



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

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

žalobce:

České dráhy, a.s.,
sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, Praha,
zastoupený JUDr. Karlem Muzikářem, advokátem,
WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o.,
sídlem Křižovnické nám. 193/2, Praha,

proti žalovanému:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno,

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7.11.2016, č.j. ÚOHS-R328/2015/VZ-44706/2016/321/BRy,

t a k t o :

I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R328/2015/VZ-44706/2016/321/BRy ze dne 7.11.2016 **se ruší** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.

II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení ve výši 15 342 Kč do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám JUDr. Karla Muzikáře, advokáta, WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o., sídlem Křižovnické nám. 193/2, Praha.

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

O d ů v o d n ě n í :

1. Žalobce se domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R328/2015/VZ-44706/2016/321/BRy ze dne 7.11.2016, kterým bylo zčásti změněno prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25.9.2015, č.j. ÚOHS-S0464/2015/VZ-30331/2015/531/JDo, a zčásti zamítnut žalobcův rozklad a toto rozhodnutí potvrzeno.

I. Shrnutí podstaty věci

2. Žalovaný v rámci správního řízení zahájeného z moci úřední uložil žalobci prvostupňovým rozhodnutím č.j. ÚOHS-S0464/2015/VZ-30331/2015/531/JDo ze dne 25.9.2015 pokutu ve výši 200 000 Kč z důvodu porušení zásady rovného zacházení dle § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), neboť žalobce s vybraným uchazečem po uzavření kupní smlouvy na plnění veřejné zakázky (dodávka 15 kusů třívozových elektrických jednotek) uzavřel dodatek č. 1 ze dne 12.6.2012 k této smlouvě, kterým bylo změněno ujednání v kupní smlouvě tak, že žalobce nebude oprávněn po dodavateli požadovat smluvní pokutu za prodlení s dodávkou jednotlivých jednotek za dobu, kdy tato jednotka bude žalobcem provozována ve zkušebním provozu s cestujícími, čímž měl žalobce umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z kupní smlouvy; tato změna podle žalovaného při použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast i jiných dodavatelů a tento postup tak mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Žalobce se tedy podle žalovaného dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ, neboť postup žalobce mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

3. Předseda žalovaného pak nyní napadeným rozhodnutím č.j. ÚOHS-R328/2015/VZ-44706/2016/321/BRy ze dne 7.11.2016 rozhodnutí žalovaného ze dne 25.9.2015 ve výrokové části I. změnil tak, že žalobce postupoval v rozporu nejen s § 6 ZVZ, nýbrž také s § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ – dovodil, že žalobce nepostupoval v souladu s § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ a v souladu s § 6 ZVZ, když v rozporu se zásadou transparentnosti umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy – přitom věcně se závěry obsaženými v prvostupňovém rozhodnutí ztotožnil, a ve zbytku – ve vztahu k výrokové části II. – prvostupňové rozhodnutí potvrdil.

II. Shrnutí procesního postoje žalobce

4. Podle žalobce vycházel žalovaný nesprávně z izolovaného hodnocení pouze jedné části dodatku č. 1.; ten podle žalobce obsahuje i další ujednání, která žalobci přinášejí „průkazná pozitiva“. Předseda žalovaného měl podle žalobce komplexně posoudit přínosy a náklady smluvních stran v souvislosti s dodatkem č. 1.

5. Žalobce namítá, že uzavřením dodatku č. 1 získal žalobce práva odpovídající záručním právům po dobu, kdy byly elektrické jednotky provozovány žalobcem v režimu zkušebního provozu s cestujícími; navíc mohl žalobce provozovat jednotky ve zkušebním provozu s cestujícími bezplatně, přestože nebyly v jeho vlastnictví. Zřekl-li se žalobce možnosti uplatnění smluvní pokuty, bylo to proto, že žalobce uzavřením dodatku č. 1 získal práva odpovídající svým rozsahem záruce. Dále žalobce namítá, že v souvislosti s uzavřením dodatku č. 1 získal možnost uplatňovat smluvní pokuty spojené s neplněním koeficientů provozuschopnosti dle kupní smlouvy již v průběhu zkušebního provozu s cestujícími. Uzavření dodatku č. 1 umožnilo žalobci nasadit elektrické jednotky do komerčního provozu bez nutnosti zajištění nájmu elektrických

jednotek. Předseda žalovaného podle žalobce v tomto smyslu nedostatečně odůvodnil napadené rozhodnutí, paušálně odmítl námitky žalobce proto, že směřovaly k objasnění pohnutek žalobce; takový postup je podle žalobce chybný a právní posouzení věci je tak podle žalobce nesprávné.

6. Předseda žalovaného měl pochybit také tím, že neprovedl žalobcem navrhovaný důkaz znaleckým posudkem č. 12/2016 ze dne 15.8.2016; samotné odůvodnění neprovedení navrhovaného důkazu je podle žalobce nepřezkoumatelné. Ze znaleckého posudku mělo být patrné, že z pohledu žalobce dodatek č. 1 změnil hospodářskou rovnováhu smlouvy výrazně ve prospěch žalobce. Předseda žalovaného podle žalobce v napadeném rozhodnutí uvedl, že předmětem správního řízení nebylo posouzení ekonomických přínosů a nákladů, přestože v jiné části napadeného rozhodnutí je uvedeno, že dodatkem č. 1 provedená změna vychýlila ekonomickou rovnováhu v neprospěch žalobce; tato vnitřní rozpornost odůvodnění podle žalobce způsobuje nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí. Napadené rozhodnutí je podle žalobce nepřezkoumatelné také z toho důvodu, že předseda žalovaného neuvedl, kdy a vůči komu se žalobce měl dopustit diskriminace či porušení zásady rovného zacházení a transparentnosti dle § 6 ZVZ.

7. Podle žalobce je posouzení ekonomických přínosů a nákladů dodatku č. 1 naopak zásadní; jestliže by dodatek byl pro žalobce výhodný, nebylo by možné tvrdit, že by znalost podmínek dodatku č. 1 již v průběhu zadávacího řízení mohla rozšířit okruh uchazečů či že šlo o vychýlení hospodářské rovnováhy smluvního vztahu v neprospěch žalobce. Byť předseda žalovaného nepřistoupil k provedení žalobcem navrhovaného důkazu, v rámci *obiter dictum* s jeho závěry – podle žalobce chybně – polemizoval; podle žalobce znalec přínosy a náklady dodatku č. 1 posoudil komplexně. Žalovaný měl též přihlídnout k žalobcem nezaviněnému riziku prodlení s dodávkami elektrických jednotek.

