl, že *„[v]ešker*é *úkony před zahájením správního řízení tedy slouží výhradně potřebám správního orgánu k jedinému účelu: vyhodnotit, zda zahájí správní řízení. V něm je pak povinen seznámit účastníka řízení se všemi podklady pro rozhodnutí. Které skutečnosti byly podkladem pro jeho rozhodnutí a jakými úvahami byl veden při hodnocení důkazů, musí uvést v odůvodnění rozhodnutí. Soudní řád správní stanoví povinnost soudu zrušit rozhodnutí napadené žalobou pro nepřezkoumatelnost spočívající v nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů rozhodnutí.“* (rozsudek NSS ze dne 31. 8. 2009, čj. 8 Afs 74/2007-140).

[13] Správní orgán je povinen vést spis. Podle § 17 odst. 1 věta první a třetí s. ř. *[v] každé věci se zakládá spis; [s]pis tvoří zejména podání, protokoly, záznamy, písemná vyhotovení rozhodnutí a další písemnosti, které se vztahují k dané věci.* Tato úprava navazuje na úpravu v zákoně č. 499/2004 Sb., o archivnictví a spisové službě a o změně některých zákonů; podle § 65 odst. 1 věty první tohoto zákona *[p]ři vyřizování dokumentů se všechny dokumenty*

týkající se téže věci spojí ve spis. Judikatura a odborná literatura k vedení spisu uvádí: *„správní spis tvoří všechny dokumenty týkající se téže věci. Toto pravidlo se neuplatní pouze tehdy, stanoví-li zákon jinak. Je to ostatně i logické, ve spisu musí zůstat vše, co svědčí o úkonech správního orgánu a účastníků řízení, neboť jde o materiální ‚stopu' postupu řízení."* (rozsudek NSS ze dne 31. 3. 2010, čj. 1 Afs 58/2009-541, publ. pod č. 2119/2010 Sb. NSS); *„[s]oučástí spisu jsou jak dokumenty, z nichž správní orgán přímo vycházel, tak i ty, které správnímu orgánu ‚příliš nepomohly', případně byly získány v rozporu se zákonem. S obsahem spisu není možné svévolně a účelově manipulovat."* (Potěšil, L., Hejč, D., Rigel, F., Marek, D.: Správní řád. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 103-106.).

[14] V souzené věci bylo stěžejním posouzení, zda mají být součástí správního spisu, který žalovaný založil při zahájení správního řízení, také dokumenty obdržené či vytvořené ve fázi předcházející zahájení správního řízení. Nejvyšší správní soud k tomu uvádí, že z výše citovaného je zřejmé, že spis má obsahovat všechno, co se vztahuje k dané věci. Touto věcí je v souzeném případě podezření na možné spáchání správního deliktu stěžovatelem, jak správně uvedl krajský soud. Prvotní informaci o tom, že se stěžovatel mohl dopustit správního deliktu, získal žalovaný z podaného podnětu. Na jeho základě shromáždil podklady potřebné pro posouzení otázky, zda jsou dány důvody pro zahájení správního řízení z moci úřední či nikoliv. Takto shromážděné podklady lze označit jako *písemnosti, které se vztahují k dané věci*, protože byly významné pro zahájení správního řízení. Proto také měly být podle § 17 s. ř. vedeny ve správním spise. Postup žalovaného, který podklady opatřené před zahájením správního řízení vedl v samostatném tzv. podnětovém spise, byl správný pouze do okamžiku zahájení správního řízení. Poté, kdy žalovaný dospěl k závěru, že je nezbytné správní řízení zahájit, a také tak učinil, měl i nadále pokračovat ve vedení již založeného spisu, případně učinit podnětový spis součástí správního spisu, založeného při zahájení správního řízení. Uvedené platí ve vztahu ke všem podkladům, které žalovaný před i po zahájení správního řízení shromáždil. Při vedení spisu nelze rozlišovat mezi *podklady rozhodnutí* a *podklady ostatními*, ani dovozovat, že pouze podklady rozhodnutí musí být součástí správního spisu, jak argumentoval (chybně) žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti.

