



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci

žalobce:

České dráhy, a.s.

sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, Praha

zastoupený JUDr. Karlem Muzikářem, advokátem

WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o.

sídlem Křižovnické nám. 193/2, Praha

proti žalovanému:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7.11.2016, č.j. ÚOHS-R328/2015/VZ-44706/2016/321/BRy,

takto:

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

Odůvodnění:

1. Žalobce se domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-R328/2015/VZ-44706/2016/321/BRy ze dne 7.11.2016, kterým bylo zčásti změněno prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25.9.2015, č.j. ÚOHS-S0464/2015/VZ-30331/2015/531/JDo, a zčásti zamítnut žalobcův rozklad a toto rozhodnutí potvrzeno.

I. Shrnutí podstaty věci

2. Žalovaný v rámci správního řízení zahájeného z moci úřední uložil žalobci prvostupňovým rozhodnutím č.j. ÚOHS-S0464/2015/VZ-30331/2015/531/JDo ze dne 25.9.2015 pokutu ve výši 200 000 Kč z důvodu porušení zásady rovného zacházení dle § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), neboť žalobce s vybraným uchazečem po uzavření kupní smlouvy na plnění veřejné zakázky (dodávka 15 kusů třívozových elektrických jednotek) uzavřel dodatek č. 1 ze dne 12.6.2012 k této smlouvě, kterým bylo změněno ujednání v kupní smlouvě tak, že žalobce nebude oprávněn po dodavateli požadovat smluvní pokutu za prodlení s dodávkou jednotlivých jednotek za dobu, kdy tato jednotka bude žalobcem provozována ve zkušebním provozu s cestujícími, čímž měl žalobce umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z kupní smlouvy; tato změna podle žalovaného při použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast i jiných dodavatelů a tento postup tak mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Žalobce se tedy podle žalovaného dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ, neboť postup žalobce mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

3. Předseda žalovaného pak nyní napadeným rozhodnutím č.j. ÚOHS-R328/2015/VZ-44706/2016/321/BRy ze dne 7.11.2016 rozhodnutí žalovaného ze dne 25.9.2015 ve výrokové části I. změnil tak, že žalobce postupoval v rozporu nejen s § 6 ZVZ, nýbrž také s § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ; předseda žalovaného dovodil, že žalobce nepostupoval v souladu s § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ a v souladu s § 6 ZVZ, když v rozporu se zásadou transparentnosti umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy, přitom věcně se se závěry obsaženými v prvostupňovém rozhodnutí ztotožnil, a ve zbytku – ve vztahu k výrokové části II. – prvostupňové rozhodnutí potvrdil.

II. Shrnutí procesního postoje žalobce

4. Podle žalobce vycházel žalovaný nesprávně z izolovaného hodnocení pouze jedné části dodatku č. 1.; ten podle žalobce obsahuje i další ujednání, která žalobci přinášejí „průkazná pozitivita“. Předseda žalovaného měl podle žalobce komplexně posoudit přínosy a náklady smluvních stran v souvislosti s dodatkem č. 1.

5. Žalobce namítá, že uzavřením dodatku č. 1 získal žalobce práva odpovídající záručním právům po dobu, kdy byly elektrické jednotky provozovány žalobcem v režimu zkušebního provozu s cestujícími; navíc mohl žalobce provozovat jednotky ve zkušebním provozu s cestujícími bezplatně, přestože nebyly v jeho vlastnictví. Zřekl-li se žalobce možnosti uplatnění smluvní pokuty, bylo to proto, že žalobce uzavřením dodatku č. 1 získal práva odpovídající svým rozsahem záruce. Dále žalobce namítá, že v souvislosti s uzavřením dodatku č. 1 získal možnost uplatňovat smluvní pokuty spojené s neplněním koeficientů provozuschopnosti dle kupní smlouvy již v průběhu zkušebního provozu s cestujícími. Uzavření dodatku č. 1 umožnilo žalobci nasadit elektrické jednotky do komerčního provozu bez nutnosti zajištění nájmu elektrických jednotek. Předseda žalovaného podle žalobce v tomto smyslu nedostatečně odůvodnil napadené

rozhodnutí, paušálně odmítl námitky žalobce proto, že směřovaly k objasnění pohnutek žalobce; takový postup je podle žalobce chybný a právní posouzení věci je tak podle žalobce nesprávné.

6. Předseda žalovaného měl pochybit také tím, že neprovedl žalobcem navrhovaný důkaz znaleckým posudkem č. 12/2016 ze dne 15.8.2016; samotné odůvodnění neprovedení navrhovaného důkazu je podle žalobce nepřezkoumatelné. Ze znaleckého posudku mělo být patrné, že z pohledu žalobce dodatek č. 1 změnil hospodářskou rovnováhu smlouvy výrazně ve prospěch žalobce. Předseda žalovaného podle žalobce v napadeném rozhodnutí uvedl, že předmětem správního řízení nebylo posouzení ekonomických přínosů a nákladů, přestože v jiné části napadeného rozhodnutí je uvedeno, že dodatkem č. 1 provedená změna vychýlila ekonomickou rovnováhu v neprospěch žalobce; tato vnitřní rozpornost odůvodnění podle žalobce způsobuje nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí. Napadené rozhodnutí je podle žalobce nepřezkoumatelné také z toho důvodu, že předseda žalovaného neuvedl, kdy a vůči komu se žalobce měl dopustit diskriminace či porušení zásady rovného zacházení a transparentnosti dle § 6 ZVZ.

7. Podle žalobce je posouzení ekonomických přínosů a nákladů dodatku č. 1 naopak zásadní; jestliže by dodatek byl pro žalobce výhodný, nebylo by možné tvrdit, že by znalost podmínek dodatku č. 1 již v průběhu zadávacího řízení mohla rozšířit okruh uchazečů či že šlo o vychýlení hospodářské rovnováhy smluvního vztahu v neprospěch žalobce. Byť předseda žalovaného nepřistoupil k provedení žalobcem navrhovaného důkazu, v rámci *obiter dictum* s jeho závěry – podle žalobce chybně – polemizoval; podle žalobce znalec přínosy a náklady dodatku č. 1 posoudil komplexně. Žalovaný měl též přihlídnout k žalobcem nezaviněnému riziku prodloužení s dodávkami elektrických jednotek.