8. Žalobce dále namítá, že se nezaviněně ocitnul v situaci, kdy musel řešit hrozící prodlení s dodávkou elektrických jednotek; žalobce mohl požadovat smluvní pokutu za prodlení s dodáním elektrických jednotek anebo přistoupit na modifikaci smlouvy s tím, že bude mít k dispozici elektrické jednotky v režimu zkušebního provozu s cestujícími. Dodatek č. 1 dopadal pouze na již vyrobené jednotky, které prošly technickobezpečnostní zkouškou dle příslušné ČSN normy. Zvolené řešení podle žalobce představovalo plnohodnotnou náhradu k předání elektrických jednotek a žalobcem zvolený způsob řešení naplnil účel smlouvy. Žalobcem zvolené řešení (uzavření dodatku) umožnilo žalobci dostat závazku veřejné služby v drážní dopravě v jednotlivých krajích. Podle žalobce tedy uzavřením dodatku č. 1 nemohla být narušena ekonomická rovnováha smluvního vztahu v neprospěch žalobce. Navíc dodatek č. 1 se týkal pouze omezeného počtu elektrických jednotek (4 z 15) a podle žalobce tedy ani nemohlo dojít k vychýlení hospodářské rovnováhy smluvního vztahu významným způsobem – hypotetická výše smluvní pokuty tvořila pouze 0,3 % z celkové hodnoty zakázky.

9. Tím, že dodatkem č. 1 nebyla narušena ekonomická rovnováha v neprospěch žalobce, nemohlo podle žalobce uzavřením dodatku dojít ani k ovlivnění počtu nabídek či výběru nejvhodnější nabídky. Žalobce namítá, že i kdyby neplatilo, že dodatkem nebyla změněna ekonomická rovnováha smlouvy z pohledu žalobce k horšímu, nemohla mít znalost podmínek dodatku č. 1 jakýkoli vliv na případné rozšíření okruhu způsobilých uchazečů či na vylepšení jejich nabídek. Závěry předsedy žalovaného jsou podle žalobce ryze formalistické bez jakéhokoliv dokazování či podrobnějšího odůvodnění. Žalovaný ani jeho předseda nezkoumali, zda a kdo si v zadávacím řízení vyzvedl zadávací dokumentaci; hypotéza žalovaného o dopadech dodatku č. 1 tedy podle žalobce nebyla dostatečně prověřena. Mimo jiné i podle rozsudku Soudního dvora EU ve věci *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH proti Rakousku* ze dne 19.6.2008, C-454/06,

nestačí jakákoli spekulativní možnost ovlivnění počtu podaných nabídek či jejich obsahu, ale musí jít o možnost reálnou (pravděpodobnou). Smluvní pokuta představuje podle žalobce nanejvýš potenciální finanční riziko, které by dodavatelé mohli zohlednit v nabídkových cenách; smluvní pokuta ale podle žalobce nemohla mít jakýkoli vliv na rozhodování potenciálních uchazečů o podání nabídky. To, že smluvní pokuta v kupní smlouvě nemohla představovat podmínku, která by omezila počet uchazečů, je podle žalobce patrné také z doplňujícího právního posudku ze dne 16.1.2015. Podle žalobce nebylo ani jisté, zda příslušný správní orgán zkušební provoz s cestujícími povolí, a pokud ano, na jak dlouhou dobu a s kolika jednotkami.

10. Žalobce dále namítá, že na nyní posuzovanou věc nelze vůbec aplikovat zákaz podstatné změny smlouvy dle § 82 odst. 7 ZVZ, neboť toto ustanovení nabylo činnosti až ode dne 1.4.2012, zatímco zadávací řízení bylo zahájeno dne 14.9.2010 a kupní smlouva byla podepsána dne 15.2.2011. Z přechodného ustanovení novely ZVZ – čl. II. bod 1 zákona č. 55/2012 Sb. – podle žalobce plyne, že na již zahájené zadávací řízení nebylo možno § 82 odst. 7 ZVZ aplikovat; opačný výklad je porušením zásady *nullum crimen sine lege*. Pak tedy podle žalobce nemohlo dojít ke spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ nedodržením postupu stanoveného ZVZ.

11. Podle žalobce nelze ani dovozovat naplnění skutkové podstaty deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ porušením § 6 ZVZ. Ustanovení § 6 ZVZ podle žalobce neobsahuje konkrétní pravidlo chování. Napadené rozhodnutí je oproti jemu předcházejícímu prvostupňovému rozhodnutí v tomto ohledu navíc založeno na odlišné právní argumentaci. Předseda žalovaného oproti prvostupňovému rozhodnutí dospěl k závěru, že se § 82 odst. 7 ZVZ na nyní posuzovanou věc vztahuje. Takový postup předsedy žalovaného je podle žalobce v rozporu s § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“). Tím, že bylo – pro žalobce překvapivě – napadené rozhodnutí založeno na odlišné argumentaci, bylo žalobci znemožněno ve správním řízení argumentovat proti odlišnému posouzení věci předsedou žalovaného.

12. Podle žalobce měla být také zohledněna pozdější právní úprava - § 222 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, která byla pro žalobce příznivější (dále jen „ZZVZ“). Podle § 222 odst. 5 ZZVZ nedošlo k podstatné změně smlouvy, ale bylo poskytnuto dodatečné plnění v podobě provedení zkušebního provozu s cestujícími.

13. Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí i jemu předcházející rozhodnutí zrušit a na tomto procesním postoji setrval v průběhu celého řízení před zdejším soudem.

III. Shrnutí procesního postoje žalovaného

14. Podle žalovaného žalobce směřuje dva důvody, pro které je dle rozsudku Soudního dvora EU ve věci *Pressetext* třeba změnu smlouvy považovat za změnu podstatnou. Z prvostupňového rozhodnutí je podle žalovaného zřejmé, že žalovaný měl za to, že uzavřením dodatku č. 1 žalobce umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z kupní smlouvy a tato změna by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast i jiných dodavatelů. Úvahy o případném ekonomickém přínosu dodatku č. 1 pro žalobce jsou součástí napadeného rozhodnutí z důvodu žalobcem uplatněné argumentace v průběhu správního řízení. Žalobcem tvrzené výhody dodatku č. 1 jsou pouze důsledkem neschopnosti vybraného uchazeče dostát povinnostem dle kupní smlouvy. U ohrožovacího deliktu – jako je tomu podle žalovaného i v nyní posuzované věci – není třeba, aby žalovaný prokazoval existenci potenciálně výhodnější nabídky jiného dodavatele. Ve vztahu k aplikované právní úpravě žalovaný uvedl, že „...jednání žalobce bylo v rozporu se zákonem platným a účinným jak v době uzavření kupní smlouvy, tak v době uzavření

dotatku č. 1. Rozdíl je pouze v tom, že v době uzavření dodatku č. 1 zákon tento zákaz výslovně formuloval, přičemž před novelou zákona č. 55/2012 Sb. byl tento zákaz vystaven primárně na rozsudku Presstext a zásadách, uvedených v § 6 zákona...“.

