



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
Skils s.r.o. advokátní kancelář
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 č.j. ÚOHS-R412/2015/VZ-47970/2016/321/BRy/EDy ze dne 5.12.2016

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 ze dne 5.12.2016, č.j. ÚOHS-R412/2015/VZ-47970/2016/321/BRy/EDy, kterým bylo potvrzeno prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 20.11.2015, č.j. ÚOHS-S0694/2015/VZ-40276/2015/523/ASo, a zamítnut žalobcův rozklad.

I. Shrnutí podstaty věci

2. Žalovaný v rámci správního řízení zahájeného z moci úřední uložil žalobci prvostupňovým rozhodnutím č.j. ÚOHS-S0694/2015/VZ-40276/2015/523/ASo ze dne 20.11.2015 pokutu ve výši 200 000 Kč z důvodu porušení § 82 odst. 7 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), neboť žalobce s vybraným uchazečem (Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding) po uzavření kupní smlouvy ze dne 17.3.2011 na plnění veřejné zakázky (dodávka 31 kusů dvouvozdových motorových jednotek) uzavřel dne 17.9.2012 dodatek č. 4 k této kupní 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.

3. Předseda žalovaného nyní napadeným rozhodnutím č.j. ÚOHS-R412/2015/VZ-47970/2016/321/BRy/EDy ze dne 5.12.2016 prvostupňové rozhodnutí potvrdil a žalobcem podaný rozklad zamítl.

II. Shrnutí procesního postojů žalobce

4. V části A žaloby žalobce namítá, že uzavřením dodatku č. 4 nedošlo k vychýlení ekonomické rovnováhy v neprospěch žalobce. Podle žalobce vycházel žalovaný nesprávně z izolovaného hodnocení pouze jedné části dodatku č. 4. Pro hodnocení vychýlení ekonomické rovnováhy bylo nutné posuzovat dopady dodatku č. 4 komplexně, což plyne také z rozsudku Soudního dvora EU ve věci Priesstetext Nachrichtenagentur GmbH proti Rakousku ze dne 19.6.2008, C-454/06, (dále jen „Priesstetext“). Další ujednání dodatku č. 4 žalobci přináší pozitivně. Uzavřením dodatku č. 4 získal žalobce práva odpovídající záručním právům po dobu, kdy byly motorové jednotky provozovány žalobcem v režimu zkušebního provozu s cestujícími. Tyto motorové jednotky mohl žalobce provozovat ve zkušebním provozu s cestujícími bezplatně, přestože nebyly v jeho vlastnictví. Zároveň díky uzavření dodatku č. 4 mohl žalobce po vybraném uchazeči požadovat záruční servis a opravy na náklady vybraného uchazeče. Uzavřením dodatku č. 4 získal žalobce práva odpovídající svým rozsahem záruce – takto získaná práva jsou ekonomicky vyčíslitelná a žalovaný proto měl toto vyčíslení provést. Tvrzení předsedy žalovaného o tom, že před dodáním motorových jednotek záruční lhůta nemohla začít plynout, neodpovídá skutečnosti.

5. Uzavřením dodatku č. 4 měl žalobce také získat možnost uplatňovat smluvní pokuty spojené s neplněním koeficientů provozuschopnosti dle kupní smlouvy již v průběhu zkušebního provozu s cestujícími. Uzavření dodatku č. 4 umožnilo žalobci nasadit motorové jednotky do komerčního provozu bez nutnosti zajištění nájmu motorových jednotek, což bylo původním účelem kupní smlouvy, a znamenalo ušetření prostředků za případný pronájem jednotek. Žalobcem uvedené přínosy uzavření dodatku č. 4 předseda žalovaného do svých závěrů v napadeném rozhodnutí nijak nepromítl. Předseda žalovaného podle žalobce tedy paušálně odmítl námitky žalobce; postup předsedy žalovaného je podle žalobce chybný a právní posouzení věci je tak podle žalobce nesprávné. Předseda žalovaného měl pochybit také tím, že neprovedl žalobcem navrhovaný důkaz znaleckým posudkem č. 11/2016 ze dne 15.8.2016. Zdůvodnění odmítnutí provedení navrhovaného důkazu, který prokazuje, že uzavřením dodatku č. 4 došlo ke změně ekonomické rovnováhy ve prospěch žalobce, je dle žalobce chybné a nepřezkoumatelné. Předseda žalovaného žalobce v napadeném rozhodnutí uvedl, že předmětem správného řízení nebylo posouzení ekonomických přínosů a nákladů, přestože v jiné části napadeného rozhodnutí je uvedeno, že dodatkem č. 4 provedená změna vychýlila ekonomickou rovnováhu v neprospěch žalobce. Napadené rozhodnutí je tak pro rozpornost odůvodnění nepřezkoumatelné.

