



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci žalobce: **České dráhy, a.s.**, se sídlem Praha 1, Nábřeží L. Svobody 1222, zastoupený JUDr. Karlem Muzikářem, LL.M., advokátem, WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o., advokátní kancelář, se sídlem Praha 1, Křižovnické nám. 193/2, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí žalovaného č.j. ÚOHS-R1/2014/VZ-19868/2014/320/LKo/PKl ze dne 19.9.2014,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R1/2014/VZ-19868/2014/320/LKo/PKl ze dne 19.9.2014 **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S370/2012,S338/2013/VZ-24216/2013/521/GSt ze dne 11.12.2013 **se** ve výrokových částech III. a IV. **zrušuje**.
- III. Žalovaný **je povinen** nahradit žalobci náklady řízení ve výši 24 233 Kč do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám JUDr. Karla Muzikáře, LL.M., advokáta, WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o., advokátní kancelář, se sídlem Praha 1, Křižovnické nám. 193/2.
- IV. Žalovaný **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce napadá rozhodnutí předsedy žalovaného č.j. ÚOHS-R1/2014/VZ-19868/2014/320/LKo/PKl ze dne 19.9.2014, kterým byl zamítnut rozklad žalobce a potvrzeny výroky III. a IV. předchozího prvostupňového rozhodnutí žalovaného č.j. ÚOHS-S370/2012,S338/2013/VZ-24216/2013/521/GSt ze dne 11.12.2013.

I. Shrnutí podstaty věci

Žalobce coby zadavatel výzvou k jednání ze dne 20.1.2012 zaslanou Siemens Aktiengesellschaft Österreich (dále „Siemens“) zahájil jednací řízení bez uveřejnění na plnění „*Rekonfigurace netrakovních komfortních jednotek pro dálkovou osobní přepravu*“ podle § 23 odst. 5 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále „ZVZ“). Předmět plnění byl ve výzvě k jednání vymezen jako „*Dodatečné dodávky jako částečná náhrada, resp. rozšíření rozsahu původní dodávky, na kterou byla dne 29.9.2011 uzavřena smluvní dokumentace mezi Zadavatelem (žalobce) a Zájemcem (Siemens) a jejímž předmětem je dodávka netrakovních komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu pro Zadavatele*“ (podrobnosti o předmětu byly obsaženy v zadávací dokumentaci, která tvořila přílohu č. 1 výzvy k jednání). Žalobce obdržel od Siemens nabídku a dne 30.1.2012 rozhodl o výběru této nabídky jako nejvhodnější. Dne 28.3.2012 pak žalobce uzavřel na toto plnění „*Dodatek č. 1 ke Smlouvě o výrobě, uvedení do provozu a dodávce souprav Viaggio Comfort společnosti České dráhy, a.s.*“.

Žalovaný nejprve dne 26.6.2012 zahájil z moci úřední správní řízení o přezkumu úkonů žalobce coby zadavatele při nákupu dalších sedmi vlakových souprav Railjet, které nebyly součástí původní veřejné zakázky. Poté žalovaný dne 3.6.2013 zahájil další správní řízení týkající se postupu žalobce coby zadavatele při nákupu dalších osmi vlakových souprav Railjet, které nebyly součástí původní veřejné zakázky. Poté dne 8.10.2013 žalovaný obě řízení spojil a dne 11.12.2013 vtakto spojeném řízení vydal rozhodnutí, jehož výroky I. a II. správní řízení ve věci přezkoumání úkonů žalobce (zadavatele) učiněných ve veřejných zakázkách, jejichž předmětem je nákup dalších sedmi a osmi vlakových souprav Railjet (které nebyly předmětem veřejné zakázky na rekonfiguraci) podle § 117a písm. d) ZVZ zastavil, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 ZVZ. To žalovaný odůvodnil tak, že žádné samostatné veřejné zakázky, jejichž předmětem je nákup dalších sedmi vlakových souprav Railjet a dalších osmi vlakových souprav (které nebyly předmětem původní veřejné zakázky), nebyly žalobcem realizovány.

Výrokem III. uvedeného rozhodnutí pak žalovaný rozhodl, že při zadávání veřejné zakázky na rekonfiguraci se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 ZVZ, když zakázku na rekonfiguraci zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavřel dne 28.3.2012 smlouvu na plnění veřejné zakázky ve formě shora uvedeného dodatku č. 1.

Odůvodnění tohoto závěru žalovaný vystavěl na konstrukci, podle které při použití jednacního řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ musí být (v případě sektorového zadavatele) splněny současně následující podmínky: 1. musí se jednat o veřejnou zakázku na dodávku, 2. předmětem plnění dané veřejné zakázky musí být dodatečné dodávky, od téhož dodavatele, s nímž daný zadavatel již dříve uzavřel smlouvu, 3. tyto dodatečné dodávky představují částečnou náhradu původní dodávky nebo rozšíření stávajícího (tj. již dříve sjednaného) rozsahu dodávky a 4. v případě změny dodavatele by zadavatel pořizoval zboží (dodatečnou dodávku) odlišných technických parametrů od původní dodávky, které by měly za následek neslučitelnost s původní dodávkou nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě původní dodávky.

Při posuzování splnění těchto podmínek pak žalovaný dospěl k závěru, že první podmínku žalobce splnil, neboť vlakové jednotky Railjet jsou zbožím, přitom se jednalo o novou veřejnou zakázku, což plyne z toho, že dodatek č. 1 byl uzavřen na základě nového zadávacího řízení uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek. Této veřejné zakázce na tzv. rekonfiguraci předcházela veřejná zakázka „*Dodávka 16 kusů netrakových komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu*“ (dne 29.9.2011 žalobce uzavřel se Siemens „*Smlouvu o výrobě, uvedení do provozu a dodávce souprav Viaggio Comfort společnosti České dráhy, a.s.*“). Zároveň žalobce splnil i druhou z uvedených podmínek, neboť dodavatelem plnění, jež bylo původní veřejnou zakázkou, i tzv. rekonfigurace byl Siemens. Ohledně třetí z uvedených podmínek žalovaný dospěl k závěru, že žalobce nyní požadoval změny u celého původního předmětu plnění, tj. u všech původně pořizovaných vlakových jednotek Railjet, přitom změny v rámci veřejné zakázky na rekonfiguraci jsou v takovém rozsahu a mají charakter natolik zásadní, že se jedná o zcela nové plnění, které se odlišuje od původního plnění v takové míře, že je svým obsahem nelze považovat za částečnou náhradu původního plnění; vlakové jednotky Railjet poptávané žalobcem v rámci veřejné zakázky na rekonfiguraci se podle žalovaného liší od vlakových jednotek Railjet poptávaných v rámci původní veřejné zakázky, a to svým složením, tj. druhy vagonů, z nichž jsou vlakové soupravy sestaveny, i počtem vagonů, a současně se změnil i rozsah předmětu plnění. Podle žalovaného předmětem původní veřejné zakázky byly vlakové soupravy Railjet a nikoli jednotlivé osobní železniční vozy a v souvislosti se změnou rozsahu, resp. rozšířením rozsahu původní dodávky, je minimálním množstvím, o které je možné navýšit původní dodávku, jeden kus vlakové soupravy Railjet definované technickými parametry a uspořádáním vagonů specifikovaným v původní smlouvě ze dne 29.9.2011. To však neodpovídá části 3 zadávací dokumentace ani dodatku č. 1, neboť žalobce po uskutečnění rekonfigurace od Siemens obdrží celkem 15 vlakových souprav Railjet, které se od původních 16 vlakových souprav odlišují druhy i počtem vagonů, a tedy ani jedna nově pořizovaná vlaková souprava Railjet není shodná s ani jednou původně žalobcem požadovanou vlakovou soupravou Railjet. I kdyby přitom žalovaný připustil, že došlo k rozšíření dodávky (navýšením výsledného – celkového – počtu vagonů ze 112 na 113), nebylo by možno ani v takovém případě dojít k závěru, že se jedná o rozšíření stávajícího rozsahu dodávky, neboť rozšíření se musí uskutečnit za splnění podmínky, že se jedná

