



ČESKÁ REPUBLIKA

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže třída Kpt. Jaroše 7, 602 00 Brno	
Došlo: 23-07-2008	
Číslo: 99-166/08	14746/2008/310
Přílohy: /	Vyřizuje: ODP

H.Hil

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Jaroslava Tesáka, Ph.D. a soudců JUDr. Davida Rause, Ph.D. a JUDr. Ing. Viery Horčicové v právní věci žalobce **Dopravní podnik Ostrava a.s.**, se sídlem Ostrava-Moravská Ostrava, Poděbradova 494/2, zastoupeného Mgr. Vlastislavem Kusákem, advokátem se sídlem Praha, Národní 32, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R 119/2006/02-11821/2007/310-Hr ze dne 22.6.2007,

t a k t o :

- I. Žaloba se **z a m í t á .**
- II. Žalovanému se náhrada nákladů řízení **n e p ř i z n á v á .**

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce brojí žalobou proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R 119/2006/02-11821/2007/310-Hr ze dne 22.6.2007, kterým bylo potvrzeno předchozí rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže vydané v prvním stupni správního řízení č.j. S 123/2006/DO-16517/2006/510-če ze dne 25.9.2006 a zamítnut rozklad, který žalobce proti tomuto rozhodnutí podal.

Žalovaný rozhodl, že žalobce coby zadavatel porušil § 3 odst. 1 a 3 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), a sice tím, že dne 26.6.2003 uzavřel smlouvu označenou jako „Dodatek č. 8

ke kupní smlouvě č. ID-03/99“, aniž by tak učinil na podkladě vyhlášení obchodní veřejné soutěže.

I. Procesní stanoviska účastníků

Žalobce namítá v žalobě nezákonnost napadeného rozhodnutí a vady řízení, jež vydání napadené rozhodnutí předcházelo.

Žalobce předně namítá porušení zásady *ne bis in idem*. Napadené rozhodnutí totiž podle žalobce zasahuje do dřívějšího pravomocného rozhodnutí vydaného žalovaným v téže věci, aniž by byl splněn zákonem stanovený postup pro takový zásah. Věc posuzovaná v rámci správního řízení, v němž bylo vydáno nyní napadené rozhodnutí, již podle žalobce byla posouzena v rámci řízení vedeného žalovaným v roce 2004, které vyústilo ve správní akt vydaný pod č.j. VZ/P111/04-152/4018/04-JT dne 26.8.2004, který byl označený jako „Výsledek šetření“. Přestože žalovaný tvrdí, že se nejedná o rozhodnutí, podle žalobce o rozhodnutí jde; tu žalobce poukazuje zejména na náleznost Ústavního soudu ve věci IV. ÚS 233/02, podle něhož pojem „rozhodnutí“ je označením technickým a je třeba k němu vždy přistupovat z hlediska jeho obsahu a nikoli formy. Není tedy rozhodující, jak správní orgán svůj akt označil, ale jaký byl jeho skutečný obsah a charakter. Podle žalobce nemůže být pochyb o tom, že žalovaný již v roce 2004 provedl ve skutkově téže věci šetření. Svůj procesní závěr v roce 2004 mohl žalovaný učinit toliko v rámci správního řízení. Pokud totiž z monitoringu tisku, jak uvádí, zjistil, že je třeba přezkoumat úkony zadavatele, pak nutně musel zahájit řízení, které mělo skončit dvěma způsoby: buď měl žalovaný konstatovat, že ZVZ porušen nebyl, nebo měl konstatovat, že ZVZ porušen byl. ZVZ totiž neumožňoval žádnou jinou cestu. I pro případ, že by žalovaný tehdy neshledal porušení zákona, měl o tom vydat rozhodnutí.

Dále žalobce namítá nesprávné použití procesních předpisů. Žalovaný při svém rozhodování postupoval podle ZVZ. Tento předpis má procesní charakter. Platí, že správní orgán postupuje vždy podle takové procesní normy, která je platná a účinná v době jeho rozhodování. Řízení před žalovaným (v prvním stupni správního řízení) bylo zahájeno dne 9. května 2006. V té době již ZVZ neplatil a byl nahrazen zákonem č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „pozdější ZVZ“). Proto měl žalovaný v řízení postupovat podle pozdějšího ZVZ a nikoli podle ZVZ z roku 1994. Pokud by žalovaný postupoval podle správního právního předpisu, pak již nesměl zkoumat porušení ZVZ, a sice z následujících důvodů: pozdější ZVZ v § 96 odst. 1 stanoví, že žalovaný může zahájit řízení do uplynutí tří let od doby, kdy úkonem zadavatele došlo k porušení tohoto zákona. Z toho tedy plyne, že podle pozdějšího ZVZ již žalovaný nemůže přezkoumávat porušení pravidel daných ZVZ z roku 1994. Porušení ZVZ z roku 1994 by mohl zkoumat pouze postupem podle ZVZ z roku 1994, ten však již v době zahájení řízení neplatil a žalovaný podle něj postupovat nemohl. Žalovaný nadto nemohl aplikovat ani § 109 pozdějšího ZVZ, podle něhož podle dosavadních předpisů se postupuje i v řízení o přezkoumání úkonu zadavatele orgánem dohledu

nebo v řízení o uložení sankce, která navazují na zadávání veřejných zakázek podle dosavadních právních předpisů, neboť k 9. květnu 2006 nebyla žádná před 1. květnem 2004 zahájená zadání veřejných zakázek, ani řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, ani řízení o uložení sankce a ani řízení navazující.

Dále žalobce namítá porušení práva na spravedlivý proces. Žalobce namítá, že přes jeho opakované výzvy, aby mu bylo sděleno, jakým konkrétním způsobem porušil pravidla pro zadávání veřejných zakázek, respektive jak dospěl žalovaný k závěru, že došlo ke změně předmětu plnění, se žalobce o úvahách žalovaného ohledně této otázky dozvěděl až ze samotného prvoinstančního rozhodnutí. Teprve jeho doručením žalobce zjistil, že žalovaný zkoumal změnu předmětu smlouvy a dospěl k závěru, že ke změně došlo na základě průkazu způsobilosti drážních vozidel vydaných Drážním úřadem. Po celou dobu prvoinstančního řízení žalovaný žalobce přes jeho výslovné a opakované výzvy neinformoval jasně o tom, z jakého konkrétního důvodu dospěl k závěru o tom, že byl ZVZ porušen, jakým způsobem dospěl k závěru, že došlo ke změně předmětu plnění, ačkoli sám o této skutečnosti věděl již od února 2006, kdy si vyžádal průkazy způsobilosti vozidel. Tím žalovaný dle žalobceva tvrzení odňal žalobci jednu celou instanci a omezil tak zásadním způsobem jeho procesní práva. Tu žalobce nesouhlasí s argumentací žalovaného, že by takovým sdělením předjímal závěr, k němuž má teprve dospět v rozhodnutí. Jasně vyjádření žalovaného k otázce, v čem spatřuje změnu předmětu plnění a na základě jakých skutečností dospívá k takovému závěru, není rozhodnutím ve věci ani jeho předjímáním. Žalobce tvrdí, že nikdy po žalovaném nežádal, aby žalobci sdělil, jak ve věci rozhodne. Žalobce pouze chtěl vědět, jakými skutečnostmi, důkazy a úvahami se při svém rozhodování zabývá. Bez takového postupu žalovaného nemohl žalobce řádně hájit v rámci správního řízení svá práva.

Zásadní vadou řízení je též podjatost Mgr. Jindřišky Koblíhové, místopředsdkyně Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Prvoinstanční rozhodnutí bylo na straně žalovaného vydáno 25. září 2006 druhou místopředsdkyní žalovaného Mgr. Jindřiškou Koblíhovou. Ta však již dne 15. srpna 2006 podala proti osobě právního zástupce žalobce, Mgr. Vlastislavu Kusákovi, trestní oznámení pro podezření ze spáchání trestného činu pomluvy, křivého obvinění a útoku na státní orgán. Není však zřejmé, jak se těchto trestních činů mohl právní zástupce dopustit, když právní zástupce nikdy Mgr. Koblíhovou v souvislosti s daným řízením nekontaktoval (veškerá komunikace probíhala skrze Ing. Černého a Mgr. Lízala), a o tom že věc Mgr. Koblíhová rozhoduje, se právní zástupce žalobce dozvěděl až z rozhodnutí samého, tj. dne 27. září 2006, kdy mu bylo doručeno. Právní zástupce o Mgr. Koblíhové nikdy veřejně nešířil jakékoli, natož nepravdivé údaje, právní zástupce ji nikdy neobvinil z trestného činu a už vůbec by si dle žalobce nedovolil použít vůči ní násilí, přesto však Mgr. Koblíhová pro výše uvedené trestné činy na právního zástupce žalobce podala trestní oznámení. Takové jednání jednoznačně dle žalobce svědčí o osobní zaujatosti Mgr. Koblíhové vůči osobě právního zástupce žalobce. Mgr. Koblíhová tedy nemohla prvostupňové rozhodnutí vydat, neboť byla osobou podjatou.