8. Žalobce dále namítá, že se nezaviněně ocitnul v situaci, kdy musel řešit hrozící prodloužení s dodávkou elektrických jednotek; žalobce mohl požadovat smluvní pokutu za prodloužení s dodáním elektrických jednotek anebo přistoupit na modifikaci smlouvy s tím, že bude mít k dispozici elektrické jednotky v režimu zkušebního provozu s cestujícími. Dodatek č. 1 dopadal pouze na již vyrobené jednotky, které prošly technickobezpečnostní zkouškou dle příslušné ČSN normy. Zvolené řešení podle žalobce představovalo plnohodnotnou náhradu k předání elektrických jednotek a žalobcem zvolený způsob řešení naplnil účel smlouvy. Žalobcem zvolené řešení (uzavření dodatku) umožnilo žalobci dostat závazku veřejné služby v drážní dopravě v jednotlivých krajích. Podle žalobce tedy uzavřením dodatku č. 1 nemohla být narušena ekonomická rovnováha smluvního vztahu v neprospěch žalobce. Navíc dodatek č. 1 se týkal pouze omezeného počtu elektrických jednotek (4 z 15) a podle žalobce tedy ani nemohlo dojít k vychýlení hospodářské rovnováhy smluvního vztahu významným způsobem – hypotetická výše smluvní pokuty tvořila pouze 0,3 % z celkové hodnoty zakázky.

9. Tím, že dodatkem č. 1 nebyla narušena ekonomická rovnováha v neprospěch žalobce, nemohlo podle žalobce uzavřením dodatku dojít ani k ovlivnění počtu nabídek či výběru nejvhodnější nabídky. Žalobce namítá, že i kdyby neplatilo, že dodatkem nebyla změněna ekonomická rovnováha smlouvy z pohledu žalobce k horšímu, nemohla mít znalost podmínek dodatku č. 1 jakýkoliv vliv na případné rozšíření okruhu způsobilých uchazečů či na vylepšení jejich nabídek. Závěry předsedy žalovaného jsou podle žalobce ryze formalistické bez jakéhokoliv dokazování či podrobnějšího odůvodnění. Žalovaný ani jeho předseda nezkoumali, zda a kdo si v zadávacím řízení vyzvedl zadávací dokumentaci; hypotéza žalovaného o dopadech dodatku č. 1 tedy podle žalobce nebyla dostatečně prověřena. Mimo jiné i podle rozsudku Soudního dvora EU ve věci *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH proti Rakousku* ze dne 19.6.2008, C-454/06, nestačí jakákoli spekulativní možnost ovlivnění počtu podaných nabídek či jejich obsahu, ale musí

jít o možnost reálnou (pravděpodobnou). Smluvní pokuta představuje podle žalobce nanejvýš potenciální finanční riziko, které by dodavatelé mohli zohlednit v nabídkových cenách; smluvní pokuta ale podle žalobce nemohla mít jakýkoli vliv na rozhodování potenciálních uchazečů o podání nabídky. To, že smluvní pokuta v kupní smlouvě nemohla představovat podmínku, která by omezila počet uchazečů, je podle žalobce patrné také z doplňujícího právního posudku ze dne 16.1.2015. Podle žalobce nebylo ani jisté, zda příslušný správní orgán zkušební provoz s cestujícími povolí, a pokud ano, na jak dlouhou dobu a s kolika jednotkami.

10. Žalobce dále namítá, že na nyní posuzovanou věc nelze vůbec aplikovat zákaz podstatné změny smlouvy dle § 82 odst. 7 ZVZ, neboť toto ustanovení nabylo činnosti až ode dne 1.4.2012, zatímco zadávací řízení bylo zahájeno dne 14.9.2010 a kupní smlouva byla podepsána dne 15.2.2011. Z přechodného ustanovení novely ZVZ – čl. II. bod 1 zákona č. 55/2012 Sb. – podle žalobce plyne, že na již zahájené zadávací řízení nebylo možno § 82 odst. 7 ZVZ aplikovat; opačný výklad je porušením zásady *nullum crimen sine lege*. Pak tedy podle žalobce nemohlo dojít ke spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ nedodržením postupu stanoveného ZVZ.

11. Podle žalobce nelze ani dovozovat naplnění skutkové podstaty deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ porušením § 6 ZVZ. Ustanovení § 6 ZVZ podle žalobce neobsahuje konkrétní pravidlo chování. Napadené rozhodnutí je oproti jemu předcházejícímu prvostupňovému rozhodnutí v tomto ohledu navíc založeno na odlišné právní argumentaci. Předseda žalovaného oproti prvostupňovému rozhodnutí dospěl k závěru, že se § 82 odst. 7 ZVZ na nyní posuzovanou věc vztahuje. Takový postup předsedy žalovaného je podle žalobce v rozporu s § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“). Tím, že bylo – pro žalobce překvapivě – napadené rozhodnutí založeno na odlišné argumentaci, bylo žalobci znemožněno ve správním řízení argumentovat proti odlišnému posouzení věci předsedou žalovaného.

12. Podle žalobce měla být také zohledněna pozdější právní úprava - § 222 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, která byla pro žalobce příznivější (dále jen „ZZVZ“). Podle § 222 odst. 5 ZZVZ nedošlo k podstatné změně smlouvy, ale bylo poskytnuto dodatečné plnění v podobě provedení zkušebního provozu s cestujícími.

13. Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí i jemu předcházející rozhodnutí zrušit a na tomto procesním postoji setrval v průběhu celého řízení před zdejším soudem.

III. Shrnutí procesního postoje žalovaného

14. Podle žalovaného žalobce směšuje dva důvody, pro které je dle rozsudku Soudního dvora EU ve věci *Pressetext* třeba změnu smlouvy považovat za změnu podstatnou. Z prvostupňového rozhodnutí je podle žalovaného zřejmé, že žalovaný měl za to, že uzavřením dodatku č. 1 žalobce umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z kupní smlouvy a tato změna by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast i jiných dodavatelů. Úvahy o případném ekonomickém přínosu dodatku č. 1 pro žalobce jsou součástí napadeného rozhodnutí z důvodu žalobcem uplatněné argumentace v průběhu správního řízení. Žalobcem tvrzené výhody dodatku č. 1 jsou pouze důsledkem neschopnosti vybraného uchazeče dostát povinnostem dle kupní smlouvy. U ohrožovacího deliktu – jako je tomu podle žalovaného i v nyní posuzované věci – není třeba, aby žalovaný prokazoval existenci potenciálně výhodnější nabídky jiného dodavatele. Ve vztahu k aplikované právní úpravě žalovaný uvedl, že „...jednání žalobce bylo v rozporu se zákonem platným a účinným jak v době uzavření kupní smlouvy, tak v době uzavření dodatku č. 1. Rozdíl je pouze v tom, že v době uzavření dodatku č. 1 zákon tento zákaz výslovně formuloval,

příčemž před novelou zákona č. 55/2012 Sb. byl tento zákaz vystaven primárně na rozsudku Přesstext a zásadách, uvedených v § 6 zákona...“.

