



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 č.j. ÚOHS-R412/2015/VZ-47970/2016/321/BRy/EDy ze dne 5.12.2016

t a k t o :

I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R412/2015/VZ-47970/2016/321/BRy/EDy ze dne 5.12.2016 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 ze dne 5.12.2016, č.j. ÚOHS-R412/2015/VZ-47970/2016/321/BRy/EDy, kterým bylo potvrzeno prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 20.11.2015, č.j. ÚOHS-S0694/2015/VZ-40276/2015/523/ASo, a zamítnut žalobcův rozklad.

I. Shrnutí podstaty věci

2. Žalovaný v rámci správního řízení zahájeného z moci úřední uložil žalobci prvostupňovým rozhodnutím č.j. ÚOHS-S0694/2015/VZ-40276/2015/523/ASo ze dne 20.11.2015 pokutu ve výši 200 000 Kč z důvodu porušení § 82 odst. 7 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), neboť žalobce s vybraným uchazečem (Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding) po uzavření kupní smlouvy ze dne 17.3.2011 na plnění veřejné zakázky (dodávka 31 kusů dvouvozových motorových jednotek) uzavřel dne 17.9.2012 dodatek č. 4 k této kupní 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.

3. Předseda žalovaného nyní napadeným rozhodnutím č.j. ÚOHS-R412/2015/VZ-47970/2016/321/BRy/EDy ze dne 5.12.2016 prvostupňové rozhodnutí potvrdil a žalobcem podaný rozklad zamítl.

II. Shrnutí procesního postojů žalobce

4. V části A žaloby žalobce namítá, že uzavřením dodatku č. 4 nedošlo k vychýlení ekonomické rovnováhy v neprospěch žalobce. Podle žalobce vycházel žalovaný nesprávně z izolovaného hodnocení pouze jedné části dodatku č. 4. Pro hodnocení vychýlení ekonomické rovnováhy bylo nutné posuzovat dopady dodatku č. 4 komplexně, což plyne také z rozsudku Soudního dvora EU ve věci Presstext Nachrichtenagentur GmbH proti Rakousku ze dne 19.6.2008, C-454/06, (dále jen „Presstext“). Další ujednání dodatku č. 4 žalobci přinášejí pozitiva. Uzavřením dodatku č. 4 získal žalobce práva odpovídající záručním právům po dobu, kdy byly motorové jednotky provozovány žalobcem v režimu zkušebního provozu s cestujícími. Tyto motorové jednotky mohl žalobce provozovat ve zkušebním provozu s cestujícími bezplatně, přestože nebyly v jeho vlastnictví. Zároveň díky uzavření dodatku č. 4 mohl žalobce po vybraném uchazeči požadovat záruční servis a opravy na náklady vybraného uchazeče. Uzavřením dodatku č. 4 získal žalobce práva odpovídající svým rozsahem záruce – takto získaná práva jsou ekonomicky vyčíslitelná a žalovaný proto měl toto vyčíslení provést. Tvrzení předsedy žalovaného o tom, že před dodáním motorových jednotek záruční lhůta nemohla začít plynout, neodpovídá skutečnosti.

5. Uzavřením dodatku č. 4 měl žalobce také získat možnost uplatňovat smluvní pokuty spojené s neplněním koeficientů provozuschopnosti dle kupní smlouvy již v průběhu zkušebního provozu s cestujícími. Uzavření dodatku č. 4 umožnilo žalobci nasadit motorové jednotky do komerčního provozu bez nutnosti zajištění nájmu motorových jednotek, což bylo původním účelem kupní smlouvy, a znamenalo ušetření prostředků za případný pronájem jednotek.

Žalobcem uvedené přínosy uzavření dodatku č. 4 předseda žalovaného do svých závěrů v napadeném rozhodnutí nijak nepromítl. Předseda žalovaného podle žalobce tedy paušálně odmítl námitky žalobce; postup předsedy žalovaného je podle žalobce chybný a právní posouzení věci je tak podle žalobce nesprávné. Předseda žalovaného měl pochybit také tím, že neprovedl žalobcem navrhovaný důkaz znaleckým posudkem č. 11/2016 ze dne 15.8.2016. Zdůvodnění odmítnutí provedení navrhovaného důkazu, který prokazuje, že uzavřením dodatku č. 4 došlo ke změně ekonomické rovnováhy ve prospěch žalobce, je dle žalobce chybné a nepřezkoumatelné. Předseda žalovaného 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. 4 provedená změna vychýlila ekonomickou rovnováhu v neprospěch žalobce. Napadené rozhodnutí je tak pro rozpornost odůvodnění nepřezkoumatelné.