15. Podle žalovaného je také dostatečně patrný odklon od závěru rozhodnutí žalovaného ve věci sp. zn. ÚOHS-R158/2014/VZ, navíc jedno rozhodnutí nemohlo u žalobce vyvolat legitimní očekávání jiného výkladu. Doplněním odkazu na § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ do prvostupňového rozhodnutí došlo pouze ke konkretizaci jednání žalobce; právní argumentace napadeného rozhodnutí se podle žalovaného shoduje s argumentací prvostupňového rozhodnutí. ZZVZ podle žalovaného pro žalobce příznivější právní úpravu neobsahuje.

16. Žalovaný tedy navrhuje zamítnutí žaloby jako nedůvodné. I žalovaný setrval na svém procesním postoji po celou dobu řízení před soudem.

IV. Posouzení věci

17. Žaloba byla podána osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, „s.ř.s.“) a včas (§ 72 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (§ 65, § 68, § 70 s.ř.s.). Napadené rozhodnutí bylo přezkoumáváno v mezích uplatněných žalobních bodů dle § 75 odst. 2 s.ř.s. podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodování žalovaného postupem podle § 75 odst. 1 s.ř.s.

18. Zdejší soud se nejprve zabýval samotnou přezkoumatelností napadeného rozhodnutí, neboť pouze přezkoumatelné rozhodnutí je způsobilé být předmětem hodnocení z hlediska tvrzených nezákonností či vad předcházejícího řízení.

19. Nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů je dána mimo jiné tehdy, nevypovídá-li se správní orgán s námitkami či návrhy účastníka správního řízení. Z odůvodnění správního rozhodnutí musí být zřejmé, z jakých důvodů správní orgán k námitkám či návrhům účastníka řízení nepřihlédl, případně proč považuje námitky za liché a jaké skutečnosti vzal za podklad svého rozhodnutí, na základě kterých pak bylo rozhodováno. Pro nesrozumitelnost je rozhodnutí nepřezkoumatelné také tehdy, je-li vnitřně rozporné; tak tomu může být v případě, že odůvodnění neodpovídá výroku, anebo v případě, že jsou rozporné jednotlivé pasáže odůvodnění do té míry, že z odůvodnění jako celku nelze seznat, jaké důvody správní orgán k jeho závěru vedly. Rozhodnutí vydaná v jednotlivých stupních správního řízení přitom tvoří jeden celek.

20. Z výrokové části I. prvostupňového rozhodnutí vyplývá, že se žalobce měl podle žalovaného dopustit správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že umožnil podstatnou změnu práv a povinností plynoucích ze smlouvy, čímž nepostupoval podle § 6 ZVZ. Podstatná změna spočívala ve změně ujednání v kupní smlouvě týkajícího se smluvní pokuty. Z upřesnění vyplývajícího z výrokové části I. napadeného rozhodnutí vyplývá, že žalobce nepostupoval v souladu s § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ a § 6 ZVZ, neboť uzavřením dodatku č. 1 ke kupní smlouvě změnou ujednání o smluvní pokutě umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z kupní smlouvy; tato změna by za použití v zadávacím řízení mohla umožnit účast i jiných dodavatelů a tento postup tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Podstatná změna i podle napadeného rozhodnutí spočívala ve změně ujednání v kupní smlouvě týkajícího se smluvní pokuty.

21. Byť prvostupňové rozhodnutí toto jednání kvalifikuje jako porušení § 6 ZVZ (vychází z nemožnosti aplikovat výslovný zákaz podstatné změny smlouvy podle § 82 odst. 7 ZVZ),

zatímco nyní napadené rozhodnutí toto jednání kvalifikuje jako porušení § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ a § 6 ZVZ (vychází z možnosti aplikovat výslovný zákaz podstatné změny smlouvy podle § 82 odst. 7 ZVZ), je z výroku napadeného i jemu předcházejícího rozhodnutí zřejmé, že podstatou žalobcova pochybení bylo, že uzavřením dodatku č. 1 ke smlouvě v otázce změny ujednání o smluvní pokutě došlo podle žalovaného k nepřipustné podstatné změně smlouvy. Obě rozhodnutí po sobě jdoucí tedy žalobci vytýkají porušení zákazu podstatné změny smlouvy po jejím uzavření, pouze subsumpce pod příslušné ustanovení ZVZ se změnila.

22. Z právě uvedeného zároveň vyplývá, že není důvodná ta část žalobní argumentace, v níž žalobce dovozuje, že došlo k porušení § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu; podstata zkoumaného jednání i postoj žalovaného k jeho posouzení zůstal v obou stupních správního řízení stejný a žalobci jakákoliv újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se ve smyslu § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu nevznikla.

23. Namítá-li žalobce nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí také z toho důvodu, že z napadeného rozhodnutí není zřejmé, vůči komu a kdy se měl žalobce dopustit diskriminace či porušení zásady rovného zacházení a transparentnosti dle § 6 ZVZ, pak mu ani v této námitce nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí nedává zdejší soud zapravdu. Přestože nosné body argumentace žalovaného v obou postupně vydaných rozhodnutích míří na porušení zákazu podstatné změny smlouvy a dovození porušení § 6 ZVZ může působit dojmem spíše matoucím, chybu v právním úsudku prvostupňového rozhodnutí vycházejícího „pouze“ z porušení § 6 ZVZ v zásadě proto, že § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ nebylo možno podle tohoto rozhodnutí aplikovat, napravuje napadené rozhodnutí úsudkem, jemuž zdejší soud rozumí tak, že primárně došlo k porušení § 82 odst. 7 písm. b), ZVZ, jež aplikovatelné podle napadeného rozhodnutí je, čímž „zároveň“ došlo k porušení § 6 ZVZ. Jestliže předseda žalovaného v bodu 31. napadeného rozhodnutí odůvodňuje i porušení tohoto ustanovení, nejedná se o chybu vyvolávající nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, byť odkaz na § 6 ZVZ se jeví jako nadbytečným, neboť postup žalobce mohl být kvalifikován „pouze“ jako porušení § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ, byl-li by jasně a srozumitelně odůvodněn; časový rámec porušení pravidel stanovených v § 6 ZVZ je z napadeného rozhodnutí – ať již z výrokové části I. či odůvodnění – patrný (okamžik uzavření dodatku č. 1), okruh dotčených osob je podle přesvědčení zdejšího soudu též zjevný (postupem žalobce mohli být dotčeni dodavatelé, kteří by se při znalosti změny plynoucí z následného dodatku č. 1 ke smlouvě zúčastnili zadávacího řízení).