6. Podle žalobce je posouzení ekonomických přínosů a nákladů dodatku č. 4 naopak zásadní. Jestliže by dodatek pro žalobce byl výhodný, nemohlo dojít k podstatné změně smlouvy ve smyslu § 82 odst. 7 ZVZ. Posouzení vychýlení hospodářské rovnováhy dle § 82 odst. 7 je tedy podle žalobce zásadní.

7. Byť předseda žalovaného nepřistoupil k provedení žalobcem navrhovaného důkazu, s jeho závěry – podle žalobce zjevně nepodložené a nesprávné – polemizoval. Žalobce namítá, že uzavřením dodatku č. 4 reagoval na jím nezaviněnou situaci, kdy reagoval na riziko prodloužení s dodávkami motorových jednotek. Pronajaté motorové jednotky byly z provozně technického a bezpečnostního hlediska způsobilé k přepravě cestujících; podle žalobce se dodatek č. 4 vztahoval pouze na ty motorové jednotky, které prošly technickobezpečnostní zkouškou dle příslušné ČSN normy. Provozování motorových jednotek v režimu dle dodatku č. 4 tak umožnilo žalobci získat tržby v rozsahu miliónů na jednu jednotku a dostát povinnostem dle smlouvy o závazku veřejné služby.

8. V části B žaloby žalobce namítá, že uzavření dodatku č. 4 nemohlo mít ani potenciální vliv na počet podaných nabídek či na výběr nejvýhodnější nabídky. Dodatkem č. 4 nebyla narušena ekonomická rovnováha v neprospěch žalobce a 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, jsou závěry předsedy žalovaného spekulativní a nepodložené. Možné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je podle žalobce nutné posuzovat dle konkrétních skutkových zjištění a nikoli dle domněnek a spekulací. 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. 4 tedy podle žalobce nebyla dostatečně prověřena. Předseda žalovaného podle žalobce chybně interpretoval rozsudek Soudního dvora EU ve věci Pressetext. Soudní dvůr EU dovodil, že nestačí jakákoli spekulativní možnost ovlivnění počtu podaných nabídek či jejich obsahu, nýbrž musí jít o možnost reálnou (pravděpodobnou). Smluvní pokuta představuje podle žalobce nanejvýš potenciální finanční riziko (jde o ryze finanční parametr), které by dodavatelé mohli zohlednit v nabídkových cenách.

9. V zadávacím řízení byly podány pouze dvě nabídky. Nabídková cena druhého uchazeče v pořadí (ŽOS Vrútky, a.s.) byla o 1,4 miliardy Kč vyšší než nabídková cena vybraného dodavatele. Rozdíl mezi nabídkovými cenami je podle žalobce natolik zásadní, že uzavření dodatku č. 4 nemohlo pořadí podaných námitek nijak ovlivnit. Tyto závěry jsou podle žalobce patrné také z doplňujícího právního posudku ze dne 4.12.2015. 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 i kdyby byla existence dodatku č. 4 potenciálním uchazečům známa v původním zadávacím řízení, okruh uchazečů ani počet nabídek by se nezměnil. Úvahy žalovaného o tom, že žalobce mohl nastavit zadávací podmínky tak, aby vytvořil dostatečnou časovou rezervu pro případ, že nebude dodržen termín dodávek, jsou podle žalobce bezpředmětné. K vychýlení hospodářské rovnováhy musí podle žalobce dojít významným způsobem, aby bylo možné takovou změnu smlouvy vyhodnotit jako podstatnou změnu smlouvy ve smyslu § 82 odst. 7 ZVZ. V nyní posuzované věci dodatek č. 4 dopadal pouze na 9 z 31 motorových jednotek a hypotetická výše ušlé smluvní pokuty byla zcela zanedbatelná.

