



UOHSX00JR9RI

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0063/2024/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-20652/2024/163

Brno 28. 5. 2024

V řízení o rozkladu ze dne 2. 4. 2024 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne obviněným –

- **České dráhy, a.s.**, IČO 70994226, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 5. 2. 2024 JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem, ev. č. ČAK 11323, společníkem advokátní kanceláře ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0058/2024/VZ, č. j. ÚOHS-11780/2024/510 ze dne 15. 3. 2024, vydanému v řízení o přestupku zahájeném dne 24. 1. 2024,

ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění, v souvislosti s uzavřením dodatku č. 2 ze dne 3. 4. 2023 ke kupní smlouvě uzavřené dne 30. 11. 2020 na základě „**Rámcové dohody na dodávky elektrických jednotek EMU 160 pro regionální dopravu**“ ze dne 29. 3. 2019, kterou obviněný uzavřel s dodavatelem „Konsorcium ŠKODA TRANSPORTATION a ŠKODA VAGONKA“, jehož společníky jsou ŠKODA TRANSPORTATION a.s., IČO 62623753, se sídlem Emila Škody 2922/1, Jižní Předměstí, 301 00 Plzeň, a ŠKODA VAGONKA a.s., IČO 25870637, se sídlem 1. máje 3176/102, Moravská Ostrava, 703 00 Ostrava, na základě jednacího řízení s uveřejněním s názvem „Rámcová dohoda na dodávky elektrických jednotek EMU 160 pro regionální dopravu“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 5. 2018 a uveřejněno dne 4. 5. 2018 ve Věstníku veřejných zakázek pod

ev. č. Z2018-014150, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4. 5. 2018 pod ev. č. 2018/S 086-194163, ve znění pozdějších oprav,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0058/2024/VZ, č. j. ÚOHS-11780/2024/510 ze dne 15. 3. 2024

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Postup obviněného

1. České dráhy, a.s., IČO 70994226, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha 1, (dále jen „**obviněný**“) uskutečnily jako zadavatel zadávající sektorovou veřejnou zakázku ve smyslu § 151 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen „**ZZVZ**“)¹ jednacím řízením s uveřejněním s názvem „Rámcová dohoda na dodávky elektrických jednotek EMU 160 pro regionální dopravu“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 5. 2018 a uveřejněno dne 4. 5. 2018 ve Věstníku veřejných zakázek pod ev. č. Z2018-014150, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 4. 5. 2018 pod ev. č. 2018/S 086-194163, ve znění pozdějších oprav (dále je „**zadávací řízení**“).
2. Výsledkem zadávacího řízení bylo uzavření rámcové dohody ze dne 29. 3. 2019 (dále jen „**rámcová dohoda**“) podle § 169 a § 131 a násl. ZZVZ na 8 let ode dne nabytí její účinnosti mezi obviněným a dodavatelem „Konsorcium ŠKODA TRANSPORTATION a ŠKODA VAGONKA“, jehož společníky jsou ŠKODA TRANSPORTATION a.s., IČO 62623753, se sídlem Emila Škody 2922/1, Jižní Předměstí, 301 00 Plzeň, a ŠKODA VAGONKA a.s., IČO 25870637, se sídlem 1. máje 3176/102, Moravská Ostrava, 703 00 Ostrava, (dále jen „**vybraný dodavatel**“), jejímž předmětem byla výroba a dodávka nejvýše 50 ks jednopodlažních, částečně nízkopodlažních elektrických jednotek pro regionální dopravu, každá s obsaditelností minimálně 140 sedících

¹ Pozn.: Pro posouzení zákonnosti změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku učiněné obviněným prostřednictvím dodatku č. 2 a odpovědnosti obviněného za projednávaný přestupek a uložení sankce za jeho spáchání, je rozhodné znění ZZVZ ke dni uzavření tohoto dodatku – tj. ke dni **3. 4. 2023**, ledaže by pozdější právní úprava byla pro obviněného příznivější.

Postup Úřadu v řízení o přestupku se řídí právními předpisy účinnými ke dni jeho zahájení – tj. ke dni **24. 1. 2024**, ledaže by pozdější právní úprava byla pro obviněného příznivější.

V tomto rozhodnutí jsou citována ustanovení ZZVZ účinná k uvedeným datům, ledaže je výslovně uvedeno jinak.

cestujících, označovaných jako EMU 160 (dále jen „jednotka EMU“) včetně dodávky náhradních dílů a konstrukčních celků výměnného systému.

3. Obviněný uzavřel na základě rámcové dohody s vybraným dodavatelem kupní smlouvu ze dne 30. 11. 2020 (dále jen „**kupní smlouva**“), jejímž předmětem byla výroba a dodávka 19 jednotek EMU.
4. Dne 3. 4. 2023 obviněný uzavřel s vybraným dodavatelem dodatek č. 2 ke kupní smlouvě (dále jen „**dodatek č. 2**“), na jehož základě požadoval namísto výroby a dodávky 19 jednotek EMU výrobu a dodávku 15 jednotek EMU a 4 elektrických jednotek osazených bateriovým pohonem (dále jen „**jednotka BEMU**“).

II. Řízení o přestupku vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 ZZVZ ve spojení s § 270 odst. 5 ZZVZ k projednávání přestupků podle tohoto zákona, se dozvěděl z veřejně dostupných zdrojů skutečnosti, které potenciálně nasvědčovaly spáchání přestupku obviněným tím, že pořídil 4 jednotky BEMU bez uskutečnění zadávacího řízení. Vzhledem k tomu Úřad obviněného vyzval k doručení jeho vyjádření a související dokumentace a v návaznosti na to vydal podle § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZOP**“) příkaz č. j. ÚOHS-03303/2024/500 ze dne 23. 1. 2024 (dále jen „**příkaz**“), jehož výrokem I rozhodl o tom, že obviněný se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, za což mu výrokem II uložil pokutu ve výši 6 000 000 Kč.
6. Dne 24. 1. 2024, kdy byl obviněnému příkaz doručen, bylo podle § 249 ZZVZ ve spojení s § 78 odst. 2 a § 90 odst. 1 ZOP zahájeno řízení o přestupku vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0058/2024/VZ (dále jen „**řízení o přestupku**“), jehož jediným účastníkem je podle § 68 písm. a) ZOP obviněný. Obviněný podal proti příkazu odpor ze dne 30. 1. 2024.

III. Napadené rozhodnutí Úřadu ze dne 15. 3. 2024

7. Dne 15. 3. 2024 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0058/2024/VZ, č. j. ÚOHS-11780/2024/510 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
8. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že obviněný se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ tím, že nedodržel pravidlo stanovené v § 131 odst. 5 ZZVZ ve spojení s § 151 odst. 4 a § 169 odst. 2 ZZVZ, když umožnil podstatnou změnu podmínek rámcové dohody po dobu jejího trvání bez provedení nového zadávacího řízení tím, že při zadávání sektorové veřejné zakázky na základě rámcové dohody uzavřel s vybraným dodavatelem dodatek č. 2, kterým místo výroby a dodávky 19 jednotek EMU sjednané v kupní smlouvě požadoval výrobu a dodávku 15 jednotek EMU a 4 jednotek BEMU, a umožnil tak změnu podmínek uvedených v rámcové dohodě, která ve smyslu § 222 odst. 3 písm. c) ZZVZ vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění, jež bylo možné požadovat na základě rámcové dohody, a která by umožnila ve smyslu § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele.

9. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému podle § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ za spáchání přestupku shledaného ve výroku I napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 6 000 000 Kč.
10. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému podle § 95 odst. 1 ZOP, v návaznosti na § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, povinnost uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč.
11. Úřad konstatoval v odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí, že obviněný změnil dodatkem č. 2 podmínky rámcové dohody, na jejímž základě mohl požadovat pouze výrobu a dodávku jednotek EMU. Obviněný tuto změnu podřadil pod § 222 odst. 6 ZZVZ, podle něhož se – ve spojení s § 173 ZZVZ – nepovažuje za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku změna, a) jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, a b) nemění celkovou povahu veřejné zakázky.
12. Úřad uvedl ve vztahu k celkové povaze veřejné zakázky ve smyslu § 222 odst. 6 písm. b) ZZVZ, že z přílohy č. 1 rámcové dohody (stejně jako přílohy č. 1 kupní smlouvy) plyne, že jednotky EMU budou využity pro osobní regionální dopravu na elektrifikovaných tratích. Z toho dle Úřadu vyplývá, že jednotky EMU jsou poháněny elektrickou energií a jejich použití je z povahy věci podmíněno existencí a rozsahem elektrifikovaných železničních tratí. Požadavkem na výrobu a dodávku jednotek EMU tak obviněný reflektoval svoji potřebu spočívající v zajištění přepravy osob výlučně na elektrifikovaných železničních tratích. Oproti tomu jsou jednotky BEMU osazeny baterií, a proto mohou být využity také na železničních tratích, které elektrifikovány nejsou. Požadavek na dodání jiného typu jednotky, která může být využita i na dalším typu železniční tratě, rozšiřuje dle Úřadu původní potřebu obviněného o možnost zajistit přepravu osob i na neelektrifikovaných železničních tratích, na nichž je vyloučeno použití jednotek EMU. S ohledem na to Úřad dospěl k závěru, že dodatkem č. 2 došlo ke změně celkové povahy veřejné zakázky, resp. rámcové dohody, neboť požadavek na výrobu a dodávku 4 jednotek BEMU šel nad rámec původní potřeby obviněného. Dle Úřadu nebyla proto naplněna podmínka vymezená v § 222 odst. 6 písm. b) ZZVZ.
13. Dle názoru Úřadu je příliš široký výklad obviněného, že účelem veřejné zakázky bylo zajistit osobní železniční dopravu na tratích v České republice, neboť při jeho přijetí by *ad absurdum* bylo možné požadovat namísto jednotek EMU cokoliv, čím by bylo možné zajistit osobní železniční dopravu (např. úpravu na dieselovou jednotku, kombinace dieselové jednotky a elektrické jednotky, kombinace elektrické jednotky s vodíkovou apod.). Dle Úřadu ani není podstatné, že primární napájení jednotek EMU a BEMU je shodné, tj. z troleje, neboť jednotka BEMU dokáže oproti jednotce EMU obsloužit nejen elektrifikované železniční tratě (při napájení z troleje), ale při využití energie uložené v baterii také trasy na neelektrifikovaných železničních tratích, resp. na neelektrifikovaných úsecích železničních tratích. Úřad taktéž podotkl, že byť může být osazení jednotky EMU bateriovým pohonem z hlediska technologických postupů jednoduché, nelze pominout skutečnost, že tato změna navýšila cenu jedné jednotky o necelou jednu třetinu, což zcela jistě nelze označit za marginální změnu.