6. Podle žalobce je posouzení ekonomických přínosů a nákladů dodatku č. 4 naopak zásadní. Jestliže by dodatek pro žalobce byl výhodný, nemohlo dojít k podstatné změně smlouvy ve smyslu § 82 odst. 7 ZVZ. Posouzení vychýlení hospodářské rovnováhy dle § 82 odst. 7 je tedy podle žalobce zásadní.

7. Byť předseda žalovaného nepřistoupil k provedení žalobcem navrhovaného důkazu, s jeho závěry – podle žalobce zjevně nepodloženě a nesprávně – polemizoval. Žalobce namítá, že uzavřením dodatku č. 4 reagoval na jím nezaviněnou situaci, kdy reagoval na riziko prodloužení s dodávkami motorových jednotek. Pronajaté motorové jednotky byly z provozně technického a bezpečnostního hlediska způsobilé k přepravě cestujících; podle žalobce se dodatek č. 4 vztahoval pouze na ty motorové jednotky, které prošly technickobezpečnostní zkouškou dle příslušné ČSN normy. Provozování motorových jednotek v režimu dle dodatku č. 4 tak umožnilo žalobci získat tržby v rozsahu miliónů na jednu jednotku a dostát povinnostem dle smlouvy o závazku veřejné služby.

8. V části B žaloby žalobce namítá, že uzavření dodatku č. 4 nemohlo mít ani potenciální vliv na počet podaných nabídek či na výběr nejvýhodnější nabídky. Dodatkem č. 4 nebyla narušena ekonomická rovnováha v neprospěch žalobce a 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, jsou závěry předsedy žalovaného spekulativní a nepodložené. Možné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je podle žalobce nutné posuzovat dle konkrétních skutkových zjištění a nikoli dle domněnek a spekulací. 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. 4 tedy podle žalobce nebyla dostatečně prověřena. Předseda žalovaného podle žalobce chybně interpretoval rozsudek Soudního dvora EU ve věci Pressetext. Soudní dvůr EU dovodil, že nestačí jakákoli spekulativní možnost ovlivnění počtu podaných nabídek či jejich obsahu, nýbrž musí jít o možnost reálnou (pravděpodobnou). Smluvní pokuta představuje podle žalobce nanejvýš potenciální finanční riziko (jde o ryze finanční parametr), které by dodavatelé mohli zohlednit v nabídkových cenách.

9. V zadávacím řízení byly podány pouze dvě nabídky. Nabídková cena druhého uchazeče v pořadí (ŽOS Vrútky, a.s.) byla o 1,4 miliardy Kč vyšší než nabídková cena vybraného dodavatele. Rozdíl mezi nabídkovými cenami je podle žalobce natolik zásadní, že uzavření dodatku č. 4 nemohlo pořadí podaných námitek nijak ovlivnit. Tyto závěry jsou podle žalobce patrné také z doplňujícího právního posudku ze dne 4.12.2015. 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 i kdyby byla existence dodatku č. 4 potenciálním uchazečům známa v původním zadávacím řízení, okruh uchazečů ani počet nabídek by se nezměnil. Úvahy žalovaného o tom, že žalobce mohl nastavit zadávací podmínky tak, aby vytvořil dostatečnou časovou rezervu pro případ, že nebude dodržen termín dodávek, jsou podle žalobce bezpředmětné. K vychýlení hospodářské rovnováhy musí podle žalobce dojít významným způsobem, aby bylo možné takovou změnu smlouvy vyhodnotit jako podstatnou změnu smlouvy ve smyslu § 82 odst. 7 ZVZ. V nyní posuzované věci dodatek č. 4 dopadal pouze na 9 z 31 motorových jednotek a hypotetická výše ušlé smluvní pokuty byla zcela zanedbatelná.