24. Pravidla vyplývající z § 6 ZVZ přitom lze aplikovat i ve vztahu ke změnám smlouvy po jejich uzavření; podle § 6 odst. 1 ZVZ je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Dopad uvedeného ustanovení se tedy nevyčerpává ve vztahu k běžícímu zadávacímu řízení; uvedené ustanovení nepřináší pravidlo pouze ve vztahu k „zadávacím řízením“, tj. k „zadávání“ (k postupu zadavatele podle ZVZ v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení; § 17 písm. m/ ZVZ), nýbrž k „postupu zadavatele podle ZVZ“, a tedy obecněji (šířeji) i ve vztahu ke krokům, které na ukončení zadávacího řízení navazují, kupř. právě na změny smluv po jejich uzavření. Závěr žalovaného, který z umožnění podstatné změny práv a povinností vyplývajících ze smlouvy na veřejnou zakázku dovedl vedle porušení § 82 odst. 7 ZVZ „zároveň“ porušení § 6 ZVZ, proto není chybou, jež by nutně vyvolávala nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí.

25. Relativní „nešikovnost“ kumulativní aplikace § 6 ZVZ a § 82 odst. 7 ZVZ v nyní posuzované věci (ať už vyvolaná snahou předsedy žalovaného potvrdit ve vztahu k použití § 6 ZVZ prvostupňové rozhodnutí „za každou cenu“ či jinými důvody) je již otázkou samostatnou,

podstatné však pro dosavadní úvahy zdejšího soudu je, že tato „nešikovnost“ se nepromítla ve vztahu k žalobci nikterak negativně (porušení § 6 ZVZ fakticky nebylo pokládáno za druhé samostatné porušení ZVZ ani za okolnost při aplikaci § 82 odst. 7 ZVZ přítěžující, porušení takto dvou relativně samostatných ustanovení ZVZ nebylo ani jinak v napadeném rozhodnutí přičítáno k tíži žalobce – jeho pozice nebyla v důsledku napadeného rozhodnutí nikterak zhoršována).

26. Podle žalobce je dále napadené rozhodnutí stíženo nepřezkoumatelností z důvodu vnitřní rozpornosti jeho odůvodnění, neboť předseda žalovaného se v odůvodnění zabýval také otázkou vychýlení ekonomické rovnováhy smlouvy související s uzavřením dodatku č. 1, přestože na jiném místě napadeného rozhodnutí uvedl, že posouzení ekonomických přínosů a nákladů dodatku č. 1 nebylo předmětem správního řízení.

27. Pokud jde o tuto dílčí otázku, pak z napadeného rozhodnutí je zřejmé, že předseda žalovaného dovedl porušení § 82 odst. 7 ZVZ (porušení zákazu podstatné změny smlouvy po jejím uzavření) a „současně“ § 6 ZVZ (porušení zásady transparentnosti). Pokud jde o porušení § 82 odst. 7 ZVZ, pak podle napadeného rozhodnutí žalovaný nepřistoupil k provedení důkazu znaleckým posudkem proto, že ve vztahu k předmětu řízení nepovažoval za nezbytné prokazovat, zda uzavřením dodatku č. 1 ke kupní smlouvě došlo k vychýlení ekonomické rovnováhy smlouvy či nikoli. Předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí vymezil znaky, které indikují podstatnou změnu smlouvy (bod 33.), a to ve smyslu rozsudku Priesstext. Z napadeného rozhodnutí (bod 35.) je přitom jasně patrné, že předseda žalovaného se ztotožnil se závěry obsaženými v prvostupňovém rozhodnutí: „...úřad v napadeném rozhodnutí uzavřel, že jde o takovou změnu, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů, přičemž k tomu uvádím, že se s tímto závěrem Úřadu ztotožňuji... Za takového stavu ovšem další potenciální uchazeči nemohli na takovou změnu reagovat podáním nabídek. Vyšše uvedený závěr Úřadu, že za použití v původním zadávacím řízení by změna smlouvy mohla umožnit účast jiných dodavatelů, považuji za závěr správný a zcela logický...“.

28. Pokud jde o dovození naplnění znaků dle § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ, na které je odkazováno ve výroku napadeného rozhodnutí, jsou důvody subsumpce zjištěného skutkového stavu pod právě toto ustanovení ZVZ podány zejména v bodu 35. napadeného rozhodnutí. To plyne i ze způsobu, jakým předseda žalovaného posoudil otázku vlivu uzavření dodatku č. 1 na původní zadávací řízení (ukončení uzavřením smlouvy, k níž byl uzavírán dodatek).

29. Naopak v bodu 36. napadeného rozhodnutí předseda žalovaného uvedl, že má současně za to, že „...uvedenou změnu provedenou dodatkem č. 1 lze považovat i za změnu, která změnila ekonomickou rovnováhu v neprospěch zadavatele... Je tak zřejmé, že pokud vybraný uchazeč změnou smlouvy ztratil povinnost zadavateli zaplatit smluvní pokutu, kterou by za jiných okolností byl povinen zaplatit, pak uzavřením dodatku č. 1 došlo k takové změně smlouvy, která změnila rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána. Ve smyslu ust. § 82 odst. 7 písm. d) zákona i ve smyslu závěrů rozsudku Priesstext se tak jedná o změnu smlouvy, která je změnou podstatnou...“, a blíže argumentuje k tomuto závěru.

30. V bodu 37. napadeného rozhodnutí pak předseda žalovaného uvedl, že postup žalobce – zřejmě tedy popsáný v bodech 35. i 36. napadeného rozhodnutí – mohl mít vliv na účast potenciálních uchazečů. Tento vliv tedy žalovaný zřejmě dovozuje jak z toho důvodu, že změna plynoucí z dodatku č. 1 by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů (§ 82 odst. 7 písm. b) ZVZ; bod 35. napadeného rozhodnutí), tak z toho důvodu, že změna plynoucí z dodatku č. 1 mění ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče (bod 36. napadeného rozhodnutí); druhý z právě uvedených důvodů je však

podřaditelný pod § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ, jehož porušení uzavřením dodatku č. 1 však žalovaný údajně nedovodil. Taková konstrukce podle zdejšího soudu nedává rozumný smysl.

31. Zdejší soud je toho názoru, že všechna zakázaná jednání ve formě podstatné změny smluv bez nového (samostatného) zadávacího řízení vymezená v § 82 odst. 7 ZVZ mohou mít ve své podstatě – zjednodušeně řečeno – vliv na účast dodavatelů v zadávacím řízení, jež v uzavření smlouvy vyústilo; podstatná změna smlouvy dle § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ se tedy jeví coby „zbytková“ kategorie (zakázaných) podstatných změn smlouvy, to však neznamená, že by tato kategorie mohla být kategorií sběrnou pro případy, u nichž se žalovaný nehodlá zabývat ekonomickou výhodností změny smlouvy (změnou ekonomické rovnováhy smlouvy), přestože část argumentace k dovození takové změny ve skutečnosti směřuje, tj. pro takové případy, kdy se žalovaný sice otázkou změny ekonomické rovnováhy smlouvy náznakem zabývá, aby to však vzápětí (jak v samotném odůvodnění rozhodnutí, tak v jeho výroku) popřel, neboť se touto otázkou nehodlá zabývat důsledně (nebo ve skutečnosti vůbec, byť by se takové posouzení nabízelo).