[15] Nejvyšší správní soud se ztotožňuje se závěrem soudu krajského, podle kterého žalovaný postupoval nesprávně, vedl-li odděleně správní spis a spis podnětový. Stejně tak bylo nesprávné přistupovat odlišně k nahlížení do těchto spisů. Žalovaný měl vést jeden správní spis, do kterého mohl stěžovatel po zahájení správního řízení nahlédnout podle § 38 odst. 1 s. ř. coby účastník řízení v zásadě neomezeně. Ani ochrana totožnosti podatele podnětu nemůže podle Nejvyššího správního soudu odůvodňovat postup žalovaného. Každé omezení práva nahlížet do spisu totiž musí být proporcionální k zájmu, který je odepřením tohoto práva chráněn. Nejvyšší správní soud nevylučuje omezení práva nahlédnout do správního spisu, uvedené však nelze provést a priori a plošně pro všechny podklady získané před zahájením správního řízení.

[16] Byť se žalovaný dopustil vad řízení, mohl mít jeho postup vliv na zákonnost rozhodnutí pouze, pokud by v rozhodnutí vycházel z podkladů, které nebyly obsahem spisového materiálu. V takovém případě by jeho rozhodnutí bylo podle § 76 odst. 1 písm. b) s. ř. s. nezákonné, neboť by nemělo oporu ve spise. Za účelem ověření zákonnosti rozhodnutí žalovaného krajský soud provedl dokazování podnětovým spisem; zjistil

přitom, že se v něm na rozdíl od spisu správního nachází podnět a sdělení o způsobu vyřízení podnětu. Tyto dokumenty správně krajský soud nepovažoval za podklady rozhodnutí, protože z nich žalovaný žádná skutková zjištění neučinil a ani učinit nemohl. Jejich absence ve správním spise proto nemohla zapříčinit nezákonnost rozhodnutí; námitka opaku proto důvodná není.

[17] Podle § 50 odst. 1 s. ř. *[p]odklady pro vydání rozhodnutí mohou být zejména návrhy účastníků, důkazy, skutečnosti známé správnímu orgánu z úřední činnosti, podklady od jiných správních orgánů nebo orgánů veřejné moci, jakož i skutečnosti obecně známé.* Odborná literatura k podkladům rozhodnutí uvádí: „*Jako podklady pro vydání rozhodnutí (§ 67 odst. 1) mohou správnímu orgánu sloužit všechny údaje a skutečnosti, které mohou přispět ke zjištění stavu věci, která je předmětem správního řízení, v rozsahu vyžadovaném v § 3 (jde o zjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti).*“ (Vedral, J.: Správní řád: komentář. 2. vydání. Praha: Ivana Hexnerová – Bova Polyglon, 2012, s. 513.)

[18] Nejvyšší správní soud si od žalovaného dodatečně vyžádal podnětový spis vedený pod sp. zn. ÚOHS-P465/2012/VZ, protože na výzvu k předložení úplného správního spisu mu byl předložen pouze neúplný spis vedený pod sp. zn. ÚOHS-S767/2013/VZ, což svědčí o tom, že se žalovaný názorem, vyjádřeným v pravomocném rozsudku krajského soudu, alespoň při předložení spisu, neřídil.

[19] Nejvyšší správní soud z podnětového spisu zjistil, že stěžovateli byla spolu s žádostí o zaslání dokumentace o veřejné zakázce ze dne 1. 8. 2012 zaslána také kopie podstatné částí podnětu, ke které se stěžovatel poměrně obsáhle vyjádřil. Z textu samotného podnětu je patrno, že v něm uvedené informace mohly u žalovaného pouze vzbudit pochybnosti o možném porušení zákona o veřejných zakázkách, nemohly však přispět ke zjištění, zda se stěžovatel správního deliktu skutečně dopustil. Pro tento závěr byly relevantní podklady obsažené až ve správním spise, proto podnět nelze za podklad rozhodnutí považovat. Nejvyšší správní soud poznamenává, že oba spisy byly (byť nesprávně odděleně) – z čistě administrativního hlediska – vedeny formálně bezchybně; vložené listiny byly řádně žurnalizovány. Kasační námitka o nemožnosti dovodit, které listiny byly v okamžiku žádosti o nahlédnutí do spisu součástí toho kterého spisu, proto není důvodná. Také přítomnost kopií dokumentů z podnětového spisu ve spise správním byla pouhým důsledkem souběžného vedení dvou spisů.