14. K podmínce vymezené v § 222 odst. 6 písm. a) ZZVZ Úřad konstatoval, že z vyjádření obviněného vyplývá, že požadavek Moravskoslezského kraje (dále jen „**MSK**“) na nasazení 4 jednotek BEMU na lince S8 v roce 2024 vyplynul z dopisu ze dne 10. 12. 2021, tedy ze vztahu mezi obviněným a MSK v souvislosti se zajišťováním dopravní obslužnosti na území kraje. Dle Úřadu stojí tyto okolnosti vně vztahu mezi obviněným a vybraným dodavatelem, resp. nijak nesouvisí s rámcovou dohodou a potažmo kupní smlouvou, a tedy neměly vliv na průběh plnění rámcové dohody a kupní smlouvy, tj. na výrobu a dodání jednotek EMU. Dle Úřadu je tudíž nerozhodné, zda byl požadavek MSK pro obviněného nečekaný a zda byl plán dopravní obslužnosti schválen až v červenci 2021, tj. po uzavření rámcové dohody i kupní smlouvy, a proto argumentaci obviněného odmítl jako naprosto nepřijatelnou.
15. Úřad pro úplnost rovněž ověřil, zda změnu, jež byla předmětem dodatku č. 2, nelze podřadit pod některou z výjimek dle § 222 odst. 2, 4, 5 nebo 7 ZZVZ, přičemž dospěl k závěru, že nikoliv.
16. Úřad dále shledal, že změna realizovaná dodatkem č. 2 naplnila charakter podstatné změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku dle § 222 odst. 3 písm. c) ZZVZ. Dle Úřadu byl obviněný oprávněn uzavírat na základě rámcové dohody dílčí kupní smlouvy pouze na výrobu a dodávku jednotek EMU. Tím, že dodatkem č. 2 požadoval namísto výroby a dodávky 19 jednotek EMU výrobu a dodávku 15 jednotek EMU a 4 jednotek BEMU, zásadně rozšířil původní předmět rámcové dohody, čímž došlo ke změně, která vedla ve smyslu § 222 odst. 3 písm. c) ZZVZ k významnému rozšíření rozsahu plnění, jež bylo možné požadovat na základě rámcové dohody. Dle Úřadu nelze rovněž opomenout finanční dopad provedené změny, neboť došlo k navýšení ceny jednotky o téměř jednu třetinu, a plnění, které bylo předmětem dodatku č. 2, by byl obviněný povinen zadat v nadlimitním režimu.
17. Dle Úřadu se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku dále považuje podle § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ taková změna smluvních podmínek, která by umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly dané změně. Předmět veřejné zakázky je dle Úřadu základním aspektem ovlivňujícím rozhodnutí dodavatelů, zda se zúčastní zadávacího řízení. Dodavatelé zvažující účast v šetřeném zadávacím řízení museli nutně vycházet ze zadávacích podmínek, které nezahrnovaly výrobu a dodávku 4 jednotek BEMU, a proto nemohli očekávat změnu těchto podmínek směrem k možnosti dodat i tyto jednotky. Dle Úřadu tak nelze vyloučit, že v případě, že by obviněný požadoval vedle jednotek EMU také jednotky BEMU, účast dodavatelů by byla jiná, obviněný by obdržel odlišné nabídky a mohl by být vybrán jiný dodavatel, a proto jednání obviněného mohlo ovlivnit výběr dodavatele v zadávacím řízení na uzavření rámcové dohody.
18. Úřad uzavřel, že s ohledem na to, že změna provedená dodatkem č. 2 představovala podstatnou změnu podmínek rámcové dohody dle § 222 odst. 3 písm. a) i c) ZZVZ, obviněný byl povinen zadat veřejnou zakázku na výrobu a dodávku 4 jednotek BEMU v zadávacím řízení, což však neučinil.

IV. Rozklad obviněného ze dne 2. 4. 2024

19. Dne 2. 4. 2024 obdržel Úřad rozklad obviněného z téhož dne proti napadenému rozhodnutí (dále jen „**rozklad**“). Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo obviněnému

doručeno dne 18. 3. 2024. Konec 15denní odvolací lhůty dle § 83 správního řádu připadl na úterý 2. 4. 2024. Obviněný tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.

Námítky k posouzení naplnění podmínky dle § 222 odst. 6 písm. b) ZZVZ

20. Obviněný namítá, že Úřad nesprávně posoudil celkovou povahu veřejné zakázky ve smyslu § 222 odst. 6 písm. b) ZZVZ, když vyšel pouze z vymezení předmětu rámcové dohody, která však na rozdíl od kupní smlouvy není veřejnou zakázkou. Úřad měl proto posoudit celkovou povahu veřejné zakázky na základě povahy a účelu kupní smlouvy. Zatímco rámcová dohoda nebyla uzavřena za jedním konkrétním účelem, účelem kupní smlouvy a potřebou obviněného bylo nasazení vlakových jednotek na konkrétní trase v rámci regionální dopravy v MSK (tj. zajištění železniční dopravy a dopravní obslužnosti v souvislosti se smlouvou uzavřenou mezi obviněným a MSK, která měla být platná do 12/2025), nikoliv aby vlakové jednotky stály na skladě, kdyby náhodou byly potřeba. To dle obviněného vyplývá z tabulky č. 1 „*Harmonogram uzavírání Smluv – postupné otevírání železničního trhu*“ na str. 6 dodatku č. 1 k „*Plánu dopravní obslužnosti území Moravskoslezského kraje na období 2017-2021*“, jenž je přílohou rozkladu (dále jen „**dodatek k plánu**“). Dle obviněného dodatkem č. 2 došlo pouze k marginálnímu prodloužení a zjednodušení organizace dopravy na jedné z tratí (rozšíření původního rozsahu tratí o 21 km na lince S8). Účelové určení pořizovaných jednotek se tak dodatkem č. 2 nezměnilo. To má vyplývat též z čl. II odst. 1 kupní smlouvy, v rámci kterého jsou uvedeny konkrétní závazné dodací termíny jednotek tak, aby mohly splnit účel, za kterým byly poptány, a mohly být nasazeny v MSK dle jeho požadavků, přičemž tyto termíny opět korespondují s termíny, které MSK předběžně zamýšlel na str. 6 dodatku k plánu. Dle čl. I odst. 5 kupní smlouvy měly být jednotky dodány obviněnému za účelem jejich provozování v České republice v osobní dopravě v závazku veřejné služby za podmínek stanovených právními předpisy a příslušnými smlouvami mezi obviněným a objednatelem dopravy. Úřad tak měl primárně posuzovat celkovou povahu předmětu kupní smlouvy, a nikoliv rámcové dohody.
21. Obviněný dále namítá, že Úřad aplikoval pojem celková povaha veřejné zakázky v rozporu s rozhodovací praxí, když sice na jednu stranu uvedl, že předmět veřejné zakázky je pouze jedním z indikátorů, avšak fakticky nesprávně vyšel pouze z úzce vymezeného předmětu plnění veřejné zakázky a ignoroval celkový kontext potřeb obviněného i jeho objednatele MSK. Dle obviněného je nutno chápat celkovou povahu veřejné zakázky v souladu s rozhodnutím předchozího předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0061/2019/VZ-14582/2019/322/JSu ze dne 27. 5. 2019 jako plnění, které naplňuje potřebu zadavatele, za jejímž účelem byla veřejná zakázka zadána. Pro posouzení účelu smlouvy je nutné vycházet z materiálního hlediska, a nikoliv pouze z jejího textu. Předmět plnění může být změněn, aniž by se to jakkoliv dotklo celkové povahy veřejné zakázky. Obviněný dále odkazuje na rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0191/2024/VZ, č. j. ÚOHS-08937/2024/500 ze dne 27. 2. 2024, rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0444/2022/VZ, č. j. ÚOHS-01899/2023/500 ze dne 13. 1. 2023, rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0182/2017/VZ-17929/2017/551/DBo ze dne 14. 7. 2017, rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0228/2016/VZ-23733/2016/512/Lva ze dne 2. 6. 2016 a rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-R416/2015/VZ-49378/2016/322/LBa ze dne 16. 12. 2016. Tvrzení Úřadu, že potřeba obviněného je moc široká a je nutno vycházet z předmětu, je v rozporu s rozhodovací praxí, stejně jako skutečnost, že Úřad pouze povrchně posoudil znění rámcové dohody a vůbec nepřihlédl k širším okolnostem uzavření kupní smlouvy, kterými kromě jiného

bylo zajištění dopravní obslužnosti v MSK na tratích 323 a 325, které jsou nyní součástí linky S8, na níž mají být provozovány jednotky BEMU pořízené dodatkem č. 2. Tato širší potřeba obviněného, tj. celková povaha veřejné zakázky, pak zůstala beze změny.

22. Obviněný taktéž namítá, že Úřad nereflekoval rozdíl mezi změnou povahy a změnou celkové povahy veřejné zakázky, neboť zatímco celková povaha nesmí být změněna, dílčí povahové rysy nepochybně být změněny mohou. Obviněný je přesvědčen o tom, že použitím pojmu celková povaha vyžaduje zákonodárce mnohem vyšší míru nadhledu a velkorysosti při posouzení provedené změny, než kterou prezentuje Úřad fixováním se prakticky výhradně na vymezení předmětu plnění.
23. Dle obviněného je nepravdivé tvrzení Úřadu, že jeho původní potřeba spočívala v zajištění přepravy osob výlučně na elektrifikovaných železničních tratích. Obviněný tento zájem nikde nevyjádřil. Při posouzení jeho původní potřeby (resp. celkové povahy veřejné zakázky) je naopak nutné jít nad rámec samotné specifikace předmětu plnění, kde jsou z logiky věci pouze popsány jeho parametry a vlastnosti, ale již není specifikována potřeba obviněného, resp. za jakým účelem byly jednotky poptány. Z celkového kontextu uzavření kupní smlouvy nelze vydělit jasně formulované potřeby MSK.
24. Obviněný nesouhlasí s Úřadem v tom, že není rozhodný poměr dopravy na elektrifikovaných a neelektrifikovaných železničních tratích. Na předmětné lince S8 (Ostrava střed – Studénka – Veřovice) je poměr tratě takový, že elektrifikovaná část trati je v délce 31 km a neelektrifikovaná část trati v délce 21 km, o něž byla linka S8 rozšířena prostřednictvím jednotek BEMU. Z hodnoty 21 km je zřejmé, že se ve srovnání s počtem kilometrů zajišťovaných obviněným v MSK na základě kupní smlouvy nejedná o změnu celkové povahy veřejné zakázky.
25. Obviněný dále zdůrazňuje, že dodatkem č. 2 došlo pouze k úpravě původně poptávaných jednotek, a nikoliv k výrobě a dodání zcela nových jednotek. Vybraný dodavatel totiž pouze doplnil aktuálně vyráběné jednotky EMU, které měl předat obviněnému na základě původního znění kupní smlouvy, o bateriové bloky. Obviněný si v této souvislosti nechal vyhotovit před uzavřením dodatku č. 2 odborné stanovisko a znalecký posudek, z nichž vyplývá, že obě jednotky jsou téměř shodné a o jednotce BEMU nelze uvažovat jako o zcela novém typu vozidla. Primární provozní určení jednotek je stejné (provoz na elektrizovaných tratích) a jednotky BEMU jsou navíc určeny pro doplňkový provoz na dílčích neelektrifikovaných úsecích tratí. Dle obviněného je taková změna předmětu plnění veřejné zakázky diametrálně odlišná od situace, kdy předmět plnění získá namísto původně požadované vlastnosti vlastnost zcela odlišnou a původně požadovanou již nesplňuje. Tak by tomu bylo, pokud by obviněný požadoval namísto jednotek EMU jednotky dieselové. Doplnění jednotky EMU o bateriový pohon lze ve světle rozhodovací praxe srovnat se změnou technologie, výměnou elektromotoru za výkonnější elektromotor, změnu svítidel či změnu potrubí za zcela jiný typ. Všechny tyto změny s sebou nesou i úpravy technické specifikace či parametrů plnění. Obviněný tak nesouhlasí s konstatováním Úřadu, že není podstatné, že primární napájení jednotek EMU a BEMU je shodné.
26. Obviněný taktéž brojí proti tvrzení Úřadu, že na jeho závěr nemá vliv skutečnost, že došlo ke změně pouze 4 jednotek z celkového počtu 19 jednotek. Obviněný požadoval úpravu (doplnění baterie) pouze u 4 ks již poptávaných jednotek EMU, což dle jeho přesvědčení

představuje jen marginální změnu, která nezměnila celkovou povahu předmětu plnění. I po provedené změně mu bude dodáno 19 jednotek způsobilých provozu na elektrifikovaných tratích.