32. Z rozhodnutí o správním deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ z důvodu porušení § 82 odst. 7 ZVZ (podstatná změna smlouvy) musí být zřejmé, o jakou podstatnou změnu smlouvy se dle § 82 odst. 7 ZVZ ve skutečnosti mělo jednat. Předseda žalovaného (bod 50.) nepřistoupil k provedení navrhovaného důkazu znaleckým posudkem Ing. Krabce, neboť se toto vyjádření zabývalo ekonomickými dopady dodatku č. 1 jako celku z hlediska přínosů a nákladů a pro posouzení věci ve vztahu k § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ (omezení účasti potenciálních uchazečů) bylo podle předsedy žalovaného bezvýznamné, byť se v bezprostředně následujícím bodu odůvodnění napadeného rozhodnutí předseda žalovaného s dílčími závěry znaleckého posudku vypořádává, aby nakonec uzavřel, že se jimi nezabýval. Zdejší soud tedy dává zapravdu žalobci, že z odůvodnění napadeného rozhodnutí vskutku není zřejmé, zda dodatek č. 1 vychýlil ekonomickou rovnováhu smlouvy nebo zda jeho dodatečné uzavření mohlo umožnit účast jiných dodavatelů anebo zda dovozuje obojí. Část argumentace předsedy žalovaného by sice mohla svědčit závěru ohledně porušení § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ (žalovaný zaměřil svoji pozornost na změnu ujednání o smluvní pokutě, což vskutku mohlo samo o sobě zasáhnout do existující ekonomické rovnováhy pramenící z původně uzavřené smlouvy, přitom ztrácel-li žalobce v důsledku této změny nárok na smluvní pokutu, pak to lze vnímat jako změnu ekonomické rovnováhy původně uzavřené smlouvy v jeho neprospěch, tedy ve prospěch vybraného uchazeče), to je však v napadeném rozhodnutí popřeno podřazením jednání žalobce pod porušení § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ a faktickým odmítnutím podřazení pod porušení § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ, avšak nikoli jednoznačně a už vůbec ne ze srozumitelného důvodu.

33. Podle zdejšího soudu je tedy napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost, neboť z odůvodnění napadeného rozhodnutí není zřejmé, zda předseda žalovaného dospěl k závěru, že uzavřením dodatku došlo k podstatné změně smlouvy, která by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast jiných dodavatelů ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ, jak plyne z výroku napadeného rozhodnutí, nebo zda uzavřením dodatku byla změněna ekonomická rovnováha smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče ve smyslu § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ, čemuž nasvědčuje část odůvodnění napadeného rozhodnutí, popř. nakolik se dílčí závěr ohledně změny ekonomické rovnováhy smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče promítl do výroku napadeného rozhodnutí, který (vedle § 6 ZVZ) dovozuje toliko změnu, která by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast jiných dodavatelů. Výrok napadeného rozhodnutí tak nemá srozumitelnou oporu v odůvodnění napadeného rozhodnutí.

34. V tomto ohledu tedy zdejší soud dává zapravdu žalobci a dodává, že jakékoli pokusy o vyjasňování přístupu žalovaného v řízení před zdejším soudem, konkrétně vyjádření žalovaného v tom směru, že dodatkem č. 1 sice došlo k vychýlení ekonomické rovnováhy kupní smlouvy v neprospěch žalobce, avšak že ta část odůvodnění napadeného rozhodnutí, která to dovozuje, není podstatná a byla pouze „rozšířením důvodů“, pro které je třeba změnu provedenou dodatkem č. 1 považovat za podstatnou, na uvedené nesrozumitelnosti napadeného rozhodnutí nemohou ničeho změnit. Tyto vysvětlující komentáře napadeného rozhodnutí ze strany žalovaného nesrozumitelnost napadeného rozhodnutí naopak spíše potvrzují. Dovožoval-li tedy tuto nesrozumitelnost žalobce ve své žalobě, nejednalo se o nesrozumitelnost z jeho strany pouze předstíranou, neboť stejně jako pro žalobce je napadené rozhodnutí nesrozumitelné i pro zdejší soud.

35. Nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, která je důvodem k jeho zrušení a vrácení věci k dalšímu řízení, nebrání – pro další průběh řízení před žalovaným – zdejšímu soudu, aby se zabýval navazující podstatnou otázkou, zda vůbec bylo možno na jednání žalobce aplikovat § 82 odst. 7 ZVZ, přestože zadávací řízení bylo zahájeno v roce 2010, tedy před účinností § 82 odst. 7 ZVZ, neboť v tomto směru se názory žalobce a žalovaného rozcházejí.

36. Podle čl. II. bodu 1. přechodných ustanovení zákona č. 55/2012 Sb., kterým byl ZVZ novelizován, se zadávání veřejných zakázek, soutěže o návrh a řízení o přezkoumání úkonů zadavatele žalovaným zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů. Dle čl. II. bodu 2. se v řízeních o přezkoumání úkonů zadavatele, která byla zahájena po dni nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo soutěž o návrh podle bodu 1. navazují, se postupuje podle dosavadních právních předpisů. Zákon č. 55/2012 Sb. nabyl účinnosti dne 1.4.2012, tedy před uzavřením dodatku č. 1 (12.6.2012).

37. Zadáváním (veřejné zakázky) se rozumí postup zadavatele podle ZVZ v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení (§ 17 písm. m/ ZVZ). Zadávání veřejné zakázky tedy končí uzavřením smlouvy (nedošlo-li dříve k ukončení zadávání zrušením zadávacího řízení). V posuzované věci bylo zadávání veřejné zakázky zahájeno zahájením zadávacího řízení dne 14.9.2010 a ukončeno uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku dne 15.2.2011.

38. Zadávání veřejné zakázky tedy proběhlo před účinností zákona č. 55/2012 Sb. a čl. II. bodu 1. přechodných ustanovení zákona č. 55/2012 Sb., kterým byl ZVZ novelizován, se tedy nepoužije. Zásahy do uzavřené smlouvy ve formě dodatků již nejsou součástí zadávání, § 82 odst. 7 ZVZ dopadá na děje po uzavření smlouvy a aplikuje se na uzavírání těch dodatků k již uzavřeným smlouvám, jež jsou uzavírány za jeho účinnosti. Byl-li § 82 odst. 7 ZVZ účinný ode dne 1.4.2012, pak se vztahoval na uzavření dodatku č. 1 ke smlouvě, k němuž došlo dne 12.6.2012. Předseda žalovaného tedy mohl v posuzované věci aplikovat zákaz podstatné změny smlouvy přímo plynoucí z § 82 odst. 7 ZVZ.

