



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Radana Malíka a soudců JUDr. Ivo Pospíšila a JUDr. Pavla Molka v právní věci žalobkyně: **České dráhy, a.s.**, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, Praha 1, zast. JUDr. Karlem Muzikářem, advokátem se sídlem Křižovnické nám. 193/2, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. 11. 2016, č. j. ÚOHS-R328/2015/VZ-44706/2016/321/BRy, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 18. 4. 2019, č. j. 62 Af 130/2016 - 553,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **se zamítá**.
- II. Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Žalovaný rozhodnutím ze dne 25. 9. 2015, č. j. ÚOHS-S0464/2015/VZ-30331/2015/531/JDo, uznal žalobkyni vinnou ze spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), kterého se měla žalobkyně dopustit tím, že v rámci zakázky „Dodávka 15 ks třívozových elektrických jednotek“ nepostupovala v souladu s § 6 zákona o veřejných zakázkách, neboť v rozporu se zásadou rovného zacházení uzavřela ke kupní smlouvě s vybraným uchazečem dne 12. 6. 2012 dodatek č. 1, dle něhož oproti kupní smlouvě žalobkyně nebude oprávněna po vybraném uchazeči požadovat smluvní pokutu za prodlení s dodávkou jednotlivé elektrické jednotky po dobu, kdy tato jednotka bude žalobkyní provozována ve zkušebním provozu s cestujícími (smluvní pokuta byla přitom ve smlouvě sjednána ve výši 0,03 % kupní ceny denně za prodlení s dodáním každé jednotky, což by v případě včasného nedodání všech jednotek představovalo denně částku převyšující 600 000 Kč). Dle žalovaného tato změna představuje podstatnou změnu práv a povinností z předmětné kupní smlouvy a za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast jiných dodavatelů, čímž mohl být

podstatně ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky. Za uvedený správní delikt byla žalobkyni uložena pokuta ve výši 200 000 Kč. O rozkladu žalobkyně rozhodl předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 7. 11. 2016, č. j. ÚOHS-R328/2015/VZ-44706/2016/321/BRy (dále jen „napadené rozhodnutí“), tak, že do výroku doplnil, že žalobkyně uvedeným jednáním zároveň nepostupovala v souladu s § 82 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, a ve zbytku prvostupňové rozhodnutí potvrdil.

[2] Proti napadenému rozhodnutí se žalobkyně bránila žalobou u Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), který nejprve napadené rozhodnutí zrušil rozsudkem ze dne 11. 7. 2018, č. j. 62 Af 130/2016 - 453. Dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné, neboť z jeho odůvodnění není zřejmé, zda uzavřením dodatku došlo k podstatné změně smlouvy, která by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast jiných dodavatelů ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, jak plyne z výroku napadeného rozhodnutí, nebo zda uzavřením dodatku byla změněna ekonomická rovnováha smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče ve smyslu § 82 odst. 7 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, čemuž nasvědčuje část odůvodnění napadeného rozhodnutí. Uvedený rozsudek krajského soudu zrušil ke kasační stížnosti žalovaného Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 27. 2. 2019, č. j. 6 As 255/2018 - 40. Konstatoval, že napadené rozhodnutí není nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost, neboť žalobkyně byla výrokem správních rozhodnutí trestána 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. Pokud předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí zároveň dovodil, že bylo porušeno též ustanovení § 82 odst. 7 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, neboť došlo ke změně ekonomické rovnováhy v neprospěch zadavatele, jedná se o srozumitelnou, avšak zbytnou část odůvodnění, která se nevztahuje k výrokové části napadeného rozhodnutí. Krajský soud byl tudíž v dalším řízení zavázán zejména posoudit závěr předsedy žalovaného, že žalobkyně naplnila skutkovou podstatu správního deliktu tím, že dodatkem č. 1 připustila podstatnou změnu smlouvy ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, tedy že by předmětná změna za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast jiných dodavatelů.

[3] Krajský soud poté žalobu zamítl rozsudkem ze dne 18. 4. 2019, č. j. 62 Af 130/2016 - 553 (dále jen „napadený rozsudek“). Konstatoval, že není sporu o tom, 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 žalobkyně nebyla oprávněna po vybraném uchazeči požadovat smluvní pokutu za prodlení s dodávkou jednotlivé jednotky za dobu, kdy tato jednotka bude provozována ve zkušebním provozu s cestujícími. Žalobkyně se tedy uzavřením dodatku vzdala možnosti požadovat po dodavateli smluvní pokutu, na kterou by dle původních zadávacích podmínek měla nárok. Podle krajského soudu jde o změnu, která by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast jiných dodavatelů, neboť dodavatelé při úvahách ohledně účasti v zadávacím řízení zvažují i ekonomická rizika spojená s možnostmi uplatnění sankcí za opožděné plnění, která mohou ovlivnit výši dodavatelem předpokládaného zisku. Na straně dodavatele, který by byl v prodlení s dodáním, by v důsledku neuplatnění smluvní pokuty ke snížení zisku i

pokračování

přes prodlení s dodáním nedošlo, což neodpovídá zadávací podmínce, k níž dodavatelé podávali svoje nabídky.

[4] Krajský soud souhlasí s tvrzením žalobkyně, že ujednání o smluvní pokutě má charakter obchodní podmínky, kterou si dodavatelé vyhodnocují z hlediska míry rizik s ní spojených, která je schopen racionálně uvažující dodavatel promítnout do nabídkové ceny. Toto hodnocení obchodních podmínek však probíhá před podáním nabídek a rizika jsou hodnocena a promítána do nabídek ve vztahu k obchodním podmínkám obsaženým v zadávací dokumentaci. V tomto ohledu není na místě rozlišovat mezi požadavky zadavatele na kvalifikaci (nebo jinými podmínkami účasti v zadávacím řízení) a podmínkami, které se uplatní až v případě úspěchu dodavatele v zadávacím řízení, tj. po uzavření smlouvy. Oba typy podmínek z pohledu racionálně uvažujícího dodavatele mohou hrát významnou roli při úvahách o tom, zda nabídka bude podána, popř. jaká nabídka bude podána. Posuzovaná změna smlouvy představuje zásah do obchodních podmínek, které tvoří součást zadávacích podmínek, k nimž dodavatel nabídku podával.