27. K navýšení kupní ceny v souvislosti s pořízením 4 jednotek BEMU prostřednictvím dodatku č. 2 obviněný uvádí, že cena je irelevantní, neboť hodnota změny nic nevypovídá o jejím dopadu na celkovou povahu veřejné zakázky. Úřad nadto zcela ignoruje, že došlo k úpravě 4 jednotek z 19, a proto měl brát v potaz veřejnou zakázku jako celek, a nikoliv pouze zvýšení ceny za jednu poptávanou jednotku. V důsledku toho Úřad dospěl v otázce změny celkové povahy veřejné zakázky z pohledu její hodnoty k nesprávným závěrům.

Námítky k posouzení naplnění podmínky dle § 222 odst. 6 písm. a) ZZVZ

28. Ve vztahu k podmínce dle § 222 odst. 6 písm. a) ZZVZ obviněný uvádí, že v daném případě byla naplněna a že posouzení Úřadu je v tomto ohledu zcela nesprávné, jelikož vyšel z předpokladu nezbytnosti změny, která však není v tomto ustanovení zákona vyžadována. Nezbytnost je aspektem § 222 odst. 5 ZZVZ, a nikoliv § 222 odst. 6 ZZVZ. Ustanovení § 222 odst. 6 písm. a) ZZVZ zní tak, že se musí jednat o potřebu, kterou zadavatel nemohl s náležitou péčí předvídat. Skutečnost, zda mohla či nemohla být tato potřeba realizována jiným způsobem, je přitom irelevantní, neboť zadavatel je oprávněn využít § 222 odst. 6 ZZVZ při splnění zde uvedených podmínek. Obviněný k tomu nicméně dodává, že jiným způsobem být realizována nemohla s ohledem na termín stanovený pro zajištění dopravy na lince S8 a možnosti na relevantním trhu dle informací získaných v rámci předběžných tržních konzultací (dále jen „PTK“).
29. Obviněný zdůrazňuje, že potřeba dodání 4 jednotek BEMU vyvstala až na základě dopisu ze dne 10. 12. 2021, který obdržel ze strany MSK. Plán dopravní obslužnosti území MSK na období 2022-2026, což je zdrojový dokument předmětného požadavku, byl zpracován a schválen až v červenci 2021, tj. po uzavření rámcové dohody a kupní smlouvy. Obviněný zdůrazňuje, že plán přijatý zastupitelstvem MSK byl pro zajišťování dopravní obslužnosti závazný, a proto nebylo možno ustoupit od požadavku na jednotky BEMU. Závěr Úřadu v bodě 102 napadeného rozhodnutí je dle obviněného zcela absurdní a nevyplývá z předložených dokumentů ani z tvrzení obviněného. Obviněný dostatečně doložil, že kupní smlouva a dodatek č. 2 byly uzavřeny za účelem zajištění železniční dopravy v MSK.
30. Obviněný je přesvědčen o tom, že byly naplněny všechny podmínky pro aplikaci § 222 odst. 6 ZZVZ, a proto je irelevantní posuzování případného naplnění podmínek dle § 222 odst. 3 ZZVZ. Z procesní opatrnosti se však vyjadřuje i k části napadeného rozhodnutí vztahující se k tomuto ustanovení zákona.

Námítky k posouzení naplnění podmínky stanovené v § 222 odst. 3 písm. c) ZZVZ

31. K posouzení podstatné změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku ve smyslu § 222 odst. 3 písm. c) ZZVZ obviněný uvádí, že ve vztahu k původní hodnotě závazku dle kupní smlouvy činí procentuální navýšení 6,3 %, což nelze považovat za rozšíření významného charakteru. Ve vztahu k hodnotě rámcové dohody je pak toto navýšení zcela zanedbatelné. Obviněný namítá, že cenový nárůst není možné dovozovat pouze ve vztahu k jednomu kusu výrobku. Tvrzení Úřadu, že změna finanční hodnoty přesahuje finanční limit stanovený v § 25 ZZVZ, je dle obviněného irelevantní, neboť významnost rozšíření je přímo úměrná celkové hodnotě konkrétní veřejné zakázky.

32. Obviněný zdůrazňuje, že dodatkem č. 2 došlo k doplnění o bateriový pohon rozpracovaných jednotek EMU, které byly průběžně vyráběny dle kupní smlouvy. Nejednalo se tedy o poptávku nových jednotek či navýšení kusů jednotek, ale pouze o přepracování z EMU na BEMU. Toto marginální navýšení nelze považovat za významné rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky, a proto je obviněný přesvědčen o tom, že v šetřeném případě se jednalo o podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku ve smyslu § 222 odst. 3 písm. c) ZZVZ.

Námítky k posouzení naplnění podmínek stanovených v § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ

33. K podstatné změně závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku dle § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ obviněný uvádí, že v době zahájení zadávacího řízení na uzavření rámcové dohody v roce 2018 nebyly jednotky BEMU na relevantním trhu běžně dostupné. Jak vyplynulo z výsledků PTK, ani v roce 2022 dodavatelé neprovozovali sériovou výrobu jednotek BEMU a na trhu byly dostupné pouze prototypy těchto jednotek. Žádný dodavatel tak nebyl schopen v roce 2022 realizovat sériovou výrobu jednotek BEMU a zajistit jejich dodávku ve větším množství. Skutečnost, že ještě v roce 2022 neexistovala sériová výroba a schválené prototypy, dle obviněného vypovídá jednoznačně o tom, jaká byla situace na předmětném trhu o čtyři roky dříve v roce 2018.
34. Jestliže by obviněný v roce 2018 požadoval v rámcové dohodě také dodání jednotek BEMU, obdržel by podstatně méně nabídek, jelikož všichni dodavatelé jednotek EMU by nebyli schopni přislíbit dodání rovněž jednotek BEMU s ohledem na rané počátky této komodity. Dalším nepochybným důsledkem by byly dražší nabídky, jelikož dodavatelé by neměli žádné jednotky BEMU, a ten dodavatel, který by přistoupil na riziko podání nabídky s těmito jednotkami, by ho ve své nabídce zcela jistě nacenil (spolu s náklady na vývoj, prototyp, schválení atd.). K tvrzení Úřadu, že na trhu existují dodavatelé jednotek BEMU, obviněný namítá, že se jedná o dodavatele působící na trhu v roce 2024. Závěry napadeného rozhodnutí jsou proto nesprávné, neboť nemají oporu v provedeném dokazování.
35. Obviněný je přesvědčen o tom, že nedošlo k rozšíření okruhu potenciálních dodavatelů, jelikož každý dodavatel jednotek BEMU je nepochybně zároveň dodavatelem jednotek EMU. To vyplývá z logiky věci, když jednotky EMU jsou dlouhodobě vyráběny a dodávány, přičemž jednotky BEMU jsou novinkou na trhu. Jednotka BEMU je přitom vyráběna tak, že je do jednotky EMU přidán bateriový pohon, a proto každý výrobce EMU nemusí vyrábět BEMU, ale každý výrobce BEMU nepochybně vyrábí i EMU. To potvrzuje i průzkum trhu provedený Úřadem (dle poznámky pod čarou č. 5 v bodě 116 napadeného rozhodnutí). Všichni dodavatelé, kteří dle Úřadu dodávají jednotky BEMU, současně dodávají i jednotky EMU.
36. Obviněný dále uvádí, že i pokud by v původním zadávacím řízení namísto 50 jednotek EMU požadoval 46 jednotek EMU a 4 jednotky BEMU, vybraným dodavatelem by se stal tentýž subjekt, a to vzhledem k velkému rozdílu mezi nabídkovou cenou vybraného dodavatele a druhého účastníka zadávacího řízení. Obviněný je tak přesvědčen o tom, že ani při uplatnění poptávky na 4 jednotky BEMU již v zadávacím řízení v roce 2018 by nedošlo ke změně pořadí nabídek, a proto jeho postup nemohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