11. Žalobce v části C žaloby namítá, že zákaz podstatné změny smlouvy dle § 82 odst. 7 ZVZ nemohl být na nyní posuzovanou věc aplikován, neboť toto ustanovení nabylo účinnosti až ode dne 1.4.2012, zatímco zadávací řízení bylo zahájeno uveřejněním dne 14.9.2010 a kupní smlouva byla podepsána dne 17.3.2011. Z přechodného ustanovení novely ZVZ – čl. II. bodu 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*. Dodatek č. 4 byl uzavřen dne 14.9.2012. Pak tedy podle žalobce nemohlo dojít ke spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ nedodržením postupu stanoveného ZVZ. To ostatně podle žalobce plyne také z řady rozhodnutí žalovaného, na která žalobce odkázal.

12. V části D žaloby pak žalobce namítá, že žalovaný při ukládání pokuty nepřihlédl k zásadě absorpce, neboť žalobci byla za obdobné jednání uložena pokuta v totožné výši (200 000 Kč) rozhodnutím žalovaného č.j. ÚOHS-S0464/2015/VZ-30331/2015/531/JDo ze dne 25.9.2015, které bylo potvrzeno předsedou žalovaného rozhodnutím č.j. ÚOHS-R328/2015/VZ-44707/2016/321/BRy ze dne 7.11.2016.

13. Podle žalobce (část E žaloby) měla být také zohledněna pozdější právní úprava - § 222 odst. 4 až odst. 6 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), která byla pro žalobce příznivější. Žalobce namítá, že byly splněny podmínky § 222 odst. 5 ZZVZ a nemohlo tak dojít k podstatné změně smlouvy.

14. V replice žalobce vyjma rozvinutí již uplatněné argumentace dále uvedl, že žalovaný porušil povinnost zjistit skutkový stav a tato vada měla vliv na věcnou správnost napadeného rozhodnutí. Žalobce v replice dále uvedl, že vyjádření žalovaného k žalobě „...*dále prohlubuje nejasný a vnitřně rozporuplný přístup k přezkumu dodatku č. 4...*“. Přestože rozsudek ve věci Přesstext lze podle žalobce považovat za významné rozhodnutí, nelze uplatňovat správní trestání bez konkrétní a jednoznačné opory v zákoně pouze s odkazem na rozsudek Soudního dvora EU. Navíc čl. XIII odst. 14 kupní smlouvy stanoví maximální výši smluvní pokuty na 10 % kupní ceny; podle žalobce tedy nemohlo dojít k překročení 50% hranice hodnoty závazku dle § 225 odst. 5 ZZVZ.

15. Žalobce tedy navrhuje napadené rozhodnutí i jemu předcházející rozhodnutí zrušit.