[20] Postup krajského soudu, spočívající v porovnání obou spisů, považuje na rozdíl od stěžovatele Nejvyšší správní soud za správný. Samozřejmě jím sice nemohly být zhojeny vady řízení, kterých se žalovaný při vedení správního spisu dopustil, zároveň ale bylo nezbytné, aby krajský soud před úvahou, má-li napadené rozhodnutí zrušit, posoudil, zda vady řízení před správním orgánem dosáhly intenzity působící nezákonnost rozhodnutí o věci samé. Právě za tímto účelem krajský soud opodstatněně zkoumal obsah obou spisů.

[21] K dalším kasačním námitkám vůči postupu krajského soudu Nejvyšší správní soud uvádí, že se krajský soud nemohl zabývat proporcionalitou odepření práva nahlédnout do spisu k zájmu tímto odepřením chráněnému. K poměřování zájmů totiž žalovaný vůbec nepřistoupil, neboť stěžovateli při nahlížení do správního spisu odepřel právo nahlédnout

také do podnětového spisu, a to aniž by oprávněnost jeho žádosti posuzoval. Krajský soud nepodporoval žalovaného v anonymizaci podnětů a ve vedení neúplných spisů, protože naopak tento jeho postup shledal nesprávným.

[22] K vyjádření žalovaného ke kasační stížnosti považuje Nejvyšší správní soud za vhodné výslovně zopakovat, že, i když to žalovaný zpochybňuje, byl jeho postup při vedení správního řízení v důsledku souběžného pořizování dvou spisů nesprávný. Stěžovateli bylo tímto postupem upřeno právo nahlédnout do úplného správního spisu; je přitom irelevantní, zda se stěžovatel nemohl seznámit s dokumentem, který posloužil jako podklad rozhodnutí nebo s dokumentem „méně významným“. Krajský soud a Nejvyšší správní soud napadené rozhodnutí pro tuto vadu řízení nezrušily výlučně proto, že vadný postup žalovaného v projednávané věci nezpůsobil nezákonnost rozhodnutí. To, že podnět nebyl v souzeném případě podkladem rozhodnutí, však neznamená, že se k možnému spáchání správního deliktu stěžovatelem nevztahoval, a že tudíž neměl být řádně veden ve správním spise. Je proto žádoucí, aby žalovaný do budoucna svoji správní praxi spočívající v odděleném vedení tzv. podnětového spisu změnil. Shledal-li by v konkrétním případě existenci právně relevantních důvodů pro odepření práva do části spisu (např. do podnětu či jeho části) nahlédnout, může tak učinit. Bude však při takovém v zásadě výjimečném postupu povinen šetřit všechny ústavní i zákonné limity, jež možnost odepřít nahlédnutí do (byť jen části) spisu omezují.

III.B K námitkám týkajícím se spáchání správního deliktu

[23] Stěžovatel uzavřel s dopravcem smlouvu přímým zadáním podle § 18 písm. b) zákona o veřejných službách v přepravě cestujících. Předpokladem takového postupu je mimo jiné podle § 21 odst. 1 písm. c) téhož zákona, že *kompenzace nevylučuje obchodní riziko dopravce spojené s výší tržeb z jízdného za zajištění veřejných služeb v přepravě cestujících.* Právě splnění citované podmínky je v souzeném případě sporné; nebyla-li splněna, byl zadavatel povinen postupovat podle zákona o veřejných zakázkách (§ 21 odst. 2 zákona o veřejných službách v přepravě cestujících).