Námítky k uložené pokutě

37. Pro případ, že by se předseda Úřadu neztotožnil s argumentací obviněného, že se předmětného přestupku nedopustil, obviněný žádá z dále uvedených důvodů, aby mu byla uložena pokuta alespoň podstatně snížena.
38. Obviněný předně namítá, že Úřad vyšel při stanovení maximální výše možné pokuty z částky za dodání celého předmětu plnění dle kupní smlouvy ve znění dodatku č. 2. Úřad však dovodil celkovou povahu změny pouze ve vztahu ke 4 jednotkám EMU upraveným na jednotky BEMU. Úřad tak zcela ignoroval fakt, že se jednalo o marginální změnu z důvodů poptávky po dalších 15 jednotkách EMU, u kterých žádná změna nenastala. I přesto však Úřad vyšel při ukládání pokuty z celkové hodnoty všech jednotek pořízených kupní smlouvou. Obviněný je tudíž přesvědčen o tom, že Úřad měl vyjít z hodnoty realizované změny, příp. z celkové hodnoty jednotek BEMU, anebo měl svůj postup jiným vhodným způsobem sjednotit.
39. Obviněný dále namítá, že nedošlo k větší než standardní míře intenzity porušení zákona, neboť skutečnost, že veřejnou zakázku nezadal v zadávacím řízení, kterou Úřad shledal jako velmi závažné porušení zákona, je nezbytná pro naplnění skutkové podstaty přestupku, stejně jako umožnění podstatné změny podmínek rámcové dohody bez provedení nového zadávacího řízení a vyloučení konkurence. Všechny tyto tři skutečnosti, které dle Úřadu vyjadřují intenzitu přestupku, jsou dle obviněného pouze popisem zcela totožného aspektu a Úřad tak na základě stejné argumentace nesprávně třikrát navýšil intenzitu přestupku.
40. Dle obviněného Úřad nesprávně vyšel při stanovení výše trestu z částky [OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ] Kč bez DPH, která je čtyřnásobná oproti hodnotě změny závazku, když Úřad dospěl k závěru, že obviněný nepodrobil soutěži pořízení jednotek BEMU jako celku, a z tohoto důvodu nelze vycházet pouze z částky [OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ] Kč bez DPH, tj. z rozdílu ceny mezi 4 jednotkami BEMU a 4 jednotkami EMU. Změna jednotky z EMU na BEMU však byla provedena pouze tak, že vybraný dodavatel přidal do již rozpracovaných jednotek EMU bateriový pohon.
41. Obviněný dále namítá, že horní hranice zákonné sazby pokuty je stanovena ve výši 20 mil. Kč a uložena pokuta ve výši 6 mil. Kč tak činí 30 % z této částky. Dle obviněného Úřad uznal, že výklad celkové povahy veřejné zakázky je nejasný, nicméně mu uložil vysokou pokutu, místo pokuty v symbolické výši. Úřad ani nezohlednil skutečnost, že další podmínky dle § 222 odst. 6 ZZVZ (tj. neočekávatelnost a celková hodnota změny) byly naplněny.
42. Obviněný uvádí, že postupoval se vší opatrností, když si před uzavřením dodatku č. 2 nechal zpracovat odborný a znalecký posudek, jejichž předmětem bylo posouzení podobnosti jednotek EMU a BEMU, uskutečnil PTK a změnu provedl v minimálním nutném rozsahu, když ve zbytku realizuje standardní zadávací řízení. Dle obviněného se jedná o polehčující okolnosti, které však Úřad nezohlednil.
43. Dle obviněného byla pokuta uložena v nepřiměřené výši také vzhledem k podobným případům projednaným dříve Úřadem. Obviněný odkazuje na správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0825/2023/VZ, kde měl Úřad uložit u zakázky za 1,5 mld. Kč pokutu poloviční v částce 3 mil. Kč, ačkoliv tento případ je dle jeho názoru srovnatelný jak maximální výší sankce, tak i ekonomickou silou a stabilitou zadavatele, kterým byl Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost.

44. Obviněný taktéž namítá, že Úřad nesprávně posoudil jeho ekonomickou situaci, neboť vyšel z účetní závěrky pro celou skupinu České dráhy, která je tvořena několika společnostmi. Není proto pravdou, že se výnosy uvedené Úřadem vztahují k obviněnému, ale jedná se o výnosy mnoha společností. Generovaný zisk obviněného za rok 2022 činil 396 mil. Kč a za první polovinu roku 2023 činil 640 mil. Kč. Ačkoli toto období bylo ziskové, zisk činil pouze několik stovek milionů a je ve výrazném nepoměru ke ztrátě v letech 2020 a 2021 ve výši několika miliard Kč. Z výroční zprávy totiž jednoznačně vyplývá, že v roce 2021 činila ztráta Skupiny ČD více než 1,6 mld. Kč, přičemž v roce 2020 byla ztráta Skupiny ČD ještě daleko vyšší, a to více než 4 mld. Kč. Generovaný zisk v roce 2022 a prvního pololetí 2023 tedy zdaleka nepokryl miliardové ztráty z let 2020 a 2021. Tato mimořádná ztráta byla způsobena sníženým zájmem o cestování osobními vlaky v souvislosti s opatřeními proti onemocnění Covid-19.

Návrh rozkladu

45. Obviněný navrhuje, aby předseda Úřadu rozhodl tak, že se napadené rozhodnutí ruší a věc se vrací Úřadu k novému projednání.

V. Řízení o rozkladu

46. Úřad po doručení rozkladu neshledal důvody pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí podle § 87 správního řádu, a proto podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

47. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 98 odst. 1 ZOP přezkoumal napadené rozhodnutí v plném rozsahu, a to včetně zákonnosti řízení, které jeho vydání předcházelo, a se zohledněním námitek obviněného a návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
48. Výrok I napadeného rozhodnutí je nezákonný z důvodu nesprávného posouzení naplnění podmínek stanovených v § 222 odst. 6 ZZVZ.
49. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

VI. K důvodům zrušení všech výroků napadeného rozhodnutí

Vymezení věci a rozhodná právní úprava

50. Úřad výrokem I napadeného rozhodnutí rozhodl o tom, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, v rozhodném znění (viz poznámka pod čarou č. 1), podle něhož „*zadavatel se dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou*“.
51. Podle Úřadu došlo k naplnění prvního znaku přestupku (nedodržení pravidla stanoveného v ZZVZ) tím, že obviněný prostřednictvím dodatku č. 2 ke kupní smlouvě umožnil podstatnou změnu podmínek rámcové dohody, aniž by na plnění, které bylo předmětem změny kupní

smlouvy (výroba a dodání 4 jednotek BEMU namísto 4 jednotek EMU), provedl zadávací řízení (blíže viz bod 8 tohoto rozhodnutí).

52. Obviněný argumentoval tím, že postupoval na základě výjimky stanovené v § 222 odst. 6 ZZVZ, podle něhož (ve znění ke dni uzavření dodatku č. 2 – viz poznámka pod čarou č. 1) *„za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje změna,*
- a) *jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat,*
 - b) *nemění celkovou povahu veřejné zakázky a*
 - c) *hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce“.*
53. Podle § 173 ZZVZ, ve znění ke dni uzavření dodatku č. 2 *„ustanovení § 222 odst. 5 písm. c) a § 222 odst. 6 písm. c) se pro změnu závazku ze smlouvy na sektorovou veřejnou zakázku nepoužijí“.*
54. Obviněný zadával sektorovou veřejnou zakázku, a proto v případě uplatnění výjimky dle § 222 odst. 6 ZZVZ byl povinen dodržet pouze podmínky vymezené pod písmeny a) a b) tohoto ustanovení zákona.
55. Podle § 222 odst. 6 ZZVZ, v nyní účinném znění *„za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje změna, jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, a která nemění celkovou povahu veřejné zakázky“.*
56. Podle § 173 ZZVZ, v nyní účinném znění *„ustanovení § 222 odst. 9 věta druhá se pro změnu závazku ze smlouvy na sektorovou veřejnou zakázku nepoužije“.*
57. Podle § 222 odst. 9 věty druhé ZZVZ, v nyní účinném znění *„cenový nárůst související se změnami podle odstavců 5 nebo 6 při odečtení stavebních prací, služeb nebo dodávek, které nebyly s ohledem na tyto změny realizovány, nesmí přesáhnout 30 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet cenových nárůstů všech změn podle odstavců 5 a 6“.*
58. Podle § 2 odst. 1 ZOP *„odpovědnost za přestupek se posuzuje podle zákona účinného v době spáchání přestupku; podle pozdějšího zákona se posuzuje jen tehdy, je-li to pro pachatele přestupku (dále jen ‚pachatel‘) příznivější“.*
59. Ze shrnutí § 222 odst. 6 ZZVZ ve spojení s § 173 ZZVZ ve znění ke dni uzavření dodatku č. 2 a v nyní účinném znění vyplývá, že pozdější právní úprava je pro obviněného příznivější. Ve vztahu k obviněnému, jenž zadával sektorovou veřejnou zakázku, je sice bez právního významu vypuštění podmínky, která byla obsažena v § 222 odst. 6 písm. c) ZZVZ, avšak aktuální znění § 173 ZZVZ je pro obviněného příznivější, neboť nově vylučuje použití § 222 odst. 9 věty druhé ZZVZ na změny závazku ze smlouvy uzavřené na sektorovou veřejnou zakázku.
60. Vzhledem k právě uvedenému je zapotřebí korigovat napadené rozhodnutí tím způsobem, že na případ je nezbytné aplikovat § 222 odst. 6 ve spojení s § 173 ZZVZ v nyní účinném znění. Tento nedostatek však neměl žádný vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, neboť Úřad se v něm zabýval posouzením podmínek vymezených v § 222 odst. 6 písm. a) a b) ZZVZ, ve znění

ke dni uzavření dodatku č. 2, které jsou zcela shodné se zněním § 222 odst. 6 ZZVZ, v nyní účinném znění.

K druhé podmínce dle § 222 odst. 6 ZZVZ, že změna závazku ze smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku nesmí měnit celkovou povahu veřejné zakázky

61. Úřad se v napadeném rozhodnutí v první řadě zabýval naplněním podmínky stanovené v § 222 odst. 6 [dříve pod písm. b)] ZZVZ, podle níž změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nesmí měnit celkovou povahu veřejné zakázky (dále také jako „**druhá podmínka**“). Úřad dospěl k závěru, že tato podmínka nebyla splněna, neboť požadavkem na výrobu a dodávku 4 jednotek BEMU došlo k rozšíření původní potřeby obviněného, která spočívala pouze v zajištění osobní železniční dopravy prostřednictvím jednotek EMU výlučně na elektrifikovaných železničních tratích. Elektrické jednotky BEMU jsou však navíc osazeny baterií, a proto mohou být využity také na železničních tratích, které elektrifikovány nejsou, a na nichž je vyloučeno použití elektrických jednotek EMU. S tímto posouzením provedeným Úřadem se z následujících důvodů neztotožňuji.
62. Výkladem pojmu celková povaha veřejné zakázky se zabýval Krajský soud v Brně v aktuálním rozsudku č. j. 62 Af 15/2023-197 ze dne 4. 4. 2024 (dále jen „**rozsudek ze dne 4. 4. 2024**“). Úřad vydal napadené rozhodnutí před vydáním tohoto rozsudku, a tudíž v něm nemohl jeho závěry zohlednit. Krajský soud v tomto rozsudku podrobně vyložil pojem *celková povaha veřejné zakázky*. Krajský soud tak učinil ve vztahu k § 100 odst. 1 ZZVZ, podle něhož *„zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a její obsah jednoznačně vymezeny a změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky. Taková změna se může týkat rozsahu dodávek, služeb nebo stavebních prací, ceny nebo jiných obchodních nebo technických podmínek“*. V tomto ustanovení zákona – stejně jako v § 222 odst. 6 ZZVZ, který dopadá na právě šetřený případ – je zapovězeno, aby změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku měnila celkovou povahu veřejné zakázky. Výklad tohoto pojmu přijatý ve vztahu k § 100 odst. 1 ZZVZ v rozsudku ze dne 4. 4. 2024 je tudíž zcela aplikovatelný na výklad totožného pojmu obsaženého v § 222 odst. 6 ZZVZ.
63. Krajský soud v Brně uvedl v rozsudku ze dne 4. 4. 2024 k pojmu celková povaha veřejné zakázky, že *„jde o tzv. neurčitý právní pojem, jehož definování není v právních předpisech dost dobře možné a jeví se jako žádoucí ponechat jeho bližší vymezení na rozhodovací praxi v kontextu konkrétních skutkových poměrů. Neurčité právní pojmy v sobě totiž zahrnují konkrétní jevy nebo skutečnosti, které se mohou měnit v závislosti na čase, místu anebo kontextu aplikace právní normy. Při interpretaci neurčitého právního pojmu se proto správní orgán musí zabývat zejména konkrétními skutkovými okolnostmi daného případu, přičemž je povinen význam neurčitého právního pojmu objasnit přinejmenším takovým způsobem, aby bylo patrné, zda a případně v jaké míře (či významu) jej bude možné na dotčený případ aplikovat. [...] ,Celkovou povahou‘ lze obecně rozumět souhrn hlavních vlastností (znaků), které jsou charakteristické pro určitou entitu či aktivitu (osoba, věc, činnost nebo jev) a které jsou vlastnostmi klíčovými a určujícími (nikoli vlastnostmi podružnými nebo pravidelnými či naopak individuálními odchylkami). Ve vztahu k vymezení pojmu ‚celková povaha veřejné zakázky‘ tedy půjde o dominantní, nosné prvky konkrétní veřejné zakázky, které jsou pro konkrétní zadavatelovy potřeby, jež mají být plněním veřejné zakázky uspokojeny, klíčové, a to bez*