o zcela totožné věcné plnění, které bylo zadavatelem původně poptáváno, a pouze se zvyšuje jeho rozsah – tj. množství. To však podle žalovaného nebylo splněno, neboť předmětem veřejné zakázky na rekonfiguraci je zcela odlišné plnění, než jaké bylo poptáváno v rámci původní veřejné zakázky. Třetí ze shora uvedených podmínek tedy podle žalovaného splněna nebyla, a tedy splněním čtvrté z uvedených podmínek se již žalovaný nezabýval.

Závěr žalovaného lze tedy shrnout tak, že v případě nyní posuzované veřejné zakázky na rekonfiguraci nebyla naplněna třetí z podmínek podle § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ, neboť se nejedná o dodatečné dodávky, které představují částečnou náhradu původní dodávky realizované v rámci původní veřejné zakázky, ani o dodatečné dodávky, které by představovaly rozšíření stávajícího rozsahu dodávky. Z toho dovedl žalovaný spáchání správního deliktu a žalobci výrokem IV. uvedeného rozhodnutí uložil pokutu ve výši 25 milionů Kč.

Napadené rozhodnutí pak na shora uvedeném hodnocení setrvalo. Žalobce to nyní zpochybňuje podanou žalobou.

II. Shrnutí žaloby

Žalobce především napadá závěr žalovaného ohledně nesplnění třetí z podmínek podle § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění. Podle žalobce závěr žalovaného, že dodatečné dodávky od Siemens na základě rekonfigurace nepředstavují částečnou náhradu ani rozšíření původní zakázky, neodpovídá reálnému stavu věci, který žalobce podrobně popisuje. Žalovaný postupoval podle žalobce formalisticky bez dostatečného zjištění skutkového stavu věci (žalovaný bez odůvodnění neprovedl žalobcem navrhované důkazy) a § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ aplikoval nesprávně (nezákonně); není pravdou, že by předmětem původního plnění byly (nezměnitelné) „vlakové soupravy“, rozdělování na „soupravy“ a „vozy“ je umělé, rozhodující je věcný charakter plnění.

Podle žalobce bylo napadené rozhodnutí také vydáno v rozporu s principem *res iudicata*, neboť výroky I. a II. prvostupňového rozhodnutí, které samostatně nabyly právní moci, se vylučují s výrokem III. prvostupňového rozhodnutí. Podstata argumentace žalobce spočívá v tom, že není možné, aby na jedné straně žalovaný konstatoval, že bylo zjištěno, že žádná nová zakázka, resp. zakázky, na jejichž základě by mělo být žalobci dodáno celkem 15 souprav Railjet, které nebyly předmětem původní zakázky, neexistují, a tudíž zastavil řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v takové věci, a současně na druhé straně konstatoval, že zakázka na rekonfiguraci představovala novou zakázku na dodávku 15 souprav Railjet, které nebyly předmětem původní zakázky, a rozhodl o správním deliktu žalobce v souvislosti s jejím zadáním.

Žalobce také namítá, že žalovaný odmítl do spisu zařadit a žalobci zpřístupnit podklady, které se k věci vztahují, že se žalovaný nevypořádal s důkazy navrhovanými žalobcem, že žalovaný „svévolně“ měnil vymezení předmětu řízení takovým

způsobem, že nebylo vlastně zřejmé, co je jím konkrétně šetřeno, a že žalovaný žalobce nevyrozuměl o provádění důkazů, přitom správní spis neobsahuje žádný protokol či záznam o provedení listinných důkazů. Za nezákonné, nesprávné a zčásti nepřezkoumatelné pak považuje žalobce i uložení pokuty.

Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí a prvostupňové rozhodnutí ve výrocích III. a IV. zrušit, případně uloženou pokutu moderovat. Své procesní stanovisko žalobce po celou dobu řízení před zdejším soudem nezměnil.

III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný veškerou žalobní argumentaci považuje za nedůvodnou jak v otázkách „viny“, tak v otázkách „trestu“, setrvává na závěrech obsažených v napadeném a jemu předcházejícím prvostupňovém rozhodnutí a žalobu navrhuje zamítnout. Ani k moderaci pokuty nejsou podle žalovaného důvody. Ani žalovaný své procesní stanovisko po celou dobu řízení před zdejším soudem nezměnil.

IV. Posouzení věci

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

Rozsah přezkumu soudu byl ve vztahu k napadenému rozhodnutí žalovaného podle § 75 odst. 2 věty první s.ř.s. zásadně vymezen v žalobě uplatněnými žalobními body.

Stěžejním žalobním bodem je argumentace splněním podmínek pro jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ. S touto argumentací pak podle zdejšího soudu přímo souvisí i žalobcem tvrzený rozpor mezi výroky I. a II. prvostupňového rozhodnutí na straně jedné a výrokem III. téhož rozhodnutí na straně druhé. Obojí totiž souvisí s posouzením otázky, jaké plnění ve skutečnosti žalobce poptával, jak se plnění, jež je předmětem dodatku č. 1, liší od plnění, jež bylo předmětem původní smlouvy, a jaká plnění byla ve výsledku pro žalobce (po tzv. rekonfiguraci) smluvena. Žalovaný se zabýval nákupem vlakových souprav v situaci, kdy vycházel z dodávek sedmi a osmi vlakových souprav, které nebyly předmětem původní veřejné zakázky (původně uzavřené smlouvy), ty však takto (coby 7 + 8 souprav) podle něj realizovány nebyly a namísto toho bylo poptáváno patnáct souprav (na základě kontraktace porušující § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ). Jestliže se tedy žalovaný nejprve zabýval samostatně nákupy sedmi a osmi vlakových souprav (těch, které nebyly předmětem původní smlouvy) a vedl nejprve dvě samostatná správní řízení (vycházel z toho, že obojí bylo samostatnou veřejnou zakázkou), aby následně dospěl k závěru, že tyto nákupy (takto samostatně) realizovány nebyly a namísto toho bylo toto plnění pořízeno jako celek (coby patnáct souprav), přitom první dvě zahájená řízení zastavil a žalobci vytkl postup při nákupu patnácti souprav, pak zastavení řízení promítající se ve výrocích I. a II. prvostupňového rozhodnutí se nevylučuje s výrokem