[24] Krajský soud se v napadeném rozsudku ztotožnil se závěrem žalovaného, podle kterého nedošlo k reálnému přenosu rizika na dopravce. K uvedenému žalovaný dospěl na základě jím opatřených podkladů o vývoji počtu přepravovaných osob v letech 1999-2003 a strategii dopravní obslužnosti města Přerov na období 2007-2013. Stěžovatel žádný relevantní podklad, kterým by prokázal oprávněnost svého postupu, nepředložil. Přímé zadání podle zákona o veřejných službách v přepravě cestujících představuje možnost, jak uzavřít smlouvu o veřejných službách v přepravě cestujících s dopravcem, který nebude vybrán v nabídkovém řízení, ale objednatel veřejných služeb v přepravě cestujících si jej vybere přímým zadáním. Jedná se tak o obdobu jednacího řízení bez uveřejnění při zadávání veřejné zakázky, o němž je ustáleně judikováno, že *„představuje druh zadávacího řízen s nejnižší mírou transparentnosti, vnější kontroly a hospodářské soutěže. (...) Platí rovněž, že je to zadavatel, kdo nese důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro jeho použití.“* (rozsudek NSS ze dne 30. 5. 2014, čj. 5 Afs 48/2013-272, publ. pod č. 3142/2015 Sb. NSS). Nejvyšší správní soud proto souhlasí s žalovaným, podle kterého důkazní břemeno prokázání, že byl uplatněný postup v souladu se zákonem, tíží stěžovatele. Žalovaný

zároveň dostál zásadě vyšetřovací, neboť opatřil dostatek podkladů k řádnému zjištění skutkového stavu.

[25] K námitce, podle které se krajský soud nezabýval žalobní argumentací, týkající se vztahu obchodního rizika k objektivně možným externím faktorům, Nejvyšší správní soud uvádí, že krajský soud se uvedeným zabýval na str. 10 napadeného rozsudku. Pro krajský soud bylo významné, že sám stěžovatel ve vyjádření ze dne 9. 1. 2014 vysvětlil rozložení rizika mezi dopravce a něj tak, že dopravce má nést riziko za vlastní pochybení a nikoli riziko vyplývající z faktorů stojících mimo něj.

[26] Pro posouzení, zda bylo na dopravce přeneseno obchodní riziko, je podstatné, že ze smlouvy uzavřené mezi stěžovatelem a dopravcem neplyne, že by důsledky vnějších událostí měl nést stěžovatel. Stěžovateli tak lze přisvědčit, že toto riziko bylo přeneseno na dopravce. Pro posouzení, zda byla splněna podmínka podle § 21 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných službách v přepravě cestujících, je však podle Nejvyššího správního soudu stěžejní úvaha, zda bylo obchodní riziko na dopravce přeneseno v dostatečném rozsahu. Soudní dvůr Evropské unie v rozsudku ze dne 10. 9. 2009, *WAZV Gotha*, C-206/08, uvedl: „*V každém případě, i když je riziko, jemuž je veřejný zadavatel vystaven, velmi omezené, a to z důvodu použití právní úpravy vztahující se na dotčené odvětví, je nezbytné k tomu, aby bylo možné dojít k závěru o existenci koncese na služby, aby veřejný zadavatel zcela nebo přinejmenším ve významném rozsahu převedl na koncesionáře provozní riziko, kterému je vystaven. Je věcí vnitrostátního soudu, aby posoudil, zda došlo zcela nebo ve významném rozsahu k převodu rizika, kterému je vystaven veřejný zadavatel.*“ Citovaný rozsudek se týkal koncese na služby ve smyslu čl. 1 odst. 3 písm. b) směrnice 2004/17/ES, o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb, v nyní souzeném případě šlo o koncesi na služby podle 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, čl. 5 odst. 1 uvedeného nařízení však odkazuje na definici koncese právě ve směrnici 2004/17/ES. Závěry citovaného rozsudku Soudního dvora Evropské unie jsou proto aplikovatelné i při posuzování koncese podle nařízení č. 1370/2007.