11. Žalobce v části C žaloby namítá, že zákaz podstatné změny smlouvy dle § 82 odst. 7 ZVZ nemohl být na nyní posuzovanou věc aplikován, neboť toto ustanovení nabylo účinnosti až ode dne 1.4.2012, zatímco zadávací řízení bylo zahájeno uveřejněním dne 14.9.2010 a kupní smlouva byla podepsána dne 17.3.2011. Z přechodného ustanovení novely ZVZ – čl. II. bodu 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*. Dodatek č. 4 byl uzavřen dne 14.9.2012. Pak tedy podle žalobce nemohlo dojít ke spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ nedodržením postupu stanoveného ZVZ. To ostatně podle žalobce plyne také z řady rozhodnutí žalovaného, na která žalobce odkázal.

12. V části D žaloby pak žalobce namítá, že žalovaný při ukládání pokuty nepřihlédl k zásadě absorpce, neboť žalobci byla za obdobné jednání uložena pokuta v totožné výši (200 000 Kč) rozhodnutím žalovaného č.j. ÚOHS-S0464/2015/VZ-30331/2015/531/JDo ze dne 25.9.2015, které bylo potvrzeno předsedou žalovaného rozhodnutím č.j. ÚOHS-R328/2015/VZ-44707/2016/321/BRy ze dne 7.11.2016.

13. Podle žalobce (část E žaloby) měla být také zohledněna pozdější právní úprava - § 222 odst. 4 až odst. 6 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), která byla pro žalobce příznivější. Žalobce namítá, že byly splněny podmínky § 222 odst. 5 ZZVZ a nemohlo tak dojít k podstatné změně smlouvy.

14. V replice žalobce vyjma rozvinutí již uplatněné argumentace dále uvedl, že žalovaný porušil povinnost zjistit skutkový stav a tato vada měla vliv na věcnou správnost napadeného rozhodnutí. Žalobce v replice dále uvedl, že vyjádření žalovaného k žalobě „...*dále prohlubuje nejasný a vnitřně rozporuplný přístup k přezkumu dodatku č. 4...*“. Přestože rozsudek ve věci *Pressetext* lze podle žalobce považovat za významné rozhodnutí, nelze uplatňovat správní trestání bez konkrétní a jednoznačné opory v zákoně pouze s odkazem na rozsudek Soudního dvora EU. Navíc čl. XIII odst. 14 kupní smlouvy stanoví maximální výši smluvní pokuty na 10 % kupní ceny; podle žalobce tedy nemohlo dojít k překročení 50% hranice hodnoty závazku dle § 225 odst. 5 ZZVZ.

15. Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí i jemu předcházející rozhodnutí zrušit.

III. Shrnutí procesního postoje žalovaného

16. 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. 4 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. Předseda žalovaného pak v odůvodnění napadeného rozhodnutí „...konstatoval, že provedenou změnu lze považovat i za změnu, která změnila ekonomickou rovnováhu v neprospěch zadavatele, což však bylo konstatováno, jež se objevilo pouze v odůvodnění napadeného rozhodnutí, aniž by jakkoliv toto konstatování zasahovalo do výroku prvostupňového rozhodnutí...“. Žalovaný má stále za to, že uzavřením dodatku č. 4 došlo také k vychýlení ekonomické rovnováhy v neprospěch zadavatele. Navíc odvolací námítky žalobce směřovaly k vychýlení ekonomické rovnováhy, a žalovaný se tak musel s námitkami žalobce vypořádat. Staví-li žalobce svoji argumentaci na tvrzeních o ekonomické výhodnosti dodatku č. 4 ve prospěch žalobce, pak nejde podle žalovaného o důvodné argumenty, neboť se takto uplatněná argumentace míjí s důvody napadeného i jemu předcházejícího rozhodnutí. Posudek Ing. Krabce se vztahoval k ekonomickým dopadům uzavření dodatku, a proto nebylo tímto znaleckým posudkem dokazováno. Vyjádření předsedy žalovaného k obsahu znaleckého posudku bylo vyjádřením *obiter dictum*. Žalobcem tvrzené výhody dodatku č. 4 jsou pouze důsledkem neschopnosti vybraného uchazeče dostát povinnostem dle kupní smlouvy; tvrzené výhody by podle žalovaného žalobci náležely i při řádném plnění smlouvy. Podle žalovaného je smluvní pokuta zásadní okolností při úvahách o podání či nepodání nabídky.