III. téhož rozhodnutí. Tvrzené neporozumění konstrukci žalovaného je podle přesvědčení zdejšího soudu z pohledu žalobce neporozuměním pouze předstíraným. V tomto dílčím bodu tedy zdejší soud se žalobcem nesouhlasí. Výroky I. a II. prvostupňového rozhodnutí tedy vedle výroku III. (a výroku IV.) prvostupňového rozhodnutí samostatně ob stojí a napadené rozhodnutí, které k rozkladu žalobce proti III. a IV. výroku prvostupňového rozhodnutí tyto dva výroky potvrzovalo, není z uvedeného důvodu rozhodnutím nesrozumitelným či jinak vadným. Výroky I. a II. prvostupňového rozhodnutí jsou výroky od výroků III. a IV. téhož rozhodnutí oddělitelnými, výroky I. a II. prvostupňového rozhodnutí nabyly právní moci uplynutím lhůty pro podání rozkladu, předmětem řízení o rozkladu byly pouze výroky III. a IV., a tedy předmětem přezkumu soudem samostatně mohou být (a jsou) závěry napadeného rozhodnutí ve vztahu k závěrům, které se promítly ve výrocih III. a IV. prvostupňového rozhodnutí.

Pokud jde o otázku aplikace § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ, což je nosným žalobním bodem týkajícím se výroku III. prvostupňového rozhodnutí, pak je nesporné, že žalobce postupoval tak, že „*Dodatek č. 1 ke Smlouvě o výrobě, uvedení do provozu a dodávce souprav Viaggio Comfort společnosti České dráhy, a.s.*“ ze dne 28.3.2012 uzavíral v režimu § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ. Žalobce tvrdí, že postupoval správně, žalovaný má naopak za to, že tak žalobce postupovat nemohl.

Podle § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ lze v jednacím řízení bez uveřejnění veřejnou zakázku na dodávky zadat, jestliže jde o dodatečné dodávky od téhož dodavatele, s nímž již byla uzavřena smlouva, které jsou určeny jako částečná náhrada původní dodávky nebo jako rozšíření stávajícího rozsahu dodávky, a to za předpokladu, že by změna dodavatele nutila zadavatele pořizovat zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původní dodávkou nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě původní dodávky; celková doba trvání původní smlouvy, včetně doby trvání smlouvy na dodatečné dodávky podle tohoto ustanovení, nesmí v případě veřejného zadavatele přesáhnout dobu 3 let, pokud to není odůvodněno zvláštními okolnostmi.

To odpovídá čl. 40 odst. 3 písm. e) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES, podle něhož (sektoroví) zadavatelé mohou použít řízení bez předchozí výzvy k účasti v soutěži (mimo jiné) v případě zakázek na dodávky týkajících se dodatečných dodávek od původního dodavatele, které jsou určeny buď pro částečné nahrazení stávajících dodávek nebo zařízení, nebo rozšíření stávajících dodávek nebo zařízení, jestliže by změna dodavatele nutila zadavatele získávat materiál, který má odlišné technické vlastnosti, což by mělo za následek neslučitelnost nebo nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě.

Použití § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ je tedy v případě žalobce vázáno na kumulativní splnění následujících čtyř podmínek: musí se jednat o plnění, které je dodávkou (1. podmínka), musí jít o dodatečné dodávky od téhož dodavatele, s nímž již byla uzavřena předchozí smlouva (2. podmínka), tyto dodatečné dodávky musí představovat částečnou náhradu původní dodávky nebo rozšíření stávajícího rozsahu

dodávky podle původní smlouvy (3. podmínka) a musí se jednat o dodávky, u nichž by změna dodavatele nutila zadavatele pořizovat zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původní dodávkou nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě původní dodávky (4. podmínka).

Stejné východisko vzal za základ svých úvah i žalovaný; není přitom mezi žalobcem a žalovaným sporu o to, že pátá podmínka podle § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ, tj. že celková doba trvání původní smlouvy a pozdější smlouvy uzavřené v režimu jednacního řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ nesmí přesáhnout dobu 3 let, ledaže by to bylo odůvodněno zvláštními okolnostmi, je vedlejší, neboť ani žalovaný netvrdí, že by mělo být na žalobce nahlíženo jako na veřejného (či dotovaného) zadavatele (§ 2 odst. 2 a 3 ZVZ, § 2 odst. 5 ZVZ); žalobce je i podle žalovaného v postavení zadavatele sektorového (§ 2 odst. 6 ZVZ).

Pokud jde o třetí z uvedených podmínek pro použití jednacního řízení bez uveřejnění, pak za částečnou náhradu původní dodávky lze považovat takové plnění, které je po stránce věcné částečným substitutem plnění, jež bylo původně zadavatelem poptáváno. Musí se tedy jednat svým charakterem o plnění stejného určení; musí jít o plnění, které z pohledu zadavatele co do výsledku srovnatelným způsobem uspokojuje jeho původní poptávku. Podstatou „náhrady“ je, že se část původního plnění zamění za plnění vykazující odlišné specifikace, byť nadále směřuje k uspokojení původního zadavatelova požadavku, tedy v důsledku této „náhrady“ se původní plnění nemůže stát plněním svým charakterem jiným, a to ani z některé jeho části.

Plnění, má-li být „náhradou“ ve smyslu § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ, tedy nemůže být plněním totožným jako plnění původní; v takovém případě by původní plnění nebylo „nahrazováno“. Zároveň však odlišnost mezi původním plněním a jeho „náhradou“ nesmí dosahovat takové intenzity, při níž by se již jednalo o plnění jiného charakteru tvořeného jeho podstatnými, pro takové plnění příznačnými či zadavatelem vymíněnými vlastnostmi, určujícími předmět plnění veřejné zakázky. Při dosažení takové intenzity by se již jednalo věcně o „jiné plnění“, které, bylo-li by poptáváno již v původním řízení, na něž má „náhrada“ ve smyslu § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ navazovat, by mohlo přivodit jiné nabídky co do jejich struktury i obsahu, a tedy i jejich jiné hodnocení, nebo dokonce i jiný okruh dodavatelů. Pro zodpovězení otázky, zda se jedná o „náhradu“ či nikoli, je tedy určující výlučně věcný charakter plnění.

Pod rozšíření stávajícího rozsahu dodávky pak lze podřadit takové plnění, které je věcně týměž plněním, jaké bylo zadavatelem původně poptáváno, pouze se zvyšuje jeho rozsah – tj. množství.

Požadavkem na náhradu původní dodávky nebo na rozšíření stávajícího rozsahu dodávky uplatnitelným v režimu § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ nemůže být tedy požadavek zadavatele na poskytnutí plnění, jež původní plnění co do věcné stránky plnění přesahuje; v takovém případě by totiž šlo o „nahrazení“ ani o „rozšíření stávajícího rozsahu“. Klíčová je tedy v nyní posuzované věci obsahová stránka (předmět) původního plnění a plnění, jež bylo důsledkem tzv. rekonfigurace.