[5] Jednalo-li by se v daném případě o smluvní pokutu marginální výše nebo za marginální chybu v plnění, pak by dle krajského soudu závěr žalovaného ohledně možného vlivu na podání nabídek v zadávacím řízení nemusel obstát, nebo by musel být doložen konkrétními skutkovými zjištěními, která by úvahy o marginalitě vylučovala. V posuzované věci se však jedná 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 své závěry nemusel podrobněji odůvodňovat.

[6] Zároveň je nepodstatné, zda ke změně ujednání o smluvní pokutě vedla snaha dodatečně „optimalizovat“ (vyvažovat) již existující smluvní vztah, snaha napravit stanovení nevhodných obchodních podmínek v zadávací dokumentaci, nebo 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, jehož 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 závěry se uplatní i na případ změny parametrů, jež určují důsledky nedodržení sjednaných podmínek plnění i nároky z nedodržení těchto podmínek. Původní zadávací podmínky přitom zásah v podobě změny ujednání o smluvní pokutě neumožňovaly. Nevymáhání smluvní pokuty v důsledku změny pravidel pro její uplatnění lze nadto stěží rozumně stavět do přímé souvislosti s řešením krizové či nouzové situace, v níž se žalobkyně údajně ocitla.

[7] Úvahy jednotlivých uchazečů promítající se v nabídkách tedy nepochybně mohly být ovlivněny podmínkami týkajícími se smluvní pokuty za prodlení s dodávkou elektrických jednotek. Jestliže by další dodavatelé 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, nebo v nižších nabídkových cenách těch uchazečů, kteří se zadávacího řízení účastnili, a žalobkyně by mohla obdržet výhodnější nabídku. Potencialitu vlivu na okruh dodavatelů a ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky ve standardu, jenž je 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 krajského soudu prokázal a v napadeném rozhodnutí dostatečně odůvodnil.

[8] Krajský soud se neztotožnil ani s námitkou žalobkyně, že žalovaný nezohlednil příznivější právní úpravu plynoucí z § 222 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o zadávání veřejných zakázek“). Ustanovení tohoto zákona jsou totiž vystavěna na shodné konstrukci zákazu podstatných změn smlouvy jako § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách. Ani v případě aplikace § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek by žalovaný změnu smlouvy neposuzoval jinak, než jak učinil v napadeném rozhodnutí.

[9] Ani argumentaci, že bylo dodavatelem poskytnuto dodatečné plnění v podobě provedení zkušebního provozu s cestujícími, krajský soud nepřisvědčil. 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 zákona o zadávání veřejných zakázek. Úhel pohledu žalobkyně nadto ještě zdůrazňuje rozdíl mezi původními obchodními (smluvními) podmínkami, které byly součástí zadávacích podmínek, a těmi obchodními (smluvními) podmínkami, jež plynuly z uzavřeného dodatku. Konstrukce § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách má vyloučit, 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 vzájemně „vykřívají“ („negují“, „vyrovnávají“), neboť čím více dílčích změn bude provedeno, tím více se výsledná smlouva nutně vzdaluje té, jež byla v souladu se zadávacími podmínkami uzavřena.

II. Obsah kasační stížnosti

[10] Žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) napadla rozsudek krajského soudu kasační stížností. Namítá, že změny provedené dodatkem č. 1 byly marginální a nemohly ani teoreticky ovlivnit účast jiných dodavatelů, i kdyby byly známy již v původním zadávacím řízení. Ujednání o smluvní pokutě má charakter obchodní podmínky, kterou si dodavatelé ekonomicky vyhodnocují při úvaze o výši nabídkové ceny, nikoliv při úvaze o tom, zda se zadávacího řízení zúčastní. Je třeba odlišovat zadávací podmínky upravující požadavky na kvalifikaci či vymezující předmět veřejné zakázky od obchodních podmínek upravujících vztah mezi zadavatelem a dodavatelem. Toto rozlišení žalovaný běžně uplatňuje ve své

pokračování

rozhodovací praxi při posuzování, zda nastavení zadávacích podmínek bylo způsobilé vytvořit objektivní překážku účasti určitého dodavatele v zadávacím řízení (např. rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 4. 1. 2019, č. j. ÚOHS-R0166/2018/VZ-00267, z něhož plyne, že podmínky obchodního charakteru zásadně nemají ani potenciální vliv na okruh uchazečů). S těmito argumenty souhlasil i žalovaný na ústním jednání a krajský soud také potvrdil, že smluvní pokuta je typicky podmínkou obchodní povahy, kterou si dodavatel umí promítnout do ceny. Přesto však bez bližšího zdůvodnění dále učinil závěr, že tato podmínka má významnou roli při úvahách, zda bude nabídka podána.

[11] Dodatkem smlouvy byly provedeny změny marginálního rozsahu a významu. Smluvní pokuta se týkala jen 4 z celkových 15 jednotek, zkušební provoz jednotek byl časově omezen a výše dotčené smluvní pokuty činila řádově nanejvýš jednotky desetin procenta z hodnoty veřejné zakázky. Krajský soud se s argumentací žalobkyně o marginálním charakteru smluvní pokuty nevypořádal. Dále uvedl, že úvahy o míře marginality jsou v principu spekulací, avšak pokud by skutečně šlo o smluvní pokutu marginální, nemusely by závěry žalovaného obstát a musely by být podepřeny skutkovými zjištěními. Bez bližšího odůvodnění pak krajský soud uzavřel, že tvrzení ohledně marginality je nutné odmítnout, neboť se jednalo o smluvní pokutu za prodlení s plněním. Tyto úvahy jsou nesrozumitelné. Krajský soud na jedné straně uznává důležitost výše smluvní pokuty, na druhé straně však závěr o podstatném charakteru pokuty dovozuje pouze z typu dotčené sankce. Nelze vyloučit, že k tomuto pochybení mohla vést i skutečnost, že krajský soud chybně vycházel z toho, že smluvní pokuta činila 0,3 % z kupní ceny denně (ve skutečnosti činila 0,03 % z kupní ceny denně).

[12] Při úvahách o potenciálním rozšíření uchazečů o veřejnou zakázku nelze dle stěžovatelky přihlížet pouze k vypuštění smluvní pokuty, aniž by byla zohledněna další ujednání, která byla do smlouvy vložena ve prospěch zadavatele (včetně jiné smluvní sankce). Takéž potenciální zájemci nevnímají změny provedené zadavatelem izolovaně, nýbrž vždy jako celek. To i vzhledem k tomu, že všechny změny se týkaly totožného účelu a cíle.