17. U ohrožovacího deliktu – jako je tomu podle žalovaného i v nyní posuzované věci – není třeba, aby žalovaný prokázal existenci jiného dodavatele, který se zadávacího řízení nemohl zúčastnit. Žalovaný dále uvedl, že konstatování potenciality vlivu na výběr nejvhodnější nabídky vychází ze změny podmínek, za nichž byla veřejná zakázka zadávána. Ve vztahu k aplikaci § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ žalovaný uvedl, že uzavření dodatku č. 4 bylo v rozporu se zákonem před novelizací ZVZ zákonem č. 55/2012 Sb. i po ní. Před novelizací ZVZ byl zákaz podstatných změn práv a povinností vyplývajících ze smlouvy „...vystavěn primárně na rozsudku *Presstext a zásadách, uvedených v § 6 zákona...*“. Žalovaný dostatečně odůvodnil odklon od závěrů v jeho rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-R158/2014/VZ. Toto rozhodnutí nemohlo podle žalovaného u žalobce vyvolat legitimní očekávání jiného výkladu. K námitce neaplikování absorpční zásady žalovaný uvedl, že tuto zásadu aplikoval, byť nedošlo ke snížení pokuty; pokuta by již neplnila účel a nebyla by přiměřená.

18. ZZVZ podle žalovaného pro žalobce příznivější právní úpravu neobsahuje; nadto vzdání se práva na pokutu nelze považovat za dodatečné plnění ve smyslu § 222 odst. 5 ZZVZ. Změnu práv a povinností plynoucí z uzavření dodatku č. 4 nelze podřadit pod žádné ustanovení § 222 odst. 4 až odst. 6 ZZVZ – není možné zjistit, jaká by byla hodnota změny závazku.

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

IV. Posouzení věci

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

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

22. Nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů je dána mimo jiné tehdy, nevypořádá-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.

23. Podle žalobce je napadené rozhodnutí stiženo 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. 4, přestože na jiném místě napadeného rozhodnutí uvedl, že posouzení ekonomických přínosů a nákladů dodatku č. 4 nebylo předmětem správního řízení.

24. Zdejší soud dává žalobci zapravdu v tom, že 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.

25. Z oznámení o zahájení správního řízení ze dne 8.10.2015, č.j. ÚOHS-S0694/2015/VZ-32504/2015/523/ASo, plyne, že žalovaný získal „...*pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu s ust. § 82 odst. 7 písm. b) zákona, když uzavřel dodatek č. 4 ke smlouvě, čímž mohl umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem, s tím, že by v případě použití podmínek stanovených tímto dodatkem v původním zadávacím řízení tato změna mohla umožnit účast jiných dodavatelů, a zda se tak zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona...*“. Žalovaný tedy od zahájení správního řízení ve věci možného spáchání deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ žalobcem zřetelně deklaroval, že možné pochybení žalobce spatřoval v uzavření dodatku č. 4 ve vztahu k porušení § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ.

26. Podle § 82 odst. 7 ZVZ nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou změnu se dle § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ považuje taková změna, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů. Podle § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ je podstatnou změnou taková změna původního závazku, která by měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.

27. 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 nepostupoval v souladu s § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ, neboť uzavřením dodatku č. 4 ke kupní smlouvě žalobce umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z kupní smlouvy (změna ujednání týkajícího se smluvní pokuty za prodlení s dodávkou) a tato změna by za použití v zadávacím řízení mohla umožnit účast i jiných dodavatelů a tento postup tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. To, že podstatou žalobcova pochybení byla následná změna ujednání týkajícího se smluvní pokuty při případném prodlení s dodávkami motorových jednotek, srozumitelně plyne také z odůvodnění prvostupňového rozhodnutí. Odůvodnění prvostupňového rozhodnutí obsahuje také nosné důvody směřující k závěru o porušení § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ. Podle přesvědčení zdejšího soudu je tedy prvostupňové rozhodnutí přezkoumatelné jak z pohledu srozumitelnosti, tak ve vztahu k důvodům, na kterých je založeno.