III. Shrnutí procesního postojů žalovaného

16. Podle žalovaného žalobce směřuje dva důvody, pro které je dle rozsudku Soudního dvora EU ve věci *Presstext* třeba změnu smlouvy považovat za změnu podstatnou. Z prvostupňového rozhodnutí je podle žalovaného zřejmé, že žalovaný měl za to, že uzavřením dodatku č. 4 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. Předseda žalovaného pak v odůvodnění napadeného rozhodnutí „...konstatoval, že provedenou změnu lze považovat i za změnu, která změnila ekonomickou rovnováhu v neprospěch zadavatele, což však bylo konstatováno, jež se objevilo pouze v odůvodnění napadeného rozhodnutí, aniž by jakkoliv toto konstatování zasahovalo do výroku prvostupňového rozhodnutí...“. Žalovaný má stále za to, že uzavřením dodatku č. 4 došlo také k vychýlení ekonomické rovnováhy v neprospěch zadavatele. Navíc odvolací námitky žalobce směřovaly k vychýlení ekonomické rovnováhy, a žalovaný se tak musel s námitkami žalobce vypořádat. Staví-li žalobce svoji argumentaci na tvrzeních o ekonomické výhodnosti dodatku č. 4 ve prospěch žalobce, pak nejde podle žalovaného o důvodné argumenty, neboť se takto uplatněná argumentace míjí s důvody napadeného i jemu předcházejícího rozhodnutí. Posudek Ing. Krabce se vztahoval k ekonomickým dopadům uzavření dodatku, a proto nebylo tímto znaleckým posudkem dokazováno. Vyjádření předsedy žalovaného k obsahu znaleckého posudku bylo vyjádřením *obiter dictum*. Žalobcem tvrzené výhody dodatku č. 4 jsou pouze důsledkem neschopnosti vybraného uchazeče dostát povinností dle kupní smlouvy; tvrzené výhody by podle žalovaného žalobci náležely i při řádném plnění smlouvy. Podle žalovaného je smluvní pokuta zásadní okolností při úvahách o podání či nepodání nabídky.

17. U ohrožovacího deliktu – jako je tomu podle žalovaného i v nyní posuzované věci – není třeba, aby žalovaný prokazoval existenci jiného dodavatele, který se zadávacího řízení nemohl zúčastnit. Žalovaný dále uvedl, že konstatování potenciality vlivu na výběr nejvhodnější nabídky vychází ze změny podmínek, za nichž byla veřejná zakázka zadávána. Ve vztahu k aplikaci § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ žalovaný uvedl, že uzavření dodatku č. 4 bylo v rozporu se zákonem před novelizací ZVZ zákonem č. 55/2012 Sb. i po ní. Před novelizací ZVZ byl zákaz podstatných změn práv a povinností vyplývajících ze smlouvy „...vystavěn primárně na rozsudku *Presstext* a zásadách, uvedených v § 6 zákona...“. Žalovaný dostatečně odůvodnil odklon od závěrů v jeho rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-R158/2014/VZ. Toto rozhodnutí nemohlo podle žalovaného u žalobce vyvolat legitimní očekávání jiného výkladu. K námitce neaplikování absorpční zásady žalovaný uvedl, že tuto zásadu aplikoval, byť nedošlo ke snížení pokuty; pokuta by již neplnila účel a nebyla by přiměřená.

18. ZZVZ podle žalovaného pro žalobce příznivější právní úpravu neobsahuje; nadto vzdání se práva na pokutu nelze považovat za dodatečné plnění ve smyslu § 222 odst. 5 ZZVZ. Změnu práv a povinností plynoucí z uzavření dodatku č. 4 nelze podřadit pod žádné ustanovení § 222 odst. 4 až odst. 6 ZZVZ – není možné zjistit, jaká by byla hodnota změny závazku.

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

IV. Posouzení věci

20. Žaloba byla podána osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „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.

21. Zdejší soud o žalobě již jednou rozhodoval, a sice rozsudkem č.j. 62 Af 17/2017-663 ze dne 6.8.2018. V něm dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné, neboť na zdejší soud působilo – zjednodušeně řečeno – 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 § 82 odst. 7 písm. b/ ZVZ, následně mu bylo k jeho rozkladové argumentaci ohledně neporušení § 82 odst. 7 písm. b/ ZVZ vytýkáno „také“ porušení § 82 odst. 7 písm. d/ ZVZ, které bylo v napadeném rozhodnutí odůvodňováno, takže odůvodnění napadeného rozhodnutí se stalo nepřehlednou směsicí argumentů k porušení § 82 odst. 7 písm. b/ a d/ ZVZ); dílčí úvahy zdejšího soudu jsou žalobci i žalovanému z uvedeného rozsudku zdejšího soudu známy, proto na ně zdejší soud odkazuje (především na body 24. – 36.).