15. Podle žalovaného je také dostatečně patrný odklon od závěru rozhodnutí žalovaného ve věci sp. zn. ÚOHS-R158/2014/VZ, navíc jedno rozhodnutí nemohlo u žalobce vyvolat legitimní očekávání jiného výkladu. Doplněním odkazu na § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ do prvostupňového rozhodnutí došlo pouze ke konkretizaci jednání žalobce; právní argumentace napadeného rozhodnutí se podle žalovaného shoduje s argumentací prvostupňového rozhodnutí. ZZVZ podle žalovaného pro žalobce příznivější právní úpravu neobsahuje.

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

IV. Posouzení věci

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

18. Zdejší soud o žalobě již jednou rozhodoval, a sice rozsudkem č.j. 62 Af 130/2016-453 ze dne 11.7.2018. V něm dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné, neboť na zdejší soud působilo – zjednodušeně řečeno – zcela chaoticky postupné (v obou postupně vydaných rozhodnutích) vymezování příslušného ustanovení ZVZ, které měl žalobce porušit, i samotný skutkový popis žalobcova jednání, resp. důvody, pro které měl být ZVZ porušen (podle zdejšího soudu bylo žalobci nejprve vytýkáno porušení § 6 ZVZ, následně mu bylo k jeho rozkladové argumentaci ohledně neporušení § 6 ZVZ vytýkáno „také“ porušení § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ, z něhož bylo dovozováno porušení § 6 ZVZ, odůvodňováno však z podstatné části bylo porušení § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ, takže odůvodnění napadeného rozhodnutí se stalo nepřehlednou směsicí argumentů k porušení § 82 odst. 7 písm. b) a d) ZVZ, které měly potvrzovat závěry prvostupňového rozhodnutí ohledně porušení § 6 ZVZ); dílčí úvahy zdejšího soudu jsou žalobci i žalovanému z rozsudku č.j. 62 Af 130/2016-453 ze dne 11.7.2018 známy, proto na ně zdejší soud odkazuje (především na body 25. – 34.)

19. Ke kasační stížnosti žalovaného byl však rozsudek zdejšího soudu zrušen rozsudkem Nejvyššího správního soudu č.j. 6 As 255/2018-40 ze dne 27.2.2019. V něm kasační soud mimo jiné – odlišně od soudu zdejšího – dovedl, že napadené rozhodnutí přezkoumatelné je, a zavázal zdejší soud (§ 110 odst. 4 s.ř.s.) především právním názorem, že z výroku obou správních rozhodnutí je jednoznačně patrné, že „...žalobce se dopustil správního deliktu tím, že v rozporu s § 6 zákona o veřejných zakázkách (resp. dle napadeného rozhodnutí též v rozporu s § 82 odst. 7 písm. b) téhož zákona)...“ dodatkem č. 1 změnil ujednání v kupní smlouvě týkající se smluvní pokuty, čímž umožnil podstatnou změnu kupní smlouvy, jelikož tato změna by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast i jiných dodavatelů (bod 18. zrušovacího rozsudku), že prvostupňové rozhodnutí obsahuje v odůvodnění v bodech 57. – 64. poměrně podrobnou argumentaci, proč změna provedená dodatkem č. 1 mohla za použití v původním zadávacím řízení umožnit účast i jiných dodavatelů, jedná se přitom podle kasačního soudu o argumentaci, která odpovídá výroku rozhodnutí (bod 20. zrušovacího rozsudku), že „...žalobce je výrokem správních rozhodnutí trestán za správní delikt spočívající v porušení zákazu podstatné změny smlouvy dle § 82 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, a tento výrok má oporu v odůvodnění obou správních

rozhodnutí...“ (bod 22. zrušujícího rozsudku), že v případě argumentace předsedy žalovaného k porušení § 82 odst. 7 písm. d) ZVZ jde o „...srozumitelnou, avšak zbytnou část odůvodnění, která se nevztahuje ke výrokové části napadeného rozhodnutí...“ (bod 23. zrušujícího rozsudku), z čehož podle kasačního soudu plyne, že z výroku napadeného rozhodnutí, kterému korespondují nosné části odůvodnění napadeného rozhodnutí, je seznatelné, že předseda žalovaného dovedl, že dodatek č. 1 představuje podstatnou změnu smlouvy, která by ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ mohla umožnit účast jiných dodavatelů, a to i bez ohledu na posouzení ekonomické rovnováhy smlouvy (bod 26. zrušovacího rozsudku). Pro další postup v řízení byl zdejší soud zavázán, aby posoudil, zda samostatně ob stojí závěr předsedy žalovaného, že „...žalobce naplnil skutkovou podstatu správního deliktu tím, že dodatkem č. 1 připustil podstatnou změnu smlouvy ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, tedy že by předmětná změna umožnila účast jiných dodavatelů...“, a to především s ohledem na právní argumentaci žalovaného v bodech 35. a 37. napadeného rozhodnutí a v bodech 57. – 64. prvostupňového rozhodnutí (bod 27. zrušujícího rozsudku).

20. Zdejší soud tedy napadené rozhodnutí přezkoumával znovu a v intencích závazného právního názoru kasačního soudu shledal žalobu nedůvodnou.