Podle původní smlouvy uzavřené mezi žalobcem a Siemens dne 29.9.2011 mělo být žalobci dodáno 16 souprav osobních železničních vozů (podle smlouvy „*soupravy Viaggio Comfort*“). Podle bodu 1.1 této původní smlouvy se jednalo o kolejová vozidla pro vysokorychlostní železniční osobní dopravu s podrobným popisem v příloze smlouvy „/Ba“. Podle přílohy „/Ba“ se může souprava sestávat z pěti různých typů vozů označovaných „Afmpz“ (osobní řídicí vůz se sedadly 1. třídy a sedadly „Premium Class“), „Ampz“ (osobní vůz se sedadly 1. třídy), „ARBmpz“ (osobní vůz s bistro, místem pro invalidní vozíky a sedadly 1. třídy), „Bmpz/1“ (osobní vůz se sedadly 2. třídy) a „Bmpz/2“ (osobní vůz se sedadly 2. třídy, dětským kinem a prostorem pro kočárky). Z bodu 1.1 a 1.4 původní smlouvy a přílohy „/Ba“ plyne konfigurace vozů v soupravách Afmpz - Ampz - ARbmpz - Bmpz/1 - Bmpz/1 - Bmpz/1 - Bmpz/2; tj. jedna souprava je tvořena sedmi vozy různých typů. Celkových 112 vozů tvořilo 16 vozů typu „Afmpz“, 16 vozů typu „Ampz“, 16 vozů typu „ARBmpz“, 48 vozů typu „Bmpz/1“ a 16 vozů typu „Bmpz/2“.

Jednotlivé vozy přitom nebyly takto konfigurovány v soupravách napevno (po uskutečnění dodávky „navždy“), neboť podle bodu 5.1 přílohy „/Ba“ dodávka umožňuje po jejím uskutečnění i jiné konkrétní konfigurace vozů v soupravách (v provozu jsou možné i jiné sestavy, než jak jsou uvedeny, vytvořené z vozů tvořících předmět dodávky). Jednotlivé vozy tedy měly být způsobilé zařazování a vyřazování z jednotlivých souprav. Konkrétní konfiguraci 112 vozů typu „Afmpz“, „Ampz“, „ARBmpz“, „Bmpz/1“ a „Bmpz/2“ podle původní smlouvy tak lze pokládat za okamžitou sestavu (v okamžiku uskutečňování dílčích dodávek) s možností variability v provozu (po uskutečnění dílčích dodávek).

Podle dodatku č. 1 ze dne 28.3.2012 bylo plnění, na které byla uzavřena původní smlouva ze dne 29.9.2011, změněno v počtu vozů tak, že předmětem plnění bylo namísto 112 vozů nově 113 vozů, a počty kusů jednotlivých typů vozů byly stanoveny takto: 15 vozů typu „Afmpz/2“, 8 vozů typu „Ampz“, 15 vozů typu „ARBmpz“, 60 vozů typu „Bmpz/1“ a 15 vozů typu „Bmpz/3“.

Podle původní smlouvy ze dne 29.9.2011 tedy mělo být dodáno 112 vozů pěti typů, vozy měly být dodávány v sedmivozových soupravách s budoucí možností variability v provozu. Přestože předmětem původního plnění byla postupná dodávka jednotlivých sedmivozových souprav, z původní smlouvy plyne, že jednotlivé soupravy nebyly nedělitelnými, jednotlivé vozy měly být způsobilé zařazování a vyřazování z jednotlivých souprav. Žalobce už během správního řízení tvrdil, že měl možnost (coby provozovatel) dodané soupravy „uvnitř“ podstatným způsobem modifikovat a rekonfigurovat, a to na úrovni jednotlivých dodávaných vozů, totéž tvrdil i v průběhu řízení před soudem; opíral to o „povahu věci“ a o možnost vyplývající též z původní smlouvy, z přílohy „/Ba“ (se zachováním řídicího a koncového vozu, popř. s omezením daným počtem vozů v soupravě – v soupravě nesmí být překročen maximální počet 10 vozů a minimální počet vozů činí 5 vozů). Správním spisem přitom neprochází žádný podklad, který by to vylučoval, žalovaný s touto možností ostatně ani nepolemizoval.

Podle tvrzení žalobce mělo být na základě dodatku č. 1 ze dne ze dne 28.3.2012 dodáno 71 vozů typů „Ampz“, „ARbmpz“ a „Bmpz/1“, což vůbec nemění původní plnění (podle původní smlouvy), v případě 37 vozů (15 vozů typu „Afmpz“, 7 vozů typu „Ampz“ a 15 vozů typu „Bmpz/2“) došlo k úpravám vnitřního uspořádání (počty sedaček), jinak se původní plnění neměnilo, a namísto původních zbylých 4 vozů různých typů mělo být nově dodáno 5 vozů typu „Bmpz/1“. Ani to žalovaný nijak nezpochybnil.

Žalovaný tedy především nikterak nezpochybnil tvrzení, že 71 vozů podle původní smlouvy zůstalo i po uzavření dodatku č. 1 beze změny. Pokud jde o žalobcem tvrzenou změnu „toliko“ sedačkové kapacity v případě 37 vozů, správním spisem neprochází žádný podklad, který by žalobcem předložená schémata vyobrazující sedačkové uspořádání vozů podle původní smlouvy a podle dodatku č. 1 zpochybňoval či dokonce vyvracel. Pokud jde o žalobcem tvrzené výlučně marginální změny u zbylých čtyř vozů podle původní smlouvy a zbylých pěti vozů podle dodatku č. 1, ani ve vztahu k této otázce správním spisem neprochází žádný podklad, který by žalobcem předložená schémata vyobrazující sedačkové uspořádání vozů podle původní smlouvy a podle dodatku č. 1 zpochybňoval nebo vyvracel. Na jakýchkoli konkrétních věcných rozdílech vozů podle původní smlouvy na straně jedné a podle dodatku č. 1 na straně druhé, jež by měly určovat odlišnosti v charakteru plnění, tedy žalovaný své závěry nevystavěl.

Klíčový argument, o který žalovaný svůj závěr opřel, spočíval v tom, že na původní dodávku (dle původní smlouvy) je třeba nahlížet jako na dodávku 16 ucelených souprav, které byly dodatkem č. 1 modifikovány; namísto 16 souprav po sedmi vozech mělo být dodáno 8 souprav po osmi vozech a 7 souprav po sedmi vozech za změněných interiérových parametrů, tyto změny však žalovaný pouze souhrnně převzal od žalobce a nepolemizoval s nimi (dílní rozdíly jsou mezi žalobcem a žalovaným nesporné, přitom otázkou, nakolik se jednalo o rozdíly podstatné, se žalovaný nezabýval). Již pohled na plnění coby „dodávku souprav“ vedl žalovaného k závěru, že se jedná o nové plnění (novou veřejnou zakázku) spočívající v dodávce 15 souprav, které nebyly předmětem původní smlouvy. Důvody, o které žalovaný svůj pohled na plnění coby „dodávku souprav“ opřel, jsou sumarizovány v bodu 73. napadeného rozhodnutí a jsou jimi jednotlivé dodací termíny pro celé soupravy, smluvní pokuta za prodlení s dodávkou celých jednotlivých souprav a způsob fakturace za doávky celých souprav.