39. Navazující otázkou pro další řízení před žalovaným za tohoto stavu je, jak žalovaný v napadeném rozhodnutí k aplikaci tohoto zákazu v principu přistoupil. Při posuzování této otázky vychází zdejší soud z přesvědčení, že zákaz podstatné změny smlouvy uzavřené v zadávacím řízení je klíčovým a – v zadavatelském prostředí – samozřejmým pravidlem; právem regulovaný proces zadávání veřejných zakázek by zcela pozbyl smyslu, jestliže by zadavatel byl limitován zákonem (ZVZ) pouze do okamžiku uzavření smlouvy s vybraným uchazečem a nikoli po celou dobu účinnosti smlouvy na poskytované plnění, tedy aby měl sice povinnost uzavřít

smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, ale následně by do ní mohl zasahovat, tedy podmínky plnění odpovídající těm podmínkám, za nichž bylo zadávací řízení vedeno a ve vztahu k nimž byly podávány nabídky, měnit. Z toho plynoucím východiskem pak je, že veškeré zásahy do již uzavřených smluv (ve formě nejrůznějších dodatků) by měly vycházet ze zásady jejich minimalizace, přitom umožněny by měly být změny pouze nepodstatné, bagatelní.

40. Uvedená východiska podle zdejšího soudu respektuje konstrukce § 82 odst. 7 ZVZ, podle něhož zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Uvedená východiska by zároveň podle zdejšího soudu měla vylučovat takový postup, aby zadavatel po uzavření smlouvy do ní zasahoval kumulativními změnami komplexního charakteru, jež by ve výsledku představovaly řadu dílčích změn v různých smluvních otázkách a jež by pak vedly k otevírání širokých disputací založených na relativně vždy zpochybnitelných – mnohdy velmi subjektivních – úvahách o tom, nakolik se jednotlivé změny ve smlouvě co do celkové ekonomické rovnováhy smlouvy, jež vzešla ze zadávacího řízení, vzájemně „vykrývají“ („negují“, „vyrovnávají“), neboť čím více takto dílčích změn, byť vzájemně „vykrývajících se“, bude provedeno, tím více se výsledná smlouva nutně vzdaluje té, jež byla v souladu se zadávacími podmínkami a návrhem smlouvy tvořícím součást nabídky vybraného uchazeče v zadávacím řízení uzavřena.

41. Proto zdejší soud v principu odmítá pohled žalobce, podle něhož bylo namístež zohledňovat „průkazná pozitiva“, jež z dodatku č. 1 „jako celku“ plynula a jež snad měla kompenzovat změnu ujednání ohledně smluvní pokuty, byť se otázky smluvní pokuty netýkala. Jestliže totiž žalobce obsáhle argumentuje poměřováním jednotlivých dílčích změn promítajících se v dodatku č. 1, pak tím především potvrzuje, že výsledná pravidla smluvního vztahu se od původních pravidel plynoucích ze smlouvy uzavřené v souladu se zadávacími podmínkami a návrhem smlouvy tvořícím součást nabídky vybraného uchazeče začala odlišovat v mnoha směrech, a byť by snad ve výsledku mohly být pro smluvní strany jedny výhody plynoucí z dodatku kompenzovány jinými výhodami (na výhodnosti celého souhrnu změn pro obě smluvní strany muselo být ostatně uzavření dodatku založeno, neboť jinak by k jeho uzavření nedošlo), tento výsledek se původním zadávacím podmínkám, za nichž byly podávány nabídky a následně uzavřena smlouva, vzdaloval. Pravidla ujednaná dodatkem č. 1, jejichž výsledkem podle žalobce bylo, že žalobce získal práva odpovídající záručním právům po dobu, kdy byly elektrické jednotky provozovány žalobcem v režimu zkušebního provozu s cestujícími, že žalobce mohl provozovat jednotky ve zkušebním provozu s cestujícími bezplatně, přestože nebyly v jeho vlastnictví, že žalobce získal práva odpovídající záruce a údajně i novou možnost uplatňovat smluvní pokuty spojené s neplněním koeficientů provozuschopnosti dle kupní smlouvy již v průběhu zkušebního provozu s cestujícími nebo že žalobce získal možnost nasadit elektrické jednotky do komerčního provozu bez nutnosti zajištění nájmu elektrických jednotek, se s původními podmínkami zadávacího řízení, za nichž byly podávány nabídky a posléze uzavřena smlouva, nekryjí. Čím více takový výsledek (vzdálení se od původních smluvních podmínek) zdejší soud pokládá za nežádoucí, nerespektující shora uvedená východiska a samotný smysl relativně rigidní procedury předepsané ZVZ pro uzavírání smluv na veřejné zakázky, tím více v principu přijímá pohled žalovaného, který se žalobcem jakékoli subjektivní disputace o tom, nakolik se jednotlivé změny ve smlouvě co do celkové ekonomické rovnováhy smlouvy, jež vzešla ze zadávacího řízení, vzájemně „vykrývají“, odmítl vést a veškerou jeho argumentaci, jež se změny ujednání o smluvní pokutě netýkala, pokládal za pouhé objasňování pohnutek žalobce, jež jej ke změně ujednání o smluvní pokutě vedly a jež byly doprovázeny úvahami ohledně provázanosti této změny s jinými výhodami, které z dodatku pro smluvní strany plynuly.

42. Argumentuje-li tedy žalobce uzavřením dodatku č. 1 jako celku a dovozuje-li, že jím nemohla být narušena ekonomická rovnováha v jeho neprospěch, pak přestože zdejší soud sdílí jeho přesvědčení, že při posuzování zachování ekonomické rovnováhy musí být brány v úvahu všechny rozhodné aspekty související se změnou, je toho názoru, že tato analýza se musí vztahovat vždy k dílčí relativně samostatně vymežitelné změně; ilustrativně řečeno, dochází-li v důsledku změny smlouvy ke změně ceny zboží, pak tato změna nemůže být pokládána za automaticky kompenzovanou změnou kvality a množství zboží s tím výsledkem, že se ekonomická rovnováha ve skutečnosti nemění. Skutečnost, že dodatek č. 1 přináší podle žalobce několik dalších ujednání, která přinášejí pozitiva, neznamená, že jde o pozitiva kompenzující změnu ujednání o smluvní pokutě, jde-li v jednotlivých případech o dílčí relativně samostatně vymežitelné změny.