[27] Ze skutkových okolností případu je zřejmé, že dopravní obslužnost statutárního města Přerov měl zabezpečovat pouze jeden dopravce; neexistovalo konkurenční prostředí, což vedlo k tomu, že provozní riziko dopravce bylo velmi nízké. V této situaci bylo v souladu s citovaným rozsudkem třeba, aby stěžovatel přenesl na dopravce obchodní riziko alespoň ve významném rozsahu, měl-li být vztah mezi stěžovatelem a dopravcem považován za koncesi na služby. Stěžovatel však na dopravce přenesl pouze riziko plynoucí z vlastních pochybení dopravce, riziko související s nepředvídatelnými vnějšími okolnostmi (u nichž stěžovatel nedoložil, jak často nastávají) a riziko zapříčiněné poklesem tržeb z prodeje jízdného pod 50 % předpokládaného objemu tržeb. Uvedený pokles tržeb považuje Nejvyšší správní soud za nepravděpodobný, a to ze stejných důvodů jako soud krajský; tento závěr stěžovatel nerozporoval. Podle Nejvyššího správního soudu nebyl rozsah přeneseného obchodního rizika dostatečný, podmínka podle § 21 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných službách v přepravě cestujících proto nebyla splněna a stěžovatel nebyl oprávněn podle tohoto zákona postupovat.

[28] K tvrzení stěžovatele, podle kterého připadalo v úvahu využití jednacího řízení bez uveřejnění, Nejvyšší správní soud uvádí, že předpokladem pro takový postup je mimo jiné existence krajně naléhavého případu, který zadavatel svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat [§ 23 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách]. V souzeném případě si stěžovatel mohl být vědom možného vypovězení smlouvy původním dopravcem. Měl proto v původní smlouvě ujednat, aby, v případě, že se tak stane, původní dopravce zajišťoval dopravní obslužnost po dobu nutnou pro výběr nového dopravce. Neučinil-li tak, lze následně vzniklou krajně naléhavou situaci považovat za zaviněnou stěžovatelem, což vylučuje použití jednacího řízení bez uveřejnění. Nehledě k tomu průměrná délka zadávacího řízení při zadávání nadlimitní veřejné zakázky v otevřeném řízení podle důvodové zprávy k zákonu č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek činí 185 dní (tj. cca 6 měsíců). Lhůta pro podání nabídek v nabídkovém řízení podle zákona o veřejných službách v přepravě cestujících přitom nesmí být kratší než 52 dnů ode dne uveřejnění oznámení o zahájení nabídkového řízení, stejně jako lhůta pro podání nabídek u nadlimitních veřejných zakázek zadávaných v otevřeném řízení podle zákona o veřejných zakázkách. Aniž by Nejvyšší správní soud vztahoval statistické údaje na poměry stěžovatele, které skutečně mohly zamezit uzavření smlouvy o veřejných službách v přepravě cestujících s dopravcem vybraným na základě nabídkového řízení během šesti měsíců, nemůže ujednání poměrně krátké výpovědní lhůty automaticky vést k možnosti uzavřít smlouvu přímým zadáním. Zadavatel (stěžovatel) rovněž nemůže předem rezignovat na výběr dopravce v nabídkovém řízení, aniž by se o uvedené alespoň pokusil.

IV. Závěr a náklady řízení

[29] Pro uvedené dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že kasační stížnost je nedůvodná, a proto ji podle § 110 odst. 1 s. ř. s. zamítl. O věci přitom rozhodl bez jednání postupem podle § 109 odst. 2 s. ř. s.

[30] O náhradě nákladů řízení rozhodl Nejvyšší správní soud podle § 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl ve věci úspěch, nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému v řízení o kasační stížnosti žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly, a proto mu soud náhradu nákladů nepřiznal.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně 28. června 2017

JUDr. Miloslav Výborný
předseda senátu