28. Předseda žalovaného napadeným rozhodnutím potvrdil prvostupňové rozhodnutí a podaný rozklad zamítl. Z napadeného rozhodnutí (bod 27.) plyne, že podle předsedy žalovaného vychází zákaz podstatných změn uzavřené smlouvy z rozsudku Pressetext a do ZVZ byl tento zákaz vtělen novelizací provedenou zákonem č. 55/2012 Sb. jako § 82 odst. 7 ZVZ. V bodu 29. napadeného rozhodnutí předseda žalovaného uvedl, že je zřejmé, že uzavřením dodatku č. 4 se žalobce „...vzdal části plnění, na které by dle kupní smlouvy měl nárok, pak se jedná o takovou změnu, která změnila podmínky ekonomické rovnováhy smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče a tedy v neprospěch zadavatele... Je tak zřejmé, že pokud vybraný uchazeč změnou smlouvy ztratil povinnost zadavateli poskytnout plnění, které by za jiných okolností byl povinen poskytnout, pak uzavřením dodatku č. 4 došlo k takové změně smlouvy, která změnila způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána. Ve smyslu ust. § 82 odst. 7 písm. d) zákona i ve smyslu závěrů rozsudku Pressetext se tak jedná o změnu smlouvy, která je změnou podstatnou...“. Z této části odůvodnění napadeného rozhodnutí je tedy zřejmé, že podle předsedy žalovaného porušil žalobce zákaz stanovený v § 82 odst. 7 ZVZ, když žalobce uzavřením dodatku č. 4 umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z kupní smlouvy na motorové jednotky a tím došlo k vychýlení ekonomické rovnováhy v neprospěch žalobce dle § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ. Naopak v následujícím bodu 30. napadeného rozhodnutí předseda žalovaného odkázal na závěry prvostupňového rozhodnutí a konstatoval, že změna kupní smlouvy dodatkem č. 4, jestliže by byla použita v původním zadávacím řízení, mohla umožnit účast jiných dodavatelů, a žalobce proto porušil § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ. V bodu 31. napadeného rozhodnutí pak předseda žalovaného dospěl k závěru, že „...postupem zadavatele bylo porušeno nejen ust. § 82 odst. 7 písm. b) zákona ale i ust. § 82 odst. 7 písm. d) zákona...“.

29. Ve vztahu k provedení žalobcem navrhovaných důkazů v průběhu řízení o rozkladu předseda žalovaného (bod 45. napadeného rozhodnutí) uvedl, že nepřistoupil k provedení navrhovaného důkazu znaleckým posudkem Ing. Krabce, neboť se tento posudek zabýval ekonomickými důsledky uzavření dodatku č. 4 (§ 82 odst. 7 písm. d) ZVZ), zatímco podle předsedy žalovaného „...předmětem správního řízení bylo to, zda zadavatel svým postupem umožnil takovou podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů...“. Předmětem správního řízení v nyní posuzované věci tedy dle předsedy žalovaného byla otázka porušení § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ žalobcem. Byť podle předsedy žalovaného nebylo předmětem správního řízení posouzení změny ekonomické rovnováhy smlouvy vyvolané uzavřením dodatku č. 4, v bodu 46. napadeného rozhodnutí předseda žalovaného k dílčím závěrům znaleckého posudku o vychýlení ekonomické rovnováhy ve prospěch zadavatele (žalobce) argumentuje.

30. Zdejší soud tedy dává zapravdu žalobci, že z odůvodnění napadeného rozhodnutí vskutku není zřejmé, zda dodatek č. 4 vychýlil ekonomickou rovnováhu smlouvy nebo zda dodatečné uzavření dodatku č. 4 mohlo umožnit účast jiných dodavatelů anebo zda předseda žalovaného dovozuje (oproti závěrům plynoucím z prvostupňového rozhodnutí) obojí. Část argumentace předsedy žalovaného by sice mohla svědčit závěru ohledně porušení § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ (předseda žalovaného v bodu 31. napadeného rozhodnutí uvedl, že byl porušen nejen § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ, nýbrž také § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ), to je však v napadeném rozhodnutí popřeno podřazením jednání žalobce pod porušení § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ potvrzením prvostupňového rozhodnutí, a tedy i faktickým odmítnutím podřazení pod porušení § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ, avšak nikoli jednoznačně až vůbec ne ze srozumitelného důvodu.

31. V rozsudku č.j. 62 Af 130/2016 – 453 ze dne 11.7.2018 ve věci téhož žalobce a téhož žalovaného zdejší soud uvedl – a v nyní posuzované věci nemá důvod se od svých dřívě

vyslovených závěrů odklonit – 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 jednoznačně 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, a to jak ve vztahu k závěru ohledně samotného porušení ZVZ, tj. jeho konkrétního ustanovení, tak ve vztahu k výši následně ukládané pokuty).