21. Pokud jde o namítanou nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, tu tedy zdejší soud žalobci zapravdu nedává. Nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů je dána mimo jiné tehdy, nevypořádá-li se správní orgán s námitkami či návrhy účastníka správního řízení. Z odůvodnění správního rozhodnutí musí být zřejmé, z jakých důvodů správní orgán k námitkám či návrhům účastníka řízení nepřihlédl, případně proč považuje námitky za liché a jaké skutečnosti vzal za podklad svého rozhodnutí, na základě kterých pak bylo rozhodováno. Pro nesrozumitelnost je rozhodnutí nepřezkoumatelné také tehdy, je-li vnitřně rozporné; tak tomu může být v případě, že odůvodnění neodpovídá výroku, anebo v případě, že jsou rozporné jednotlivé pasáže odůvodnění do té míry, že z odůvodnění jako celku nelze seznat, jaké důvody správní orgán k jeho závěru vedly. Rozhodnutí vydaná v jednotlivých stupních správního řízení přitom tvoří jeden celek. Z výrokové části I. prvostupňového rozhodnutí vyplývá, že se žalobce měl podle žalovaného dopustit správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ tím, že umožnil podstatnou změnu práv a povinností plynoucích ze smlouvy, čímž nepostupoval podle § 6 ZVZ. Podstatná změna spočívala ve změně ujednání v kupní smlouvě týkajícího se smluvní pokuty. Z upřesnění vyplývajících z výrokové části I. napadeného rozhodnutí vyplývá, že žalobce nepostupoval v souladu s § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ a § 6 ZVZ, neboť uzavřením dodatku č. 1 ke kupní smlouvě změnou ujednání o smluvní pokutě umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících z kupní smlouvy; tato změna by za použití v zadávacím řízení mohla umožnit účast i jiných dodavatelů a tento postup tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Podstatná změna i podle napadeného rozhodnutí spočívala ve změně ujednání v kupní smlouvě týkajícího se smluvní pokuty. Byť prvostupňové rozhodnutí toto jednání kvalifikuje jako porušení § 6 ZVZ (vychází z nemožnosti aplikovat výslovný zákaz podstatné změny smlouvy podle § 82 odst. 7 ZVZ), zatímco nyní napadené rozhodnutí toto jednání kvalifikuje jako porušení § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ a § 6 ZVZ (vychází z možnosti aplikovat výslovný zákaz podstatné změny smlouvy podle § 82 odst. 7 ZVZ), je z výroku napadeného i jemu předcházejícího rozhodnutí zřejmé, že podstatou žalobcova pochybení bylo, že uzavřením dodatku č. 1 ke smlouvě v otázce změny ujednání o smluvní pokutě došlo podle žalovaného k nepřípustné podstatné změně smlouvy. Obě rozhodnutí po sobě jdoucí tedy žalobci vytýkají porušení zákazu podstatné změny smlouvy po jejím uzavření, pouze subsumpcí pod příslušné ustanovení ZVZ se měnila.

22. Z právě uvedeného vyplývá, že není důvodná ta část žalobní argumentace, v níž žalobce dovozuje, že došlo k porušení § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu; podstata zkoumaného jednání i postoj žalovaného k jeho posouzení zůstal v obou stupních správního řízení stejný a žalobci

jakákoli újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se ve smyslu § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu nevznikla.

23. Namítá-li žalobce nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí také z toho důvodu, že z napadeného rozhodnutí není zřejmé, vůči komu a kdy se měl žalobce dopustit diskriminace či porušení zásady rovného zacházení a transparentnosti dle § 6 ZVZ, pak mu ani v této námitce nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí nedává zdejší soud zapravdu. Přestože nosné body argumentace žalovaného v obou postupně vydaných rozhodnutích míří na porušení zákazu podstatné změny smlouvy (§ 82 ZVZ) a dovození porušení § 6 ZVZ může působit dojmem matoucím, chybu v právním úsudku prvostupňového rozhodnutí vycházejícího „pouze“ z porušení § 6 ZVZ v zásadě proto, že § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ nebylo možno podle tohoto rozhodnutí aplikovat, napravuje napadené rozhodnutí úsudkem, jemuž zdejší soud rozumí tak, že primárně došlo k porušení § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ, jež aplikovatelné podle napadeného rozhodnutí je, čímž „zároveň“ došlo k porušení § 6 ZVZ. Jestliže předseda žalovaného v bodu 31. napadeného rozhodnutí odůvodňuje i porušení tohoto ustanovení, nejedná se o chybu vyvolávající nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, byť odkaz na § 6 ZVZ se jeví jako nadbytečným, neboť postup žalobce mohl být kvalifikován „pouze“ jako porušení § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ. Časový rámec porušení pravidel stanovených v § 6 ZVZ je z napadeného rozhodnutí – ať již z výrokové části I. či odůvodnění – patrný (okamžik uzavření dodatku č. 1), okruh dotčených osob je podle přesvědčení zdejšího soudu též zjevný (postupem žalobce mohli být dotčeni dodavatelé, kteří by se při znalosti změny plynoucí z následného dodatku č. 1 ke smlouvě zúčastnili zadávacího řízení).

24. Pokud jde o samotné dovození porušení § 6 ZVZ, pak pravidla vyplývající z § 6 ZVZ lze aplikovat i ve vztahu ke změnám smlouvy po jejich uzavření; podle § 6 odst. 1 ZVZ je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Dopad uvedeného ustanovení se tedy nevyčerpává ve vztahu k běžícímu zadávacímu řízení; uvedené ustanovení nepřináší pravidlo pouze ve vztahu k „zadávacím řízením“, tj. k „zadávaní“ (k postupu zadavatele podle ZVZ v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení; § 17 písm. m/ ZVZ), nýbrž k „postupu zadavatele podle ZVZ“, a tedy obecněji (šířeji) i ve vztahu ke krokům, které na ukončení zadávacího řízení navazují, kupř. právě na změny smluv po jejich uzavření. Závěr žalovaného, který z umožnění podstatné změny práv a povinností vyplývajících ze smlouvy na veřejnou zakázku dovedl vedle porušení § 82 odst. 7 ZVZ „zároveň“ porušení § 6 ZVZ, proto není chybou, jež by nutně vyvolávala nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí. Relativní „nešikovnost“ kumulativního použití § 6 ZVZ a § 82 odst. 7 ZVZ v nyní posuzované věci (ať už vyvolaná snahou předsedy žalovaného potvrdit ve vztahu k použití § 6 ZVZ prvostupňové rozhodnutí „za každou cenu“ či jinými důvody) je již otázkou samostatnou, podstatné však pro úvahy zdejšího soudu je, že tato „nešikovnost“ se nepromítla ve vztahu k žalobci nikterak negativně (porušení § 6 ZVZ fakticky nebylo pokládáno za druhé samostatné porušení ZVZ ani za okolnost při aplikaci § 82 odst. 7 ZVZ přitěžující, porušení takto dvou relativně samostatných ustanovení ZVZ nebylo ani jinak v napadeném rozhodnutí přičítáno k tíži žalobce – jeho pozice nebyla v důsledku napadeného rozhodnutí nikterak zhoršována; to ostatně jasně plyne i z předchozího zrušovacího rozsudku kasačního soudu). V kontextu předchozího zrušovacího rozsudku kasačního soudu ostatně nemůže obstát žádná námitka v tom směru, že porušením § 6 ZVZ nemohlo dojít ke spáchání správního deliktu, již z toho důvodu, že kasační soud najisto postavil, že žalobce byl trestán za správní delikt spočívající v porušení zákazu podstatné změny smlouvy dle § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ.

25. Podle žalobce je dále napadené rozhodnutí stíženo nepřezkoumatelností z důvodu vnitřní rozpornosti jeho odůvodnění, neboť předseda žalovaného se v odůvodnění zabýval také otázkou vychýlení ekonomické rovnováhy smlouvy související s uzavřením dodatku č. 1, přestože na jiném místě napadeného rozhodnutí uvedl, že posouzení ekonomických přínosů a nákladů dodatku č. 1 nebylo předmětem správního řízení. K této otázce se komplexně vyjádřil již kasační soud v předchozím zrušovacím rozsudku a s odkazem na tam uvedený právní názor považuje zdejší soud i tuto žalobní argumentaci za nedůvodnou.