[13] Je třeba zhodnotit i konkrétní situaci, v níž se stěžovatelka nacházela, a důvody, které k uzavření dodatku vedly, a to i v kontextu možností, které se pro řešení dané situace nabízely. Dodavatel se dostal do prodlení z důvodů nezaviněných stěžovatelkou. Stěžovatelka dostala rovnocennou náhradu plnění, neboť jednotky byly způsobilé ke zkušebnímu provozu s cestujícími bez vad či provozních omezení, na což by dle původní smlouvy neměla nárok. Pokud by stěžovatelka dodatek smlouvy neuzavřela, neměla by předmětné jednotky k dispozici a nemohla by dostát závazku ze smlouvy o závazku veřejné služby uzavřené s příslušnými kraji a utrpěla by újmu v podobě smluvních sankcí a narušení dobré pověsti.

[14] Stěžovatelka je přesvědčena, že je třeba zohlednit, že dodatečná změna smlouvy byla provedena v nouzové situaci jako reakce na objektivní okolnosti a jako nejlepší dostupná alternativa z hlediska ochrany veřejných prostředků. Smyslem a účelem zákona je zajistit férovost zadávacího procesu a nikoliv zabránit zadavateli reagovat na nepředvídatelné situace.

[15] Krajský soud tyto úvahy odmítl mj. s odkazem na rozsudek Soudního dvora ve věci C-549/14 ze dne 7. 9. 2016, *Finn Frogne A/S*. Toto rozhodnutí se však týká interpretace zakázkové směrnice č. 2004/18/E, která byla nahrazena směrnicí Evropského parlamentu a Rady S2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, a pro oblast sektorových zakázek směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES (dále společně jen jako „zadávací směrnice“). Zadávací směrnice umožňují zadavateli dodatečně reagovat na závažné problémy, které nemohl rozumně předvídat a které bez jeho zavinění nastaly po podpisu smlouvy, a přijmout vhodná řešení za účelem minimalizace hrozící újmy. Přípustné změny smlouvy na veřejnou zakázku dle příslušných ustanovení zadávacích směrnic v zásadě odpovídají § 222 odst. 4 až 6 zákona o zadávání veřejných zakázek. Krajský soud (stejně jako předtím předseda žalovaného) tyto skutečnosti opomenul, přestože na ně stěžovatelka upozornila ve svém podání ze dne 8. 4. 2019.

[16] Stěžovatelka dále namítá, že předseda žalovaného měl použít pro stěžovatelku příznivější úpravu zákona o zadávání veřejných zakázek, která byla účinná v době vydání napadeného rozhodnutí. Ustanovení § 222 odst. 4 až 6 zákona o zadávání veřejných zakázek totiž obsahují celou řadu výjimek ze zákazu podstatné změny smlouvy, které odpovídají flexibilnější úpravě zadávacích směrnic.

[17] Předně, podle § 222 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek se za podstatnou změnu závazku nepovažují dodatečné stavební práce, služby nebo dodávky od dodavatele původní veřejné zakázky, které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, pokud jsou nezbytné a změna v osobě dodavatele a) není možná z ekonomických anebo technických důvodů spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými zadavatelem v původním zadávacím řízení, b) by způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů a c) hodnota dodatečných stavebních prací, služeb nebo dodávek nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku. Stěžovatelka dostala dodatečné plnění v podobě provedení zkušebního provozu s cestujícími, které bylo nezbytné k předejití hrozícím škodám a jehož hodnota nepřekročila zákonem stanovený podíl z původní hodnoty zakázky.

[18] Na řešenou situaci dopadá i výjimka dle § 222 odst. 6 zákona o zadávání veřejných zakázek, podle něhož se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje změna, a) jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, b) nemění celkovou povahu veřejné zakázky a c) hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku. V daném případě došlo k situaci, kdy všechny jednotky již byly z provozně technického hlediska dokončeny, avšak bez příslušné dokumentace drážního úřadu. Vznik takové situace nebyl v době uzavírání kupní smlouvy reálně předvídatelný z hlediska informací, které měla stěžovatelka k dispozici.

[19] Stěžovatelka dále uvádí, že závěry žalovaného jsou ryze spekulativní a nemají žádnou oporu ve správním spise. Žalovaný zcela rezignoval na zjištění skutkového stavu,

pokračování

přestože měl informaci o tom, kteří dodavatelé si v původním zadávacím řízení vyzvedli zadávací dokumentaci, a mohl zjistit, zda je od podání nabídky odradily obchodní podmínky typu smluvní pokuty. Taktéž krajský soud v rozsudku ze dne 18. 9. 2014, č. j. 30 Af 80/2012 - 65, uvedl, že ke zjištění důvodů neúčasti dodavatelů v zadávacím řízení je třeba bližšího zkoumání a je na místě vycházet i z reakcí zájemců, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci a nabídku nepodali, neboť důvodem nepodání nabídky mohou být i jiné důvody než nepřiměřenost zadávacích podmínek. Krajský soud tedy postupoval v rozporu se svou zavedenou praxí.

III. Vyjádření žalovaného

[20] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti uvádí, že institutem smluvní pokuty je zajišťován termín plnění, který představuje zásadní okolnost, podle které dodavatelé zvažují svoje možnosti požadované plnění ve stanovené lhůtě dodat a rozhodují se, zda nabídku na veřejnou zakázku podají či nepodají. Situace, v níž si případnou smluvní pokutu dodavatelé zahrnou do nabídkové ceny, dle žalovaného nastává spíše výjimečně, pokud je výše smluvní pokuty a riziko nesplnění závazku na straně dodavatele nízké a současně nehrozí újma, za kterou by dodavatel v případě prodlení odpovídal. Argumentaci, která připouští jak možnost zahrnutí smluvní pokuty do nabídkové ceny, tak možnost upuštění některých dodavatelů od podání nabídek, nepokládá žalovaný za rozpornou.

[21] Změnu provedenou předmětným dodatkem nepovažuje žalovaný za marginální, neboť jí fakticky došlo k odsunutí termínu plnění a smluvní pokuta, které se stěžovatelka uzavřením dodatku vzdala, činí přibližně 24 milionů Kč.