32. 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 prvostupňového rozhodnutí, které bylo napadeným rozhodnutím potvrzeno, 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, aniž by se to však promítlo do výroku napadeného rozhodnutí, anebo zda došlo k porušení obojího – zřejmě v jednočinném souběhu, čemuž však rovněž neodpovídá potvrzovací výrok napadeného rozhodnutí. Potvrzován byl totiž – při ne zcela jasné argumentaci žalovaného jak směrem k porušení § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ, tak směrem k porušení § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ, avšak při současném odmítnutí zabývat se argumentací žalobce k § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ – pouze závěr ohledně porušení § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ, jehož dovození odpovídá i podezření, pro které žalovaný správní řízení se žalobcem vedl.

33. Napadené rozhodnutí tedy kromě argumentace k porušení § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ zahrnuje i argumentaci k porušení § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ, jež obojí může vyvolat závěr o spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ (a to buď samostatně nebo souběžně, v jednočinném nebo dokonce i ve vícečinném souběhu), přestože podle prvostupňového rozhodnutí se měl žalobce dopustit správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ (pouze) tím, že nepostupoval v souladu s § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ (neboť uzavřením dodatku č. 4 ke kupní smlouvě umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z kupní smlouvy a tato změna by za použití v zadávacím řízení mohla umožnit účast i jiných dodavatelů a tento postup tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky); napadené rozhodnutí přitom současně odmítá vypořádat argumenty žalobce k otázce podstatné změny smlouvy vyvolané změnou původního závazku, která by měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče, což je právě argumentace ve vztahu k § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ.

34. Výrok napadeného rozhodnutí, kterým bylo potvrzeno prvostupňové rozhodnutí, jímž bylo shledáno porušení § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ, tak podle zdejšího soudu nemá srozumitelnou oporu v odůvodnění napadeného rozhodnutí.

35. 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. 4 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. 4 považovat za podstatnou, na uvedené nesrozumitelnosti napadeného rozhodnutí nemohou ničeho změnit. „Rozšíření důvodů“, navíc při nevypořádání argumentace žalobce směřující k jejich neexistenci, by nemohlo vést k potvrzení rozhodnutí prvostupňového. Tyto dodatečné vysvětlující komentáře napadeného rozhodnutí ze strany žalovaného nesrozumitelnost napadeného rozhodnutí tedy 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.

36. Nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, která je důvodem k jeho zrušení a vrácení věci k dalšímu řízení podle § 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s., nebrání – pro další průběh řízení před žalovaným – zdejšímu soudu obdobně jako ve věci sp. zn. 62 Af 130/2016, 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.

37. 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. 4 (17.9.2012).

38. 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). Zadáváním 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 17.3.2011.

39. 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. 4 ke smlouvě, k němuž došlo dne 17.9.2012. Předseda žalovaného tedy mohl v posuzované věci aplikovat zákaz podstatné změny smlouvy přímo plynoucí z § 82 odst. 7 ZVZ.

40. 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 (bez nového zadávacího řízení) změny pouze nepodstatné, bagatelní.

41. 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.

42. Proto zdejší soud v principu odmítá pohled žalobce, podle něhož bylo namístež zohledňovat „průkazná pozitivita“, jež z dodatku č. 4 „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. 4, 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. Takový posun od původních pravidel plynoucích ze smlouvy uzavřené v souladu se zadávacími podmínkami může vést k tomu, že změny ve smlouvě z důvodu podstatné odlišnosti (lhostejno, zda ve prospěch zadavatele či nikoli) prokazují vůli smluvních stran znovu sjednat základní podmínky veřejné zakázky (mutatis mutandis bod 34. rozsudku Pressetext).

43. Pravidla ujednaná dodatkem č. 4, jejichž výsledkem podle žalobce bylo, že žalobce získal práva odpovídající záručním právům po dobu, kdy byly motorové 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 motorové jednotky do komerčního provozu bez nutnosti zajištění nájmu motorových jednotek, se s původními podmínkami zadávacího řízení, za nichž byly podávány nabídky a posléze uzavřena smlouva, vůbec 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.

