

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Elišky Cihlářové a soudců JUDr. Tomáše Foltase a JUDr. Jaroslava Hubáčka v právní věci žalobce: **České dráhy, a. s.,** se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, Praha 1, zastoupený JUDr. Karlem Muzikářem, LL.M., advokátem se sídlem Křižovnické náměstí 193/2, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,** se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 5. 11. 2015, č. j. 62 Af 85/2014 - 180,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Žalovaný **je povinen** nahradit žalobci náklady řízení o kasační stížnosti ve výši 4.114 Kč, a to k rukám advokáta JUDr. Karla Muzikáře, LL.M., do 15 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

Odůvodnění:

Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 5. 11. 2015, č. j. 62 Af 85/2014 - 180, k žalobě podané žalobcem (dále jen „účastník řízení“) zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „stěžovatel“) ze dne 19. 9. 2014, č. j. ÚOHS-R1/2014/VZ-19868/2014/320/LKo/PKl, a současně i výroky III. a IV. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „správní orgán I. stupně“) ze dne 11. 12. 2013, č. j. ÚOHS-S370/2012,S338/2013/VZ-24216/2013/521/GSt, kterými správní orgán I. stupně rozhodl, že se účastník řízení při zadávání veřejné zakázky „Rekonfigurace netrakčních komfortních jednotek pro dálkovou osobní přepravu“ dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), tím, že nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, když předmětnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky ve smyslu v ust.

§ 23 odst. 5 písm. b) citovaného zákona a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavřel dne 28. 3. 2012 formou dodatku smlouvu na plnění veřejné zakázky. Za tento delikt byla účastníku řízení uložena pokuta ve výši 25 mil. Kč.

Krajský soud se v odůvodnění rozsudku zabýval klíčovou otázkou, zda účastník řízení jako zadavatel pochybil, když předmětnou veřejnou zakázku zadal formou jednacího řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona o veřejných zakázkách. Stěžovatel vyšel z toho, že pro tento postup musí být v případě sektorového zadavatele splněny čtyři podmínky: 1) musí se jednat o veřejnou zakázku na dodávku, 2) předmětem plnění veřejné zakázky musí být dodatečné dodávky od téhož dodavatele, s nímž daný zadavatel již dříve uzavřel smlouvu, 3) tyto dodatečné dodávky představují částečnou náhradu původní dodávky nebo rozšíření stávajícího, tj. dříve sjednaného, rozsahu dodávky a 4) v případě změny dodavatele by zadavatel pořizoval dodatečnou dodávku odlišných technických parametrů od původní dodávky, která by měla za následek neslučitelnost s původní dodávkou nebo by znamenala nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě původní dodávky. Zatímco o splnění první a druhé podmínky nebylo mezi účastníky sporu, třetí podmínka podle stěžovatele splněna nebyla, jelikož účastník řízení požadoval náhradu celého předmětu původní dodávky. Předmět původní dodávky byl podle názoru stěžovatele tvořen 16 vlakovými soupravami Railjet a nikoli jednotlivými osobními železničními vozy. Po uskutečnění veřejné zakázky na rekonfiguraci pak účastník řízení obdrží nově pouze 15 vlakových souprav Railjet, které se od původních odlišují druhy i počtem vozů. Jelikož se předmět veřejné zakázky na rekonfiguraci od předmětu původní veřejné zakázky zcela lišil, nedošlo podle stěžovatele k naplnění třetí podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona o veřejných zakázkách a účastník řízení se dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Krajský soud se proto zabýval otázkou, zda byla splněna třetí z podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, v jehož režimu zadal účastník řízení veřejnou zakázku na rekonfiguraci, a dospěl k závěru, že předmětem původní smlouvy byla dodávka osobních železničních vozů, nikoliv souprav, jak tvrdil stěžovatel. To dokládají rovněž stanoviska doc. Ing. J. K., CSc. a odboru kolejových vozidel, čímž účastník řízení prokazoval splnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění u veřejné zakázky na rekonfiguraci, a podpůrně také použití CPV kódu a rozhodnutí drážního úřadu. Krajský soud se neztotožnil s argumentací stěžovatele, že změny v předmětu plnění na základě dodatku ke smlouvě na původní zakázku není možné pokládat za částečnou náhradu ani rozšíření původního předmětu plnění, a tedy ani se závěrem, že nebyla splněna třetí podmínka pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Podle krajského soudu tak stěžovatel zatížil své rozhodnutí nezákonností spočívající v nesprávné aplikaci ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, když ze zjištěného skutkového stavu nesprávně dovodil, že účastník řízení nebyl oprávněn uzavřít dodatek k původní smlouvě v režimu jednacího řízení bez uveřejnění pro nesplnění třetí ze čtyř podmínek uvedených v citovaném ustanovení.