26. Ze shora uvedeného je třeba rovněž dovést nedůvodnost veškeré argumentace žalobce, která je založena na tvrzení neprokázání (absence) změny ekonomické rovnováhy v neprospěch zadavatele, neboť argumentace žalovaného ohledně změny ekonomické rovnováhy v neprospěch zadavatele se nevztahuje k výrokové části napadeného rozhodnutí.

27. Na základě již shora uvedeného zdejší soud také odmítá pohled žalobce, podle něhož bylo namísto vedle samotného zásahu do sjednané smluvní pokuty zohledňovat „průkazná pozitiva“, jež z dodatku č. 1 „jako celku“ plynula a jež snad měla kompenzovat změnu ujednání ohledně smluvní pokuty, byť se otázky smluvní pokuty netýkala. Kromě toho, že zdejší soud – podle závazného právního názoru kasačního soudu – neměl posuzovat otázku vychýlení ekonomické rovnováhy v důsledku dodatku č. 1 jako celku, je zdejší soud toho názoru, že tento pohled žalobce ještě více zdůrazňuje rozdíl mezi původními obchodními (smluvními) podmínkami, které byly součástí zadávacích podmínek, a těmi obchodními (smluvními) podmínkami, jež plynuly z uzavřeného dodatku. Konstrukce (a samotná kodifikace) § 82 odst. 7 ZVZ má vylučovat takový postup, aby zadavatel po uzavření smlouvy do ní zasahoval kumulativními změnami komplexního charakteru, jež by ve výsledku představovaly řadu dílčích změn v různých smluvních otázkách a jež by pak vedly k otevírání širokých disputací založených na relativně vždy zpochybnitelných – mnohdy velmi subjektivních – úvahách o tom, nakolik se jednotlivé změny ve smlouvě co do celkové ekonomické rovnováhy smlouvy, jež vzešla ze zadávacího řízení, vzájemně „vykrývají“ („negují“, „vyrovnávají“), neboť čím více takto dílčích změn, byť vzájemně „vykrývajících se“, bude provedeno, tím více se výsledná smlouva nutně vzdaluje té, jež byla v souladu se zadávacími podmínkami a návrhem smlouvy tvořícím součást nabídky vybraného uchazeče v zadávacím řízení uzavřena. Jestliže žalobce argumentoval potřebou poměřovat jednotlivé dílčí změny promítající se v dodatku č. 1, pak tím především potvrzoval, že výsledná pravidla smluvního vztahu se od původních pravidel plynoucích ze smlouvy uzavřené v souladu se zadávacími podmínkami a návrhem smlouvy tvořícím součást nabídky vybraného uchazeče začala odlišovat v mnoha směrech, a byť by snad ve výsledku mohly být pro smluvní strany jedny výhody plynoucí z dodatku kompenzovány jinými výhodami (na výhodnosti celého souhrnu změn pro obě smluvní strany muselo být ostatně uzavření dodatku založeno, neboť jinak by k jeho uzavření nedošlo), tento výsledek se původním zadávacím podmínkám, za nichž byly podávány nabídky a následně uzavřena smlouva, vzdaloval. Pravidla ujednaná dodatkem č. 1, jejichž výsledkem podle žalobce bylo, že žalobce získal práva odpovídající záručním právům po dobu, kdy byly elektrické jednotky provozovány žalobcem v režimu zkušebního provozu s cestujícími, že žalobce mohl provozovat jednotky ve zkušebním provozu s cestujícími bezplatně, přestože nebyly v jeho vlastnictví, že žalobce získal práva odpovídající záruce a údajně i novou možnost uplatňovat smluvní pokuty spojené s neplněním koeficientů provozuschopnosti dle kupní smlouvy již v průběhu zkušebního provozu s cestujícími nebo že žalobce získal možnost nasadit elektrické jednotky do komerčního provozu bez nutnosti zajištění nájmu elektrických jednotek, se s původními podmínkami zadávacího řízení, za nichž byly podávány nabídky a posléze uzavřena smlouva, nekryjí. Čím více takový výsledek (vzdálení se od původních smluvních podmínek) zdejší soud pokládá za nežádoucí, nerespektující východiska, na nichž je § 82 odst. 7 ZVZ založen, a samotný smysl relativně rigidní procedury předepsané ZVZ pro uzavírání smluv na

veřejné zakázky, tím více v principu přijímá pohled žalovaného, který se žalobcem jakékoli subjektivní disputace o tom, nakolik se jednotlivé změny ve smlouvě co do celkové ekonomické rovnováhy smlouvy, jež vzešla ze zadávacího řízení, vzájemně „vykřívají“, odmítl vést a veškerou žalobcovu argumentaci, jež se změny ujednání o smluvní pokutě netýkala, pokládal za pouhé objasňování pohnutek žalobce, jež jej ke změně ujednání o smluvní pokutě vedly a jež byly doprovázeny úvahami ohledně provázanosti této změny s jinými výhodami, které z dodatku pro smluvní strany plynuly.

28. Žalobce dále namítá, že vůbec nebylo možno na jednání žalobce aplikovat § 82 odst. 7 ZVZ, přestože zadávací řízení bylo zahájeno v roce 2010, tedy před účinností § 82 odst. 7 ZVZ. Ani s touto žalobní argumentací zdejší soud nesouhlasí. Podle čl. II. bodu 1. přechodných ustanovení zákona č. 55/2012 Sb., kterým byl ZVZ novelizován, se zadávání veřejných zakázek, soutěže o návrh a řízení o přezkoumání úkonů zadavatele žalovaným zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů. Dle čl. II. bodu 2. se v řízeních o přezkoumání úkonů zadavatele, která byla zahájena po dni nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo soutěž o návrh podle bodu 1. navazují, se postupuje podle dosavadních právních předpisů. Zákon č. 55/2012 Sb. nabyl účinnosti dne 1.4.2012, tedy před uzavřením dodatku č. 1 (12.6.2012). Zadáváním (veřejné zakázky) se rozumí postup zadavatele podle ZVZ v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení (§ 17 písm. m/ ZVZ). Zadávání veřejné zakázky tedy končí uzavřením smlouvy (nedošlo-li dříve k ukončení zadávání zrušením zadávacího řízení). V posuzované věci bylo zadávání veřejné zakázky zahájeno zahájením zadávacího řízení dne 14.9.2010 a ukončeno uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku dne 15.2.2011. Zadávání veřejné zakázky tedy proběhlo před účinností zákona č. 55/2012 Sb. a čl. II. bodu 1. přechodných ustanovení zákona č. 55/2012 Sb., kterým byl ZVZ novelizován, se tedy nepoužije. Zásahy do uzavřené smlouvy ve formě dodatků již nejsou součástí zadávání, § 82 odst. 7 ZVZ dopadá na děje po uzavření smlouvy a aplikuje se na uzavírání těch dodatků k již uzavřeným smlouvám, jež jsou uzavírány za jeho účinnosti. Byl-li § 82 odst. 7 ZVZ účinný ode dne 1.4.2012, pak se vztahoval na uzavření dodatku č. 1 ke smlouvě, k němuž došlo dne 12.6.2012. Předseda žalovaného tedy mohl v posuzované věci aplikovat zákaz podstatné změny smlouvy přímo plynoucí z § 82 odst. 7 ZVZ.