44. Argumentuje-li tedy žalobce uzavřením dodatku č. 4 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 vymezené 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. Jinak by bylo možné podmínky dodávek po ukončení zadávacího řízení libovolně upravovat zcela mimo režim ZVZ s odůvodněním kvalitativní či kvantitativní kompenzace ze strany dodavatele a bylo by vždy věcí individuálního posouzení, zda nedošlo k ekonomickému vychýlení smluvního vztahu v neprospěch zadavatele; takový postup je pro zdejší soud nepřijatelný, neboť k nalezení ideální ekonomické rovnováhy mezi dodavatelem a zadavatelem slouží právě formalizovaný kontraktační proces dle ZVZ. Skutečnost, že dodatek č. 4 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 vymezené změny.

45. 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 *Presstext*; v otázce výčtu všech modelových situací vymezených v rozsudku *Presstext* lze odkázat kupříkladu na rozsudek zdejšího soudu č.j. 30 Af 78/2013-148 ze dne 21.12.2015). Pro konstatování nepřípustnosti (podstatné) změny smlouvy přitom postačí, shoduje-li se změna smlouvy byť jen s jediným typovým případem vymezeným v rozsudku *Presstext* (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.*

46. 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.

47. Z listiny „dodatečné informace k zadávacím podmínkám (TED 2010/S 182-278347)“ je patrné, že minimálně jeden uchazeč při zvažování podání nabídky posuzoval část zadávacích podmínek, které se vztahovaly k termínům dodání prvního vozidla, ve vztahu k sankcím za prodlení s dodáním jednotek. V požadavku na dodatečné informace č. 4 uchazeč s ohledem na „nezbytnost provedení plně procedury schválení typu vozidla“ žádal o prodloužení termínu dodávky prvního vozidla na 21 měsíců. V požadavku na dodatečnou informaci č. 18 pak uchazeč žádal „...o změnu výše smluvní pokuty za prodlení s dodávkou na 0,02 % ceny příslušné jednotky bez

DPH...“: Zdejšímu soudu tedy ze správního spisu vyplývá, že uchazeči otázku včasnosti dodání motorových jednotek a případné sankce z důvodu prodlení při úvahách o podání nabídek zohledňovali. To ostatně plyne také z rozhodnutí žalobce o vyloučení uchazeče ŽOS Vrútky a.s. ze dne 22.12.2010 z důvodu změn smluvních podmínek uvedených v závazném vzoru kupní smlouvy. Jednou ze změněných částí smlouvy oproti vzoru byl právě čl. XIII. odst. 1 kupní smlouvy týkající se smluvní pokuty za prodlení s dodávkou motorových jednotek.

48. Ze čl. I. odst. 1. kupní smlouvy ze dne 17.3.2011 vyplývá, že předmětem kupní smlouvy byla dodávka celkem 31 kusů dvouvozových motorových jednotek, a to včetně předepsaných průkazů způsobilosti (bod 1.2 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 motorových jednotek byly upraveny v čl. II. kupní smlouvy. Ze čl. XIII. odst. 1. kupní smlouvy zdejšímu soudu plyne, že pro případ prodlení vybraného uchazeče s dodávkou motorové jednotky oproti sjednanému termínu plnění byla stanovena smluvní pokuta ve výši 0,03 % z ceny jednotky (bez DPH) za každý den prodlení; po dobu trvání okolnosti vylučující odpovědnost se lhůty pro dodání motorových jednotek o tuto dobu prodlužují. Podle čl. XIII. odst. 2 písm. a) kupní smlouvy okolností vylučující odpovědnost nebyly „...případy, kdy příslušný schvalovací orgán (zejména drážní úřad) odmítne nebo odloží udělení jakéhokoliv potřebného povolení, ověření nebo soublasu...“.

49. Dodatkem č. 4 byl čl. XIII. odst. 1. kupní smlouvy doplněn tak, že žalobce nebyl oprávněn po vybraném uchazeči požadovat smluvní pokutu za prodlení s dodávkou jednotlivé motorové jednotky za dobu, kdy bude tato jednotka provozována žalobcem ve zkušebním provozu s cestujícími.

50. V nyní posuzované věci není sporu o to, že vybraný uchazeč nebyl schopen zajistit schválení typu a vydání průkazů způsobilosti některých motorových jednotek u příslušného správního úřadu v termínech dle kupní smlouvy. Dílčí relativně samostatně vymežitelná změna podle zdejšího soudu spočívala v tom, že dodatek č. 4 upravil článek XIII. odst. 1 původní smlouvy v tom smyslu, že žalobce nebyl 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.