ohledu na ty složky, které v jejím celkovém souhrnu nelze označit za charakteristické (esenciální, či určující). Zjednodušeně jde o předmětové (objektové) vyjádření účelu veřejné zakázky z pohledu existující zadavatelovy potřeby a způsobu, jak má být tento účel naplněn (a tomu odpovídající potřeba zadavatele uspokojena). Naproti tomu pojem „povaha předmětu plnění“, [...] (či dokonce pojem „předmět plnění“ [...]), je obsahově užší; tu již totiž jde o souhrn konkrétních kroků, kterými zadavatel uspokojuje svoji primární potřebu, a konkrétní popis výsledku, k němuž tyto kroky mají směřovat. Jde o konkrétní podobu, obsah a rozsah poptávaného plnění (jakými konkrétními službami, dodávkami, či stavebními pracemi bude zadavatelova potřeba uspokojena)“.

64. Podle čl. 109 preambule směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „**směrnice 2014/24/EU**“), jenž byl implementován do českého právního řádu prostřednictvím § 222 ZZVZ, „veřejní zadavatelé mohou čelit vnějším okolnostem, které nemohou předvídat při zadávání veřejné zakázky, zejména pokud plnění veřejné zakázky pokrývá delší časový úsek. V takovém případě je nezbytná určitá míra flexibility pro přizpůsobení veřejné zakázky těmto okolnostem, aniž by muselo být zahájeno nové zadávací řízení. Pojem nepředvídatelné okolnosti se týká okolností, jež nemohl veřejný zadavatel předpokládat ani přes přiměřeně pečlivou přípravu zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku při zohlednění jemu dostupných prostředků, povahy a vlastností konkrétního projektu, osvědčených postupů v dotčené oblasti a potřeby zajistit vhodný poměr mezi zdroji vynakládanými na přípravu zadání veřejné zakázky a její odhadovanou hodnotou. Neplatí to však v případech, kdy je výsledkem úprav změna povahy veřejné zakázky, například kvůli nahrazení stavebních prací, dodávek nebo služeb, které mají být poskytnuty, jiným plněním, nebo kvůli zásadní změně typu veřejné zakázky, protože v takové situaci lze předpokládat hypotetický dopad na výsledek zadávacího řízení“. Změnou (celkové) povahy veřejné zakázky se tedy rozumí např. nahrazení dodávek jiným plněním, anebo zásadní změna typu veřejné zakázky.
65. V důvodové zprávě k § 222 ZZVZ jsou ve vztahu ke změně celkové povahy veřejné zakázky uvedeny tyto příklady: „V případě veřejné zakázky na dodávky (na pořízení kancelářského nábytku – 10 kusů stolů) je příkladem povolené změny změna spočívající ve výměně 1 kusu stolu za 1 židli [...]. Rozhodně však není možné, aby zadavatel v případě veřejné zakázky na dodávky, jejímž cílem bude pořízení dopravních prostředků – automobilů, umožnil změnu, která by spočívala v záměně 1 automobilu za 1 loď [...]“.
66. Předmětem rámcové dohody, jež byla uzavřena obviněným pouze s jediným účastníkem – vybraným dodavatelem, bylo právo obviněného (jako kupujícího) objednat u vybraného dodavatele (jako prodávajícího) po dobu trvání rámcové dohody výrobu a dodávku až 50 jednotek EMU (a případně rovněž náhradních dílů). Obviněný na základě rámcové dohody uzavřel s vybraným dodavatelem kupní smlouvu, jejímž předmětem byla výroba a dodávka 19 jednotek EMU.
67. Jednotky EMU (*electric multiple unit*) jsou vlakové jednotky určené pro osobní železniční regionální dopravu, jež k pohonu využívají elektrickou energii, a to prostřednictvím trolejového vedení umístěného nad kolejemi. Z povahy věci jsou tak tyto jednotky určeny pouze k provozu na elektrifikovaných železničních tratích. Tyto skutečnosti obecně vzato definují celkovou povahu veřejné zakázky, resp. rámcové dohody.

68. Obviněný a vybraný dodavatel uzavřeli dodatek č. 2 ke kupní smlouvě, jímž došlo ke změně 4 jednotek EMU na 4 jednotky BEMU. Vybraný dodavatel tak byl na základě kupní smlouvy povinen vyrobit a dodat 15 jednotek EMU (v tomto ohledu se tedy kupní smlouva nezměnila) a nově 4 jednotky BEMU.
69. Je nesporné, že prostřednictvím dodatku č. 2 došlo k částečné změně (úpravě) předmětu plnění veřejné zakázky zadané na základě kupní smlouvy. Jak však vyplývá z § 222 odst. 6 ZZVZ, ale i např. rozsudku ze dne 4. 4. 2024, tato skutečnost *a priori* neznamená, že tím současně došlo ke změně celkové povahy veřejné zakázky – k tomu srov. bod 63 tohoto rozhodnutí a dále konstatování Krajského soudu v Brně v uvedeném rozsudku, že „*rozdíl mezi ‚celkovou povahou veřejné zakázky‘ a ‚povahou předmětu plnění‘ lze přitom dobře ilustrovat na zmiňovaném § 222 odst. 6 ZZVZ; jsou-li důvodem pro možnou (povolenou coby nepodstatnou) změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku okolnosti, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, pak je zcela typické, že se tyto okolnosti projevují v době po uzavření smlouvy i v podobě zásahu do předmětu veřejné zakázky, a tento zásah je pak limitován (pouze) tím, že nesmí měnit celkovou povahu veřejné zakázky*“.
70. V šetřeném případě spočíval zásah do předmětu plnění veřejné zakázky v tom, že 4 jednotky EMU byly doplněny o baterii, resp. bateriový pohon. Jak vyplývá z odborného stanoviska ze dne 31. 10. 2022 a ze znaleckého posudku ze dne 10. 11. 2021 předložených obviněným, jednotka BEMU je z velké části shodná s jednotkou EMU, neboť byla vytvořena úpravou jednotky EMU. Obviněný v této souvislosti rovněž zdůrazňuje, že se ani nejednalo o nově pořízené jednotky BEMU, ale o původní jednotky EMU objednané na základě kupní smlouvy, které byly v průběhu jejich výroby doplněny o bateriový pohon.
71. Jednotky BEMU mohou být (a dle obviněného i nadále budou) provozovány – identicky jako jednotky EMU – na elektrizovaných tratích a dále rovněž (na rozdíl od jednotek EMU) na neelektrizovaných tratích (kde dojde k využití doplněného bateriového pohonu). Zatímco na elektrizovaných tratích lze jednotky BEMU využívat ve stejném rozsahu jako jednotky EMU, na neelektrizovaných tratích pouze v omezeném rozsahu limitovaném kapacitou baterie (v příloze č. 1 dodatku č. 2 se v této souvislosti uvádí, že minimální dojezd jednotky BEMU v bateriovém režimu činí [OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ] km). Bateriový pohon tak představuje ve vztahu k pohonu uskutečňovanému prostřednictvím trolejového vedení pouze dodatečnou funkci, která má umožnit doplňkový provoz na úsecích tratí, které nejsou elektrifikovány. Změnou jednotek EMU na jednotky BEMU tudíž nedošlo k nahrazení původní hlavní funkce jednotek EMU, ale pouze k jejímu doplnění. **Klíčová (určující) vlastnost předmětu plnění veřejné zakázky, dominantní potřeba obviněného a původní účel veřejné zakázky tak zůstaly v šetřeném případě zachovány.**
72. S Úřadem tudíž nesouhlasím v tom, že není podstatné, že primární napájení jednotek EMU a BEMU zůstalo shodné (tj. z trolejového vedení). Naopak se ztotožňuji s obviněným, že posuzovaná změna by byla diametrálně odlišná od situace, kdyby došlo k takové úpravě předmětu plnění, že by jeho zásadní vlastnost byla nahrazena novou, zcela odlišnou vlastností, např. kdyby místo jednotek EMU měly být dodány dieselové lokomotivy.
73. Na podporu toho, že úprava jednotek EMU na BEMU nevedla ke změně celkové povahy veřejné zakázky, lze dále uvést, že dodavateli jednotek BEMU (resp. vlakových jednotek s bateriovým pohonem) budou v zásadě jen dodavatelé, kteří jsou současně výrobci

a dodavateli jednotek EMU (resp. vlakových jednotek napájených z trolejí). To vyplývá jak z tvrzení obviněného v rozkladu, tak z průzkumu trhu provedeného Úřadem, který v poznámce pod čarou č. 5 na str. 28 a 29 napadeného rozhodnutí uvedl seznam odkazů na výrobce jednotek BEMU. U všech těchto výrobců kolejových vozidel (společností Stadler, Siemens, Alstom, Bombardier, Pesa i CAF) lze dohledat, že vyrábějí rovněž jednotky EMU (resp. elektrické vlakové jednotky napájené z trolejí). Obviněný tedy mohl pořídit úpravou dotčené jednotky BEMU v zásadě jen u dodavatelů, kteří jsou současně dodavateli jednotek EMU, tedy u stejného či užšího okruhu dodavatelů než v původním zadávacím řízení.

74. Rovněž je zapotřebí doplnit, že se úprava jednotek EMU na jednotky BEMU týkala pouze 4 jednotek z 50, které mohly být objednány na základě rámcové dohody, a že s tím spojené navýšení ceny činilo méně než 2,4 % ve srovnání celkovým finančním limitem stanoveným v rámcové dohodě (k tomu blíže viz bod 101 tohoto rozhodnutí). V této souvislosti současně uvádím, že z profilu zadavatele² vyplývá, že obviněný na základě rámcové dohody objednal všech 50 jednotek EMU, neboť na základě kupní smlouvy ze dne 29. 3. 2019 objednal výrobu a dodávku zbývajících 31 jednotek. Rovněž tyto skutečnosti podporují závěr o tom, že úprava jednotek EMU na jednotky BEMU nevedla ke změně celkové povahy veřejné zakázky.
75. Ze všech výše uvedených skutkových okolností případu – **v jejich souhrnu** – jsem dospěl k závěru, že změnou kupní smlouvy provedenou dodatkem č. 2 spočívající v úpravě 4 jednotek EMU na 4 jednotky BEMU nedošlo k natolik intenzivní změně předmětu plnění ani jeho účelu vyplývajícího z potřeb obviněného, že by změnila celkovou povahu veřejné zakázky vyplývající z kupní smlouvy a současně rámcové dohody. Opačný závěr přijatý Úřadem v napadeném rozhodnutí, je tudíž nesprávný.