29. Navíc zákaz podstatné změny smlouvy uzavřené v zadávacím řízení je klíčovým a – v zadavatelském prostředí – samozřejmým pravidlem; právem regulovaný proces zadávání veřejných zakázek by zcela pozbyl smyslu, jestliže by zadavatel byl limitován zákonem (ZVZ) pouze do okamžiku uzavření smlouvy s vybraným uchazečem a nikoli po celou dobu účinnosti smlouvy na poskytované plnění, tedy aby měl sice povinnost uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, ale následně by do ní mohl zasahovat, tedy podmínky plnění odpovídající těm podmínkám, za nichž bylo zadávací řízení vedeno a ve vztahu k nimž byly podávány nabídky, měnit. Z toho plynoucím východiskem pak je, že veškeré zásahy do již uzavřených smluv (ve formě nejrůznějších dodatků) by měly vycházet ze zásady jejich minimalizace, přitom umožněny by měly být změny pouze nepodstatné, bagatelní.

30. Za tohoto stavu tedy zdejší soud v souladu s instrukcí podávanou z předchozího zrušovacího rozsudku kasačního soudu posuzoval, zda obстоjí závěr, že žalobce naplnil skutkovou podstatu správního deliktu tím, že dodatkem č. 1 připustil podstatnou změnu smlouvy ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ, tedy že by předmětná změna umožnila účast jiných dodavatelů.

31. Ze čl. I. odst. 1. kupní smlouvy ze dne 15.2.2011 vyplývá, že předmětem kupní smlouvy byla dodávka celkem 15 kusů stejnosměrných třívozových elektrických jednotek, a to včetně

předepsaných průkazů způsobilosti (bod 1.2.2 zadávací dokumentace). Podmínkou pro vydání průkazu způsobilosti vozidla vyrobeného v České republice bylo předchozí schválení typu drážního vozidla ve smyslu § 43 odst. 3 zákona č. 266/1994 Sb., o dráhách. Termíny dodávek elektrických jednotek byly upraveny v čl. II. kupní smlouvy. Ze čl. XIII. odst. 1. kupní smlouvy soudu plyne, že pro případ prodlení vybraného uchazeče s dodávkou elektrické jednotky oproti sjednanému termínu plnění byla stanovena smluvní pokuta ve výši 0,3 % z ceny jednotky (bez DPH) za každý den prodlení; po dobu trvání okolnosti vylučující odpovědnost se lhůty pro dodání elektrických jednotek o tuto dobu prodlužují. Podle čl. XIII. odst. 2 kupní smlouvy okolností vylučující odpovědnost nebyly „...*případy, kdy příslušný schvalovací orgán (zejména drážní úřad) odmítne nebo odloží udělení jakéhokoliv potřebného povolení, ověření nebo souhlasu...*“. Dodatkem č. 1 byl čl. XIII. odst. 1. kupní smlouvy doplněn tak, že žalobce nebyl oprávněn po vybraném uchazeči požadovat smluvní pokutu za prodlení s dodávkou jednotlivé elektrické jednotky za dobu, kdy bude tato jednotka provozována žalobcem ve zkušebním provozu s cestujícími a převzetí jednotky do zkušebního provozu s cestujícími nebylo končeným převzetím a předáním jednotky dle kupní smlouvy.

32. V nyní posuzované věci není sporu o to, že vybraný uchazeč nebyl schopen zajistit schválení typu a vydání průkazů způsobilosti některých elektrických jednotek u příslušného správního úřadu v termínech dle kupní smlouvy, což vyvolalo zásah do uzavřené smlouvy, který spočíval v tom, že dodatek č. 1 upravil článek XIII. odst. 1 původní smlouvy v tom smyslu, že žalobce není oprávněn po vybraném uchazeči požadovat smluvní pokutu za prodlení s dodávkou jednotlivé jednotky za dobu, kdy tato jednotka bude provozována ve zkušebním provozu s cestujícími. To znamená, že žalobce se – oproti původním zadávacím podmínkám, jež se promítly do původně uzavřené smlouvy – zčásti vzdal možnosti požadovat (vymáhat) po dodavateli smluvní pokutu za prodlení s řádným dodáním předmětu veřejné zakázky; podle původní smlouvy byl oprávněn požadovat smluvní pokutu i za dobu, kdy by jednotlivé jednotky byly provozovány ve zkušebním provozu. Žalobce se tedy vzdal možnosti požadovat po dodavateli smluvní pokutu, na kterou by dle původních zadávacích podmínek měl nárok. Podle zdejšího soudu jde o změnu, která by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast jiných dodavatelů, neboť předpoklad, že dodavatelé při úvahách ohledně účasti v zadávacím řízení zvažují i rizika ekonomická spojená s možnostmi uplatnění sankcí za opožděné plnění, zvláště je-li včasnost plnění odvislá od úspěšnosti (a včasnosti) kroků, jež plnění nutně musí předcházet (tu schválení typu a vydání průkazů způsobilosti), je podle zdejšího soudu předpokladem racionálním, zohledňujícím ekonomickou realitu. Je-li tedy účast v zadávacím řízení směřujícím k uzavření smlouvy, jež je smlouvou z pohledu obchodního (soukromoprávního) zcela „běžnou“ obchodní smlouvou, ovlivňována jinak běžnou ekonomickou úvahou, pak dospěl-li žalovaný k závěru, že taková ekonomická úvaha zcela jistě zahrnuje i úvahu o možném zisku, jehož výše může být ovlivněna i tím, zda byla sjednána smluvní pokuta za prodlení s dodáním, jde o závěr správný, jemuž není co vytýkat. Zdejší soud, pokud jde o charakter změny smlouvy v důsledku uzavření dodatku, souhlasí se žalovaným, že je-li sjednána smluvní pokuta a ocitne-li se dodavatel v prodlení, pak v případě uplatnění smluvní pokuty dojde na straně dodavatele ke snížení zisku, avšak v posuzované věci došlo ke změně, která smluvní ustanovení o pokutě následně modifikovala, což v konečném důsledku vedlo k tomu, že by na straně dodavatele, který by byl v prodlení s dodáním, ke snížení zisku i přes jeho prodlení nedošlo, což však neodpovídalo výchozí zadávací podmínce, k níž dodavatelé podávali svoje nabídky. Pak ob stojí závěr žalovaného, že za použití v původním zadávacím řízení by takto následně změněná obchodní (smluvní) podmínka mohla umožnit účast jiných dodavatelů.