Žalobce též samostatně namítá nezákonnou retroaktivní aplikaci ZVZ. Tu žalobce namítá, že režim veřejných zakázek se na nákup tramvají dopravními podniky začal vztahovat až po 1.6.2000, tj. od účinnosti zákona č. 28/2000 Sb. Tato novela ZVZ však nestanovila jasně, co se mělo stát se smlouvami uzavřenými před její účinností. Zákonodárce tedy neurčil, jak přistupovat k již uzavřeným smlouvám. Tedy podle žalobce nebylo jasné, zda se smlouvy, které nebyly do té doby veřejnými zakázkami, budou posuzovat tak, že od 1.6.2006 podléhají režimu novelizovaného ZVZ nebo naopak vůbec se na něj ZVZ nevztahuje a i po 1.6.2006 s nimi lze nakládat bez ohledu na novou úpravu ZVZ. Za tohoto stavu je dle žalobce třeba dospět k závěru, že se na smlouvy uzavřené do 1.6.2000 a jejich následný režim pravidla podle ZVZ nevztahovala. Pokud tedy strany nebyly omezeny při uzavírání smlouvy, nevztahovalo se na ně ani následně stanovené omezení, pokud smlouvy zásadním způsobem nevybočily z požadovaného předmětu plnění. Žalobce v daném případě nevybočil z požadovaného předmětu plnění; základem pro uzavření smlouvy byl požadavek na dodávku 15 ks tramvají určitých základních technických vlastností - a to všechny dodané tramvaje splňovaly. Stejný závěr byl konečně i výsledkem zjištění žalovaného v roce 2004.

Podrobnou argumentací žalobce brojí proti nesprávnému právnímu posouzení dodatku ze dne 19.4.2000. Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí uvedl, že k dodatku ze dne 19.4.2000 nepřihlíží, neboť dodatek není v řadě smluvní dokumentace logický, protože jej pro inovaci tramvaje nebylo třeba, nebyl číslován v postupné číselné řadě, je neurčitý, protože umožňuje nakupovat jakékoli tramvaje, a nebylo na základě znaleckých posudků potvrzeno přesné datum uzavření dodatku. Žalovaný se v napadeném rozhodnutí s touto argumentací materiálně ztotožnil a rozvádí toliko úvahy o neurčitosti dodatku. Žalobci není jasné, co se žalovanému zdá na dodatku a okolnostech jeho vzniku nelogické. V této souvislosti žalobce poznamenává, že nikdy netvrdil, že by účelem dodatku ze dne 19.4.2000 bylo to, aby pokryl inovace tramvaje; to nebylo nutné a též sám žalovaný připouští, že již původní smlouva inovace umožňovala. Stejně tak skutečnost, že dodatek nebyl číslován v řadě, nic nemůže změnit na jeho platnosti či důvěryhodnosti. Strany jednoduše zapoměly dodatek očíslovat. Žalobce odmítá též neurčitost dodatku. Jednak žalovaný k posuzování určitosti smlouvy není oprávněn za situace, kdy mezi stranami smlouvy není nejmenších pochybností o určitosti dodatku a potažmo předmětu plnění. Je pravdou, že by si o platnosti, respektive určitosti, dodatku mohl učinit úsudek jako o tzv. předběžné otázce, ovšem pokud strany smlouvy tvrdí, že smlouva je určitá, jde ze strany správního orgánu o účelový výklad nemající opodstatnění. Podrobnější argumentací pak žalobce dovozuje, že tento dodatek neurčitým není.

Žalobce též podrobně argumentuje své tvrzení o nesprávném právním posouzení otázky změny předmětu smlouvy. Předmětem smlouvy podle žalobce bylo 15 ks nízkopodlažních tramvají ŠKODA-INEKON typ LTM 10.08, přitom tramvaje prodávající kupujícímu měl dodat v provedení odpovídajícím Technickým podmínkám č. DkTPA005/97, včetně změny č. 1 a schváleného Doplnku č. 2, změna A, B TP.

Všechny tyto technické podmínky podrobně vymezovaly, o jakou tramvaj se jedná – její délku, váhu, počet míst, hnací jednotky, brzdy atd. Dodávaná tramvaj však měla těmto technickým podmínkám odpovídat, nikoli se s nimi zcela nezbytně stoprocentně shodovat. To znamená, že žalobce od samého počátku požadoval tramvaj, která byla charakterizována těmito technickými podmínkami, ovšem nevylučovalo se, že může dojít i k určitým změnám a inovacím. Že se nejednalo o pevně dané technické podmínky, od nichž se v žádném případě nešlo odchýlit, výslovně podle žalobce vyplývá i ze znění článku 1 odst. 2 smlouvy ze dne 18.1.2000. Je tedy evidentní, že se od samého počátku počítalo s tím, že se tramvaje budou inovovat. Z toho tedy žalobce dovozuje, že předmětem plnění podle smlouvy už od jejího samého počátku mělo být 15 ks nízkopodlažních tramvají po celkové technické stránce odpovídajících technickým podmínkám ve smlouvě popsáným, nikoli ovšem s nimi shodných. Tyto nebyly rigidní a připouštěla se jejich změna. Podle žalobce nedošlo ke zjevnému podstatnému se odchýlení od předmětu plnění. Nadto žalovaný podle žalobce nepředložil jediný relevantní důkaz, že by se strany takto od vymezeného předmětu plnění odchýlily; naopak žalovaný sám připouští, že jde o velmi podobné tramvaje. Žalobce dále argumentuje v tom směru, že od „předmětu plnění“ je třeba odlišit „typ vozidla“. Jak žalovaný správně konstatuje odkazem na zákon č. 266/1994 Sb., o drahách, v platném znění, musí být u každého individuálního drážního vozidla prokázána shoda se schváleným typem. To tedy znamená, že se při vývoji drážního vozidla (tramvaje) nejprve schvaluje jeho typ a pak se u konkrétního drážního vozidla (tramvaje) posuzuje jeho shoda se schváleným typem. Není však vyloučeno, aby vozidla stejného technického provedení pocházející od různých výrobců, vycházela ze dvou schválených typů, a přesto byla shodná. Žalobce pak dovozuje, že změna typu vozidla by sama o sobě neznamenala změnu předmětu smlouvy. Ani žalovaný podle žalobce nepředložil žádný důkaz o tom, že by se v případě změny typu vozidla jednalo automaticky o změnu předmětu smlouvy. Žalovaný svůj chybný závěr ohledně změny předmětu plnění opírá o dodatek č. 3, jehož přílohou bylo nová technická dokumentace. To je dle žalobce pravdou, nicméně ta nevymezovala předmět smlouvy, toliko zachycovala dodané plnění v jeho konkrétních detailech, detailně tedy popisovala technický stav. Žalobce rovněž zpochybňuje, že v průběhu plnění došlo k nárůstu ceny, jak jej popisuje žalovaný; nešlo o zdvojnásobení ceny, ale toliko o nárůst o cca 20 % za období od roku 2000 do roku 2005.

Žalovaný v bodě 71. napadeného rozhodnutí uvádí, že se nezabýval žalobcovou námitkou v tom směru, že i kdyby bylo prokázáno, že tramvaje dodávané pod označením TRIO jsou změnou předmětu smlouvy, pak žalobce při jeho změně postupoval v souladu se ZVZ, konkrétně v souladu s § 50 odst. 1 písm. e) ZVZ. Žalovaný to odůvodnil tím, že se jednalo o zcela novou námitku, kterou žalobce v rámci první instance neuváděl. Žalovaný proto využil § 82 odst. 4 správního řádu. Uvedený argument však žalovaný neměl podle žalobce důvod uplatňovat, neboť žalobce až do konečného rozhodnutí nevěděl, že je posuzována změna smlouvy; žalovaný byl tedy povinen se z touto rozkladovou námitkou vypořádat. Žalobce dovozuje, že mohl veřejnou zakázku zadat bez vyhlášení obchodní veřejné soutěže,

a sice písemnou výzvou zadavatele jednomu zájemci o veřejnou zakázku v případě částečné obnovy, rozšíření nebo úpravy předmětu původní zakázky, pokud by změna uchazeče vedla k tomu, že by zadavatel musel pořizovat plnění veřejné zakázky s odlišnými technickými znaky, které by s sebou přinášelo technickou neslučitelnost nebo potíže při provozu a údržbě. Žalobce tedy mohl využít § 50 odst. 1 písm. e) ZVZ. To platí tedy pro případ, že by bylo prokázáno, že byla provedena změna předmětu plnění.