51. 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. 4 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 či aby konstatoval porušení obou ustanovení (a v tomto případě uvedl, v jakém druhu souběhu k tomu došlo) a toto podřazení srozumitelně odůvodnil.

52. 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 motorových jednotek.

53. Zdejší soud nepřehlédl, že dodatek č. 4 neupravoval pouze práva a povinnosti žalobce a vybraného uchazeče ve vztahu ke smluvní pokutě za prodlení s dodávkou motorových jednotek, nýbrž zcela zásadně měnil režim předání motorových jednotek; nově bylo povinností dodavatele poskytnout žalobci k bezúplatnému užívání motorové jednotky v režimu zkušební provozu s cestujícími, což nepochybně mění charakter původní smlouvy (aniž by k této otázce bylo zapotřebí dalšího dokazování). Potenciální uchazeči přitom nemohli při zvažování účasti v zadávacím řízení předpokládat, že žalobce přistoupí ke změně kupní smlouvy tímto způsobem, neboť smysl existence institutu zkušební 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 podmínky stanovených drážním správním úřadem...*“. Smyslem zkušební provozování drážního vozidla na dráhách tedy podle zdejšího soudu není provizorní zajištění provozování drážní dopravy v případech, kdy dodavatel není schopen dodat drážní vozidlo včas. Dodavatelé v rámci zvažování účasti v zadávacím řízení nemohli s tímto specifickým řešením prodlení v dodávkách motorových jednotek kalkulovat. Takový závěr však zdejší soud nepokládá za dostačující, neboť je třeba posoudit a srozumitelně odůvodnit, zda tento důsledek byl až důsledkem změny měnící 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.

54. 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.

55. V navazujícím řízení bude na předsedovi žalovaného, aby v odůvodnění – a v návaznosti na odůvodnění také ve výroku – jednoznačně a srozumitelně vymezil, 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.

56. 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 podle zdejšího soudu 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 se nejedná o správní praxi dlouhodobou a ustálenou, na kterou by žalobce mohl legitimně spoléhat, a to již proto, že v době, kdy dodatek uzavíral, na tuto praxi 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 nepřipustná, avšak porušení tohoto pravidla je „beztrestné“), neboť dodatek č. 4 byl uzavřen dne 17.9.2012, avšak uvedené rozhodnutí žalovaného ve věci sp. zn. ÚOHS-R158/2014/VZ bylo vydáno až dne 27.2.2015. Obdobně další rozhodnutí žalovaného a jeho předsedy, na která odkazuje žalobce, byla vydána až po uzavření dodatku č. 4, a nemohla proto založit legitimní očekávání žalobce při jeho jednání.

57. Dále pokládá zdejší soud za účelné vyjádřit se k námitce žalobce, že žalovaný nepřihlédl k zásadě absorpce, přestože za obdobné pochybení byla žalobci uložena pokuta ve výši 200 000 Kč již v rámci prvostupňového správního řízení sp. zn. S0464/2015 i řízení o rozkladu sp. zn. R328/2015. Zdejší soud rozsudkem č.j. 62 Af 130/2016 – 453 ze dne 11.7.2018 zrušil rozhodnutí předsedy žalovaného č.j. ÚOHS-R328/2015/VZ-44706/2016/321/BRy pro nepřezkoumatelnost. Z nyní napadeného rozhodnutí zdejšímu soudu přitom plyne, že předseda žalovaného zásadu absorpce zohlednil. Podle předsedy žalovaného byla výše uložené pokuty při samé spodní hranici zákonem stanoveného rozpětí (bod 73. napadeného rozhodnutí), a zároveň (bod 82. napadeného rozhodnutí) by „...její další snižování v důsledku prvostupňovým orgánem neprovedené absorpce by již obrozňovalo samotnou funkci a účel správního trestání a neodpovídalo základním zásadám správního trestání...“. Pak je tedy podle zdejšího soudu zřejmé, že předseda žalovaného zásadu absorpce aplikoval.

58. Konečně je účelné vyjádřit se i k námitce 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 Pressetext shodně jako § 82 odst. 7 ZVZ, navíc je vystaven na shodné konstrukci zákazu podstatných změn smlouvy jako § 82 odst. 7 ZVZ. 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.

59. Necht' tedy žalovaný v dalším řízení zohlední i právě uvedené závěry.

V. Náklady řízení

60. 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 nejblíže následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

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

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

Brno 6. srpna 2018

David Raus, v.r.
předseda senátu