33. Tvrdí-li žalobce (především ve svém vyjádření ze dne 8.4.2019 a poté u jednání soudu), že ujednání o smluvní pokutě má charakter (v pojetí žalobce „pouhé“) obchodní podmínky, kterou

si dodavatelé vyhodnocují z hlediska míry rizik s ní spojených, tato rizika jsou vyčíslitelná a racionálně uvažující dodavatel si je „umí“ promítnout do nabídkové ceny, s tím zdejší soud souhlasí, ani žalovaný však své závěry nevystavěl v napadeném rozhodnutí na názoru opačném. Právě vyhodnocení obchodních podmínek však probíhá před podáním nabídek a rizika jsou vyhodnocována a promítána do nabídek ve vztahu k takové konstrukci obchodních podmínek, jež je patrna ze zadávacích podmínek, jichž jsou obchodní podmínky součástí. Vůbec tedy není namístě striktně odlišovat vyhodnocení ve vztahu k těm zadávacím podmínkám, jež se promítly do požadavků zadavatele na kvalifikaci (nebo do jiných podmínek účasti v zadávacím řízení), a ve vztahu k těm zadávacím podmínkám, jež se sice nepromítají do míry splnění požadavků zadavatele na samotnou účast dodavatele v zadávacím řízení, nýbrž se mají promítat až pro případ úspěchu dodavatele v zadávacím řízení, tj. po uzavření smlouvy; obojí totiž může z pohledu racionálně uvažujícího dodavatele hrát významnou roli při úvahách o tom, zda nabídka bude podána (což je v nyní posuzované věci podstatné), popř. jaká nabídka bude podána. Zásah do obchodních podmínek po uzavření smlouvy, jde-li o obchodní podmínku v podobě smluvní pokuty tvořící součást zadávacích podmínek, k nimž dodavatel nabídku podával, je tudíž v principu dobře podřaditelný pod podstatnou změnu smlouvy podle § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ.

34. Úvahy o míře (údajně) marginality obchodní podmínky vyjádřené coby smluvní pokuta se v principu mohou jevit jako spekulace, neboť každý dodavatel může míru (údajně) marginality vnímat jinak; jednalo-li by se skutečně o smluvní pokutu marginální výše nebo za marginální chybu v plnění, pak by zřejmě závěr žalovaného ohledně možného vlivu na samotné podání nabídek v zadávacím řízení nemusel obstát, neboť závěr o tom, že se o změnu podstatnou jednalo, by musel být doložen konkrétními skutkovými zjištěními, z nichž by právě míra marginality (v tom směru, že o marginální změnu nejde) plynula. V posuzované věci je však namístě tvrzení ohledně (údajně) marginality odmítnout již proto, že se jednalo o smluvní pokutu za samotné prodlení s plněním, přitom doba plnění je jistě podstatným ukazatelem, na který jsou veškeré úvahy dodavatelů ohledně podání nabídky v zadávacím řízení vázány. V takovém případě nemusel mít žalovaný ke svému závěru ohledně podstatné změny smlouvy žádný další skutkový podklad a svůj závěr o tom, že změna pravidel pro vznik nároku na smluvní pokutu za prodlení s plněním (byť s jeho částí) je změnou podstatnou, nemusel žalovaný dále podrobněji odůvodňovat. Za toho stavu nejsou namístě ani žalobcovy odkazy na údajně jiné dílčí závěry žalovaného k vlivu dodatečné změny obchodních podmínek na okruh dodavatelů podávajících nabídky v jiných věcech (rozhodnutí žalovaného č.j. ÚOHS-R0166/2018/VZ-00267 ze dne 4.1.2019, ÚOHS-S0372/2018/VZ-31074 ze dne 24.10.2018 či ÚOHS-S0126/2017/VZ-17444 ze dne 8.6.2017).

35. Ani argumentaci žalobce ohledně důvodů, které ke změně obchodní podmínky v podobě ujednání o smluvní pokutě vedly, nedává zdejší soud zapravdu; je nepodstatné, zda k tomu vedla snaha dodatečně „optimalizovat“ (vyvažovat) již existující smluvní vztah, snaha napravit eventuální chybnou úvahu zadavatele, jejímž výsledkem bylo stanovení takové obchodní podmínky již v zadávacích podmínkách, anebo snaha adekvátně reagovat na „nouzovou situaci“, v níž se smluvní strany po uzavření smlouvy ocitly (resp. v níž se především ocitl dodavatel). Dokonce i z pohledu realizace plnění rozumně hájitelné „narovnání“ vzájemných vztahů v důsledku nemožnosti realizovat plnění podle původní smlouvy (tj. potřeba „citlivě reagovat na nově vzniklé okolnosti“) je považováno za podstatnou změnu smlouvy (rozsudek Soudního dvora ve věci C-549/14 ze dne 7.9.2016, *Finn Frogne A/S*); podle Soudního dvora „... po zadání veřejné zakázky nemůže být tato zakázka podstatně změněna bez zahájení nového zadávacího řízení, a to ani tehdy, když je objektivně tato změna způsobem narovnání, v rámci něhož je sjednáno, že strany se vzájemně vzdají svých nároků s cílem ukončit spor, jebož výsledek je nejistý a jenž vznikl z důvodu obtíží s plněním této zakázky. Jinak by tomu bylo, pokud by v dokumentaci k zadávacímu řízení na uvedenou veřejnou zakázku byla upravena

možnost změnit některé, i podstatné, podmínky této zakázky po jejím zadání a stanoveny podmínky uplatnění této možnosti...“: Uvedené se podle zdejšího soudu v principu uplatní jak v situaci, kdy výsledkem dodatečného zásahu do uzavřené smlouvy je zúžení předmětu plnění (jak tomu bylo ve věci C-549/14), tak v situaci, kdy do předmětu plnění sice zasahováno není, nicméně dochází ke změně parametrů, jež určují důsledky nedodržení sjednaných podmínek, za nichž má být plněno, konkrétně nároky z takového nedodržení. V posuzované věci přitom původní zadávací podmínky takový dodatečný zásah předem neumožňovaly. Proto ani argument žalobce, že uzavření dodatku č. 1 umožnilo dostat závazku z uzavřené smlouvy, nic nemění na správnosti závěru žalovaného, že dodatek č. 1 je podstatnou změnou smlouvy. Nadto tvrdí-li žalobce, že změnou ujednání o smluvní pokutě řešil svoji krizovou („nouzovou“) situaci, v níž se ocitl, pak faktické upuštění od vymáhání pokuty (její nevymáhání v důsledku změny smluvených pravidel pro její uplatnění) ze strany žalobce lze stěží rozumně stavět do přímé souvislosti s krizovou („nouzovou“) situací, v níž se žalobce údajně ocitl, a s jejím nutným řešením.