22. Nejvyšší správní soud však rozsudkem č.j. 7 As 325/2018-54 ze dne 23.10.2019 uvedený rozsudek zdejšího soudu zrušil a zavázal jej právním názorem (§ 110 odst. 4 s.ř.s.), že napadené rozhodnutí přezkoumatelné je. Podle kasačního soudu byl žalobce potrestán za provedení podstatné změny smlouvy podle § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ; žalovaný podle kasačního soudu dovodil, že dodatek č. 4 ke kupní smlouvě představuje podstatnou změnu smlouvy, která by (ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b/ ZVZ) mohla umožnit účast jiných dodavatelů, a to bez ohledu na posouzení ekonomické rovnováhy smlouvy. Zdejší soud je tedy nyní zavázán v tom směru, aby posoudil, zda by změna smlouvy (dodatek č. 4) mohla umožnit účast jiných dodavatelů.

23. Pokud jde tedy o otázku přezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí v tom ohledu, zda je z napadeného rozhodnutí zřejmé, za co vlastně žalovaný žalobce trestá, pak zdejší soud, vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu, žalobci nyní za pravdu dát nemůže.

24. Pokud jde o otázku, která odpovídá dalšímu žalobnímu bodu, tj. zda vůbec bylo možno na jednání žalobce aplikovat § 82 odst. 7 ZVZ, přestože zadávací řízení bylo zahájeno v roce 2010, tedy před účinností § 82 odst. 7 ZVZ, i tu zdejší soud vychází z právního názoru Nejvyššího správního soudu vysloveného v rozsudku č.j. 7 As 325/2018-54 ze dne 23.10.2019. Je-li zdejší soud zavázán k tomu, aby posoudil, zda by změna smlouvy (dodatek č. 4) mohla umožnit účast jiných dodavatelů ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ, pak již z tohoto důvodu nepochybně musí vycházet z toho, že na jednání žalobce bylo možno § 82 odst. 7 ZVZ aplikovat. Navíc už v rozsudku č.j. 62 Af 17/2017-663 ze dne 6.8.2018 zdejší soud dovodil, že v posuzované věci zákaz podstatné změny smlouvy přímo plynoucí z § 82 odst. 7 ZVZ aplikovat lze a na tomto svém závěru nemá důvod ničeho měnit. 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. 4 (17.9.2012). 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). Zadáváním 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 17.3.2011. Zadáváním 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. 4 ke smlouvě, k němuž došlo dne 17.9.2012.

25. Pokud žalobce dále namítá, že nesprávně nebyla zohledněna příznivější právní úprava plynoucí z § 222 odst. 5 ZZVZ, ani s tím zdejší soud nesouhlasí. Je-li § 82 odst. 7 ZVZ aplikovatelným, pak podstatné je především to, že § 222 ZZVZ v části týkající se změn závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku vychází z rozsudku Priesstext shodně jako vycházel § 82 odst. 7 ZVZ, navíc je § 222 ZZVZ vystaven na shodné konstrukci zákazu podstatných změn smlouvy jako § 82 odst. 7 ZVZ. Pak tedy ani v případě aplikace § 222 ZZVZ by žalovaný změnu smlouvy neposuzoval jinak než testem podstatnosti změny smlouvy, přitom tvrdí-li žalobce, že bylo poskytnuto dodatečné plnění v podobě provedení zkušebního provozu s cestujícími, což by bylo podle jeho názoru v souladu s § 222 odst. 5 ZZVZ, pak ani s tímto argumentem nemůže zdejší soud souhlasit; posuzována má být změna ujednání o smluvní pokutě a nikoli jakékoli dodatečné plnění ve smyslu § 222 odst. 5 ZZVZ. Ostatně i z rozsudku Nejvyššího správního soudu č.j. 7 As 325/2018-54 ze dne 23.10.2019 plyne, že je třeba se zabývat jednáním žalobce z pohledu § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ, nikoli z pohledu jakékoli pozdější právní úpravy umožňující dodatečná plnění k již uzavřené smlouvě.