K první podmínce dle § 222 odst. 6 ZZVZ, že potřeba změny závazku ze smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku musí vzniknout v důsledku okolností, které zadavatele jednající s náležitou péčí nemohl předvídat

76. Další podmínkou stanovenou v § 222 odst. 6 [dříve pod písm. a)] ZZVZ je, že potřeba změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku (tj. v šetřeném případě kupní smlouvy) musela vzniknout v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat (dále také jako „**první podmínka**“). Skutečnost dovozená v předchozí části odůvodnění tohoto rozhodnutí, že změna kupní smlouvy provedená dodatkem č. 2 nezměnila celkovou povahu veřejné zakázky, tedy sama o sobě neopravňovala obviněného k uzavření dodatku č. 2 bez provedení zadávacího řízení.
77. Úřad se zabýval naplněním první podmínky (resp. související argumentací obviněného) v bodech 101-102 napadeného rozhodnutí. Úřad zde dospěl k závěru, že okolnosti vztahu mezi obviněným a MSK, jehož předmětem bylo zajišťování dopravní obslužnosti na území MSK a v jehož rámci MSK nově po obviněném požadoval nasazení 4 jednotek BEMU v roce 2024 na lince S8, nejsou právně relevantní, neboť stojí vně vztahu mezi obviněným a vybraným dodavatelem, resp. nijak nesouvisí s rámcovou dohodou a kupní smlouvou. S tímto právním názorem Úřadu se z následujících důvodů neztotožňuji.
78. Podle § 8 odst. 1 zákona č. 77/2002 Sb., o akciové společnosti České dráhy, státní organizaci Správa železnic a o změně zákona č. 266/1994 Sb., o dráhách, ve znění pozdějších předpisů,

² tenderarena.cz/dodavatel/seznam-profilu-zadavatele/detail/Z0003016/zakazka/185158

a zákona č. 77/1997 Sb., o státním podniku, ve znění pozdějších předpisů „předmětem podnikání akciové společnosti České dráhy je provozování železniční dopravy“.

79. Lze předpokládat (a obviněný to i tvrdí), že obviněný neobjednává vlakové jednotky na sklad, ale za účelem provozování železniční dopravy na konkrétních tratích, resp. pro konkrétního zákazníka. V šetřeném případě měl být tímto zákazníkem MSK, pro kterého měl obviněný v kraji zajišťovat na základě smlouvy dopravní obslužnost osobní regionální železniční dopravou.
80. Obviněný měl provozovat osobní železniční dopravu pouze na elektrifikovaných tratích (resp. bez využití BEMU), a proto měl v návaznosti na smlouvu uzavřenou s MSK objednat prostřednictvím kupní smlouvy výrobu a dodávku 9 vlakových jednotek EMU (zbylých 10 jednotek EMU mělo mít jiné využití), z nichž 4 jednotky měly být provozovány na trati S8 Ostrava hl. n. – Studénka – Kopřivnice – Štramberk – Veřovice kombinující trať 271 (Ostrava – Studénka), 325 (Studénka – Veřovice) a 323 (Veřovice – Valašské Meziříčí).
81. V průběhu plnění kupní smlouvy MSK vyzval obviněného dopisem ze dne 10. 12. 2021 – v návaznosti na plán dopravní obslužnosti území MSK na období 2022-2026 schválený v červenci 2021 – k tomu, aby v průběhu roku 2024 zajistil osobní železniční dopravu na trati S8 prostřednictvím jednotek BEMU, které na elektrifikované části tratě (Ostrava – Sedlnice) budou jezdit prostřednictvím trolejového napájení a na neelektrifikované části tratě (Sedlnice – Veřovice) na bateriový pohon.
82. Důvodem tohoto nového a údajně nečekaného požadavku měla být skutečnost, že sešlo z původně plánované elektrifikace celé tratě S8, a současně snaha o zlepšení organizace dopravy na lince S8. Pokud by na této lince nebyly využívány jednotky BEMU, z logiky věci by bylo nutné zajistit provoz na její neelektrifikované části náhradním způsobem – zejména přisedáním na vlaky tažené diesellovou lokomotivou, což by mělo negativní vliv na komfort cestujících, dobu jízdy, životní prostředí (emise výfukových plynů) a zvýšení nákladů.
83. Druhou alternativou (nad rámec řešení zvoleného obviněným, které je předmětem tohoto řízení o přestupku) bylo provedení nového zadávacího řízení na dodávku 4 jednotek BEMU, což ale mělo dvě úskalí. Nejdříve by muselo dojít ke zúžení rozsahu uzavřené a pro obviněného závazné kupní smlouvy o 4 nepotřebné jednotky EMU, které již měly být ve výrobě – vybranému dodavateli by v důsledku toho mohla vzniknout škoda, jejíž náhradu by potenciálně uplatňoval u obviněného. Dále z PTK uskutečněných v roce 2022 dle obviněného vyplynulo, že žádný z účastníků těchto konzultací nebyl schopen jednotky BEMU vyrobit a dodat do konce roku 2024, a proto jedinou možností mělo být upravení jednotek EMU na BEMU v rámci již uzavřené kupní smlouvy.
84. Obviněný navíc ve vyjádření ze dne 12. 2. 2024 či v rozkladu tvrdí, že byl povinen vyhovět požadavku na nahrazení jednotek EMU jednotkami BEMU v návaznosti na zákonnou povinnost MSK zajistit dopravní obslužnost a na to, že plán dopravní obslužnosti se stal závazným jeho přijetím zastupitelstvem MSK.
85. V návaznosti na právě provedené shrnutí skutkových okolností tvrzených obviněným jsem toho názoru, že pokud obviněný objednal výrobu a dodávku 9 jednotek EMU v návaznosti na smlouvu o zajištění dopravní obslužnosti uzavřenou s MSK, a vlivem uvedených objektivních okolností, které nebylo možné dopředu předvídat, musel nově zajistit provoz na trati S8

prostřednictvím 4 jednotek BEMU (namísto původně požadovaných 4 jednotek EMU, které již byly objednány na základě kupní smlouvy), mohla být rovněž splněna první podmínka stanovená v § 222 odst. 6 ZZVZ.

86. Vzhledem k tomu Úřad v rámci nového projednání věci ověří, zda tvrzení obviněného odpovídají skutečnosti a prokazují splnění první zákonné podmínky. Za tím účelem Úřad vyhodnotí jak podklady, které jsou již součástí správního spisu (dopis MSK ze dne 10. 12. 2021 či dodatek k plánu), tak i nové podklady, které do spisu vhodně doplní (zejména smlouvu o zajištění dopravní obslužnosti uzavřenou mezi obviněným a MSK a s ní související dokumenty – např. příslušný plán dopravní obslužnosti).
87. V této souvislosti připomínám, že jelikož se obviněný dovolává výjimky z povinnosti zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, v souladu s konstantní judikaturou ho stíhá povinnost prokázat naplnění předmětných zákonných podmínek – srov. např. rozsudky Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) ve věci sp. zn. C-157/06 ze dne 2. 10. 2008, sp. zn. C-553/15 ze dne 8. 12. 2016, sp. zn. C-15/13 ze dne 8. 5. 2014 nebo rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 63/2019-88 ze dne 19. 8. 2020. Tato povinnost se uplatní rovněž v řízení o přestupku, které je ovládáno zásadou vyšetřovací, podle níž správní orgán nese odpovědnost za shromáždění důkazů o skutkovém stavu (§ 50 odst. 3 správního řádu) – viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 31/2023-26 ze dne 9. 3. 2023 vztahující se k jednacímú řízení bez uveřejnění (které často vede, stejně jako uplatnění výjimky podle § 222 odst. 6 ZZVZ, k úplnému vyloučení hospodářské soutěže), nebo rozsudky tohoto soudu č. j. 10 As 372/2019-56 ze dne 12. 3. 2020, č. j. 2 As 251/2019-52 ze dne 24. 2. 2021 a č. j. 10 As 344/2019-60 ze dne 31. 3. 2021.

Závěr ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání

88. Z výše uvedených důvodů jsem dospěl k závěru, že Úřad nesprávně posoudil naplnění druhé podmínky vymezené v § 222 odst. 6 [dříve pod písm. b)] ZZVZ. Obviněný prostřednictvím dodatku č. 2 nezměnil celkovou povahu veřejné zakázky zadané na základě kupní smlouvy a rámcové dohody, a proto byla tato zákonná podmínka naplněna. Úřad se bude řídit v rámci nového projednání věci tímto závazným právním názorem.
89. Úřad dále dospěl k nesprávnému závěru, že při posouzení naplnění první podmínky zakotvené v § 222 odst. 6 [dříve pod písm. a)] ZZVZ nejsou právně relevantní okolnosti vztahu mezi obviněným a MSK, který si měl u obviněného objednat zajištění dopravní obslužnosti osobní železniční dopravou území MSK, a s ním související smluvní či zákonné povinnosti obviněného. S tímto právním názorem jsem se z výše uvedených důvodů neztotožnil, a proto Úřad bude povinen v rámci nového projednání věci doplnit spis o nová zjištění a podklady, na jejichž základě vyhodnotí, zda rovněž došlo k naplnění první podmínky stanovené v § 222 odst. 6 ZZVZ spočívající v tom, že potřeba změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku musela vzniknout v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat.
90. Jelikož Úřad nesprávně posoudil naplnění podmínek vymezených v § 222 odst. 6 ZZVZ, je předčasný jeho závěr o spáchání přestupku obviněným. Vzhledem k tomu jsem zrušil výrok I napadeného rozhodnutí, kterým Úřad uznal obviněného vinným ze spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ. Současně jsem zrušil výroky II a III napadeného rozhodnutí (blíže viz body 9 a 10 tohoto rozhodnutí), neboť ve smyslu § 82 odst. 3 správního řádu tvoří

se zrušeným výrokem I napadeného rozhodnutí nedílný celek, resp. jsou na něm závislé a nemohou existovat samostatně. Zároveň jsem vrátil věc Úřadu k novému projednání, neboť ji nelze rozhodnout bez doplnění zjištění skutkového stavu věci ve vztahu k první podmínce stanovené v § 222 odst. 6 ZZVZ.

91. V případě, že Úřad dospěje k závěru, že první podmínka zakotvená v § 222 odst. 6 ZZVZ nebyla naplněna, zohlední a vypořádá námitky rozkladu shrnuté v bodech 31-44 tohoto rozhodnutí vztahující se k jeho navazujícím závěrům obsaženým v napadeném rozhodnutí. Z důvodu procesní ekonomie se k některým z těchto rozkladových námitek a souvisejícím závěrům Úřadu vyjádřím v následující části odůvodnění tohoto rozhodnutí.