36. Pokud jde tedy o otázku vlivu na původní zadávací řízení (na účast dodavatelů v původním zadávacím řízení), zdejší soud souhlasí se žalovaným, že ze strany dodavatelů (potenciálních uchazečů) dochází při rozhodování o tom, zda podat či nepodat nabídku do zadávacího řízení, ke zvažování širokého spektra otázek, jež jsou pochopitelně součástí hlediska ekonomického; ekonomické zhodnocení zahrnuje i úvahu o rizicích prodlení s dodáním. Tato rizika v podobě smluvní pokuty byla modifikována. Úvahy jednotlivých uchazečů promítající se v nabídkách tedy nepochybně mohly být ovlivněny smluvními podmínkami týkajícími se smluvní pokuty za prodlení s dodávkou elektrických jednotek, a tedy dodatek č. 1 ze dne 12.6.2012 přinesl podstatnou změnu původně uzavřené smlouvy. Postup žalobce po uzavření smlouvy s vybraným uchazečem (následná změna smlouvy) přitom mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť jestliže by další dodavatelé nepodávající nabídku nebo další uchazeči podávající nabídku disponovali informací o tom, že smluvní pokuta za prodlení při plnění nakonec nebude vymáhána (nakonec nebude sjednána), je racionálně představitelné, že by se znalost této informace projevila v účasti v zadávacím řízení u těch dodavatelů, kteří se jej neúčastnili (což je pro posouzení věci z pohledu § 82 odst. 7 písm. b/ ZVZ podstatné), nebo v nižších nabídkových cenách těch uchazečů, kteří se zadávacího řízení účastnili, a žalobce by pak mohl obdržet výhodnější nabídku. Potencialitu vlivu na dodavatele a ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky ve standardu, jenž je především Nejvyšším správním soudem aprobován (rozsudky ze dne 28.6.2016, č.j. 4 As 61/2016-34, a ze dne 18.8.2016, č.j. 9 As 63/2016 – 43), žalovaný podle zdejšího soudu prokázal a v napadeném rozhodnutí dostatečně odůvodnil.

37. Tvrdí-li dále žalobce, že se žalovaný aplikací § 82 odst. 7 ZVZ odchýlil od své ustálené rozhodovací praxe a bylo tak zasaženo do legitimního očekávání žalobce, ani tu zdejší soud žalobci zapravdu nedává. Spatřuje-li žalobce v názoru žalovaného na aplikaci § 82 odst. 7 ZVZ odklon od jeho názoru, jak jej vyjádřil v rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-R158/2014/VZ, pak k uvedenému rozhodnutí se žalovaný především podrobně vyjádřil v bodech 27. a násl. napadeného rozhodnutí a vymezil se ve vztahu k němu, a to včetně (neexistence) důsledků do legitimního očekávání. Zdejší soud toho názoru, že žalobcem zmiňované rozhodnutí nemohlo do budoucna založit legitimní očekávání v tom směru, že na nyní posuzovanou věc nemůže být § 82 odst. 7 ZVZ aplikován, neboť jednak se nejedná o správní praxi dlouhodobou a ustálenou, na kterou by žalobce mohl legitimně spoléhat, nadto na ni v době, kdy dodatek uzavíral, ani spoléhat nemohl (v tom smyslu, že by mohl smlouvu uzavřenou v zadávacím řízení měnit jakkoli, popř. v tom smyslu, že sice podstatná změna smlouvy je nepřijatelná, avšak porušení tohoto pravidla je „beztrestné“), neboť dodatek č. 1 byl uzavřen dne 12.6.2012, avšak uvedené rozhodnutí žalovaného ve věci sp. zn. ÚOHS-R158/2014/VZ bylo vydáno až dne 27.2.2015.

38. Namítá-li žalobce dále, že nesprávně nebyla zohledněna příznivější právní úprava plynoucí z § 222 odst. 5 ZZVZ, ani s tím zdejší soud nesouhlasí. Především totiž § 222 ZZVZ v části týkající se změn závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku vychází z rozsudku Pressetext shodně jako § 82 odst. 7 ZVZ, navíc je vystavěn na shodné konstrukci zákazu podstatných změn smlouvy jako § 82 odst. 7 ZVZ. V tomto smyslu také žalovaný podle zdejšího soudu obě právní úpravy v principu správně vyhodnotil v bodu 65. napadeného rozhodnutí. Pak tedy ani v případě aplikace § 222 ZZVZ by žalovaný změnu smlouvy neposuzoval jinak než testem podstatnosti změny smlouvy. Tvrdí-li žalobce, že bylo poskytnuto dodatečné plnění v podobě provedení zkušebního provozu s cestujícími, což by bylo v souladu s § 222 odst. 5 ZZVZ, pak ani s tímto argumentem nemůže zdejší soud souhlasit, neboť s ohledem na výrok napadeného rozhodnutí – a závěry kasačního soudu obsažené v předchozím zrušovacím rozsudku – je třeba posuzovat změnu ujednání o smluvní pokutě a nikoli jakékoli dodatečné plnění ve smyslu § 222 odst. 5 ZZVZ.

39. Shora uvedené důvody tedy vedou zdejší soud k zamítnutí žaloby jako nedůvodné podle § 78 odst. 7 s.ř.s.

V. Náklady řízení

40. Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 60 odst. 1 větu první s.ř.s., ve vztahu k řízení o kasační stížnosti za použití § 110 odst. 3 s.ř.s. Žalobce ve věci nebyl úspěšný, a proto mu nenáleží právo na náhradu nákladů řízení. To by náleželo procesně úspěšnému žalovanému. Zdejší soud však nezjistil, že by žalovanému v souvislosti s řízením vznikly náklady přesahující rámec jeho běžné úřední činnosti, proto mu náhrada nákladů řízení nebyla soudem přiznána.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

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

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

Brno 18. dubna 2019

David Raus v.r.
předseda senátu