[22] K rozlišování mezi zadávacími podmínkami (požadavky na kvalifikaci, vymezení předmětu veřejné zakázky) a obchodními podmínkami žalovaný upozorňuje na nezbytnost dodržení zadavatelem nastavených obchodních podmínek. Pokud by dodavatelé v zadávacím řízení mohli předpokládat, že obchodní podmínky budou následně v závislosti na okolnostech v jejich prospěch modifikovány, jedná se nepochybně o skutečnost, která snižuje riziko na straně dodavatelů a mohla by mít za následek možnou účast jiných dodavatelů v zadávacím řízení. Odklon od své rozhodovací praxe (odkazované rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0166/2018/VZ) žalovaný neshledal, neboť v nynějším případě neposuzoval zákonnost stanovených obchodních podmínek, nýbrž porušení povinností zadavatele jejich podstatnou změnou po uzavření smlouvy. V žádném případě žalovaný nevyjádřil na ústním jednání před krajským soudem souhlas s argumenty stěžovatelky.

[23] Stěžovatelkou tvrzená pozitiva dodatku představují zejména zabránění újmě způsobené prodlením s dodáním, za níž by však mohl vybraný uchazeč v důsledku nesplnění termínu dodání odpovídat. Žalovaný poukazuje na skutečnost, že termín plnění dle čl. II. smlouvy na veřejnou zakázku byl pro vybraného uchazeče závazný a jeho splnění bylo smluvně zajištěno oprávněním zadavatele žádat zpět uhrazenou zálohu ve výši 25 % kupní ceny z bankovní záruky dle čl. VIII. kupní smlouvy, smluvní pokutou dle čl. XIII. odst. 1 smlouvy a dále povinností k náhradě vzniklé újmy zejména dle čl. XIII. odst. 13, 16 a 17 smlouvy. Neudělení příslušného povolení drážním úřadem bylo v čl. XIII. odst. 2 jako okolnost vylučující odpovědnost vybraného uchazeče výslovně vyloučeno. Nárok na smluvní pokutu měl pak v případě prodlení vybraného uchazeče vzniknout zadavateli

vždy, bez ohledu na případně vzniklou újmu, kterou byl vybraný uchazeč povinen v závislosti na povaze vzniklé újmy uhradit buď spolu se smluvní pokutou, nebo ve výši smluvní pokutu převyšující. Dle čl. XIII. odst. 13, 16 a 17 smlouvy na veřejnou zakázku byl vybraný uchazeč pro případ prodlení s dodáním jednotek povinen uhradit zadavateli spolu se smluvní pokutou též způsobenou újmu v souvislosti s nezískáním dotace či v souvislosti s porušením závazků zadavatele vůči jednotlivým krajům, a to v plné výši. Pokud tedy vybraný uchazeč poskytl stěžovatelce jednotky ve zkušebním provozu, zabránil tím hrozící újmě, za níž by v souladu se smlouvou odpovídal. Nebylo však legitimního důvodu, aby byl dále zvýhodněn odpuštěním smluvní pokuty.

[24] K možné aplikaci výjimky ze zákazu podstatné změny smlouvy dle § 222 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek žalovaný uvádí, že umožnění zkušebního provozu u dotčených jednotek nelze považovat za dodatečné plnění, neboť se fakticky jednalo o alternativní plnění v zájmu předcházení škodám, a toto plnění nemělo přímý vliv na trvající nárok stěžovatelky na ujednanou smluvní pokutu. Pokud by vybraný dodavatel nedodal jednotky ve zkušebním provozu, byl by povinen stěžovatelce uhradit nejen smluvní pokutu, ale též náhradu škody způsobené prodlením s dodáním jednotek. V daném případě není prostor ani pro aplikaci § 222 odst. 6 zákona o zadávání veřejných zakázek. Potřeba vzdát se nároku na smluvní pokutu vůbec nevznikla, neboť smluvní pokuta představovala (vedle plnění) samostatný nárok. Výjimky ze zákazu podstatné změny smlouvy dle uvedených ustanovení tedy nelze aplikovat, přičemž v ostatních ohledech není nová úprava zákona o zadávání veřejných zakázek pro stěžovatelku oproti zákonu o veřejných zakázkách žádným způsobem příznivější.

[25] Dle žalovaného nebylo třeba zjišťovat, kteří dodavatelé si vyzvedli zadávací dokumentaci a z jakých důvodů poté nepodali nabídku. Žalovaný totiž dospěl k závěru, že postup stěžovatelky toliko mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, došlo tedy ke spáchání deliktu v jeho ohrožovací formě. Postačuje tedy, došlo-li k ohrožení zákonem chráněného zájmu, nikoliv nutně k jeho porušení či vzniku újmy (rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012 - 28, a ze dne 13. 10. 2015, č. j. 8 As 50/2015 - 39).

[26] Za nepřiléhavý považuje žalovaný odkaz stěžovatelky na rozsudek krajského soudu ze dne 18. 9. 2014, č. j. 30 Af 80/2012 - 65, v němž se krajský soud zabýval diskriminačním charakterem zadávacích podmínek. V nyní řešené věci nebyly zadávací podmínky diskriminační. Ze strany stěžovatelky však měly být dodrženy, neboť byly způsobitelné odradit některé dodavatele od podání nabídky, a to například z kapacitních důvodů či z důvodu neochoty nést ekonomické riziko pro případ prodlení s dodáním.

IV. Replika stěžovatelky

[27] V replice stěžovatelka opakuje, že smluvní rizika si dodavatelé běžně promítají do nabídkové ceny. Tvrzení žalovaného, že se tak děje pouze ve výjimečných případech, je mylnou a nepodloženou spekulací. Smluvní pokuta či její absence nemohla ovlivnit rozhodnutí žádného dodavatele o účasti v zadávacím řízení. Žalovaný poprvé ve vyjádření ke kasační stížnosti připustil, že obchodní podmínka typu smluvní pokuty nemusí mít na podání nabídky vliv. Je třeba též zohlednit, že dle ujednání čl. XIII. odst. 16 smlouvy

pokračování

dodavatel plně odpovídá za náhradu škody do výše, z níž je nákup jednotek spolufinancován z dotačních prostředků, tedy do výše 830 milionů Kč. Změna podmínek pro uplatnění smluvní sankce v řádu jednotek milionů Kč spolu s doloženými pozitivy dodatku tedy měly v celkovém kontextu smlouvy na rozhodování dodavatelů zanedbatelný vliv. Námitky stěžovatelky, že změna učiněná předmětným dodatkem nedosáhla intenzity podstatné změny, žalovaný z velké části nijak neposoudil. I po uzavření dodatku dodavatel odpovídal za škodu, která by prodlením s dodávkami vznikla, nedošlo tedy k faktickému odsunu termínu plnění, jak mylně předpokládá žalovaný i krajský soud.

[28] Uzavřením dodatku byl naplněn účel daného smluvního termínu, tedy včasné zahájení provozu s cestujícími. Zcela nerealistická je úvaha žalovaného, že nasazení jednotek do zkušebního provozu bylo možné i bez vzdání se smluvních pokut. K tomu by prodávající jako vlastník jednotek nepřistoupil.

[29] Stěžovatelka trvá též na tom, že zkušební provoz s cestujícími představuje dodatečné plnění ve smyslu § 222 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť původní smlouva takový režim neupravovala. Za dodatečné plnění lze považovat jakoukoliv změnu rozsahu a způsobu původně dohodnutého plnění. Protiplněním byl závazek stěžovatelky neuplatňovat smluvní pokutu. Zároveň se jednalo o unikátní, specifickou a nepředvídatelnou situaci, naplněny byly tudíž též podmínky § 222 odst. 6 zákona o zadávání veřejných zakázek.

[30] Závěrem stěžovatelka uvádí, že i v případě ohrožovacího deliktu je žalovaný povinen relevantním způsobem ověřit, že k ohrožení zákonem chráněného zájmu mohlo dojít. Ani judikatura správních soudů nevylučuje, že k tomuto závěru by měl žalovaný dospět na základě relevantních podkladů a nikoliv vlastních nepodložených úvah.

V. Právní hodnocení Nejvyššího správního soudu

[31] Kasační stížnost byla podána včas, osobou oprávněnou, proti rozhodnutí, vůči němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), přípustná. Nejvyšší správní soud přezkoumal důvodnost kasační stížnosti v souladu s ustanovením § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů. Neshledal přitom vady podle § 109 odst. 4 s. ř. s., k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti.

[32] Po přezkoumání kasační stížnosti dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

[33] Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách *zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.*

[34] Podle § 82 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách *zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným*

uchazečem. Za podstatnou se považuje taková změna, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů.

[35] Jak uvedl Nejvyšší správní soud již v předchozím zrušujícím rozsudku ze dne 27. 2. 2019, č. j. 6 As 255/2018 - 40, v citovaném ustanovení je promítnuta obecná zásada, že zadavatel má povinnost uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku v souladu se zadávacími podmínkami a tyto podmínky není ani následně oprávněn podstatným způsobem měnit. Toto ustanovení bylo do zákona vloženo novelou provedenou zákonem č. 55/2012 Sb. a reprodukuje výklad pojmu „podstatná změna smlouvy“ provedený Evropským soudním dvorem v rozsudku ze dne 19. 6. 2008, C-454/06 (Pressetext). *„Změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou, pokud by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata. Změna původní veřejné zakázky může být rovněž považována za podstatnou, pokud značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány... Změna může být rovněž považována za podstatnou, jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána“* (body 35 – 37 citovaného rozhodnutí).

[36] V posuzovaném případě žalovaný shledal změnu smlouvy provedenou dodatkem č. 1 jako podstatnou ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, neboť by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast jiných dodavatelů. Stěžovatelka v kasační stížnosti proti tomuto závěru argumentuje tím, že provedená změna nemohla ani teoreticky ovlivnit účast jiných dodavatelů v zadávacím řízení, a kromě toho se jedná o nepodstatnou změnu smlouvy ve smyslu § 222 odst. 5 a 6 zákona o zadávání veřejných zakázek, který je v dané věci třeba použít, neboť se jedná o právní úpravu pro stěžovatelku jako subjekt správního trestání příznivější.

[37] Nepodstatnost změny smlouvy provedené předmětným dodatkem dovozuje stěžovatelka nejprve ze skutečnosti, že změnou byly upraveny pouze obchodní podmínky dohodnuté mezi stranami, které dodavatelé promítají toliko do nabídkové ceny, a nedotčeny zůstaly základní parametry stanovené v zadávací dokumentaci, jako jsou požadavky na kvalifikaci či vymezení předmětu veřejné zakázky. Z podstaty věci tak nemohlo dojít ke změně podstatné.

[38] Nastíněnou argumentaci stěžovatelky je třeba jako nesprávnou odmítnout. Citované ustanovení zákona o veřejných zakázkách žádným způsobem nerozlišuje mezi zadávacími podmínkami stanovujícími požadavky na kvalifikaci a vymežujícími předmět veřejné zakázky na jedné straně a obchodními podmínkami na straně druhé. Takové rozlišení pro účely hodnocení charakteru změny smlouvy jako podstatné neuplatňuje ve své rozhodovací praxi ani žalovaný, třebaže se stěžovatelka snaží navodit opačný dojem. Zcela obecně lze poznamenat, že obchodní podmínky reflektují potřeby zadavatele a působí zpravidla vůči všem dodavatelům stejně a nemohou tedy být samy o sobě diskriminační, s výjimkou těch, které porušují základní zásady práva veřejných zakázek, obcházejí jiné zadávací či zákonné podmínky nebo jsou zjevně excesivní (tyto závěry plynou i z rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 4. 1. 2019, č. j. ÚOHS-R0166/2018/VZ-

pokračování

00267, na něž stěžovatelka odkazuje). V tomto smyslu tedy zpravidla nemohou vytvořit objektivní překážku účasti konkrétního dodavatele v zadávacím řízení. To však neznamená, že by zadavatel byl následně oprávněn (tím spíše poté, kdy je vybrán konkrétní dodavatel) obchodní podmínky libovolně měnit. Dodavatelé při úvahách o zisku, nákladech a riziku spojeném s účastí v zadávacím řízení vycházejí ze zadávacích podmínek (včetně obchodních podmínek) obsažených v zadávací dokumentaci. Třebaže obchodní podmínky konkrétního dodavatele z účasti v zadávacím řízení objektivně nevylučují, nastavení obchodních podmínek může v jednotlivých případech (vedle toho, že je dodavatelé promítají do nabídkové ceny) vnímat dodavatel subjektivně tak, že za daných podmínek pro něj není účast v zadávacím řízení z ekonomického hlediska atraktivní. K takové situaci může dojít i při hodnocení rizik spojených s prodlením v dodání z příčin, které nejsou zcela v moci dodavatele, jako například v situaci, kdy dodání bez vad je vázáno na rozhodnutí správního orgánu (zde drážního úřadu).

[39] Jak zdůrazňuje žalovaný, v daném případě nebyly shledány nepřipustně vylučujícími (ani potenciálně) samotné obchodní podmínky, nýbrž dodatečný zásah do těchto obchodních podmínek po uzavření smlouvy s vybraným dodavatelem. Také Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 31. 1. 2019, č. j. 10 As 39/2018 - 37, potvrdil, že změna v obchodních podmínkách, konkrétně následná úprava termínu plnění, může představovat podstatnou změnu smlouvy ve smyslu § 82 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, která by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast jiných dodavatelů. Určujícím je přitom posouzení, zda by jiní uchazeči o veřejnou zakázku v případě, že by věděli o možnosti změnit text smlouvy oproti původnímu návrhu smlouvy v zadávací dokumentaci, této skutečnosti nepřizpůsobili své nabídky či zda by nezvážíli svou účast v zadávacím řízení.

[40] Ze zvukového záznamu jednání před krajským soudem Nejvyšší správní soud ověřil, že žalovaný s touto částí argumentace stěžovatelky souhlas nevyslovil. K dané otázce se žalovaný vyjádřil nejprve tak, že smluvní pokuta má dle jeho názoru zásadní vliv na účast dodavatelů v zadávacím řízení, popř. též na formulaci nabídkové ceny (čas 21:54 – 22:06). Poté s argumentací stěžovatelky výslovně polemizoval, když uvedl, že dodavatel nepodává nabídku s tím, že nedodrží termín dodání a započte si smluvní pokutu do nabídkové ceny (čas 23:30 – 23:40).

[41] Krajský soud souhlasil s tvrzením stěžovatelky, že dodavatelé vyhodnocují obchodní podmínky z hlediska rizik, která jsou vyčíslitelná a je možné je promítnout do nabídkové ceny. Za zásadní však považoval krajský soud skutečnost, že toto hodnocení provádějí dodavatelé ve vztahu k zadávací dokumentaci v podobě, v níž existuje před podáním nabídek. Tato cenová kalkulace může hrát významnou roli při úvahách o tom, zda či jaká nabídka bude podána. V nastíněných úvahách neshledává Nejvyšší správní soud rozpor. Je představitelné, že racionální dodavatel by mohl vyhodnotit původní podmínky s ohledem na termín dodání a smluvní pokutu spojenou s jeho nedodržením z ekonomického hlediska jako nepřijatelné, zatímco za upravených obchodních podmínek by mohl nabídku podat.

[42] Stěžovatelka dále namítá, že krajský soud se nevypořádal se žalobními argumenty ohledně marginálního charakteru provedené změny, popř. jsou jeho úvahy v tomto směru

nesrozumitelné. Tyto vady Nejvyšší správní soud v napadeném rozsudku neshledal. Dle krajského soudu pokud by se jednalo o marginální smluvní pokutu (malé výše či nevýznamného charakteru porušení povinnosti), bylo by nutné klást vyšší nároky na přesvědčivost odůvodnění správního rozhodnutí co do úvah o možnosti změny smluvní pokuty ovlivnit okruh potenciálních účastníků zadávacího řízení. V posuzovaném případě však krajský soud změnu za marginální nepovažoval, neboť smluvní pokutou byla zajištěna doba plnění, což je podstatný parametr zakázky, který dodavatelé při úvahách o účasti zvažují. Výši smluvní pokuty se krajský soud výslovně ve vztahu k problematice marginality nezabýval, nicméně z uvedených úvah lze dovodit, že pokud by smluvní pokuta za prodlení s dodáním byla sjednána v zanedbatelné výši, bylo by třeba této okolnosti věnovat pozornost. V posuzovaném případě však činila smluvní pokuta 0,03 % z ceny jednotky bez daně z přidané hodnoty za každý den prodlení s dodáním jednotky. V bodě 31. napadeného rozsudku sice krajský soud nesprávně uvedl, že výše smluvní pokuty činí 0,3 % z ceny jednotky denně, jedná se však o zjevnou chybu v psaní, která nemá vliv na věcné závěry napadeného rozsudku. Ze správního spisu dále vyplývá, že ve zkušebním provozu s cestujícími byly dle předmětného dodatku 4 jednotky po dobu 116 – 158 dnů. Výsledná částka smluvní pokuty dle původní smlouvy by v takovém případě představovala více než 24 milionů Kč. Tato částka sice představuje relativně nízký podíl na hodnotě veřejné zakázky, nicméně přesahuje hodnotu nadlimitní zakázky v případě sektorového zadavatele dle zákona o veřejných zakázkách a prováděcích předpisů, a jistě ji nelze hodnotit jako zanedbatelnou či marginální.

[43] K námitce, že provedenou změnu nelze hodnotit izolovaně a při úvahách o ovlivnění okruhu možných dodavatelů je třeba zohlednit i prokazatelná pozitiva dodatku pro zadavatele, krajský soud uvedl, že s ohledem na závěry napadeného rozhodnutí a předchozího zrušovacího rozsudku je třeba posuzovat změnu ujednání o smluvní pokutě a nikoliv jakékoliv dodatečné plnění či otázku vychýlení ekonomické rovnováhy. V tomto směru krajský soud částečně posunul význam právního názoru vyjádřeného v předchozím zrušujícím rozsudku. Nejvyšší správní soud totiž v tomto rozsudku netvrdil, že pro účely aplikace § 82 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách je nutné hodnotit změnu ustanovení o smluvní pokutě izolovaně od ostatních ustanovení upravených předmětným dodatkem. Právní názor Nejvyššího správního soudu spočíval v tom, že hodnotícím kritériem dle citovaného ustanovení je toliko způsobilost změny smlouvy alespoň potenciálně ovlivnit účast jiných dodavatelů v zadávacím řízení, a to bez ohledu na skutečnost, jakým směrem se vychýlila výsledná ekonomická rovnováha smlouvy, popř. zda se vůbec vychýlila.

[44] I s ohledem na to, co bylo řečeno k otázce marginality změny smluvních ujednání, se však lze ztotožnit se závěry krajského soudu obsaženými v bodě 27. napadeného rozsudku. Výchozím předpokladem je, že termín dodání (včetně smluvních sankcí za jeho nedodržení) představuje jeden ze zásadních parametrů veřejné zakázky, na základě něhož dodavatelé zvažují svou účast v zadávacím řízení a podobu svých nabídek. Jakákoliv významnější změna těchto parametrů veřejné zakázky by měla být s ohledem na smysl a účel ustanovení § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách v zásadě vyloučena. Jak přiléhavě konstatoval krajský soud, je taktéž zásadně nepřípustné do uzavřené smlouvy zasahovat změnami komplexního charakteru v různých smluvních otázkách, neboť tyto změny by mohly vést k širokým a často zpochybnitelným disputacím o tom, nakolik se

pokračování

jednotlivé změny ve smlouvě vzájemně „vykřívají“. Takto změněná smlouva se poté ještě více odlišuje od smlouvy, která byla v souladu se zadávacími podmínkami s vybraným uchazečem uzavřena. Nejvyšší správní soud nepochybně, že z předmětného dodatku plynou pro stěžovatelku taktéž určitá pozitiva (zejména zkušební provoz s cestujícími a rozšíření záruky). V důsledku provedené změny byl nicméně režim dodání 4 jednotek, které měly být dle smlouvy dodány nejdříve, výrazným způsobem odlišný od toho, který byl s vybraným dodavatelem sjednán ve smlouvě uzavřené v souladu se zadávacími podmínkami. Ostatní dodavatelé, kteří mohli zvažovat svou účast v zadávacím řízení, přitom tuto okolnost nemohli v době podávání nabídek předpokládat. Skutečnost, že stěžovatelka za úpravu termínu dodání a vzdání se sankce za jeho nedodržení získala určitou protihodnotu, tedy pro posouzení věci nemá zásadní význam.

[45] Krajský soud neshledal relevantními ani důvody, které stěžovatelku k uzavření předmětného dodatku vedly. S odkazem na rozsudek Soudního dvora ve věci C-549/14 ze dne 7. 9. 2016, *Finn Frogne A/S*, krajský soud konstatoval, že 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. I dle Nejvyššího správního soudu tudíž z těchto důvodů není možné zohlednit, že stěžovatelka uzavřením dodatku ke smlouvě reagovala na hrozící prodlení s dodáním jednotek tak, aby byl naplněn účel smlouvy a stěžovatelka mohla dostat závazku veřejné služby v dopravě dle smluv s příslušnými kraji a nebyla poškozena její pověst spolehlivého smluvního partnera.

[46] Stěžovatelka upozorňuje, že výklad Soudního dvora v citovaném rozhodnutí se dotýká interpretace zakázkové směrnice č. 2004/18/ES, která byla s účinností od 18. 4. 2016 nahrazena novými zakázkovými směrnici. Není přitom sporu o tom, že zadávací řízení bylo zahájeno a předmětný dodatek byl uzavřen dříve, než byla zrušena zakázková směrnice č. 2004/18/ES, a taktéž dříve, než uplynula lhůta pro implementaci nových zakázkových směrnic a nabytí účinnosti zákon o zadávání veřejných zakázek. Rozhodná pro danou věc jsou tedy ustanovení zákona o veřejných zakázkách a nyní již zrušené směrnice.

[47] V posuzovaném případě se jedná o problematiku správního trestání a napadené rozhodnutí žalovaného bylo vydáno dne 7. 11. 2016, tedy poté, kdy implementační lhůta zadávacích směrnic uplynula a pravidla těchto směrnic se s účinností od 1. 10. 2016 promítla do zákona o zadávání veřejných zakázek. Ze závěrů Soudního dvora ve věci C-549/14 ze dne 7. 9. 2016, *Finn Frogne A/S*, je tedy nadále možné vycházet s výhradou změny právní úpravy, která by byla pro stěžovatelku příznivější. Jinými slovy, pokud nová pravidla zadávacích směrnic a zákona o zadávání veřejných zakázek určité změny smlouvy připouštějí, je nutné tato pravidla použít namísto právní úpravy účinné v době spáchání správního deliktu a zahájení správního řízení.

[48] Krajský soud vycházel ze skutečnosti, že zákaz podstatných změn smlouvy dle § 222 zákona o zadávání veřejných zakázek je vystavěn na shodné konstrukci jako § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách. To je obecně úvaha správná, nicméně oproti zákonu o veřejných zakázkách ustanovení § 222 odst. 4 až 7 zákona o zadávání veřejných zakázek výslovně určuje, které změny se bez ohledu na toto vymezení nepovažují za podstatné.

[49] Jakkoliv je tedy konstrukce zákazu podstatných změn obdobná, stěžovatelka svou argumentací míří zejména na čl. 72 směrnice č. 2014/24/EU a čl. 89 směrnice č. 2014/25/EU, z nichž kromě dalšího vyplývá přípustnost změny smlouvy u dodatečných dodávek původního dodavatele, které jsou nezbytné a které nebyly zahrnuty v původní veřejné zakázce, jestliže by změna dodavatele způsobila veřejnému zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů; a dále tehdy, pokud potřeba změny byla vyvolána okolnostmi, které veřejný zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat. Tato ustanovení zadávacích směrnic téměř doslova převzal ve svém ustanovení § 222 odst. 5 a 6 i zákon o zadávání veřejných zakázek s tím, že tyto změny nepovažuje za podstatné.

[50] Podmínky aplikace daných ustanovení však v daném případě naplněny nejsou. Změnou provedenou dodatkem č. 1 byla upravena vzájemná práva a povinnosti smluvních stran po dobu trvání prodlení s dodáním některých jednotek. Nejedná se tedy o dodatečné dodávky dle ustanovení § 222 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek, neboť předmětem zakázky je i po uzavření dodatku řádné dodání všech jednotek dle původní smlouvy a dodatkem je upraven přechodný režim smluvního vztahu po dobu trvání prodlení.

[51] Potřeba změny zároveň nebyla v daném případě vyvolána okolnostmi, které by nemohla stěžovatelka předvídat. Pojem nepředvídané okolnosti se týká okolností, jež nemohl zadavatel předpokládat ani přes přiměřeně pečlivou přípravu zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku při zohlednění jemu dostupných prostředků, povahy a vlastností konkrétního projektu, osvědčených postupů v dotčené oblasti a potřeby zajistit vhodný poměr mezi zdroji vynakládanými na přípravu zadání zakázky a její odhadovanou hodnotou (srov. čl. 109, resp. čl. 115 zadávacích směrnic). Zpravidla se bude jednat o okolnosti objektivního charakteru (nepředvídané technologické, legislativní, přírodní či společenské změny), nelze však vyloučit, že k nepředvídaným okolnostem může dojít též na straně zadavatele či vybraného uchazeče.