VII. K dalším námitkám rozkladu a závěrům Úřadu obsaženým v napadeném rozhodnutí

K posouzení změny kupní smlouvy z pohledu podmínky stanovené v § 222 odst. 3 písm. c) ZZVZ

92. Úřad v napadeném rozhodnutí dále dospěl k závěru, že změna realizovaná dodatkem č. 2 naplnila charakter podstatné změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku dle § 222 odst. 3 písm. c) ZZVZ, podle něhož *„podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je taková změna smluvních podmínek, která by vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky“*.
93. Úřad k tomu uvedl v bodě 113 napadeného rozhodnutí, že *„na základě dodatku č. 2 se rozšířil původní předmět plnění (tj. výroba a dodávka jednotek EMU) nově o výrobu a dodávku jednotek BEMU, tedy o typ jednotek, se kterými nebylo v zadávacím řízení na uzavření rámcové dohody původně vůbec počítáno. Dle Úřadu tedy obviněný dodatkem č. 2, resp. požadavkem na výrobu a dodávku jednotek BEMU zásadně rozšířil původní předmět rámcové dohody, na jejímž základě jsou uzavírány jednotlivé dílčí smlouvy (veřejné zakázky) o plnění, které nebylo předmětem původní soutěže na uzavření rámcové dohody, a došlo tak dle Úřadu ke změně, která ve smyslu § 222 odst. 3 písm. c) zákona vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění, jež bylo možné na základě rámcové dohody požadovat“*.
94. Úřad tento závěr učinil v návaznosti na komentář citovaný v bodě 111 napadeného rozhodnutí, který vychází z bodu 36 rozsudku SDEU sp. zn. C-454/06 ze dne 19. 6. 2008, ve věci presstext Nachrichtenagentur GmbH (dále jen **„rozsudek presstext“**), podle něhož *„změna původní veřejné zakázky může být rovněž považována za podstatnou, pokud značnou měrou [zvýrazněno předsedou Úřadu] zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány. Posledně uvedený výklad je potvrzen v čl. 11 odst. 3 písm. e) a f) směrnice 92/50, který ukládá pro veřejné zakázky na služby, jejichž předmětem jsou výlučně nebo převážně služby uvedené v příloze I A této směrnice, omezení týkající se míry, v níž mohou zadavatelé využít vyjednávacího řízení pro zadání služeb, které jsou doplňkové ve vztahu ke službám, jež byly předmětem původní veřejné zakázky“*.
95. Jak vyplývá z § 222 odst. 3 písm. c) ZZVZ, za podstatnou změnu se nepovažuje jakékoliv rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky, ale jen rozšíření *„významné“*, slovy rozsudku presstext *„značnou měrou“*. Sama skutečnost, že došlo k rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky o plnění, se kterým nebylo při jejím zadávání počítáno (tzn. nebylo předmětem původního zadávacího řízení), tedy nestačí k učinění závěru o tom, že se jedná o podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku.

96. Jak je však patrné z citovaného bodu 113 napadeného rozhodnutí, Úřad závěr o tom, že v šetřeném případě došlo ke změně, která představuje ve smyslu § 222 odst. 3 písm. c) ZZVZ podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, založil pouze na skutečnosti, že obviněný rozšířil předmět plnění o typ jednotek, se kterým nebylo v zadávacím řízení na uzavření rámcové dohody počítáno. Úřad však již nijak neposuzoval významnost (míru) tohoto rozšíření, a proto je napadené rozhodnutí v této části nepřezkoumatelné.
97. Úřad dále nad rámec tohoto závěru konstatoval v bodě 114 napadeného rozhodnutí (v reakci na tvrzení obviněného, že procentuální navýšení ve vztahu k původní hodnotě závazku dle kupní smlouvy činilo 6,3 %, což nelze považovat za rozšíření významného charakteru), že hodnota navýšení několikanásobně překročila finanční limit stanovený v § 25 ZZVZ, a proto by byl obviněný povinen zadat změnu provedenou dodatkem č. 2 v zadávacím řízení jako nadlimitní sektorovou veřejnou zakázku na dodávky. Dle Úřadu rovněž z tohoto důvodu došlo k významnému rozšíření původního předmětu rámcové dohody.
98. Úřad tento dílčí závěr učinil v návaznosti na rozhodnutí předchozího předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0149/2020/VZ, č. j. ÚOHS-31109/2020/321/VJu ze dne 19. 10. 2020 (dále jen „**rozhodnutí R0149/2020**“), z něhož citoval v bodě 112 napadeného rozhodnutí. V tomto dřívějším rozhodnutí se uvádí, že *„optikou toho, zda existuje povinnost provést zadávací řízení nebo nikoliv, lze přistupovat i k výkladu § 222 odst. 3 písm. c) zákona. O významné rozšíření předmětu plnění se bude jednat tedy v okamžiku, kdy by předmět změny závazku byl zadavatel povinen zadávat v zadávacím řízení“*.
99. K právě citovanému názoru obsaženému v rozhodnutí R0149/2020 uvádím, že ho nelze považovat za jediné vodítko, jak vykládat neurčitý právní pojem *„významné rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky“*. Kdyby tomu tak bylo, v § 222 odst. 3 písm. c) ZZVZ by nemusel být obsažen tento neurčitý právní pojem, ale konkrétní pravidlo, že za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se považuje takové rozšíření rozsahu plnění, jehož předmět by byl zadavatel povinen zadat v zadávacím řízení, pokud by ho zadával samostatně. Tak tomu ale není – § 222 odst. 3 písm. c) ZZVZ obsahuje neurčitý právní pojem, který je nezbytné vykládat, stejně jako ostatní neurčité právní pojmy, v kontextu konkrétních skutkových okolností daného případu (srov. bod 63 tohoto rozhodnutí). Pro všechny budoucí případy tedy nelze stanovit pouze jedno univerzální pravidlo, jak by mohlo vyplývat z rozhodnutí R0149/2020. Aplikace tohoto přístupu na každý případ by vedla k nepřiměřenému důsledku spočívajícímu v tom, že u větších zakázek by bylo možné realizovat poměrově menší změny než u zakázek menších (např. v případě veřejného zadavatele u zakázky na dodávky, jejíž hodnota by byla 10 mil. Kč, stejně jako u zakázky na dodávky, jejíž hodnota by byla 1 mld. Kč, by bylo přípustné rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky o maximálně 2 mil. Kč, což je limit pro veřejnou zakázku malého rozsahu na dodávky).
100. Na nyní šetřený případ nelze nahlížet optikou závěru přijatého v rozhodnutí R0149/2020 rovněž z toho důvodu, že v daném případě byl skutkový stav zcela odlišný od skutkového stavu v nyní posuzované věci. Přestupek předmětného zadavatele (Thomayerovy nemocnice) totiž spočíval v tom, že rozšířil původní závazek zajistit provoz, správu a údržbu vnitřních rozvodů tepelné infrastruktury o povinnost zajistit provoz, správu, údržbu a opravy vnitřních rozvodů pro zásobování studenou užitkovou vodou, pitnou vodou a správu odpadní kanalizace. Původní hodnota závazku ze smlouvy č. 1 uzavřené Thomayerovou nemocnicí činila 240 374,30 Kč bez DPH/měsíc a ze smlouvy č. 2 činila 627 974,20 Kč bez DPH/měsíc. Uzavřením

dotatku ke smlouvě č. 1 byla hodnota tohoto závazku navýšena na 500 000 Kč bez DPH/měsíc, tj. o téměř 30 % původní hodnoty závazku vyplývajícího ze smluv č. 1 a č. 2. Jak bude dále odůvodněno, v právě šetřeném případě byla intenzita rozšíření původního rozsahu plnění podstatně nižší, a to jak z pohledu charakteru změny, tak i její finanční hodnoty v poměru k původní finanční hodnotě závazku, resp. rámcové dohody.

101. Ve vztahu k nyní posuzované věci je v první řadě nutno uvést, že obviněný uzavřel kupní smlouvu a k ní přezkoumávaný dodatek č. 2 na základě rámcové dohody uzavřené pouze s jedním účastníkem – tj. vybraným dodavatelem, z níž obviněnému vyplývalo právo objednat až 50 ks jednotek EMU (objednat však nemusel žádnou jednotku). Obviněný měl právo odebrat toto množství jednotek na základě libovolného počtu kupních smluv, resp. předmětem každé jednotlivé kupní smlouvy mohlo být dodání libovolného množství jednotek EMU, a to až do celkové souhrnné výše 50 ks. Za tohoto skutkového stavu – který je třeba odlišit od rámcových dohod s více účastníky – je nezbytné posuzovat míru rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky ve vztahu k rámcové dohodě, tj. k 50 jednotkám EMU a současně k celkovému finančnímu limitu stanovenému v rámcové dohodě (přestože rámcovou dohodou nedochází k zadání veřejné zakázky), a tedy nejen vůči příslušné kupní smlouvě, jež byla předmětem změny. Z tohoto pohledu tedy není rozdíl v situaci, kdyby obviněný např. uzavřel jednu kupní smlouvu na 45 jednotek EMU a druhou kupní smlouvu na 5 jednotek EMU a v jednom případě by dodatkem změnil první kupní smlouvu a ve druhém případě stejným způsobem druhou kupní smlouvu (například tak, že by nahradil 5 jednotek EMU 5 jednotkami BEMU). V této souvislosti lze odkázat na rozsudek SDEU ve spojených věcech sp. zn. C-274/21 a C-275/21 ze dne 14. 7. 2022, podle něhož *„z judikatury Soudního dvora jasně vyplývá, že uzavřením rámcové dohody se veřejný zadavatel může zavázat pouze v rozsahu maximálního množství nebo maximální hodnoty dotyčných stavebních prací, dodávek nebo služeb, takže jakmile bude této hranice dosaženo, bude tato rámcová dohoda neúčinná (rozsudek ze dne 17. června 2021, Simonsen & Weel, C-23/20, EU:C:2021:490, bod 68). Jak zdůraznily rakouská vláda a Komise v písemných vyjádřeních, na základě rámcové dohody, u níž byla uvedena hranice překročena, a která je tudíž neúčinná, nelze tedy již legálně zadat žádnou zakázku podle čl. 33 odst. 2 směrnice 2014/24, ledaže toto zadání nemění podstatně tuto dohodu ve smyslu čl. 72 odst. 1 písm. e) směrnice 2014/24 (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 17. června 2021, Simonsen & Weel, C-23/20, EU:C:2021:490, bod 70)“*. Z těchto rozsudků je patrné, že změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se posuzuje ve vztahu k celé rámcové dohodě.
102. Prostřednictvím dodatku č. 2 byly nahrazeny 4 jednotky EMU 4 jednotkami BEMU, a tudíž zůstal zachován celkový počet vlakových jednotek ve výši 50 kusů. Z tohoto úhlu pohledu tedy k žádnému rozšíření rozsahu plnění sjednaného v rámcové dohodě nedošlo. O rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky však lze i přesto hovořit, neboť jednotky EMU byly doplněny (rozšířeny) o novou funkcionalitu – bateriový pohon. Jak již ale bylo podrobně popsáno v části odůvodnění tohoto rozhodnutí týkající se celkové povahy veřejné zakázky, nejednalo se o nahrazení jednotek EMU zcela odlišnými jednotkami (např. dieselovými), ale o jejich úpravu, která jejich původní podobu z velké části zachovala. Vzhledem k tomu mohou být jednotky BEMU i nadále využívány stejným způsobem jako jednotky EMU – tj. na elektrizovaných tratích napájených z trolejového vedení, a nově doplňkově rovněž na tratích, které elektrizovány nejsou. [K tomu lze podotknout, že úpravu jednotek EMU na jednotky BEMU již v průběhu

jejich výroby realizované na základě uzavřené kupní smlouvy lze považovat za jednodušší a hospodárnější řešení, než jejich odebrání v původní podobě (jako jednotek EMU) a jejich následná úprava na jednotky BEMU prostřednictvím nové veřejné zakázky.] Úprava jednotek EMU na jednotky BEMU se týkala pouze 4 jednotek z 50 dle rámcové dohody, což lze označit za marginální změnu. Rovněž finanční dopad této změny je v poměru k celkovému finančnímu limitu stanovenému v rámcové dohodě nízký, neboť představuje navýšení ceny o méně než 2,4 %.