Shora žalovaným akcentovaná pravidla týkající se celých jednotlivých souprav sice skutečně odpovídají smluvní úpravě podle původní smlouvy, proti závěrům žalovaného však jistě stojí především fakt, že změna v důsledku dodatku č. 1 se dotkla pouze části původního plnění, měnily se přitom toliko parametry jednotlivých souprav co do typů vozů zařazených v soupravách, to vše s vědomím, že jednotlivé vozy mohou být do souprav a ze souprav nadále volně zařazovány a vyřazovány. Přestože žalovaný vyšel ze správného východiska ke třetí ze shora uvedených podmínek aplikace § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ, tj. že dodatečné dodávky musí představovat

částečnou náhradu původní dodávky nebo rozšíření stávajícího rozsahu dodávky, jeho argumentace postrádá konkrétní důvody opírající se o skutková zjištění, pro které by se dodatek č. 1 z pohledu věcné stránky plnění (vozy určitého charakteru zařazené pro účely řádného plnění podle smluvených pravidel vsoupravách, z nichž a do nichž mohou být v budoucnu v provozu vozy zařazovány a vyřazovány) neměl týkat takového plnění, jež by bylo lze pokládat za substitut původně poptávaného (a dosud nedodaného) plnění podle původní smlouvy, vyjma argumentu dodacími, platebními a sankčními podmínkami plynoucími z původní smlouvy.

Je sice pravdou, že tyto smluvní podmínky se vztahovaly vždy k ucelenému souboru vozů, tj. vždy k jednotlivým soupravám, není však důvodu, aby samotné smluvní instrumentarium (tu dodací podmínky, platební podmínky a sankce) bylo rozhodujícím indikátorem věcného charakteru plnění. Nemůže tak být ani klíčovým argumentem, který by oprávněně měl vést k závěru, že se v důsledku dodatku č. 1 jednalo o plnění odlišné od plnění původního (podle původní smlouvy). Žalovaný ostatně na jedné straně pomocí interpretace tohoto smluvního instrumentaria dospívá k závěru, že předmětem původního plnění (podle původní smlouvy) byly soupravy, na druhé straně však uznává, že totéž plnění „mohlo být vymezeno“ jako 112 vozů, což je pojetí, které zastává sám žalobce. I to tedy potvrzuje, že závěr žalovaného je opřen toliko o použité smluvní pojmenování předmětu plnění a zvolené smluvní podmínky týkající se dodání a placení. Zdejší soud je však toho názoru, že předmět plnění veřejné zakázky (tu původní smlouvy a jejího dodatku č. 1) je určován jeho materiálním obsahem, nikoli formálním pojmenováním a volbou smluvního instrumentaria; závěr ohledně předmětu plnění podle jeho vlastností nemůže být bez dalšího vyvrácen výlučně na základě formulací dodacích, platebních a sankčních podmínek.

Dovození věcného charakteru plnění z dodacích, platebních a sankčních podmínek se ostatně při aplikaci ZVZ jeví jako obecně nespolehlivé; kupř. u veřejných zakázek na stavební práce (kde předmětem plnění je stavba, resp. její realizace) též může být smluvně ujednáno postupné předávání stavby (po jednotlivých etapách výstavby) objednateli, postupné placení a na oboje navázané dílčí sankce – a obdobně by bylo lze argumentovat pro případy veřejných zakázek na dodávky i na služby. Argumentací uvedenými smluvními podmínkami stejně jako argumentací textem bodu 1.1 dodatku č. 1 (podle něhož se bod 1.4 původní smlouvy „na dodávku 16 vlakových souprav...“ vypouští a nahrazuje textem, který opět zmiňuje dodávku souprav – „Dodavatel vyrobí, dodá ... a uvede do provozu 15 ... SVC ... za cenu dle bodu 5.1...“) je podle zdejšího soudu zamlžována podstata plnění, jímž jsou jednotlivé vozy smluvených typů (jednotky, z nichž se vlakové soupravy sestávají), byť podle původní smlouvy konfigurované (sestavené) jinak než po účinnosti dodatku č. 1.

Podle zdejšího soudu tedy neobstojí nosný důvod, pro který žalovaný původní plnění pokládal za „dodávku souprav“, jež mohlo být nahrazováno opět jen „dodávku souprav“.

Jestliže žalobce v průběhu řízení před žalovaným nesouhlasil s tím, že by předmětem původního plnění (podle původní smlouvy) měly být „dodávky souprav“, nýbrž že se jednalo o „dodávky vozů“ (byť vozů pro účely dílčích plnění řazených do souprav), a jestliže na podporu své argumentace odkazující na samotný text bodu 5.1 přílohy „/Ba“ původní smlouvy žalovanému předložil stanovisko doc. Koláře ze dne 29.10.2013, které potvrzovalo možnosti odlišných konfigurací dodaných vozů (byť dodávaných v určité smluvené konfiguraci v soupravách), a to dokonce v odlišném počtu vozů v rámci souprav, pak žalovaný na tuto argumentaci v bodu 75. napadeného rozhodnutí reagoval tak, že ani potenciální možnost změny předmětu plnění na jeho závěrech o tom, že předmětem plnění byla „dodávka souprav“, nic nemění, neboť pro posouzení předmětu zakázky na rekonfiguraci je rozhodující charakter tohoto předmětu vymezený v zadávacích podmínkách a dodatku č. 1 a tam vyjádřený záměr žalobce jako zadavatele, jehož další postup a případně možnost změny předmětu plnění realizovaná v rámci dispozice s předmětem vlastnického práva není při přezkumu postupu zadavatele v zadávacím řízení relevantní. To ovšem není reakcí na podstatu argumentu žalobce ani na obsah uvedeného stanoviska, neboť touto podstatou není jakékoli tvrzení v tom směru, že by do budoucna bylo možno „měnit předmět plnění“, nýbrž že od počátku je plnění sjednáno jako „dodávka vozů“ (v různých počtech řazených do souprav a z nich po dodání kdykoli vyřaditelných, do jiných souprav v různé kombinaci přeřaditelných a případně zpět v různé kombinaci zařaditelných), nikoli „dodávka souprav“ (nezměnitelných jako celek). Jinak se žalovaný obsahem tohoto stanoviska ve vztahu ke třetí z uvedených čtyř podmínek aplikace § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ nezabýval.