43. Podle zdejšího soudu celkové posuzování obchodní výhodnosti nových práv a povinností pro obě smluvní strany plynoucích z dodatku jako celku vůbec nebylo namístě tehdy, pokud žalovaný buď identifikoval změnu, jež zavádí podmínky, které by umožnily účast jiných uchazečů než těch, kteří se zadávacího řízení původně účastnili, pokud by nově zaváděné podmínky byly součástí zadávacích podmínek v původním zadávacím řízení, nebo pokud žalovaný dovodil, že tato změna způsobem, který nebyl v zadávacích podmínkách původního zadávacího řízení předpokládán, mění hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče (body 35. a 37. rozsudku Pressetext; v otázce výčtu všech modelových situací vymezených v rozsudku Pressetext lze odkázat kupříkladu na rozsudek zdejšího soudu č.j. 30 Af 78/2013-148 ze dne 21.12.2015). Pro konstatování nepřipustnosti (podstatné) změny smlouvy přitom postačí, zda se změna smlouvy shoduje byť jen s jediným typovým případem vymezeným v rozsudku Pressetext (shodně ARROWSMITH, Sue. The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK. [Volume 1]. 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 2014, s. 580). Napadené rozhodnutí v nyní posuzované věci však jasně a srozumitelně nesvědčí ani pro variantu identifikace změny, jež zavádí podmínky, které by umožnily účast jiných uchazečů než těch, kteří se zadávacího řízení původně účastnili, pokud by nově zaváděné podmínky byly součástí zadávacích podmínek v původním zadávacím řízení, ani pro variantu identifikace změny původní smlouvy způsobem, který nebyl v zadávacích podmínkách původního zadávacího řízení předpokládán a který mění hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.

44. Ze čl. I. odst. 1. kupní smlouvy ze dne 15.2.2011 vyplývá, že předmětem kupní smlouvy byla dodávka celkem 15 kusů stejnosměrných třívozových elektrických jednotek, a to včetně předepsaných průkazů způsobilosti (bod 1.2.2 zadávací dokumentace). Podmínkou pro vydání průkazu způsobilosti vozidla vyrobeného v České republice bylo předchozí schválení typu drážního vozidla ve smyslu § 43 odst. 3 zákona č. 266/1994 Sb., o dráhách. Termíny dodávek elektrických jednotek byly upraveny v čl. II. kupní smlouvy. Ze čl. XIII. odst. 1. kupní smlouvy soudu plyne, že pro případ prodlení vybraného uchazeče s dodávkou elektrické jednotky oproti sjednanému termínu plnění byla stanovena smluvní pokuta ve výši 0,3 % z ceny jednotky (bez DPH) za každý den prodlení; po dobu trvání okolnosti vylučující odpovědnost se lhůty pro dodání elektrických jednotek o tuto dobu prodlužují. Podle čl. XIII. odst. 2 kupní smlouvy okolností vylučující odpovědnost nebyly „...*případy, kdy příslušný schvalovací orgán (zejména drážní úřad) odmítne nebo odloží udělení jakéhokoliv potřebného povolení, ověření nebo soublasu...*“.

45. Dodatkem č. 1 byl čl. XIII. odst. 1. kupní smlouvy doplněn tak, že žalobce nebyl oprávněn po vybraném uchazeči požadovat smluvní pokutu za prodlení s dodávkou jednotlivé elektrické jednotky za dobu, kdy bude tato jednotka provozována žalobcem ve zkušebním provozu s cestujícími a převzetí jednotky do zkušebního provozu s cestujícími nebylo končeným převzetím a předáním jednotky dle kupní smlouvy.

46. V nyní posuzované věci není sporu o to, že vybraný uchazeč nebyl schopen zajistit schválení typu a vydání průkazů způsobilosti některých elektrických jednotek u příslušného správního úřadu v termínech dle kupní smlouvy.

47. Dílčí relativně samostatně vymežitelná změna podle zdejšího soudu spočívala v tom, že dodatek č. 1 upravil článek XIII. odst. 1 původní smlouvy v tom smyslu, že žalobce není oprávněn po vybraném uchazeči požadovat smluvní pokutu za prodlení s dodávkou jednotlivé jednotky za dobu, kdy tato jednotka bude provozována ve zkušebním provozu s cestujícími. To znamená, že žalobce se – oproti původním zadávacím podmínkám, jež se promítly do původně uzavřené smlouvy – zčásti vzdal možnosti požadovat (vymáhat) po dodavateli smluvní pokutu za prodlení s řádným dodáním předmětu veřejné zakázky; podle původní smlouvy byl oprávněn požadovat smluvní pokutu i za dobu, kdy by jednotlivé jednotky byly provozovány ve zkušebním provozu. Žalobce se tedy vzdal možnosti požadovat po dodavateli smluvní pokutu, na kterou by dle původních zadávacích podmínek měl nárok, což je relativně samostatně vymežitelnou změnou práv a povinností plynoucích ze smlouvy. Tuto změnu – coby dílčí změnu relativně samostatně vymežitelnou – je v dalším řízení před žalovaným třeba srozumitelně posoudit.

48. V navazujícím správním řízení tedy bude na žalovaném, aby nově srozumitelně posoudil, zda v případě dílčí relativně samostatně vymežitelné změny spočívající v tom, že dodatek č. 1 upravil článek XIII. odst. 1 původní smlouvy v tom smyslu, že žalobce není oprávněn po vybraném uchazeči požadovat smluvní pokutu za prodlení s dodávkou jednotlivé jednotky za dobu, kdy tato jednotka bude provozována ve zkušebním provozu s cestujícími, šlo o změnu podstatnou, a pokud ano, o jaký typ podstatné změny ve smyslu § 82 odst. 7 ZVZ se jednalo, tj. aby zvolil buď porušení § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ nebo § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ a toto podřazení srozumitelně odůvodnil.

49. Pokud jde o otázku vlivu na původní zadávací řízení, pak zdejší soud souhlasí se žalovaným v tom, že ze strany dodavatelů (potenciálních uchazečů) dochází při rozhodování o tom, zda podat či nepodat nabídku do zadávacího řízení, ke zvažování širokého spektra otázek, jež jsou pochopitelně součástí hlediska ekonomického; ekonomické zhodnocení zahrnuje i úvahu o rizicích prodlení s dodáním. Tato rizika v podobě smluvní pokuty byla modifikována. Úvahy jednotlivých uchazečů promítající se v nabídkách tedy nepochybně mohly být ovlivněny smluvními podmínkami týkajícími se nejen smluvní pokuty za prodlení s dodávkou elektrických jednotek. Zdejší soud nepřehlédl, že dodatek č. 1 neupravoval pouze práva a povinnosti žalobce a vybraného uchazeče ve vztahu ke smluvní pokutě za prodlení s dodávkou elektrických jednotek, ale zcela zásadně měnil režim předání elektrických jednotek; nově bylo povinností dodavatele poskytnout žalobci k bezúplatnému užívání elektrické jednotky v režimu zkušebního provozu s cestujícími, což mění charakter původní smlouvy. Potenciální uchazeči přitom nemohli při zvažování účasti v zadávacím řízení předpokládat, že žalobce přistoupí ke změně kupní smlouvy tímto způsobem, neboť smysl existence institutu zkušebního provozování drážního vozidla je zcela odlišný, což je patrné z důvodové zprávy k zákonu č. 23/2000 Sb., kterým bylo do zákona o dráhách vloženo ustanovení o možnosti provozovat drážní vozidla ve zkušebním provozu. Důvodem novelizace zákona o dráhách byla potřeba „...*provozovat i drážní vozidla bez schváleného typu v případech, jedná-li se o zkušební provozování drážního vozidla před schválením typu vozidla nebo pro účely provádění zkoušek potřebných pro schválení typu nebo změn na schváleném typu drážního vozidla. Provozovat tato drážní vozidla lze jen po dobu určitou a za podmínek stanovených drážním správním úřadem...*“. Smyslem zkušebního provozování drážního vozidla na dráhách tedy podle soudu není provizorní zajištění provozování drážní dopravy v případech, kdy dodavatel není schopen dodat drážní vozidlo včas. Uchazeči v rámci zvažování účasti v zadávacím řízení nemohli s tímto specifickým řešením