[52] Podmínkou dodání každé jednotlivé jednotky dle původní smlouvy bylo též předání dokladů dle zákona č. 266/1994 Sb., o dráhách, ve znění pozdějších předpisů (čl. IV. odst. 3). V čl. XIII. odst. 1 smlouvy byla sjednána smluvní pokuta za prodlení s dodáním, přičemž prodlení s dodáním nenastává v případě existence okolností vylučujících odpovědnost za prodlení dle odst. 2 tohoto článku smlouvy. Za okolnost vylučující odpovědnost za prodlení s dodáním se dle tohoto odstavce výslovně nepovažuje případ, kdy příslušný schvalovací orgán (zejména drážní úřad) odmítne nebo odloží udělení jakéhokoli potřebného povolení, ověření nebo souhlasu.

[53] Zadavatel má relativní volnost v tom, jak smluvně upraví dodací podmínky, včetně způsobu a termínu dodání a smluvních sankcí za prodlení. Z povahy věci ovšem plyne, že pokud je řádné dodání navázáno na předchozí rozhodnutí správního orgánu, jehož vydání není zcela v moci zadavatele ani vybraného dodavatele, může dojít z důvodu opoždění s vydáním tohoto rozhodnutí k prodlení, jež nemohlo být ovlivněno vůlí ani jedné ze stran. Je pak odpovědností zadavatele, aby na takovou situaci ve smlouvě adekvátně reagoval, přičemž jsou představitelná různá řešení. Stěžovatelka ve smlouvě uzavřené v souladu se zadávací dokumentací upravila tuto situaci tak, že dodavatel není zbaven

pokračování

odpovědnosti za prodlení s dodáním v případě, že včas nezíská příslušné povolení drážního úřadu. Nelze tudíž s úspěchem tvrdit, že tato ve smlouvě předpokládaná eventualita představuje nepředvídanou okolnost, která by odůvodňovala aplikaci § 222 odst. 6 zákona o zadávání veřejných zakázek.

[54] Krajský soud sice dané námitky posoudil v obecné rovině, nicméně klíčový závěr, že v případě stěžovatelky se uplatní východiska obsažená v zákoně o veřejných zakázkách, která v částech relevantních pro souzenou věc nebyla modifikována novou právní úpravou, obstojí. Ve správním řízení stěžovatelka příznivější novou právní úpravou neargumentovala, není tedy vadou napadeného rozhodnutí, že se k této otázce žalovaný také vyjadřuje v obecné rovině.

[55] Stěžovatelce se zvolený výklad jeví nespravedlivým a v rozporu se smyslem a účelem zákona, neboť dle kasačních tvrzení pouze racionálně reagovala na situaci, která v dané věci nastala, a nejednala svévolně s cílem zvýhodnit určitého dodavatele. Je však třeba zdůraznit, že zadávání veřejných zakázek představuje formalizovaný a do značné míry rigidní proces, a to právě s ohledem na potřebu efektivní kontroly vynakládání veřejných prostředků. Zadavatel se tak může správního deliktu dopustit nikoliv výhradně ve zlém úmyslu či svévolným zvýhodněním konkrétního dodavatele. Porušení povinnosti zadavatele podstatně změnit smlouvu na veřejnou zakázku může být taktéž důsledkem určité neobratnosti či objektivně nevhodného nastavení zadávacích podmínek.

[56] Nedůvodná je taktéž námitka, že žalovaný měl pro prokázání deliktní odpovědnosti zkoumat, kteří dodavatelé si v původním zadávacím řízení vyzvedli zadávací dokumentaci a zjistit, zda je od podání nabídky odradily obchodní podmínky typu smluvní pokuty. S ohledem na výše uvedené má Nejvyšší správní soud ve shodě s krajským soudem za to, že žalovaný potencialitu ovlivnění možného okruhu uchazečů o veřejnou zakázku dostatečně prokázal a odůvodnil. Ze znění § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách výslovně plyne, že ke spáchání deliktu dojde i tehdy, pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Postačí tedy pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012 - 28). Po žalovaném tudíž nelze požadovat, aby zevrubně prokazoval, že v inkriminované době existoval konkrétní dodavatel, který se předmětného zadávacího řízení neúčastnil, a za upravených podmínek v důsledku předmětného dodatku by podal nabídku. V takovém případě by totiž fakticky neprokazoval ohrožení výběru nejvhodnější nabídky, ale již skutečné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, resp. skutečné ovlivnění okruhu účastníků zadávacího řízení (srov. též rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 6. 2016, č. j. 4 As 61/2016 - 34).

[57] Závěry rozsudku krajského soudu ze dne 18. 9. 2014, č. j. 30 Af 80/2012 - 65, nejsou v nynějším řízení použitelné, neboť se jednalo o skutkově i právně odlišnou situaci. Krajský soud v odkazovaném případě řešil žalobu proti rozhodnutí žalovaného, kterým byl zadavatel trestán za diskriminační nastavení kvalifikačních předpokladů. V takových případech přitom platí, že dostatečně široký okruh potenciálních zájemců o zakázku může představovat hledisko pro posouzení přiměřenosti dotčeného kvalifikačního předpokladu. Zejména se však skutkově jednalo o situaci, kdy zadavatel předložil ve správním řízení vyjádření tří společností, které by se o zakázku podle svých slov mohly ucházet, kdyby v

rozhodné době nebyly vytíženy jinými projekty, resp. kdyby se o ní dozvěděly dříve. Pochybení žalovaného spatřoval krajský soud v tom, že se řádně nezabýval skutečnostmi, které mu byly v řízení předestřeny a doloženy (srov. body [19] a [20] rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 12. 2015, č. j. 10 As 216/2014 - 71, kterým byla v odkazované věci zamítnuta kasační stížnost žalovaného), nikoliv v tom, že žalovaný z vlastní iniciativy nezkoumal, kteří dodavatelé se seznámili se zadávací dokumentací a z jakých důvodu nepodali nabídky.

VI. Závěr a náklady řízení

[58] Napadený rozsudek proto není nezákonný z důvodů namítaných v kasační stížnosti. Nejvyšší správní soud tudíž kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl podle § 110 odst. 1 s. ř. s.

[59] Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 60 odst. 1, větu první, ve spojení s § 120 s. ř. s., podle kterého nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Stěžovatelka v řízení úspěch neměla, proto jí nevzniklo právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému žádné náklady s tímto řízením nad rámec jeho úřední činnosti nevznikly.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 8. srpna 2019

JUDr. Radan Malík
předseda senátu