Z dosud uvedeného lze tedy učinit dílčí závěr, že žalovaný svoji úvahu ohledně předmětu plnění, tj. že jím je „dodávka souprav“ (napevno nakonfigurovaných jednotlivými vozy), opřel výlučně o dodací podmínky, platební podmínky a sankce, jež se vždy týkají „dodávky souprav“, přitom na protiargumentaci žalobce podpořenou odborným stanoviskem doc. Koláře, jak bylo právě sumarizováno, reagoval pouze v tom smyslu, že to na věci nic nemění, neboť předmět plnění lze po jeho dodání změnit, aniž by žalovaný na obsah tohoto stanoviska konkrétně reagoval. Pak tedy proti nosné argumentaci žalobce ve prospěch splnění třetí ze shora uvedených čtyř podmínek pro použití § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ založené na tom, že nové plnění (podle dodatku č. 1) je náhradou původního plnění (podle původní smlouvy) coby jeho částečný substitut, neboť plněním jsou v rámci původního plnění i v rámci plnění po účinnosti dodatku č. 1 „vozy“ zčásti totožných a zčásti obdobných specifikací, chybí věcná protiargumentace žalovaného.

Žalobce též na podporu závěru, že plnění podle dodatku č. 1 nemění věcnou podstatu plnění podle původní smlouvy, argumentoval (a žalovanému je předložil) stanoviskem odboru kolejových vozidel žalobce ze dne 24.10.2013. Odlišně od stanoviska doc. Koláře (shora) zdejší soud stanovisko odboru kolejových vozidel žalobce (interní sdělení uvnitř žalobce) pokládá za součást právního názoru žalobce, nikoli za odborné vyjádření, jež by mohlo být stavěno naroveň jakémukoli odbornému stanovisku externímu. Podstatné tedy není, že tak míní uvedené interní stanovisko žalobce, nýbrž že z původní smlouvy (z přílohy „/Ba“) vyplývá, že v soupravě nesmí

být překročen maximální počet 10 vozů a že minimální počet vozů činí 5 vozů. To ovšem též potvrzuje možnost variability dodaných vozů po jejich dodání v rámci souprav, a tedy argument, že původní dodávka byla dodávkou vozů, nikoli souprav. Ve zbytku naposledy uvedené stanovisko sice nemůže být pokládáno za (ani interní) podklad žalobce, který by měl k dispozici před zahájením jednacního řízení bez uveřejnění, jež vyústilo v uzavření dodatku č. 1 (ten byl uzavřen v březnu 2012, zatímco stanovisko je datováno až k říjnu roku 2013), může se však jednat o odbornou argumentaci, jíž by žalobce samotný jistě měl být schopen, kterou by bylo dokládáno žalobcovo odborné přesvědčení, že řazení jednotlivých vozů (jež byly předmětem původního plnění) do souprav je volitelné a že počet a typ jednotlivých vozů nemá vliv na celkový charakter dodávky. Z pohledu posouzení charakteru původní dodávky ve vztahu k možnosti použít ke kontraktaci dodatku č. 1 k původní smlouvě jednacní řízení bez uveřejnění jde přitom o argument podstatný.

Jestliže zdejší soud vyjde z toho, že ustanovení zadávacích směrnic i ZVZ ohledně použití jednacního řízení bez uveřejnění je třeba vykládat restriktivně, přitom důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nese ten, kdo se jich dovolává, tj. zadavatel (rozsudek Soudního dvora ze dne 14.9.2004 ve věci C-385/02, *Komise proti Itálii*, rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 28.11.2012 ve věci sp. zn. 1 Afs 23/2012, ze dne 13.11.2014 ve věci sp. zn. 9 Afs 93/2013 a ze dne 31.8.2015 ve věci sp. zn. 8 As 149/2014, rozsudky zdejšího soudu ze dne 3.10.2013 ve věci sp. zn. 62 Af 48/2012, ze dne 29.5.2014 ve věci sp. zn. 29 Af 65/2012 a ze dne 13.1.2015 ve věci sp. zn. 62 Af 95/2013), pak argumentaci žalobce opírající se o text původní smlouvy a přílohy doplněná oběma právě uvedenými stanovisky (byť jedno z nich je svojí povahou žalobcovo interní) je nutno pokládat za kvalifikovaný pokus unést důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro použití jednacního řízení bez uveřejnění při uzavírání dodatku č. 1 (konkrétně splnění třetí ze shora sumarizovaných podmínek), a tedy tato argumentace musela být žalovaným především náležitě odborně vypořádána a hodlal-li žalovaný dovést nesplnění podmínek pro použití jednacního řízení bez uveřejnění (nesplnění třetí ze shora sumarizovaných podmínek), pak i vyvrácena; jde přitom o otázku nikoli výlučně právní, nýbrž i odbornou – technickou. Nic z toho se, jak je patrné ze shora uvedeného, v posuzované věci v řízení před žalovaným nestalo.

Proti klíčovému závěru žalovaného, podle něhož předmětem původního plnění (podle původní smlouvy) byla dodávka „souprav“ a nikoli „vozů“, ostatně může podpůrně svědčit i argumentace žalobce ohledně použitého CPV kódu č. 34622200-5 „osobní železniční vozy“. Význam CPV kódů akcentoval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 26.9.2013 ve věci sp. zn. 7 Afs 98/2012; klasifikace plnění podle CPV kódů slouží k úplnějšímu popisu předmětu veřejné zakázky, jde o normu pro údaje užívané zadavateli veřejných zakázek k popisu předmětu smluv založeného na jednotném referenčním systému, který užívá stejného popisu zboží v unijních úředních jazycích a stejného odpovídajícího abecedně číslíkového kódu, aby bylo možno překonat jazykové bariéry v celoevropském měřítku, a zadavatel je povinen tuto klasifikaci použít (§ 47 ZVZ). Podle Nejvyššího správního soudu jde tedy o nástroj, jehož využití je povinné a který plní zásadní roli, protože podporuje transparentnost

zadávaní veřejných zakázek (jednotná klasifikace umožňuje vytvořit informační systém pro zadávání veřejných zakázek a snížit riziko chyby při překladačném oznámení, v důsledku toho usnadňuje vyhledávání podnikatelských příležitostí a zjednodušuje vypracování statistik o veřejných zakázkách). Ačkoli v některých případech může nastat situace, kdy je možné (resp. je třeba) vybírat z více kódů, v nyní posuzované věci taková možnost nebyla; žalobce použil k identifikaci plnění CPV kód „osobní železniční vozy“, aniž by v úvahu (pokud jde o volbu CPV kódu) přicházela možnost jiná. Přestože výlučně volba CPV kódu jistě nemůže být zcela určující pro zodpovězení otázky, zda předmětem plnění byly „soupravy“ či „vozy“, pak zdejší soud má za to, že jestliže žalobcův argument použitím CPV kódu „osobní železniční vozy“ žalovaný odmítl z toho důvodu, že „soupravy“ železničních vozů nemají samostatný CPV kód, jde o skutečnost svědčící spíše pro závěr, že poptávka po železničních vozech není v praxi uspokojována dodávkami „souprav“, nýbrž „vozů“ (přínejmenším s tím takto nepočítá nomenklatura CPV kódů). Pokud tedy bylo CPV kódem argumentováno, pak použití CPV kódu č. 34622200-5 „osobní železniční vozy“ rovněž není argumentem podporujícím závěr žalovaného, nýbrž spíše naopak.

Žalobce také žalovanému argumentoval rozhodnutími drážního úřadu, podle nichž je „vůz“ samostatným drážním vozidlem. Lze sice souhlasit s protiargumentem žalovaného vyjádřeným v bodu 78. napadeného rozhodnutí potud, že rozhodnutí drážního úřadu by zřejmě nebyla způsobilá prokázat, že předmětem plnění byly „vozy“ a nikoli „soupravy“ vozů, pokud by argumentace těmito rozhodnutími byla jediným argumentem, žalobce však rozhodnutími drážního úřadu argumentoval na podporu svého názoru, v převažující míře se opírajícího o argumenty jiné – a podle zdejšího soudu žalobce rozhodnutími drážního úřadu argumentoval vcelku přílehavě. Jestliže totiž každý vůz je pokládán za samostatné drážní vozidlo, potvrzuje to oprávněnou možnost jeho použití v jakékoli konfiguraci v rámci soupravy i možnost samostatně jej poptávat, což nakonec taktéž nepřímo podpírá žalobcovu argumentaci o podstatě předmětu původního plnění coby „vozech“.

Žalovaný též dospěl k závěru, že i kdyby připustil, že předmětem plnění byly „vozy“ a nikoli „soupravy“, nejednalo by se v případě uzavírání dodatku č. 1 k původní smlouvě o náhradu původní dodávky, neboť po rekonfiguraci v důsledku uzavření tohoto dodatku dodané vozy neslouží ke stejnému účelu, tj. neuspokojují požadavky žalobce podle původní smlouvy. Tento svůj závěr žalovaný staví do souvislosti s tvrzením ohledně změny základních atributů daných vozů, a tedy i jejich charakteru. Taková „změna základních atributů“ vozů před uzavřením dodatku č. 1 a po jeho uzavření však podle zdejšího soudu z ničeho nevyplývá. Účelem pořízení vozů podle původní smlouvy před uzavřením dodatku č. 1 i po jeho uzavření byla, jednoduše řečeno, potřeba žalobce disponovat železničními vozy v provozu řaditelnými do různých konfigurací určenými pro přepravu cestujících. Oproti argumentaci žalobce, podle které ze 112 původně poptávaných vozů (na které byla uzavřena původní smlouva) se 71 vozů nezměnilo vůbec a u 41 vozů došlo výlučně ke změně jejich vnitřního uspořádání (přitom stále se jednalo o též charakter vozů se sedačkami pro přepravu cestujících), a tedy že plnění po uzavření dodatku č. 1 bylo věcným substitutem původního plnění (podle původní smlouvy), z převažující části

(71 vozů ze 112) dokonce zcela totožným plněním, žalovaný žádný protiargument nepřinesl. Ze žádného argumentu žalovaného a ostatně ani ze žádného skutkového zjištění, jež by žalovaný z podkladu rozhodnutí učinil, podle zdejšího soudu nplyne, že by po uzavření dodatku č. 1 nebyla zachována materiálně táž věcná povaha plnění i jeho zcela shodný účel. Rozdíly v počtu míst k sezení či ke státní, dílčí odchylky hmotnostní, dílčí prvky určující třídu, změny spočívající v dovybavení víceúčelovými oddíly, dětským kinem a prostorem pro rodiny ani rozdíly v typech vozů, jak je vše popisováno v bodech 137. – 140. prvostupňového rozhodnutí, samy o sobě nemění charakter plnění („vozů“) a bez podrobnějšího rozboru, který však žalovaný neučinil, nevyvolávají pochybnosti v tom směru, že by tato specifikace, byla-li by použita již v původní smlouvě, mohla přivodit jiný výsledek původního zadávacího řízení. Takto souhrnně zmiňované rozdíly, nebyla-li vyvrácena argumentace žalobce směřující k tomu, že o podstatné rozdíly nejde, jež se opírala především o shora uvedená odborná stanoviska, nemohou být důvodem k přímočarému závěru žalovaného, že plnění v důsledku dodatku č. 1 z pohledu zadavatele nevykazuje zcela shodný účel.

Nic tedy nevyvrací argumentaci žalobce, že náhrada vozů (nepřesahující ve výsledku původně poptávaný počet 112) se týkala pouze menší části původního plnění (41 vozů ze 112), že vozy měly nadále plnit stejný účel a že žádná změna v provedení nebyla změnou podstatnou, neboť základem změny bylo jiné sedačkové uspořádání (vedoucí ke zvýšení přepravní kapacity), jež vyvolalo z pohledu nosného charakteru plnění i jeho účelu bezvýznamné úpravy interiéru vozů (vnitřní obložení, stropní prvky, výdechy klimatizace, monitory nad sedačkami), některé původně poptávané vozy se nově měly dodat ve větším počtu (vozy typu „Bmpz/1“), v některých původně poptávaných vozech došlo ke změně spočívající v nahrazení pevných sedadel prostorem pro kola a sklápěcími sedadly (vozy typu „Bmpz/2“) při zachování povahy vozu jako koncového (vůz typu „Bmpz/3“), v některých vozech se změnila sedačky (vozy typu „Afmpz“) a staly se z nich při zachování charakteru řídicího vozu vozy typu „Afmpz/2“. Ani změna počtu sedaček, ani interiérové úpravy nemění charakter plnění a ostatně ani z pohledu celkové hmotnosti vozů marginální změny hmotnosti či navýšení počtu vozů určitého typu vrámci původních 112 vozů nemohou vést k závěru, že plnění po uzavření dodatku č. 1 nepředstavovalo částečnou náhradu původní dodávky (podle původní smlouvy před uzavřením tohoto dodatku).

Ostatně na podrobnou (rozkladovou) argumentaci žalobce v právě uvedeném smyslu bylo žalovaným v bodech 88. a 89. napadeného rozhodnutí reagováno pouze tak, že je třeba přihlídnout ke konkrétnímu účelu, k němuž měly vozy sloužit, a ten podle žalovaného stejný nebyl, a že vozy byly podstatně měněny ve svých vlastnostech, a tedy nejde o náhradu původního plnění. Jednak jde ke konkrétní argumentaci žalobce o argument toliko obecný, nadto ani s takto obecným argumentem zdejší soud nesouhlasí. Má-li být totiž za částečnou náhradu původní dodávky pokládáno plnění, jež je svojí věcnou povahou plněním stejného určení, které z pohledu zadavatele co do výsledku srovnatelným způsobem uspokojuje jeho původní poptávku, aniž by se jakkoli měnil jeho věcný charakter a významnějším způsobem jeho dílčí specifikace, pak nic z argumentace žalovaného splnění podmínky částečné náhrady nevyklučuje. Závěr žalovaného, že plnění po uzavření dodatku č. 1

nepředstavuje náhradu uspokojující původní požadavky žalobce ve smyslu třetí ze čtyř podmínek podle § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ, tedy nemá oporu v žádném skutkovém zjištění, jež žalovaný učinil. Naopak podle zdejšího soudu měla vést skutková zjištění žalovaného k závěru, že podstatou původního plnění byly „vozy“ určitých typů a specifikací, přičemž dílčí změny těchto specifikací zčásti se promítajících do jiného označení typů z plnění, jehož se týkal dodatek č. 1, nečiní plnění jiné, jež by nemohlo být pokládáno za „náhradu“ ve smyslu § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ.

Stejně tak není podle zdejšího soudu jakékoli opory pro závěr žalovaného, že rozšíření plnění ze 112 na 113 vozů není rozšířením stávajícího rozsahu dodávky podle § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ. K tomuto závěru totiž žalovaný dospívá výlučně na základě téhož argumentu, který byl již shora zdejším soudem odmítnut, tj. že předmětem původního plnění (podle původní smlouvy) nebyly „vozy“, nýbrž celé „soupravy“. Jestliže zdejší soud pokládá tento závěr žalovaného za neodpovídající jeho skutkovým zjištěním, pak nemůže obstát nosný argument žalovaného ohledně nesplnění podmínky „rozšíření rozsahu dodávky“, podle něhož jeden kus vlakové soupravy představoval jednotku vyjadřující předmět plnění, a tedy jeden vůz není soupravou požadovanou podle původní smlouvy. Podle zdejšího soudu přitom žalobce příhodně poukazuje na nelogičnost konstrukce žalovaného, podle níž by zřejmě mohly být podmínky jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ (včetně třetí z tam uvedených podmínek) splněny v případě, kdy by se původní plnění (podle původní smlouvy) rozšiřovalo o jednu celou soupravu tvořenou sedmi vozy, zatímco rozšiřuje-li se pouze o jeden vůz, tyto podmínky splněny nejsou. Naopak i ohledně této dílčí otázky měla vést skutková zjištění žalovaného k závěru, že podstatou původního plnění bylo 112 vozů určitých typů a specifikací, jejichž množství bylo dodatkem č. 1 zvýšeno o 1 vůz.

Již na základě shora uvedeného zdejší soud musí uzavřít, že žalovaný zatížil své rozhodnutí nezákonností spočívající v nesprávné aplikaci § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ na zjištěný skutkový stav. Za zjištěného skutkového stavu totiž žalovaný nemohl dovodit, že žalobce nebyl oprávněn „*Dodatek č. 1 ke Smlouvě o výrobě, uvedení do provozu a dodávce souprav Viaggio Comfort společnosti České dráhy, a.s.*“ ze dne 28.3.2012 uzavřít v režimu § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ z důvodu nesplnění třetí ze čtyř podmínek tam uvedených, tj. že plnění, jež mělo být po uzavření uvedeného dodatku oproti plnění podle původní smlouvy dodáno, není dodatečnou dodávkou, jež by představovala částečnou náhradu původní dodávky nebo rozšíření stávajícího rozsahu dodávky (podle původní smlouvy). Nemůže tedy obstát závěr žalovaného, podle kterého se žalobce při zadávání veřejné zakázky na rekonfiguraci dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 ZVZ, když zakázku na rekonfiguraci zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ. Zdejší soud se v této otázce v zásadě ztotožnil s nosnou argumentací žalobce, kterou zastával v průběhu správního řízení před žalovaným i nyní v řízení o žalobě před zdejším soudem.

Právě uvedené vede k nutnosti napadené rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s.ř.s. zrušit a věc se shora uvedeným právním názorem, který je pro další řízení před

žalovaným určující (§ 78 odst. 5 s.ř.s.), vrátit žalovanému k dalšímu řízení podle § 78 odst. 4 s.ř.s.

Jestliže splnění prvních dvou ze shora uvedených čtyř podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ není mezi žalobcem a žalovaným sporné, (ne)splnění třetí podmínky žalovaný vyhodnotil na základě jím zjištěného skutkového stavu nesprávně a čtvrtou podmínkou se již žalovaný nezabýval (neboť všechny podmínky musely být splněny kumulativně), pak pro další řízení před žalovaným to znamená následující: hodlá-li žalovaný setrvat na svém závěru ohledně nesplnění třetí z uvedených čtyř podmínek, bude muset tento závěr opřít o odpovídající skutková zjištění, jež se budou zcela odlišovat o těch, která za základ svých úvah vzal v napadeném a jemu předcházejícím rozhodnutí, neboť především bude muset kvalifikovaně vyvrátit žalobcovu argumentaci o tom, že mezi „vozy“ poptávanými na základě původní smlouvy a na základě dodatku č. 1 není z pohledu věcné charakteristiky plnění žádného rozdílu. V opačném případě (za skutkového stavu, jak dosud plyne ze správního spisu) bude třeba mít třetí z uvedených čtyř podmínek za splněnou a nutně tedy bude zapotřebí zabývat se splněním čtvrté z uvedených podmínek; lze-li jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 5 písm. b) ZVZ využít při kumulativním splnění (v případě žalobce) všech čtyř podmínek, pak pro posouzení věci bude v takovém případě klíčový závěr žalovaného právě ohledně splnění čtvrté z těchto podmínek. Čtvrtou podmínkou se přitom žalovaný dosud nezabýval. To ve svém souhrnu vede zdejší soud nejen ke zrušení napadeného rozhodnutí, nýbrž i ke zrušení výrokových částí III. a IV. prvostupňového rozhodnutí, jež nyní napadenému rozhodnutí předcházelo, podle § 78 odst. 3 s.ř.s.

Za shora uvedeného stavu pokládá zdejší soud za nadbytečné vyjadřovat se ke zbylé dílčí žalobní argumentaci, a to jak k té, v níž jsou namítána zbylá dílčí procesní pochybení žalovaného, tak k té, která míří proti závěrům žalovaného ohledně trestu (pokuty).

V.Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce byl ve věci úspěšný, náleží mu proto právo na náhradu nákladů proti žalovanému, který na náhradu nákladů řízení právo nemá.

Žalobce zaplatil soudní poplatek (3 000 Kč) a dále mu vznikly náklady právního zastoupení za čtyři úkony právní služby (převzetí a příprava zastoupení, podání žaloby, podání repliky a účast na jednání soudu) po 3 100 Kč společně se čtyřmi režijními paušály po 300 Kč (§ 11 odst. 1 písm. a/, d/ a g/ a § 13 vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu) a společně s náhradou cestovních výdajů zástupce – advokáta na jednání soudu a zpět (Praha – Brno – Praha, 416 km vozidlem RZ 1AA 0007, kopie TP doložena) a náhradou za promeškaný čas na cestě k jednání soudu a zpět (4,5 hod. celkem), to vše kromě částky odpovídající zaplacenému soudnímu poplatku s navýšením o částku odpovídající DPH, celkem tedy 3 000 Kč + 17 548 + 3 685 Kč = 24 233 Kč.

K zaplacení nákladů řízení 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.

V Brně dne 5. listopadu 2015

Za správnost vyhotovení:
Romana Lipovská

David Raus, v.r.
předseda senátu