Ze shora uvedených důvodů, v žalobě podrobně argumentovaných, navrhuje žalobce napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení.

Žalovaný ve svém vyjádření popírá důvodnost žaloby a navrhuje její zamítnutí. Setrvává přitom na závěrech, které prezentoval již v napadeném rozhodnutí. K žalobní námitce existence překážky *ne bis in idem* odkazuje žalovaný na odůvodnění napadeného rozhodnutí a opakuje, že žalobcův restriktivní výklad pravomocí žalovaného by v praxi představoval výrazné omezení jeho činnosti. Námitka nesprávného použití procesních norem je nejen nedůvodná s ohledem na § 109 pozdějšího ZVZ, ale též nepřípustná, neboť ji žalobce neuplatnil ve správním řízení. Stejně tak není důvodná námitka podjatosti Mgr. Koblihové; ta totiž trestní oznámení činila jako úřední osoba jménem žalovaného a nikoli jako soukromá osoba. Proto nelze dovozovat jakýkoli její osobní poměr k právnímu zástupci žalobce. Pokud jde o žalobcovy námitky týkající se nezákonnosti pro nesprávné právní posouzení věci, tu odkazuje žalovaný na napadené rozhodnutí, zejména na jeho body 61.-71.

Na svých procesních stanoviscích setrvali žalobce i žalovaný po celou dobu řízení před soudem, a to i při jednání, které ve věci proběhlo dne 8.7.2008.

II. Podstatné skutečnosti, správní spisy

Z obsahu správního spisu zjistil soud zejména následující podstatné skutečnosti:

Žalobce jako kupující uzavřel dne 18.1.2000 se společností INEKON spol. s r.o. jako prodávajícím kupní smlouvu, podle které se za podmínek dohodnutých ve smlouvě prodávající zavazuje dodat kupujícímu a převést na něho vlastnická práva k celkem 15 ks nízkopodlažních tramvají ŠKODA-INEKON typ LTM 10.08 za dohodnutou kupní cenu. Dále je v této smlouvě uvedeno, že tramvaje budou dodány v provedení odpovídajícím Technickým podmínkám č. Dk TP A005/97, vč. změny č. 1 a schváleného Doplnku č. 2, změna A, B TP. Aktualizované technické podmínky (TP) tvoří nedílnou přílohu smlouvy, případně jejich dodatků uzavřených v dalších letech. Následně žalobce uzavíral s týmž prodávajícím dodatky k této smlouvě. Dodatkem datovaným dne 19.4.2000 (jediným nečíslovaným v řadě) byl doplněn předmět původní smlouvy tak, že za text „...prodávající se za podmínek dohodnutých v této smlouvě zavazuje dodat kupujícímu a převést na něj vlastnická práva k celkem 15 ks tramvají ŠKODA-INEKON typ LTM 10.08 (dále jen tramvaj)...“ byl doplněn text

„...nebo jiného typu dodávaného prodávajícím...“. Následující dodatky jsou již číslovány; posloupnost dodatků začíná dodatkem č. 1 ze dne 19.6.2000 a končí dodatkem č. 14 ze dne 7.3.2006.

Dodatkem č. 3 ze dne 22.3.2001 se mimo jiné smlouva doplňovala tak, že „*dodávka jednoho kusu tramvaje pro rok 2002 musí být splněna nejpozději do 15.11.2002. Tramvaj bude dodána v provedení INEKON 2001 — TRIO, podle technické specifikace, která tvoří přílohu č. 1 tohoto dodatku Kupní smlouvy.*“. Dodatkem č. 8 ze dne 26.6.2003 byla upřesněna lhůta pro splnění dodávky tramvaj (provedení INEKON 2001 — TRIO) pro rok 2004 a 2005, cena a související platební podmínky, přičemž podle předmětného dodatku měla být čtvrtá tramvaj dodána v provedení INEKON 2003; oproti smlouvě měla mít tramvaj délku „...cca 30 m...“.

Žalovaný dospěl ve správním řízení k závěru, že dodatkem č. 3 ze dne 22.3.2001 došlo ke změně předmětu plnění smlouvy, tedy typu dodávané tramvaje; společnost INEKON spol. s r.o. začala dodávat namísto tramvaj LTM 10.08 ŠKODA-INEKON tramvaje INEKON 2001 — TRIO. S odkazem na průkazy způsobilosti drážního vozidla vydané Drážním úřadem žalovaný dospěl k závěru, že se sice jedná o dvě obdobné motorové tříčlankové nízkopodlažní tramvaje se dvěma hnacími podvozky, ale každá z nich je samostatným typem tramvaje pocházejícím od jiného výrobce a z jiné řady a nejsou tedy typově shodné. Dodávku obou samostatných typů tramvaj posoudil žalovaný jako dva rozdílné předměty plnění, přičemž k první dodávce tramvaje INEKON 2001 — TRIO došlo fakticky 16.12.2002 na základě dodatku č. 3. Pokud tedy žalobce jako zadavatel takto začal nakupovat jiné tramvaje, než na jaké uzavřel původní smlouvu, měl tyto nákupy realizovat postupem podle ZVZ. Vzhledem k celkové hodnotě dodávek tramvaj typu INEKON 2001 — TRIO ve výši 299,9 mil. Kč byl žalobce podle žalovaného povinen podle § 3 odst. 3 ZVZ vyhlásit obchodní veřejnou soutěž. Tím, že tak žalobce neučinil, jednal podle žalovaného při uzavření dodatků ke smlouvě č. 3, 4, 5 a 8, tj. dodatků, kterými byl realizován nový předmět plnění, v rozporu se ZVZ, s ohledem na uplynutí objektivní lhůty podle § 62 odst. 1 ZVZ pak tento závěr žalovaný napadeným rozhodnutím v kombinaci s předchozím rozhodnutím vydaným v prvním stupni správního řízení vyslovil ve vztahu k dodatku č. 8 ze dne 26.6.2003.

Žalovaný se ve správním řízení zabýval okolnostmi vzniku nečíslovaného dodatku ze dne 19.4.2000 a otázkou jeho platnosti. Text tohoto dodatku měl žalobci podle žalovaného umožnit obecně nákup tramvajového vozidla jakéhokoliv typu nebo provedení. Žalovaný hodlal ověřit, zda k jeho uzavření došlo skutečně dne 19.4.2000, respektive před okamžikem, kdy se žalobce stal zadavatelem na základě novely ZVZ provedené zákonem č. 28/2000 Sb., účinné ke dni 1.6.2000. Za tímto účelem si žalovaný nechal vyhotovit Kriminálněprávní ústavem Praha znalecký posudek. Z něho vyplynulo, že v případě zkoumaného dodatku ze dne 19.4.2000, který žalovaný obdržel od žalobce, se jedná pouze o kopii, takže dobu jeho vyhotovení nelze zjistit. V reakci na tyto kroky žalovaného si žalobce nechal zpracovat dva znalecké posudky,

a to RNDr. Miloslavem Musilem dne 31.7.2006 a Kriminologickým ústavem Praha dne 24.8.2006. Z uvedených znaleckých posudků vyplývá, že dodatek datovaný dne 19.4.2000 byl vlastnoručně podepsán oprávněnými osobami, a dále to, že skutečnost, zda byl tento dodatek antedatován, nelze použitými metodami jednoznačně potvrdit ani vyvrátit. Žalobce nato předložil čestné prohlášení Ing. Vašíka za zadavatele a Ing. Huška za společnost INEKON spol. s r.o. o pravosti podpisů na dodatku datovaném 19.4.2000. Žalovaný dovodil, že dodatek nebyl uzavřen dne 19.4.2000, ale později, a to účelově, aby byla umožněna dodávka tramvají jiného typu bez výběrového řízení. K tomuto dodatku při hodnocení skutkového stavu nepřihlédl. Skutkový stav byl tedy žalovaným hodnocen tak, jakoby tento dodatek vůbec nebyl uzavřen. Své závěry ohledně dodatku žalovaný odůvodnil takto: tvrdil-li žalobce, že nákupem tramvaje INEKON 2001 — TRIO nedošlo ke změně předmětu plnění, neboť se jednalo pouze o inovaci původního typu, pak podle žalovaného v takovém případě nemělo uzavření dodatku své opodstatnění, neboť „inovace“ tramvají předpokládala již původní smlouva. Předmětný dodatek tedy podle žalovaného neměl věcnou logiku v řadě smluvní dokumentace, počínaje smlouvou a návazně v následné řadě očíslovaných dodatků. Žalovaný dále vyšel z toho, že dodatek ze dne 19.4.2000 nebyl očíslován v postupné číselné řadě jako ostatní dodatky ke smlouvě č. 1 až č. 14. Nemělo logiku, aby se dodatky začaly číslovat až později, a to číslem „1“. Konečně žalovaný dovodil, že předmětný dodatek měl umožnit zadavateli naprosto volně nakupovat tramvajová vozidla, aniž by byl jakkoliv vázán na vymezení předmětu původní smlouvy. Takto změněný předmět smlouvy byl dle názoru žalovaného naprosto neurčitý a pokud by bylo uvažováno o vymezení předmětu smlouvy ve znění tohoto dodatku, žalobce by se zavazoval od společnosti INEKON spol. s r.o. odebrat jakékoliv tramvaje, bez ohledu na jejich technické či funkční vlastnosti. Žalobce již ve správním řízení namítal, že žalovaný vyslovením neurčitosti, a tím neplatnosti předmětného dodatku, překročil svoji pravomoc, neboť hodnotit planost soukromoprávních úkonů přísluší pouze soudu. S tímto tvrzením se žalovaný v řízení o rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí neztotožnil; argumentoval přitom tak, že v rámci správního řízení si učinil úsudek o předběžné otázce platnosti, respektive neplatnosti předmětného dodatku, a to s přihlédnutím k tomu, že uznání tohoto dodatku by učinilo z platně uzavřené kupní smlouvy neurčitý právní úkon. Takový postup žalovaného byl dle jeho názoru v souladu se správním řádem.

Pokud jde o otázku změny předmětu veřejné zakázky, žalobce již v průběhu správního řízení namítal, že žalovaný nepředložil jediný důkaz o tom, že obě tramvaje (tedy tramvaj původně sjednaná a tramvaj následně dodávaná) jsou natolik odlišné, že došlo ke změně předmětu smlouvy a nikoliv pouze k jeho inovaci. Žalovaný se k této otázce vyjádřil tak, že není jeho úlohou rozhodnout, co je „ještě inovace“ předmětu plnění kupní smlouvy a co je „už změna“ tohoto předmětu, neboť definici inovací předmětu veřejné zakázky (tedy aktualizací technické dokumentace) měla obsahovat kupní smlouva a absence takové definice je pouze dalším z faktorů, které by v kombinaci s předmětným dodatkem zapříčinily neurčitost kupní smlouvy.

Podle obsahu správního spisu byly realizovány dodávky tramvají následovně: v roce 2000 byly dodány 3 ks tramvaje typu ŠKODA-INEKON typ LTM 10.08, v roce 2001 byly dodány 2 ks tramvaje typu ŠKODA-INEKON typ LTM 10.08, v roce 2002 byly dodány 2 ks tramvaje typu INEKON 2001 - TRIO, v roce 2003 byly dodány 4 ks tramvaje typu INEKON 2001 - TRIO, v roce 2004 byly dodány 2 ks tramvaje typu INEKON 2001 – TRIO a v roce 2005 byl dodán 1 ks tramvaje typu INEKON 2001 - TRIO. Podle žalovaného byl tedy předmět plnění realizován dodávkami tramvají dvou různých typů: ŠKODA-INEKON LTM 10.08, výrobce ŠKODA DOPRAVNÍ TECHNIKA, s. r. o., a INEKON 2001- TRIO, výrobce DPO Inekon a. s. — Inekon Group, a s. Ke změně typu dodávaného tramvajového vozidla došlo podle žalovaného poprvé výzvou kupujícího (tedy žalobce) prodávajícímu ve smyslu čl. 2 bodu 2 smlouvy, uskutečněné prostřednictvím ujednání dodatku č. 3 dne 22.3.2001, kterým kupující vyzývá prodávajícího k plnění dodávky 1 ks tramvaje v roce 2002, přičemž tramvaj měla být dodána v provedení INEKON 2001- TRIO podle technické specifikace, která tvoří přílohu č. 1 dodatku č. 3 (Technická specifikace tramvaje typu INEKON 2001- TRIO). Od tohoto okamžiku byly až do doby ukončení smlouvy (dodatek č. 14 ze dne 7.3.2006) prodávajícím dodávány pouze tramvaje typu INEKON 2001- TRIO. Svůj závěr ohledně změny předmětu plnění žalovaný opřel o průkaz způsobilosti drážního vozidla vydaný Drážním úřadem pod evidenčním číslem PZ10264/01-V.82 dne 29.11.2001 pro typ a druh drážního vozidla: motorový tříčlankový nízkopodlažní tramvajový vůz LTM 10.08 ŠKODA-INEKON, TP Č. DK TPA005/97, řada drážního vozidla: LTM 10.08, výrobce: ŠKODA DOPRAVNÍ TECHNIKA, s. r. o., a o průkaz způsobilosti drážního vozidla vydaného Drážním úřadem pod evidenčním číslem PZ10471/03-V.82 dne 14.5.2003 pro typ a druh drážního vozidla: motorový tříčlankový nízkopodlažní tramvajový vůz 01 INEKON 2001 - TRIO, TP 010007-02, řada drážního vozidla: TRIO, výrobce: DPO Inekon, a s. — Inekon Group a. s. Z uvedených průkazů způsobilosti drážního vozidla bylo podle žalovaného zřejmé, že se v případě tramvají LTM 10.08 ŠKODA-INEKON a INEKON 2001 - TRIO jednalo sice o dvě obdobné motorové tříčlankové nízkopodlažní tramvaj se dvěma hnacími podvozky, ale každá z nich byla samostatným typem tramvaje pocházejícím od jiného výrobce a z jiné řady, nebyly tedy typově shodné.

Žalovaný tedy dospěl k závěru, že žalobce, který byl s účinností od 1.6.2000 podle § 2 písm. b) ZVZ zadavatelem, porušil § 3 odst. 1 a 3 ZVZ, a sice tím, že dne 26.6.2003 uzavřel smlouvu označenou jako „Dodatek č. 8 ke kupní smlouvě č. ID-03/99“, aniž by tak učinil na podkladě vyhlášení obchodní veřejné soutěže.

III. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, dále jen „s.ř.s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.); jde o žalobu přípustnou (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Žaloba není důvodná.

Vydání napadeného rozhodnutí nepředstavuje porušení zásady *ne bis in idem*, jak tvrdí žalobce. Zabýval-li se žalovaný zadáním téže veřejné zakázky již v roce 2004 a nedospěl-li na základě podkladů, které měl tehdy k dispozici, k závěru, že je důvodu zahajovat správní řízení pro porušení ZVZ, pak mu tato skutečnost sama o sobě nebránila, aby později, získal-li v rámci výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek další podklady týkající se zadání této veřejné zakázky, při dodržení lhůt a dalších procesních podmínek zahájil řízení o porušení ZVZ. Za podstatnou tu soud považuje především skutečnost, že v roce 2004 nebylo se žalobcem vedeno správní řízení, a tedy žalobcova věc nemohla být žalovaným již v minulosti rozhodnuta, a to ani ve formálním, ani v materiálním smyslu. Žalovaný 15.7.2004 vyzval žalobce k předložení dokumentace o zadání veřejné zakázky a následně dne 26.8.2004 žalobci sdělil „výsledek šetření“, podle něhož vzhledem k § 2 písm. a) bodu 2. ZVZ žalobci nevznikla povinnost postupovat podle ZVZ, a tedy žalovaný neshledal důvody pro zahájení správního řízení. Posuzuje-li soud tyto úkony žalovaného z hlediska obsahu a nikoli formy, tedy zohledňuje-li jejich skutečný materiální obsah, charakter, význam a dopad na žalobce v souladu s návodem, který vyplývá z nálezu Ústavního soudu ve věci IV. ÚS 233/02, jak na něj i žalobce poukazuje, pak dospívá k závěru, že ani jeden z těchto dvou úkonů žalovaného (tu zejména druhý z obou úkonů) není úkonem, jímž by se zakládala, měnila, rušila nebo závazně určovala jakákoli subjektivní práva a povinnosti žalobce. Žádné subjektivní žalobcovo právo nebylo žádným z obou uvedených úkonů žalovaného konstituováno, ani nebylo deklarováno, že by tu takové právo bylo, stejně tak žádným z obou úkonů nebyla žalobci konstituována žádná povinnost, ani nebylo deklarováno, že by tu taková povinnost byla. Přípis žalovaného ze dne 26.8.2004 tu měl pro žalobce toliko procesní význam spočívající ve zjištění, že žalovaný se nebude zadáním příslušné veřejné zakázky, a tím ani případným porušením ZVZ žalobcem, v deliktním správním řízení zabývat. Tento přípis nelze ani ve formálním, ani v materiálním smyslu vnímat jako definitivní deklarování skutečnosti, že žalobce ZVZ neporušil, jež by nemohlo být v budoucnu nikterak prolomeno; tento přípis tak ani z formálního, ani z materiálního pohledu nelze vnímat jako rozhodnutí, jež by se jakkoli dotýkalo subjektivních veřejných práv žalobce.

Žalovaný nemusel (a nemohl) svůj procesní závěr o tom, že ve věci nebude zahajovat správní řízení, učinit ve správním řízení. Takové pojetí by odporovalo logice a není k němu ani jakéhokoli zákonného důvodu. Konstrukce ZVZ nestanovila žalovanému povinnost činit úvodní posouzení možného porušení ZVZ ve formalizované proceduře, tedy v rámci správního řízení. Postup žalovaného, kdy již před zahájením deliktního správního řízení posoudí, zda je dáno důvodné podezření z porušení ZVZ, a teprve pokud tomu tak je, řízení *ex officio* zahájí, není nezákonným. Správně totiž žalovaný již v bodu 43. a násl. napadeného rozhodnutí poukazuje na skutečnost, že podle § 51 ZVZ byl žalovaný pověřen výkonem dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, přitom konkrétní způsoby výkonu dohledu byly demonstrativně uvedeny v § 52 odst. 1 ZVZ. Kromě způsobů uvedených v tomto

ustanovení (probíhajících ve správním řízení podle obecných procesních předpisů nebo podle zákona o státní kontrole, jak správně dovozuje žalobce) však mohou existovat i způsoby další, neformalizované, jejichž výkon je omezen toliko tím, že samy nemohou přímo zasahovat do práv a povinností subjektů, na něž je výkon dohledu zaměřen; jinak by taková forma výkonu dohledu musela probíhat ve správním řízení. Pokud § 57 odst. 1 ZVZ předpokládá zahájení správního řízení *ex officio* „z vlastního podnětu“ žalovaného, přitom podmínky pro zahájení správního řízení nikterak blíže nespécifikoval, uplatnila se procesní pravidla podávaná z tehdy účinného správního řádu (zákona č. 71/1967 Sb.), ten však ani v § 18, ani v jiném ustanovení rovněž nestanovil žádné bližší podmínky pro zahájení správního řízení. V takovém případě za jedině udržitelný a základní práva žalobce respektující lze považovat pouze takový výklad, podle kterého lze sankční delikt ní správní řízení pro porušení ZVZ (*ex officio* podle § 57 odst. 1 ZVZ) zahájit pouze v případě, je-li dáno důvodné podezření z porušení ZVZ. V opačném případě by byla lehce uplatnitelnou a zřejmě důvodnou námitka, podle níž žalovaný zahájil správní řízení bez toho, že by cokoli možnému porušení ZVZ nasvědčovalo, a bez toho, že by již na počátku takového delikt ního řízení sdělil účastník u správního řízení konkrétní skutečnosti, pro které s ním bude správní řízení vedeno, tedy bez toho, že by mu bylo již při prvním úkonu v rámci správního řízení zahajovaného *ex officio* zřetelně znám obsah a rozsah „obvinění“ ve smyslu čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod. Tu soud připomíná, že jedním z práv, jež musí být vždy garantována, je podle uvedeného čl. 6 právo být neprodleně podrobně seznámen s povahou a důvodem obvinění, které bylo proti konkrétnímu subjektu vzneseno; toto právo je pak zdejší soudem vykládáno v tom směru, že již z prvního úkonu v rámci delikt ního sankčního správního řízení zahajovaného *ex officio* musí být zřetelně seznatelné, jaké jednání bude v rámci správního řízení posuzováno. Toto právo, garantované samotným čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, by nemohlo být dodrženo v případě, že by správní řízení bylo zahajováno bez jakékoli takové indicie, tj. „pro jistotu“, pokud by se až průběhu správního řízení případně protiprávní jednání zjistilo. Argumentace čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod je tu dle zdejšího soudu důvodná proto, že z pohledu tohoto ustanovení nelze rozlišovat mezi „obviněními z trestných činů“ a „obviněními z jiných deliktů“ (jakým by tu bylo porušení ZVZ). Pak tedy platí, že v případě správního procesu při odhalování a postihování jednání, které je v rozporu se ZVZ, se nutně musí uplatnit principiálně stejné garance subjektivních práv jako v případech odhalování a postihování trestných činů. Neexistuje totiž zřetelná a nepřekročitelná hranice mezi trestním právem a úpravou správních deliktů a konkrétní subsumpce deliktu pod některou z těchto oblastí má toliko relativní hodnotu; zohledňovat je třeba obecný charakter příslušné normy a preventivní i represivní účel sankce a příslušnému správnímu deliktu přiznávat povahu trestní ve smyslu čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod bez ohledu na zkoumání dosažení určitého stupně závažnosti či společenské nebezpečnosti, tu rozhodující pro kvalifikaci jednání buď jako trestný čin, nebo jako jiný správní delikt. Ostatně i podle závěru Evropského soudu pro lidská práva, jaký učinil ve věci *Öztürk* (rozhodnutí ze dne 21.2.1984; jednalo se o případ, kdy bylo

napadáno rozhodnutí o spáchání správního deliktu porušením pravidel provozu na pozemních komunikacích), by bylo v rozporu s předmětem a cílem článku 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod umožnit státu, aby odstranil z dosahu tohoto ustanovení celou skupinu deliktů, které bude charakterizovat jako „lehké“ a tedy nikoli jako trestné činy. Nadto i podle Nejvyššího správního soudu je třeba v oblasti správního trestání užít principů práva trestního (rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ve věci 8 As 17/2007 ze dne 31.5.2007, k tomu publikovaná prejudikatura č. 565/2005 Sb. NSS, č. 772/2006 Sb. NSS a č. 832/2006 Sb. NSS).

Ze shora uvedeného tedy zdejší soud dovozuje, že musí být žalovanému dán prostor k prověření získaných podkladů z toho pohledu, zda z nich vyvěrají konkrétní indicie, jež by odůvodňovaly zahájení sankčního deliktního správního řízení. Tyto kroky činí mimo správní řízení. Teprve zjistí-li žalovaný takové indicie, zahajuje podle § 57 odst. 1 ZVZ správní řízení. Z toho tedy vyplývá, že žalovanému musí být umožněno ještě před zahájením správního řízení činit kroky, které mohou vést ke zjištění takových indicií, aniž by jejich nezjištění (a nezahajování správního řízení) navždy do budoucna vyloučilo možnost zahájení správního řízení na základě jiných dodatečně zjištěných indicií. To nicméně nijak neprolamuje pravidlo, podle něhož všechny důkazy, o které je opřeno rozhodnutí žalovaného vydávané ve správním řízení o porušení ZVZ, musí být provedeny v takovém správním řízení, a skutečnosti zjištěné mimo správní řízení (před jeho zahájením) jsou toliko indiciemi, které jsou důvodem pro zahájení správního řízení a v něm určujícím prvkem pro směr dokazování žalovaného. Takovému závěru ostatně nasvědčuje i výklad historický za použití § 137 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, který již výslovně předpokládá, že správní orgán před zahájením řízení disponuje vlastními zjištěními, která prověřuje z toho pohledu, zda by mohla být důvodem pro zahájení řízení *ex officio*. Pokud v roce 2004 neměl žalovaný dostatečné indicie možného porušení ZVZ a rozhodl-li se nezahajovat deliktní řízení pro porušení ZVZ a sdělil-li to žalobci, pak to tedy nemohlo založit překážku věci rozhodnuté opírající se o závěr, že ZVZ porušen definitivně nebyl. Postup, kdy žalovaný se k přezkoumání téže veřejné zakázky vrátil znovu poté, kdy získal další podklady týkající se téže veřejné zakázky, pak soud shledává jako důvodný právě s ohledem na skutečnost žalovaným zdůrazněnou v bodu 60. napadeného rozhodnutí, a sice že žalovaný získal důvodnou pochybnost o platnosti dodatku ke kupní smlouvě ID-03/99 ze dne 18.1.2000, který je datován ke dni 19.4.2000. Právě tuto skutečnost je důvodu považovat za skutkové novum, pro které znovuzaměření žalovaného na zadání příslušné veřejné zakázky nepůsobí ani jako výraz administrativní zvlé.

Uvedeným postupem žalovaného nebylo zpochybněno ani žalobcovo základní právo na spravedlivý proces tím, že by byla popřena hodnota právní jistoty žalobce korespondující s principem důvěry v právo, což by se v této věci mohlo projevit tak, že jednal-li žalobce (tu na základě přípisu žalovaného ze dne 26.8.2004) v oprávněné důvěře v autoritativní interpretaci ZVZ ve vztahu ke konkrétnímu případu, neměl by být v této své důvěře zklamán. Z judikatury Ústavního soudu (nálezy ve věcech sp. zn.

IV. ÚS 215/94, I. ÚS 605/06, I. ÚS 629/06 apod.) sice vyplývá, že ochrana jednání učiněného v důvěře v právo předpokládá, že právnická nebo fyzická osoba jedná nejen v důvěře v text relevantního právního předpisu, ale zejména též v důvěře v trvalý výklad takového předpisu orgány veřejné moci, v právě projednávané věci je však podstatnou skutečností, že žalobce není postihován za jednání, jež by uskutečnil poté, kdy z přípisu žalovaného mohl seznat, že nemusí podle ZVZ postupovat, ale jež se uskutečnilo dříve, tj. před doručením tohoto přípisu. Jednání, jež bylo žalovaným shledáno jako protiprávní, je skutkovou větou rozhodnutí vydaného v prvním stupni správního řízení, napadeným rozhodnutím potvrzeného, vymezeno jako „...uzavření dodatku č. 8 ke kupní smlouvě...“, k němuž došlo dne 26.6.2003, přitom podstatou argumentace žalovaného v napadeném rozhodnutí je neplatnost dodatku ze dne 19.4.2000 a změna předmětu plnění, než jaké bylo žalobcem původně kontrahováno v době, kdy ještě podle ZVZ nemusel postupovat. Pak tedy přípis žalovaného ze dne 26.8.2004 nejen nezaložil překážku věci již rozhodnuté, ale nadto o něj nelze opírat ani popření důvěry žalobce v autoritativní výklad práva, jenž by z toho přípisu snad žalobci mohl *pro futuro* vyplynout.

Důvodným není ani žalobní tvrzení, podle něhož žalovaný nesprávně použil procesní právní předpisy, neboť správně měl správní řízení zahájené 9.5.2006 vést podle pozdějšího ZVZ, tehdy účinného.

Podle § 109 pozdějšího ZVZ platilo, že zadávání veřejných zakázek, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti pozdějšího ZVZ se dokončí podle dosavadních právních předpisů. Obdobně se postupuje i v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu nebo v řízení o uložení sankce, které na zadávání veřejných zakázek podle věty první navazují. Tzv. dosavadním právním předpisem byl ZVZ, účinnost pozdějšího ZVZ nastala k 1.5.2004 (§ 112 odst. 1 pozdějšího ZVZ). Podle § 109 druhé věty pozdějšího ZVZ měl být ZVZ aplikován i v případě, pokud samotné zadávací řízení sice proběhlo podle pravidel podávaných ze ZVZ (ať již proběhlo celé před 1.5.2004, nebo bylo zahájeno před tímto datem a následně probíhalo a bylo dokončováno na základě první věty § 109 pozdějšího ZVZ po 1.5.2004 podle ZVZ), avšak řízení o přezkoumání úkonů zadavatele či řízení o uložení sankce, které navazovalo na takové zadávací řízení, bylo zahájeno až po 1.5.2004. Legislativní vyjádření „návaznosti“ správního řízení na zadávací řízení tu sice může vyvolávat kritické komentáře, obsah pravidla podávaného z § 109 věty druhé pozdějšího ZVZ je však dostatečně zřejmý. Ve správním řízení, v němž bylo vydáno napadené rozhodnutí, bylo posuzováno zadání veřejné zakázky, k němuž mělo dojít za účinnosti ZVZ, a šlo tedy o správní řízení, které na takové zadání veřejné zakázky podle § 109 pozdějšího ZVZ navazovalo. Přestože tedy ZVZ již po 1.5.2004 účinným nebyl, žalovaný podle něj za podmínky, že se zabýval zadávacími řízeními alespoň zahájenými před 1.5.2004, měl nadále postupovat, i když samotné správní řízení bylo zahájeno již za účinnosti pozdějšího ZVZ. Měl-li přitom žalovaný postupovat podle ZVZ, pak to znamenalo, že posuzoval soulad jednání žalobce se ZVZ (posuzoval, zda

v době, kdy zadávací řízení probíhalo, bylo postupováno v souladu s tehdy účinným ZVZ či nikoli). Zároveň to znamenalo, že i správní řízení před žalovaným mělo probíhat podle pravidel vyplývajících ze ZVZ. Takto také žalovaný postupoval a v této části je tedy žaloba rovněž nedůvodná.

Namítá-li žalobce, že přes jeho opakované výzvy, aby mu bylo sděleno, jakým konkrétním způsobem porušil pravidla pro zadávání veřejných zakázek, respektive jak dospěl žalovaný k závěru, že došlo ke změně předmětu plnění, se žalobce o úvahách žalovaného ohledně této otázky dozvěděl až ze samotného prvoinstančního rozhodnutí, pak ani v takovém postupu žalovaného soud neshledává pochybení, jež by mohlo mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Tímto tvrzením žalobce nesměřuje k tomu, že by mu žalovaný neumožnil seznámit se s podkladem rozhodnutí před jeho vydáním, nýbrž fakticky k tomu, že jej neseznámil s právním závěrem, jenž ve správním řízení hodlá učinit, a s jeho odůvodněním. Žalovaný měl povinnost sdělit „... jakým konkrétním způsobem žalobce porušil pravidla pro zadávání veřejných zakázek...“ a „...jak dospěl k závěru, že došlo ke změně předmětu plnění...“, jak uvádí žalobce, tuto povinnost však měl až v okamžiku, kdy ve věci rozhodoval, neboť tato „sdělení“ musí být nepochybnou součástí odůvodnění rozhodnutí, jež je nakonec ve správním řízení vydáváno – a jímž se správní řízení končí. Před okamžikem rozhodování *in merito* není prostor k tomu, aby správní orgán porušení právní normy autoritativně deklaroval. Soud tu za podstatnou považuje skutečnost, že z oznámení o zahájení správního řízení ze dne 2.5.2006 zřetelně vyplývá, že je proti žalobci zahajováno sankční deliktní správní řízení pro porušení ZVZ v souvislosti s jeho konkrétními kontraktačními úkony a že tento rozsah správního řízení nebyl vydáním napadeného rozhodnutí překročen. Pokud z oznámení o zahájení správního řízení vyplývá, že budou mimo jiné přezkoumávány úkony zadavatele (žalobce) „...při uzavírání dodatku č. 8 ze dne 26.6.2003...“ a pokud pochybení žalobce bylo shledáno po skutkové stránce v uzavření tohoto dodatku, jak vyplývá z napadeného rozhodnutí v kombinaci s prvostupňovým rozhodnutím, pak procesní práva žalobce způsobem, jak žalobce namítá v žalobě, porušena nebyla. Konstrukce, na základě které žalovaný ve správním řízení dospěl k závěru o porušení ZVZ při uzavírání dodatku č. 8 ze dne 26.6.2003 žalobcem, která je z podstatné části opřena právě o rozbor jednotlivých plnění a o jejich porovnání a následně o závěr, že v průběhu nákupu tramvají došlo ke změně předmětu plnění, a že tedy k určitému datu měl žalobce postupovat podle ZVZ, což neučinil, je konstrukcí právní, jež musela být ve všech podrobnostech zachycena v rozhodnutí, a to v tomto případě také byla. Ke zkrácení žalobce na pořadu instancí ani k jinému porušení žalobcových práv před žalovaným z tohoto důvodu tedy nedošlo.

Pokud jde o namítanou podjatost Mgr. Koblihové, ani důvodnosti tohoto žalobcova tvrzení soud nepřisvědčuje. Ze správního spisu vyplývá, že Mgr. Koblihová podepisovala rozhodnutí vydané v prvním stupni správního řízení. Přestože její podíl na samotném vedení správního řízení je formální, spočívající v podpisu rozhodnutí z titulu funkčního zařazení u žalovaného, má soud za to, že Mgr. Koblihová z titulu

své funkce u žalovaného mohla výsledek správního řízení ovlivnit. Sám žalobce ovšem poukazuje na skutečnost, že s ní osobně v průběhu správního řízení nikdy nejednal, a tedy k žádnému osobnímu kontaktu, jenž by mohl zavdávat pochybnosti o její nepodjatosti ve vztahu k zástupci žalobce, v průběhu správního řízení nedošlo. Ze správního spisu také vyplývá, že trestní oznámení, které proti zástupci žalobce podala, nebylo podáváno Mgr. Koblihovou „za její osobu“, tedy že by se snad vůči ní osobně měl zástupce žalobce dopustit trestného činu, ale bylo podáváno „za Úřad“, tu opět z titulu funkčního zařazení u žalovaného. Rovněž jednání zástupce žalobce, které vyvolalo reakci žalovaného spočívající v podání trestního oznámení, bylo jednáním ve vztahu k žalovanému a nikoli osobně ve vztahu k Mgr. Koblihové; z obsahu trestního oznámení totiž jasně vyplývá, že bylo reakcí žalovaného na přípis žalobce ze dne 31.7.2006, v němž se uvádí, že žalovanému byla poskytnuta smluvní dokumentace v originále a že je žádáno prošetření, kde se část této dokumentace nachází a kdo s ní nakládal, a tedy žádný prvek osobního vztahu „zástupce žalobce – Mgr. Koblihová“ tu soud nenachází. I kdyby tedy zdejší soud vycházel ze skutečnosti, že se Mgr. Koblihová na vedení správního řízení podílela a že mohla výsledek správního řízení ovlivnit, tu podpisem rozhodnutí vydaného v prvním stupni správního řízení a rozhodovacími oprávněními z titulu svého funkčního zařazení u žalovaného, a tedy že se bezprostředně podílela na výkonu pravomoci žalovaného (§ 14 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, dále jen „správní řád“), pak nejsou dány objektivní pochybnosti v tom směru, že by podání trestního oznámení bylo motivováno osobním poměrem Mgr. Koblihové coby úřední osoby k zástupci žalobce, případně že by v důsledku podání trestního oznámení jakýkoli osobní, tu negativní, poměr k zástupci žalobce ze strany této úřední osoby vznikl. Podle § 14 odst. 1 správního řádu je úřední osoba vyloučena z úkonů v řízení, při jejichž provádění by mohla ovlivnit výsledek řízení, pokud lze důvodně předpokládat, že má pro svůj poměr k věci, k účastníkům řízení nebo jejich zástupcům takový zájem na výsledku řízení, pro nějž lze pochybovat o její nepodjatosti. Ze skutečnosti, že Mgr. Koblihová podala „za Úřad“ proti zástupci žalobce trestní oznámení, ovšem nevyplývá, že by měla k zástupci žalobce jakýkoli negativní poměr, ani nelze předpokládat, že by měla konkrétní zájem na výsledku řízení o porušení ZVZ. Jinak soud z obsahu spisu nezjistil žádné další skutečnosti, z nichž by pochybnosti o její nepodjatosti mohly vyplynout. Nadto soud poznamenává, že je-li tato žalobcova námitka vystavěna na tvrzení, že Mgr. Koblihová za situace, která v průběhu správního řízení vznikla, „podepsala“ rozhodnutí vydané v prvním stupni správního řízení, pak by soud naopak musel coby výlučně alibistický odmítnout takový postup, kdy by rozhodnutí vydané v prvním stupni správního řízení bylo formálně jakoby „pro jistotu“ opatřeno podpisem jiné osoby.

Námitka nezákonné retroaktivní aplikace ZVZ argumentovaná v tom směru, že pokud nebyly strany smlouvy omezeny při uzavírání smlouvy, nevztahovalo se na ně ani následné omezení, pokud nedošlo k zásadnímu vybočení z požadovaného předmětu plnění, souvisí s otázkou právního posouzení změny předmětu původní smlouvy, tedy s posouzením dodatku ze dne 19.4.2000 a s posouzením rozdílů mezi tramvajemi, které byly žalobci v průběhu let 2000 až 2004 dodávány. Podstatou

argumentace žalovaného totiž není tvrzení, že by se měl ZVZ po účinnosti novely ZVZ provedené zákonem č. 28/2000 Sb. zpětně aplikovat na plnění, které bylo před účinností novely ZVZ provedené zákonem č. 28/2000 Sb. již smluvně ujednáno, nýbrž že po účinnosti této novely došlo ke změně původně smluvně ujednaného předmětu plnění a že tato změna již měla být kontrahována v režimu vyplývajícím ze ZVZ.

K této žalobní námitce soud předně konstatuje, že žalovaný je zásadně oprávněn učinit si sám v rámci správního řízení úsudek o platnosti právních úkonů – a byl k tomu oprávněn i v tomto případě. Otázka sepsání dodatku s uvedením dřívějšího data, jež předcházelo účinnosti novely ZVZ, která žalobce za zadavatele již výslovně považovala (novela ZVZ provedená zákonem č. 28/2000 Sb. s účinností od 1.6.2000), tu však není klíčová, neboť neplatnost dodatku ze dne 19.4.2000 mohla být vyvolána již jeho samotnou neurčitostí. Tou se žalovaný zabýval oprávněně, neboť nejen z pohledu smysluplného naplnění veřejnoprávní kontroly nad zadáváním veřejných zakázek nemůže být rozhodující, že smluvní strany tvrdí, že o určitosti smlouvy (tu dodatku ze dne 19.4.2000) nemají pochyb, nýbrž nakolik je smlouva (tu dodatek ze dne 19.4.2000) určitá z hledisek objektivních – občanskoprávních. Neurčitost právního úkonu vyvolává jeho neplatnost absolutní, aniž by se jí některá ze smluvních stran musela dovolávat (§ 37 odst. 1 a § 40a občanského zákoníku).

Soud neshledává žádné pochybení žalovaného ani v závěru, k němuž žalovaný v této otázce dospěl. Přestože žalobce nabízí soudu sofistikovaný rozbor, jímž se snaží doložit, že již od počátku požadoval dodání tramvají, jejichž technické parametry se v průběhu dodávek mohly měnit, ze zjištěného skutkového stavu i soud dovozuje, že zatímco samotná kupní smlouva ze dne 18.1.2000 specifikovala předmět plnění jako dodávku tramvaje „ŠKODA-INEKON typ LTM 10.08“ splňující technické podmínky ve smlouvě dále uvedené, tedy zcela určitě s jednoznačnou identifikací typu plnění, jež mělo být žalobci dodáno (tramvaje „ŠKODA-INEKON typ LTM 10.08“), dodatek ze dne 19.4.2000 takto vymezený předmět plnění jasně prolomil, když z něj vyplývá, že žalobci mohla být napříště dodána jakákoli tramvaj, kterou bude prodávající schopen žalobci dodat (srov. „...nebo jiného typu dodávaného prodávajícím...“). Určitosti i takto konstruovaného dodatku by snad bylo možno dosáhnout přesnou specifikací technických podmínek, pokud by tak bylo ujednáno dodání jakékoli tramvaje (logicky toho typu, jenž je „prodávajícím dodáván“) splňující přesné a neměnné technické podmínky, jež by ze smlouvy vyplývaly, to však popírá sám žalobce, když uvádí, že dodávaná tramvaj měla ujednaným technickým podmínkám „...odpovídat...“, nikoli se s nimi „...zcela nezbytně stoprocentně shodovat...“ a že se nejednalo o pevně dané technické podmínky, což vyplývá z článku 1 odst. 2 smlouvy ze dne 18.1.2000, podle něhož mají být tramvaje dodány v provedení odpovídajícím technickým podmínkám, případně jejich dodatků uzavřených v dalších letech. Absolutní volnost v otázce předmětu plnění je ostatně dokládána právě tím, že žalobce dovozuje, že tramvaj může technickým podmínkám „...odpovídat...“ a nikoli se s nimi „...zcela nezbytně stoprocentně shodovat...“, aniž by byl pro zdejší soud zřetelný objektivní rozdíl mezi těmito pojmy, a tím i hranice mezi stavem, kdy tramvaj je dodávána v souladu

s předmětem smlouvy vymezeným též těmito podmínkami a kdy už nikoli (jednak nemusí-li se s těmito podmínkami podle žalobce shodovat a nadto je-li podle žalobce předpokládána aktualizace těchto podmínek po uzavření původní smlouvy), a tedy již tím popírá jasnou a neměnnou identifikaci předmětu plnění v celém průběhu jeho realizace. Zda to byl kontraktační úmysl či kontraktační nedopatření není třeba nyní v rámci přezkumu napadeného rozhodnutí posuzovat.

Pokud si tedy žalovaný učinil úsudek o platnosti dodatku ze dne 19.4.2000, pak si jej učinit mohl, a pokud dovedl, že tento dodatek je neplatný pro jeho neurčitost, pak dospěl k závěru, který je podle zdejšího soudu zákonný a věcně správný. Za tohoto stavu tedy žalovaný postupoval správně, když porovnával plnění „tramvaj ŠKODA-INEKON typ LTM 10.08“ s plněním „tramvaj INEKON 2001 – TRIO“. Pokud jde o odlišnosti obou plnění, tu nelze ničeho vytknout úvahám, které žalovaný prezentuje zejména na str. 11 rozhodnutí vydaného v prvním stupni správního řízení, ani závěru, k němuž žalovaný s poukazem na průkazy způsobilosti drážního vozidla vydané Drážním úřadem dospěl. Za klíčové zjištění, jež má oporu v podkladu rozhodnutí, soud považuje zjištění typových odlišností obou tramvají a jiného výrobce, a podstatným a plně odůvodněným je pak i závěr žalovaného, podle něhož pokud by „tramvaj ŠKODA-INEKON typ LTM 10.08“ a „tramvaj INEKON 2001 – TRIO“ měly představovat totéž plnění, pak by musela být jejich technická způsobilost prokazována shodou s jedním typem drážního vozidla, a nadto by ke změně smlouvy ze dne 18.1.2000 nebylo žádného důvodu. Předmět plnění, které mělo být ve prospěch žalobce realizováno, je tedy dán poptávaným typem drážního vozidla, jak je specifikován ve smlouvě ze dne 18.1.2000. Změna typu dodávané tramvaje byla v daném případě změnou předmětu smlouvy, neboť kromě samotného označení dodávaných tramvají vykazovalo plnění uskutečněné po 26.6.2003 odlišnosti oproti plnění ujednanému smlouvou ze dne 18.1.2000; skutečnost, že došlo i ke změně samotných technických vlastností dodávaných tramvají, potvrzuje i žalobce, když na str. 22 žaloby poukazuje na „...významné zlepšení technických vlastností tramvaje...“ v důsledku konkrétních technických změn žalobcem popisovaných. I „zlepšení“ technických vlastností je jejich „změnou“. Pro posouzení případu tu nemají smyslu dílčí disputace v tom směru, zda po uzavření původní smlouvy došlo k „inovaci“ předmětu plnění prostřednictvím aktualizace technické dokumentace či k jeho „změně“ (z podobné úvahy vychází žalovaný v bodu 70. napadeného rozhodnutí), jaký je v pojetí žalobce rozdíl mezi „inovací“ a „změnou“ předmětu plnění a zda vozidla pocházející od různých výrobců obecně mohou být tímž plněním či nikoli, jak se je žalobce snaží navodit, podstatné je, že plnění kontrahované smlouvou ze dne 18.1.2000 není plněním, jež bylo dodáváno na základě dodatku k této kupní smlouvě ze dne 26.6.2003, tedy zjednodušeně řečeno „tramvaj ŠKODA-INEKON typ LTM 10.08“ není „tramvaj INEKON 2001 – TRIO“. Mohlo se tedy sice jednat o plnění „obdobné“, jak připouští i žalovaný na str. 11 prvostupňového rozhodnutí, nejednalo se však o plnění totožné, jak žalovaný v napadeném rozhodnutí nakonec uzavřel. I soud má za prokázanou neshodu v konkrétním typu tramvají, jež byly na základě původní smlouvy od roku 2000 dodávány. Pokud podle žalobce nová technická

dokumentace „...zachycovala dodané plnění v konkrétních detailech...“, pak jí byl s ohledem na shora uvedené dotvářen předmět smlouvy. Ten tedy nemohl zůstat od okamžiku podpisu samotné smlouvy totožným. Totožnost předmětu plnění je dána totožností samotného plnění. V postupu žalovaného tu soud shledává dostatečně zřetelný a přitom okolnostem zcela přiměřený prvek administrativní investigativnosti zaměřené na odhalení možného skrytého obcházení ZVZ uvolněním původních požadavků na předmět plnění, původně kontrahovaného smlouvou ze dne 18.1.2000, v souvislosti s blížící se účinností zákona č. 28/2000 Sb. Tu soud připomíná, že původní smlouvou bylo v době, která bezprostředně předcházela právnímu stavu, za kterého již žalobce musel takové plnění kontrahovat v režimu podle ZVZ, kontrahováno dlouhodobé plnění, kdy podstatná část trvání dlouhodobého kontraktu spadala do období, v němž žalobce měl povinnost postupovat podle ZVZ (dodávka 15 kusů tramvají v následujícím pětiletém období).

Dodatek ze dne 19.4.2000 tedy skutečně nspecifikuje předmět plnění jasně, konkrétně a srozumitelně, jak žalovaný dovozuje na str. 13 rozhodnutí vydaného v prvním stupni správního řízení, a jde tak o právní úkon neurčitý, a tedy podle § 37 odst. 1 občanského zákoníku neplatný, a dodatkem ze dne 26.6.2003 došlo k faktické kontraktaci jiného plnění, než na jaké byla původně uzavřena smlouva ze dne 18.1.2000. Zákonným, věcně odůvodněným a správným, bez potřeby dalšího dokazování, je tak závěr žalovaného prezentovaný na str. 11 rozhodnutí vydaného v prvním stupni správního řízení, s nímž se žalovaný ztotožnil i v napadeném rozhodnutí (bod 70.), podle něhož začal-li žalobce od 22.3.2001 nakupovat jiné tramvaje, než ty, které lze zahrnout do předmětu plnění podle smlouvy uzavřené dne 18.1.2000, měl jejich dodávky kontrahovat postupem podle ZVZ, tedy měl vyhlásit veřejnou obchodní soutěž podle ZVZ.

Pokud žalobce dále *in eventum* namítá, že i kdyby byl shledán správným závěr žalovaného týkající se změny předmětu plnění, a tím jeho povinnost postupovat při kontraktaci plnění, jež nebylo totožné s plněním, jehož se týkala smlouva ze dne 18.1.2000, se ZVZ, pak mohl využít § 50 odst. 1 písm. c) ZVZ, ani v této části není žaloba důvodná a soud pokládá tuto argumentaci žalobce za účelovou. Jednak z průběhu kontraktace nákupu tramvají „INEKON 2001 – TRIO“ nevyplývá, že by žalobce smlouvu (tu dodatek č. 8 k původní kupní smlouvě ze dne 18.1.2000) uzavíral na podkladě písemné výzvy k podání nabídky (návětí § 50 odst. 1 ZVZ), kromě toho v tomto směru argumentoval poprvé až v řízení o rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí žalovaného, aniž by ke svému tvrzení doložil poukaz na konkrétní skutečnosti, z nichž by mohlo vyplynout, že jde o specializovanou veřejnou zakázku, jejíž plnění může poskytnout pouze jediný zájemce o veřejnou zakázku (§ 50 odst. 1 písm.c/ ZVZ), a nadto ani v žalobě žádné takové konkrétní skutečnosti neuvádí. Pokud by žalobce hodlal toto plnění kontrahovat na podkladě písemné výzvy zájemci k podání nabídky v režimu § 50 ZVZ, musely by skutečnosti osvědčující splnění podmínek pro takový způsob zadání být součástí dokumentace o zadání veřejné zakázky. Uzavření smlouvy na veřejnou zakázku jinak než na základě

pokračování

62 Ca 37/2007-310

obchodní veřejné soutěže je totiž podle § 3 odst. 4 ZVZ jednou z přípustných výjimek z jinak povinného zadání na základě obchodní veřejné soutěže, a tedy zadání veřejné zakázky na podkladě výzvy jednomu zájemci podle § 50 ZVZ je jedním ze způsobů zadání veřejné zakázky. I o takovém způsobu zadání je třeba vést dokumentaci. Žádnou takovou dokumentaci žalobce nepředložil, ani na její existenci nepoukazoval, k dotazu soudu při jednání dne 8.7.2008 uvedl, že taková dokumentace neexistuje. Z hlediska dodržení procesních práv žalobce je pak podstatné, že žalovaný měl k tomuto žalobcovu tvrzení, poprvé uplatněnému až v řízení o rozkladu, přihlížet podle § 82 odst. 4 správního řádu jen tehdy, pokud by se jednalo o skutečnost, kterou žalobce nemohl uplatnit už dříve. Tuto skutečnost přitom uplatnit mohl, neboť, jak již soud shora uvedl, z oznámení o zahájení správního řízení vyplývá, že ve správním řízení budou mimo jiné přezkoumávány úkony zadavatele (žalobce) „při uzavírání dodatku č. 8 ze dne 26.6.2003“, přitom právě k uzavření tohoto dodatku se argumentace žalobce aplikací § 50 odst. 1 písm. c) ZVZ vázala. Byla-li tedy tato argumentace žalobcem uplatněna až v řízení o rozkladu, žalovaný k ní důvodně nepřihlížel.

Soud tedy s respektováním mezí soudního přezkumu, jež jsou podle § 75 odst. 2 s.ř.s. dány uplatněnými žalobními body, uzavírá, že řízení předcházející vydání napadeného rozhodnutí není zatíženou žádnou vadou, jež by měla vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, napadené rozhodnutí je přezkoumatelným a nadto zákonným.

Ze shora uvedených důvodů soud neshledal žalobu důvodnou, a proto ji podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

IV. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení se opírá o § 60 odst. 1 a 7 s.ř.s. Žalobce ve věci úspěšný nebyl, proto mu náhrada nákladů řízení nepřísluší. Ta by příslušela žalovanému, neboť ten měl ve věci plný úspěch. Soud však neshledal, že by žalovanému vznikly náklady, jež by převyšovaly náklady jeho jinak běžné administrativní činnosti, nadto přiznání náhrady žádných nákladů žalovaný nepožadoval. Proto soud rozhodl, že žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

P o u ě n í : Proti tomuto rozhodnutí, které nabývá právní moci dnem doručení, je přípustná kasační stížnost za podmínek § 102 a násl. s.ř.s., kterou lze podat do dvou týdnů po jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu v Brně prostřednictvím Krajského soudu v Brně. Podmínkou řízení o kasační stížnosti je povinné zastoupení stěžovatele advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2 a 4 s.ř.s.).

V Brně dne 8. července 2008

Za správnost vyhotovení:
Kristýna Pejčochová



JUDr. Jaroslav Tesák, Ph.D., v. r.
předseda senátu