prodlení v dodávkách elektrických jednotek kalkulovat. Takový závěr však zdejší soud nepokládá za dostačující, neboť je třeba posoudit a srozumitelně odůvodnit, zda tento důsledek byl až důsledkem změny měnicí ekonomickou rovnováhu smluvního vztahu (v případě porušení § 82 odst. 7 písm. d/ ZVZ) anebo se jednalo o důsledek přímý, který nastal bez ohledu na výslednou ekonomickou rovnováhu smluvního vztahu (v případě porušení § 82 odst. 7 písm. b/ ZVZ). Tvrdí-li žalobce, že v tomto ohledu neposkytuje napadené rozhodnutí jako celek srozumitelnou odpověď, pak s ním zdejší soud souhlasí. Předseda žalovaného namísto toho, aby jednoznačně a srozumitelně vymežil, zda a k jaké konkrétní zakázané změně smlouvy dle § 82 odst. 7 ZVZ došlo, a ve vztahu k tomu korektně vypořádal žalobcovu argumentaci proti prvostupňovému rozhodnutí, zjevně ve snaze „za každou cenu“ uznat jako věcně správné prvostupňové rozhodnutí odsouhlasil jím dovozené porušení § 6 ZVZ, což pouze „doplnil“ o dovození porušení § 82 odst. 7 ZVZ, aniž by k tomu odůvodnění napadeného rozhodnutí obsahovalo jasné a srozumitelné důvody, o které by porušení § 82 odst. 7 ZVZ bylo opřeno.

50. Zdejší soud tedy ze shora uvedených důvodů posoudil napadené rozhodnutí jako nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost a toto rozhodnutí podle 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s. bez jednání zrušil.

51. V navazujícím řízení bude na předsedovi žalovaného, aby v odůvodnění – a v návaznosti na odůvodnění také (především) ve výroku – jednoznačně a srozumitelně vymežil, zda a k jaké konkrétní zakázané změně smlouvy dle § 82 odst. 7 ZVZ došlo. Za tohoto stavu nutně závisí osud prvostupňového rozhodnutí na navazujících úvahách předsedy žalovaného.

52. Ve vztahu k dalšímu řízení před žalovaným pokládá zdejší soud ještě za účelné podat stručné vyjádření k té části žalobní argumentace, podle níž se žalovaný aplikací § 82 odst. 7 ZVZ odchytil od své ustálené rozhodovací praxe a bylo tak zasaženo do legitimního očekávání žalobce. Spatřuje-li žalobce v názoru žalovaného na aplikaci § 82 odst. 7 ZVZ odklon od jeho názoru, jak jej vyjádřil v rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-R158/2014/VZ, pak k uvedenému rozhodnutí se žalovaný především podrobně vyjádřil v bodech 27. a násl. napadeného rozhodnutí a vymežil se ve vztahu k němu, a to včetně (neexistence) důsledků do legitimního očekávání. Zdejší soud toho názoru, že žalobcem zmiňované rozhodnutí nemohlo do budoucna založit legitimní očekávání v tom směru, že na nyní posuzovanou věc nemůže být § 82 odst. 7 ZVZ aplikován, neboť jednak se nejedná o správní praxi dlouhodobou a ustálenou, na kterou by žalobce mohl legitimně spoléhat, nadto na ni v době, kdy dodatek uzavíral, ani spoléhat nemohl (v tom smyslu, že by mohl smlouvu uzavřenou v zadávacím řízení měnit jakkoli, popř. v tom smyslu, že sice podstatná změna smlouvy je nepřípustná, avšak porušení tohoto pravidla je „beztrestné“), neboť dodatek č. 1 byl uzavřen dne 12.6.2012, avšak uvedené rozhodnutí žalovaného ve věci sp. zn. ÚOHS-R158/2014/VZ bylo vydáno až dne 27.2.2015.

53. Konečně namítal-li žalobce, že nesprávně nebyla zohledněna příznivější právní úprava plynoucí z § 222 odst. 5 ZZVZ, ani s tím zdejší soud nesouhlasí. Především § 222 ZZVZ v části týkající se změn závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku vychází z rozsudku Přesstext shodně jako § 82 odst. 7 ZVZ, navíc je vystaven na shodné konstrukci zákazu podstatných změn smlouvy jako § 82 odst. 7 ZVZ. V tomto smyslu také žalovaný podle zdejšího soudu obě právní úpravy v principu správně vyhodnotil v bodu 65. napadeného rozhodnutí. Pak tedy ani v případě aplikace § 222 ZZVZ by žalovaný změnu smlouvy neposuzoval jinak než testem podstatnosti změny smlouvy, přitom tvrdí-li žalobce, že bylo poskytnuto dodatečné plnění v podobě provedení zkušebního provozu s cestujícími, což by bylo v souladu s § 222 odst. 5 ZZVZ, pak ani s tímto argumentem nemůže zdejší soud souhlasit. Posuzována má být změna ujednání o smluvní pokutě a nikoli jakékoli dodatečné plnění ve smyslu § 222 odst. 5 ZZVZ.

54. Necht' tedy žalovaný v dalším řízení zohlední i právě uvedená východiska.

V. Náklady řízení

55. Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 60 odst. 1 větu první s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, jež důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce měl ve věci plný úspěch, a proto má podle § 60 odst. 1 s.ř.s. právo na náhradu nákladů řízení. Žalovaný ve věci úspěch neměl, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení a je povinen zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení. Podle obsahu soudního spisu náklady spočívají v zaplaceném soudní poplatku za žalobu ve výši 3 000 Kč společně se třemi úkony právní služby (převzetí věci a příprava zastoupení, podání žaloby, podání repliky) po 3 100 Kč společně se třemi režijními paušály po 300 Kč podle § 11 odst. 1 písm. a) a d) a § 13 vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, společně (vyjma zaplaceného soudního poplatku) s částkou odpovídající DPH, neboť bylo prokázáno, že zástupce je jejím plátcem, tj. 3 000 Kč + 12 342 Kč = 15 342 Kč. K zaplacení byla žalovanému stanovena přiměřená lhůta.

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.

Brno 11. července 2018

David Raus, v.r.
předseda senátu