103. Je pravdou, že hodnota změny vyjádřená v penězích představuje vysokou částku – [OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ] Kč bez DPH, která několikanásobně převyšuje limit pro nadlimitní sektorovou veřejnou zakázku na dodávky. Jak už ale bylo zdůrazněno v bodě 99 tohoto rozhodnutí, tato skutečnost sama o sobě nezpůsobuje, že došlo k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky, neboť vždy je třeba zohlednit všechny okolnosti daného případu, a to včetně ceny původní veřejné zakázky (resp. v tomto případě rámcové dohody). V právě posuzované věci se jedná o skutečnosti uvedené v předchozím bodě tohoto rozhodnutí, z nichž vyplývá, že nedošlo k natolik intenzivnímu rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky (resp. rámcové dohody), které by bylo možné označit za *významné*. O to více to platí v řízení o přestupku, kde je u potenciálně hraničních případů nezbytné volit výklad (neurčitého právního pojmu) ve prospěch obviněného (v souladu s právní zásadou *in dubio pro reo*).
104. Ze všech výše uvedených důvodů jsem tudíž dospěl k závěru, že rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky (resp. rámcové dohody) prostřednictvím dodatku č. 2 nebylo *významné*, a proto ve smyslu § 222 odst. 3 písm. c) ZZVZ nepředstavovalo podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku.

K posouzení změny kupní smlouvy z pohledu podmínek stanovených v § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ

105. Úřad dále dospěl v napadeném rozhodnutí k závěru, že změna podmínek rámcové dohody na základě dodatku č. 2 představuje podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ, podle něhož *„podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je taková změna smluvních podmínek, která by umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně“*. Obviněný vznáší v rozkladu rovněž ve vztahu k tomuto závěru Úřadu řadu připomínek, které Úřad vypořádá v rámci nového projednání věci (za předpokladu, že to bude stále relevantní).
106. V této souvislosti upozorňuji zejména na rozkladovou námitku, že je nesprávné tvrzení Úřadu, že na trhu existují dodavatelé jednotek BEMU, neboť dle obviněného se jedná o dodavatele působící na trhu v roce 2024. Tento závěr Úřadu proto dle obviněného nemá oporu v provedeném dokazování. K tomu uvádím, že je pravdou, že Úřad v bodě 116 napadeného rozhodnutí podotkl, že na trhu existují výrobci jednotek BEMU, a v rámci toho v poznámce pod čarou č. 5 odkázal na webové stránky s informacemi o různých výrobcích jednotek BEMU. Není však zřejmé, zda se jedná o výrobce jednotek BEMU existující na trhu až v roce 2024 (jak tvrdí obviněný), anebo kteří tyto jednotky vyráběli již v roce 2018, kdy probíhalo zadávací řízení na uzavření rámcové dohody. Z dat u některých článků však vyplývá, že se vztahují k novějšímu období než k roku 2018 (konkrétně k rokům 2020, 2022 a 2023).

K posouzení naplnění druhého znaku skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ

107. Z § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ vyplývá, že druhým znakem skutkové podstaty tohoto přestupku je alespoň potenciální vliv porušení ZZVZ na výběr dodavatele (srov. bod 50 tohoto rozhodnutí). Úřad se zabýval naplněním tohoto znaku přestupku v bodě 122 napadeného rozhodnutí, kde pouze uvedl, že *„závěr, že změna provedená dodatkem č. 2 ke kupní smlouvě mohla mít vliv na účast dodavatelů nebo mohla ovlivnit výběr dodavatele v zadávacím řízení, kdyby zadávací podmínky odpovídaly této změně, byl Úřadem dovozen výše. Tento znak skutkové podstaty přestupku tak byl naplněn“*.
108. Úřad v citovaném bodě napadeného rozhodnutí zjevně odkázal na posouzení, které provedl ve vztahu k § 222 odst. 3 písm. a) ZZVZ, kde se zabýval tím, jak by v původním zadávacím řízení na uzavření rámcové dohody ovlivnila výběr dodavatele skutečnost, kdyby rámcová dohoda nebyla uzavírána na dodávku až 50 jednotek EMU, ale na dodávku až 46 jednotek EMU a 4 jednotek BEMU.
109. Úřad však měl v rámci posouzení naplnění druhého znaku skutkové podstaty předmětného přestupku zhodnotit, zda jím shledané porušení zákona obviněným spočívající v neprovedení zadávacího řízení (v roce 2023) na výrobu a dodávku 4 jednotek BEMU mohlo mít alespoň potenciální vliv na výběr dodavatele. To znamená, zda by se takového zadávacího řízení (v roce 2023) kromě vybraného dodavatele (tj. „Konsorcia ŠKODA TRANSPORTATION a ŠKODA VAGONKA“) potenciálně zúčastnil jakýkoliv další dodavatel. V této souvislosti je třeba zdůraznit, že obviněný tvrdí, že z jím provedených PTK vyplynulo, že žádný z oslovených dodavatelů nebyl schopen v požadovaném termínu plnění (tj. do roku 2024) takovou zakázku provést.
110. Závěr Úřadu o tom, že druhý znak skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ byl naplněn, je tedy založen na nesprávném právním posouzení věci.

K Úřadem uložené pokutě

111. Podle § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ, v rozhodném znění *„za přestupek podle odstavce 1, nepoužije-li se postup podle odstavce 3, se uloží pokuta do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle odstavce 1 písm. a) až c)“*. Úřad k tomuto ustanovení zákona uvedl v bodě 129 napadeného rozhodnutí, že za přestupek shledaný ve výroku I napadeného rozhodnutí bylo možné obviněnému uložit pokutu ve výši do 20 000 000 Kč, neboť v době vydání napadeného rozhodnutí nešlo určit celkovou cenu veřejné zakázky s ohledem na skutečnost, že na základě kupní smlouvy, resp. rámcové dohody bylo ke dni vydání napadeného rozhodnutí stále plněno. Úřad k tomu poznamenal, že za předpokladu, že by plnění na základě kupní smlouvy bylo již bylo ukončeno, pohybovala by se horní hranice možné pokuty v řádech několika set milionů korun českých, když jen cena za dodání jednotek uvedená v kupní smlouvě ve znění dodatku č. 2 činila [OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ] Kč bez DPH. S tímto způsobem určení horní hranice pokuty se z následujících důvodů neztotožňují.
112. Dle Úřadu měl obviněný spáchat přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ tím, že nezadal výrobu a dodávku 4 jednotek BEMU v některém z druhů zadávacích řízení stanovených v § 3 ZZVZ (srov. např. body 133 a 135 napadeného rozhodnutí). Výroba a dodávka 4 jednotek

BEMU by v takovém případě byla samostatnou veřejnou zakázkou, kterou obviněný nezadal v zadávacím řízení, přestože tak měl dle Úřadu učinit. Vzhledem k tomu je při stanovení horní hranice pokuty ve smyslu § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ nezbytné vyjít z ceny této veřejné zakázky, a nikoliv z ceny veřejné zakázky na výrobu a dodávku 19 jednotek EMU zadané na základě kupní smlouvy (ve znění dodatků). Posuzování zadání veřejné zakázky na výrobu a dodávku 19 jednotek EMU není předmětem tohoto řízení o přestupku, a proto cena této veřejné zakázky nemůže sloužit jako základ pro určení horní hranice pokuty.

113. K tomu je dále zapotřebí podotknout, že na plnění odpovídající dodatku č. 2, které obviněný nezadal v zadávacím řízení, lze nahlížet dvěma způsoby. Buď jako na veřejnou zakázku spočívající ve výrobě a dodávce 4 kompletních jednotek BEMU, jejíž cena dle dodatku č. 2 činila [OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ] Kč bez DPH, anebo jako na veřejnou zakázku spočívající pouze v úpravě 4 jednotek EMU (jejichž dodání již bylo předmětem uzavřené kupní smlouvy) na 4 jednotky BEMU – cena této úprava přitom činila [OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ] Kč bez DPH, což je rozdíl mezi cenou 4 jednotek BEMU uvedenou v dodatku č. 2 a cenou 4 jednotek EMU dle kupní smlouvy.
114. Pokud Úřad opětovně přistoupí k uložení pokuty obviněnému, její horní hranici přesvědčivě odůvodní, přičemž zohlední předchozí body odůvodnění tohoto rozhodnutí.
115. Obviněný v rozkladu namítá, že Úřad nezohlednil polehčující okolnosti, jež měly spočívat v tom, že obviněný postupoval se vší opatrností, když si před uzavřením dodatku č. 2 nechal zpracovat dva posudky, uskutečnil PTK a změnu provedl v minimálním nutném rozsahu, neboť ve zbytku realizuje standardní zadávací řízení. Pokud Úřad znovu přistoupí k uložení pokuty, rovněž zohlední tuto argumentaci obviněného – tj. uzná tyto skutečnosti jako polehčující okolnosti, anebo odůvodní, proč se o polehčující okolnosti nejedná.
116. Úřad taktéž vypořádá argumentaci obviněného, že posoudil jeho ekonomickou situaci na základě nesprávných údajů, vztahujících se k celé skupině České dráhy.

VIII. Závěr

117. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že výrok I napadeného rozhodnutí spočívá na nesprávném právním posouzení věci, jsem dospěl k závěru, že byly splněny zákonné podmínky pro jeho zrušení, a to spolu s navazujícími výroky II a III napadeného rozhodnutí, a vrácení věci Úřadu k novému projednání, v jehož rámci se bude řídit v souladu s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu právním názorem vyjádřeným v tomto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

JUDr. Vilém Podešva, LL.M., advokát, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4

Vypraveno dne

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy