



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

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

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 22.6.2007, č.j. R 119/2006/02-11821/2007/310-Hr, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **je povinen** nahradit žalobci náklady řízení o žalobě ve výši 11 600,- Kč do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám Mgr. Vlastislava Kusáka, advokáta se sídlem Praha, Národní 32.
- III. Žalovaný **je povinen** nahradit žalobci náklady řízení o kasační stížnosti proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 8.7.2008, č.j. 62 Ca 37/2007 – 301, ve výši 5 400,- Kč do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám Mgr. Vlastislava Kusáka, advokáta se sídlem Praha, Národní 32.

Odůvodnění:

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 na nález 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 správného 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 žalobce tvrdí 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, místopředsedkyně Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Prvoinstanční rozhodnutí bylo na straně žalovaného vydáno 25. září 2006 druhou místopředsedkyní 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, to

je dne 27. září 2006, kdy mu bylo doručeno. Právní zástupce o Mgr. Koblihové 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. Koblihová pro výše uvedené trestné činy na právního zástupce žalobce podala trestní oznámení. Takové jednání jednoznačně dle žalobce svědčí o osobní zaujatosti Mgr. Koblihové vůči osobě právního zástupce žalobce. Mgr. Koblihová 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 a to z důvodů, že 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 již od jejího samého počátku mělo být 15 ks nízkopodlažních tramvají po celkové technické stránce odpovídajícím, nikoli ovšem shodným, technickým podmínkám ve smlouvě popsáním. 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 neznamenal 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 byla 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.

Žalobce konečně namítá i nesprávné právní posouzení podle ZVZ. 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 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 tu má zato, 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.

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 Doplňku 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 tímž 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 tramvajů 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 tramvajů (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 tramvajů 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 tříčlánkové 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 tramvajů 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 tramvajů 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 Kriminálně-ústavní 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 3 1.7.2006 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 očíslovan 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. odebírat 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 platnost 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. Dosavadní řízení před soudy – procesní situace

Zdejší soud o věci již rozhodl, a sice rozsudkem ze dne 8.7.2008, č.j. 62 Ca 37/2007 – 301, tak, že žalobu zamítl, přičemž se jak z pohledu procesního postupu, tak z pohledu hmotněprávního hodnocení věci, ztotožnil se žalovaným. Ke kasační stížnosti žalobce následně Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 26.6.2009, č.j. 9 Afs 80/2008 – 352, rozsudek zdejšího soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Nejvyšší správní soud se ve svém rozsudku ztotožnil se závěry zdejšího soudu, jaké provedl k námitkám procesních pochybení (neporušení zásady „*ne bis in idem*“, nepodjatost Mgr. Koblíhové, řádné vymezení předmětu správního řízení), nicméně

odlišně od zdejšího soudu posoudil otázku celé konstrukce žalobcova deliktu a okamžiku, v němž se měl delikt stát, s ohledem na prekluzivní lhůtu vyplývající z § 57 odst. 1 ZVZ.

Podle § 110 odst. 3 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s.ř.s.“), je zdejší soud vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu, a ve shodě s ním je povinen věc posoudit.

IV. Posouzení věci

Klíčovým pro posouzení věci je závěr, který zdůraznil Nejvyšší správní soud, podle něhož ačkoli žalovaný vedl řízení pro porušení ZVZ ve vztahu k úkonům žalobce učiněným při uzavírání dodatků č. 6 až 11 ke kupní smlouvě ze dne 18. 1. 2000, rozhodující byl pro právní konstrukci, kterou při hodnocení věci vytvořil, právě nečíslovaný dodatek této kupní smlouvy, datovaný ke dni 19. 4. 2000, kterým měl žalobce změnit (podle žalovaného neurčitě věcně rozšířit) předmět plnění oproti kupní smlouvě v původním znění.

Vzhledem k tomu, že správní řízení bylo žalovaným zahájeno dne 9. 5. 2006, a vzhledem k § 57 odst. 1 ZVZ, podle kterého lze žalovaným zahájit řízení z vlastního podnětu do čtyř let ode dne, kdy došlo k porušení zákona, nemohlo se toto řízení týkat úkonů stěžovatele učiněných před 9. 5. 2002. Žalovanému náleželo oprávnění učinit si úsudek o platnosti právních úkonů, avšak postup, jaký zvolil žalovaný v projednávané věci, je nezákonný a nelze jej aprobovat. Tento závěr postavil již najisto Nejvyšší správní soud ve shora uvedeném zrušujícím rozsudku. Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí zmínil časový rámec, v němž může prověřovat úkony žalobce, tj. právě čtyřletou prekluzivní lhůtu stanovenou § 57 odst. 1 ZVZ, avšak podrobně rozebíral a činil spornými skutečnosti, které se staly před datem, od kterého nejdříve byl žalovaný oprávněn dle § 57 odst. 1 ZVZ v řízení zahájeném dne 9. 5. 2006 činnost žalobce prověřovat. Žalovaný tímto překročil svou pravomoc a nic na tom nezměnila ani právní konstrukce, dle níž k dodatku ze dne 19. 4. 2000 nelze přihlížet pro jeho absolutní neplatnost. Je-li zákonem stanovena správnímu orgánu k přezkumné činnosti prekluzivní lhůta, pak po jejím uplynutí již zásadně nemůže podrobit své pravomoci skutečnosti spadající mimo její časový rámec. Nemůže tak učinit ani s odůvodněním, že posouzení povahy těchto událostí je nutné pro rozhodnutí o úkonech učiněných později, které je správní orgán dosud oprávněn zkoumat. Přestože nelze ani podle Nejvyššího správního soudu vyloučit zcela ojedinělé výjimky, kdy například ke zjevné nicotnosti v minulosti učiněných rozhodnutí či úkonů bude i po uplynutí prekluzivní lhůty za výjimečných okolností přihlédnuto, v dané věci se, jak najisto Nejvyšší správní soud postavil svým shora uvedeným zrušujícím rozsudkem, o takový případ nejednalo. Dodatek ze dne 19. 4. 2000 netrpěl žádnými zjevnými vadami, které by vyvolávaly jeho absolutní neplatnost. To je prokázáno i velmi složitým procesem dokazování, který žalovaný vedl za účelem posouzení jeho správného datování, případně určitosti určení jeho předmětu plnění.

Jak Nejvyšší správní soud ve shora uvedeném zrušujícím rozsudku uvedl, pokud chtěl žalovaný ve svém rozhodnutí konstatovat porušení ZVZ ze strany žalobce, svědčila mu povinnost prokázat, že žalobce nezadal veřejnou zakázku, ačkoli byl

podle tohoto zákona povinen tak učinit. Vzhledem k tomu, že do 1. 6. 2000 (do nabytí účinnosti zákona č. 28/2000 Sb., kterým byl ZVZ novelizován) žalobci ZVZ takovou povinnost neukládal, muselo být prokázáno, že k porušení povinnosti došlo po tomto datu. Kupní smlouva na nákup tramvají přitom byla uzavřena dne 18. 1. 2000 a dodatek týkající se změny předmětu smlouvy je datován k 19. 4. 2000, oba dokumenty tedy rozhodnému datu předcházejí. Pokud je napadené rozhodnutí vystavěno na konstrukci, podle níž dodatek byl ve skutečnosti uzavřen až později (po 1. 6. 2000) a účelově antidatován, aby se žalobce vyhnul povinnosti vyhlášovat veřejnou obchodní soutěž, musel k takové konstrukci žalovaný unést důkazní břemeno. Pokud by bylo prokázáno, že dodatek datovaný k 19. 4. 2000 byl ve skutečnosti uzavřen až po nabytí účinnosti novely ZVZ a před uplynutím prekluzivní lhůty dle § 57 odst. 1 ZVZ, bylo by možno učinit závěr, že došlo ze strany žalobce k porušení povinnosti zadat veřejnou zakázku ve formě vyhlášení veřejné obchodní soutěže, a to v případě, že by v době po 1. 6. 2000 byl změněn předmět kupní smlouvy. V takovém postupu žalobce (uzavření kupní smlouvy bez zadání veřejné zakázky) by bylo možno spatřovat porušení veřejnoprávní povinnosti, které lze konstatovat v rozhodnutí správního úřadu a podle zákona sankcionovat. V daném případě však taková skutečnost žalovaným prokázána nebyla, a tedy nelze ani konstatovat porušení ZVZ. I tento závěr Nejvyšší správní soud postavil již najisto ve shora uvedeném zrušujícím rozsudku. Zdejší soud by tedy na tomto místě mohl argumentaci obsaženou v rozsudku Nejvyššího správního soudu zopakovat, případně ji vlastními slovy parafrázovat, nicméně nemohl by dospět k závěru jinému, než že je napadené rozhodnutí z tohoto důvodu nezákonné.

Pokud jde o otázku neplatnosti dodatku ze dne 19.4.2000, tu je dle zdejšího soudu třeba zdůraznit tu část argumentace Nejvyššího správní soudu, z níž vyplývá, že závěr o neplatnosti tohoto dodatku pro jeho neurčitost byl založen výlučně na gramatickém výkladu textu tohoto dokumentu, přitom takový postup žalovaného zdejší soud ve svém předchozím rozsudku o zamítnutí žaloby aproboval nesprávně. Přestože žalovaný ve svém rozhodnutí uvádí, že ohledně platnosti a určitosti předmětného dodatku provedl rozsáhlé dokazování a takto získané podklady následně hodnotil podle své úvahy, ve skutečnosti pouze krátce konstatoval, že předmět smlouvy změněný dodatkem ze dne 19. 4. 2000 je naprosto neurčitý (neurčitost byla spatřována v záměně zcela konkrétního předmětu plnění za alternativně vyjádřený předmět, tj. namísto jednoho přesně vymezeného typu zboží bylo nově předmětem zboží učiněna širší množina výrobků prodávajícího). Byť se takto určený předmět koupě může zdát vzhledem k okolnostem (objemu zakázky, určení předmětu koupě) nestandardní, v žádném případě nezpochybňuje určitost uzavíraného právního úkonu, tj. závazek kupujícího od prodávajícího odkoupit jím vyráběné dopravní prostředky. Alternativní či obecné vymezení předmětu koupě nemůže samo o sobě způsobit neplatnost kupní smlouvy pro neurčitost jejího obsahu. Žalovaný vyslovil závěr o neplatnosti dodatku ze dne 19. 4. 2000 pro jeho neurčitost, aniž by se řídil výkladovými pravidly obsaženými v občanském zákoníku a obchodním zákoníku, jak na ně poukazuje Nejvyšší správní soud ve shora uvedeném zrušujícím rozsudku.

Již z práve uvedeného nezbyvá než uzavřít, že žalovaný zákonným způsobem neprokázal neplatnost předmětného dodatku pro jeho neurčitost. Současně se mu nepodařilo prokázat, že by dodatek byl antidatovaný, tj. že ve skutečnosti byl uzavřen

v období, ve vztahu k němuž se mohl žalovaný postupem žalobce z pohledu ZVZ zabývat. Proto je třeba dospět k závěru, že žalobce uzavřením dodatku ze dne 19. 4. 2000 a v návaznosti na něj i dodatku č. 8 ze dne 26. 6. 2003 neporušil žádnou veřejnoprávní povinnost, která by pro něj vyplývala ze ZVZ, a tedy žalovaný za tohoto stavu nebyl oprávněn konstatovat ve svém rozhodnutí porušení ZVZ.

Napadené rozhodnutí je, jak již najisto postavil Nejvyšší správní soud, nezákonné a zdejšímu soudu nezbylo, než je podle § 78 odst. 1 s.ř.s. zrušit a věc žalovanému podle § 78 odst. 4 s.ř.s. vrátit k dalšímu řízení. Soud rozhodl bez jednání za splnění podmínek podávaných z § 51 odst. 1 s.ř.s. (žalobce s takovým postupem výslovně souhlasil, žalovaný se k výzvě soudu nevyjádřil).

V dalším řízení je třeba respektovat následující: hodlá-li žalovaný deklarovat porušení ZVZ, pak se musí zabývat toliko úkony žalobce učiněnými od 9. 5. 2002. Předně tedy musí prokázat, že se v tomto časovém rámci určité úkony uskutečnily, jen tyto úkony podrobně rozebírat a jen při uskutečňování těchto úkonů dovozovat porušení ZVZ. Necht' se tedy v dalším řízení žalovaný pokusí odstranit vytknuté vady jím zvolené konstrukce, jež se projeví v nezákonnosti napadeného rozhodnutí, ze svých zjištění vyvodí odpovídající skutkové závěry a ty necht' pak následně právně zhodnotí.

Tak jako byl zdejší soud v tomto svém rozsudku vázán právním názorem Nejvyššího správní soudu (§ 110 odst. 3 s.ř.s.), je i žalovaný v dalším řízení vázán právním názorem podávaným z tohoto rozsudku zdejšího soudu (§ 78 odst. 5 s.ř.s.).

V. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení o žalobě se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce byl ve věci úspěšným, proto mu přísluší právo na náhradu nákladů řízení proti žalovanému. Soud proto rozhodl o povinnosti žalovaného uhradit žalobci na nákladech tohoto řízení částku 11 600,- Kč (soudní poplatek ve výši 2 000,- Kč společně s náklady právního zastoupení za čtyři úkony právní služby – převzetí a příprava zastoupení, podání žaloby, podání repliky, účast na jednání soudu dne 8.7.2008 – po 2 100,- Kč společně se čtyřmi režijními paušály po 300,- Kč, to vše podle § 11 odst. 1 písm. a/, d/ a g/ a § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, ve znění pozdějších předpisů, celkem tedy 9 600,- Kč, společně s náhradou za zaplacený soudní poplatek celkem 11 600,- Kč). Spisem neprochází osvědčení žalobcova zástupce o tom, že je plátcem DPH, cestovné k jednání soudu nebylo vyčísleno ani po jednání zdejšího soudu dne 8.7.2008, ani ve vyjádření žalobce, že souhlasí s tím, aby nyní bylo rozhodnuto bez jednání.

Výrok o nákladech řízení o kasační stížnosti se opírá o § 60 odst. 1 za použití § 110 odst. 2 s.ř.s. Žalobce byl úspěšný, proto soud rozhodl o povinnosti žalovaného uhradit žalobci na nákladech tohoto řízení částku 5 400,- Kč (soudní poplatek ve výši 3 000,- Kč společně s náklady právního zastoupení za jeden úkon právní služby – podání kasační stížnosti – ve výši 2 100,- Kč společně s režijním paušálem ve výši

300,- Kč podle § 11 odst. 1 písm. d/ a § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, ve znění pozdějších předpisů).

P o u č e n í : Proti tomuto rozhodnutí 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 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 3. listopadu 2009

Za správnost vyhotovení:
Lucie Gazdová

JUDr. David Raus, Ph.D., v.r.
předseda senátu