26. Tvrdí-li žalobce dále, že se žalovaný, pokud jde o aplikaci § 82 odst. 7 ZVZ, odchýlil od své ustálené rozhodovací praxe a bylo tak zasaženo do legitimního očekávání žalobce, pak ani v tomto směru zdejší soud žalobci nepřisvědčuje. 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 podle zdejšího soudu 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 se nejedná o správní praxi dlouhodobou a ustálenou, na kterou by žalobce mohl legitimně spoléhat, a to již proto, že v době, kdy dodatek uzavíral, na tuto praxi 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. 4 byl uzavřen dne 17.9.2012, avšak uvedené rozhodnutí žalovaného ve věci sp. zn. ÚOHS-R158/2014/VZ bylo vydáno až dne 27.2.2015. Obdobně další rozhodnutí žalovaného a jeho předsedy, na která odkazuje žalobce v rámci své žalobní argumentace, byla vydána až po uzavření dodatku č. 4, a nemohla proto založit legitimní očekávání žalobce při jeho jednání.

27. Pokud jde o veškerou podrobně vedenou argumentaci žalobce, podle níž uzavřením dodatku č. 4 nedošlo k vychýlení ekonomické rovnováhy v neprospěch žalobce a podle níž vycházel žalovaný nesprávně z izolovaného hodnocení pouze jedné části dodatku č. 4, zatímco pro hodnocení vychýlení ekonomické rovnováhy bylo nutné posuzovat dopady dodatku č. 4 komplexně, ani v tomto ohledu nemůže být žaloba důvodná; otázkou ekonomické rovnováhy se zdejší soud podle rozsudku Nejvyššího správního soudu č.j. 7 As 325/2018-54 ze dne 23.10.2019 zabývat nemá, naopak má posoudit – v pojetí žalobce „pouze jednu část dodatku č. 4“ (konkrétně změnu 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) – z pohledu § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ.

28. Pokud jde tedy o toto konkrétní posouzení, pak zdejší soud pokládá za podstatné, že čl. I. odst. 1. kupní smlouvy ze dne 17.3.2011 vyplývá, že předmětem kupní smlouvy byla dodávka celkem 31 kusů dvouvozdových motorových jednotek, a to včetně předepsaných průkazů způsobilosti (bod 1.2 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 motorových jednotek byly upraveny v čl. II. kupní smlouvy. Ze čl. XIII. odst. 1. kupní smlouvy plyne, že pro případ prodlení vybraného uchazeče s dodávkou motorové jednotky oproti sjednanému termínu plnění byla stanovena smluvní pokuta ve výši 0,03 % z ceny jednotky (bez DPH) za každý den prodlení; po dobu trvání okolnosti vylučující odpovědnost se lhůty pro dodání motorových jednotek o tuto dobu prodlužují. Podle čl. XIII. odst. 2 písm. a) kupní smlouvy okolnosti vylučující odpovědnost nebyly „...případy, kdy příslušný schvalovací orgán (zejména drážní úřad) odmítne nebo odloží udělení jakéhokoliv potřebného povolení, ověření nebo souhlasu...“. Dodatkem č. 4 byl čl. XIII. odst. 1. kupní smlouvy doplněn tak, že žalobce nebyl oprávněn po vybraném uchazeči požadovat smluvní pokutu za prodlení s dodávkou jednotlivé motorové jednotky za dobu, kdy bude tato jednotka provozována žalobcem ve zkušebním provozu s cestujícími.

29. Z listiny „dodatečné informace k zadávacím podmínkám (TED 2010/S 182-278347)“ plyne, že minimálně jeden uchazeč při zvažování podání nabídky posuzoval část zadávacích podmínek, které se vztahovaly k termínům dodání prvního vozidla, ve vztahu k sankcím za prodlení s dodáním jednotek. V požadavku na dodatečné informace č. 4 uchazeč s ohledem na „nezbytnost provedení plné procedury schválení typu vozidla“ žádal o prodloužení termínu dodávky prvního vozidla na 21 měsíců. V požadavku na dodatečnou informaci č. 18 pak uchazeč žádal „...o změnu výše smluvní pokuty za prodlení s dodávkou na 0,02 % ceny příslušné jednotky bez DPH...“. Zdejšímu soudu tedy ze správního spisu vyplývá, že uchazeči otázku včasnosti dodání motorových jednotek a případné sankce z důvodu prodlení při úvahách o podání nabídek zohledňovali. To ostatně plyne také z rozhodnutí žalobce o vyloučení uchazeče ZOS Vrútky a.s. ze dne 22.12.2010 z důvodu změn smluvních podmínek uvedených v závazném vzoru kupní smlouvy. Jednou ze změněných částí smlouvy oproti „vzoru“ byl právě čl. XIII. odst. 1 kupní smlouvy týkající se smluvní pokuty za prodlení s dodávkou motorových jednotek.

30. V nyní posuzované věci není sporu o to, že vybraný uchazeč nebyl schopen zajistit schválení typu a vydání průkazů způsobilosti některých motorových jednotek u příslušného správního úřadu v termínech dle kupní smlouvy. Na to bylo reagováno dodatkem č. 4, který upravil článek XIII. odst. 1 původní smlouvy v tom smyslu, že žalobce nebyl 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.

31. Žalovaný (podle Nejvyššího správního soudu směrem k porušení § 82 odst. 7 písm. b/ ZVZ jasně) dovedl, že pokud by byla „nepovinnost“ vybraného uchazeče platit smluvní pokutu za situace, kdy bude sice v prodlení s dodávkou motorové jednotky ve sjednaném termínu (tedy pokud spolu s motorovou jednotkou nepředloží zadavateli i průkazy způsobilosti, případně další dokumenty vydané kompetentními správními orgány, vztahujícími se k této jednotce), avšak zadavatel bude tuto jednotku provozovat (používat) ve zkušebním provozu s cestujícími,

obsažena již v původních zadávacích podmínkách, mohl se zadávacího řízení zúčastnit i jiný dodavatel (a sice takový, který věděl, že je v jeho silách v požadovaném termínu jednotku vyrobit a připravit v souladu s příslušnými předpisy ke zkušebnímu provozu s cestujícími, avšak ve stejném termínu nebyl schopen zajistit potřebné průkazy způsobilosti, případně další dokumenty), který by mohl eventuálně podat nabídku s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele (zejména s nižší cenou), než podal vybraný uchazeč. Pokud by již původní kupní smlouva obsahovala ujednání, které do ní bylo včleněno až dodatečně uzavřením dodatku č. 4, pak by další potenciální uchazeči mohli podat nabídku na veřejnou zakázku. Ze strany potenciálních uchazečů bezesporu dochází při rozhodování o tom, zda podat či nepodat nabídku do zadávacího řízení, zejména ke zvážení toho, zda jsou schopni splnit kvalifikaci, dodat předmět veřejné zakázky a zcela jistě posuzují i hledisko ekonomické. S ohledem na poslední uvedené takové ekonomické zhodnocení zcela jistě zahrnuje i úvahu o možném zisku, jehož výše může být ovlivněna i tím, zda byla sjednána smluvní pokuta za prodlení s dodáním, jako tomu bylo v posuzované věci. Pokud se totiž dodavatel ocitne v prodlení a je sjednána smluvní pokuta, je nesporné, že v případě jejího uplatnění dojde na straně dodavatele ke snížení zisku. V daném případě ovšem došlo ke změně, která smluvní ustanovení o pokutě modifikovala, což v konečném důsledku vedlo k tomu, že by na straně dodavatele, který by byl v prodlení s dodáním, ke snížení zisku nedošlo. Za takového stavu ovšem další potenciální uchazeči nemohli na takovou změnu reagovat podáním nabídek. Jde o změnu smlouvy, která je zásadní. Proto jde o podstatnou změnu smlouvy ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ.

32. S tím zdejší soud souhlasí. Pokud jde o otázku vlivu na původní zadávací řízení, pak v žádném ohledu nepostrádá logiku úvaha, podle níž 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 motorových jednotek. Tvrdí-li žalobce (především v navazujícím vyjádření ze dne 5.11.2019 na rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 7 As 325/2018-54 ze dne 23.10.2019), 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.

33. Úvahy žalobce 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 namísto 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 namísto 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, č.j. ÚOHS-S0372/2018/VZ-31074 ze dne 24.10.2018 či č.j. ÚOHS-S0126/2017/VZ-17444 ze dne 8.6.2017).

34. Ani argumentaci žalobce ohledně důvodů, které ke změně obchodní podmínky v podobě ujednání o smluvní pokutě vedly, nedává zdejší soud oproti závěrům ohledně porušení § 82 odst. 7 písm. b) ZVZ za pravdu; 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. 4 umožnilo v celkovém jeho kontextu dostát závazku z uzavřené smlouvy, nic nemění na správnosti závěru žalovaného, že dodatek č. 4 je podstatnou změnou smlouvy. Nadto hodlá-li žalobce tvrdit, 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.

35. Pokud jde tedy o otázku vlivu na původní zadávací řízení (na účast dodavatelů v původním zadávacím řízení), zdejší soud souhlasí se žalovaným v těch nosných argumentech, podle nichž 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, přitom 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. 4 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.

36. Pokud jde o argument žalobce, že žalovaný při trestání žalobce nepřihlédl k zásadě absorpce, přestože za obdobné pochybení byla žalobci uložena pokuta ve výši 200 000 Kč již v rámci prvostupňového správního řízení sp. zn. S0464/2015 i řízení o rozkladu sp. zn. R328/2015, zdejší soud tento argument za nedůvodný považoval již v rozsudku č.j. 62 Af 17/2017-663 ze dne 6.8.2018 a na svých závěrech nemá důvod ničeho měnit. Podstatné je především to, že z nyní napadeného rozhodnutí zdejšímu soudu plyne, že předseda žalovaného zásadu absorpce zohlednil (bod 72. napadeného rozhodnutí), přitom podle předsedy žalovaného byla výše uložené pokuty při samé spodní hranici zákonem stanoveného rozpětí a zároveň (bod 82. napadeného rozhodnutí) by „...její další snižování v důsledku prvostupňovým orgánem neprovedené absorpce by již obrozňovalo samotnou funkci a účel správního trestání a neodpovídalo základním zásadám správního trestání...“. Pak je tedy podle zdejšího soudu zřejmé, že předseda žalovaného zásadu absorpce aplikoval.

37. Shora uvedené vede zdejší soud bez potřeby dalšího jednání za splnění podmínek podle § 51 odst. 1 s.ř.s. k zamítnutí žaloby podle § 78 odst. 7 s.ř.s. jako nedůvodné.

V. Náklady řízení

38. Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 60 odst. 1 větu první s.ř.s. (ve vztahu k řízení před Nejvyšším správním soudem pod sp. zn. 7 As 325/2018 za použití § 110 odst. 3 s.ř.s.), podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, jež důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce ve věci nakonec úspěšný nebyl, a proto právo na náhradu nákladů řízení nemá, úspěšnému žalovanému podle obsahu soudního spisu nevznikly nad rámec jeho běžných administrativních výdajů žádné další výdaje, které by mu měl zdejší soud coby náklady řízení přiznat, a proto rozhodl o nepřiznání náhrady nákladů řízení.

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). Případně-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 12. prosince 2019

David Raus v.r.
předseda senátu