Proti tomuto rozsudku podal stěžovatel v zákonné lhůtě kasační stížnost z důvodů uvedených v ust. § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s., ve které vytýkal krajskému soudu jeho závěry ve vztahu ke splnění třetí podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona o veřejných zakázkách účastníkem řízení. Krajský

soud podle stěžovatele nesprávně posoudil předmět plnění původní veřejné zakázky a veřejné zakázky na rekonfiguraci, když konstatoval, že předmětem plnění jsou osobní železniční vozy. Předmět plnění veřejných zakázek je totiž naopak tvořen soupravami těchto vozů. Úvahu obsaženou v jeho rozhodnutí přitom neopřel pouze o dodací podmínky, platební podmínky a sankce, jak tvrdil krajský soud, ale také např. o oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante k oběma veřejným zakázkám, o obsah dokumentací k oběma zakázkám a další smluvní ustanovení původní zakázky a zakázky na rekonfiguraci, jakož i o vyjádření účastníka řízení v průběhu správního řízení. Jelikož se krajský soud v otázce předmětu plnění dotčených zakázek přiklonil k názoru účastníka řízení, aniž by odůvodnil, na základě jakých tvrzení a důkazů tak učinil, je jeho rozsudek nepřezkoumatelný. Pokud svůj právní názor ohledně předmětu plnění založil na variabilitě jednotlivých vozů v rámci souprav, není z rozsudku zřejmé, proč by právě tato skutečnost měla být rozhodujícím faktorem při posouzení předmětu plnění dotčených veřejných zakázek. Krajský soud se navíc nevypořádal přezkoumatelným způsobem s opačným názorem stěžovatele vyplývajícím z jeho rozhodnutí. Stěžovatel dále vytýkal krajskému soudu, že použil podpůrné argumenty účastníka řízení ve prospěch posouzení předmětu veřejných zakázek jako jednotlivých osobních železničních vozů, když poukázal na stanovisko doc. Ing. J. K., CSc. ze dne 29. 10. 2013, stanovisko odboru kolejových vozidel ze dne 24. 10. 2013, aplikaci CPV kódu a rozhodnutí drážního úřadu. Stěžovatel dále brojil proti závěru krajského soudu, že nebylo prokázáno, že by předmět plnění veřejné zakázky na rekonfiguraci nepředstavoval částečnou náhradu původní dodávky či rozšíření stávajícího rozsahu dodávky, od čehož byl odvozen závěr stěžovatele o nesplnění třetí podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona o veřejných zakázkách. Stěžovatel má i nadále za to, že se o částečnou náhradu původní dodávky nemůže jednat, neboť předmět plnění původní veřejné zakázky a zakázky na rekonfiguraci směřují k uspokojení jiné potřeby účastníka řízení; mají jiný účel využití. Ani k rozšíření stávajícího rozsahu veřejné zakázky nedošlo, a to již proto, že předmětem veřejné zakázky na rekonfiguraci byly celé soupravy osobních železničních vozů. Stěžovatel tak trvá na tom, že třetí podmínka pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona o veřejných zakázkách splněna nebyla. Proto účastník řízení spáchal správní delikt. S ohledem na výše uvedené stěžovatel navrhl zrušit napadený rozsudek a věc vrátit krajskému soudu k dalšímu řízení.

Účastník řízení ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že krajský soud učinil správný závěr o předmětu plnění, kterými jsou dodávky jednotlivých osobních železničních vozů, nikoliv celých souprav. Uspořádání jednotlivých vozů v soupravách závisí na provozních potřebách účastníka řízení. Tato variabilita vyplývá již ze smlouvy na původní veřejnou zakázku, která je součástí zadávací dokumentace, na jejíž význam poukázal i stěžovatel. Krajský soud nepochybil ani v závěru, že plnění dodávané na základě veřejné zakázky na rekonfiguraci představuje substitut plnění původní veřejné zakázky, neboť mimo jiné plní stejný účel a uspokojuje totožné potřeby účastníka řízení. Částečná změna předmětu plnění původní dodávky byla výsledkem jednání účastníka řízení s přeshraničními partnery o podmínkách nasazení předmětných vozů na jednotlivé mezinárodní linky. Na základě veřejné zakázky na rekonfiguraci pak mělo být dodáno místo původních 16 souprav se 112 osobními železničními vozy nově 15 souprav se 113 osobními železničními vozy. Z tohoto počtu se přitom rekonfigurací nezměnila dodávka 71 osobních vozů. U dalších 37 vozů došlo k dílčím úpravám vnitřního uspořádání,

zejména počtu sedaček. Nicméně nedošlo k žádným změnám v klíčových technologiích, např. brzdném systému, napájení apod. Účastník řízení dále poukázal na to, že nad rámec svých zákonných povinností s důrazem na transparentnost navíc uveřejnil svůj záměr zadat zakázku na rekonfiguraci ve věstníku veřejných zakázek a Úředním věstníku Evropské unie pomocí dobrovolného oznámení o průhlednosti ex ante. Závěr o spáchání deliktu stěžovatel odůvodňuje jen pomocí přepjatě formalistického a nesprávného výkladu zákona. V materiální rovině přitom platí, že v původní i veřejné zakázce po rekonfiguraci účastník řízení poptával dodávku tlakotěsných komfortních osobních železničních netrakčních vozů pro nasazování ve formě souprav v dálkové osobní železniční dopravě. S ohledem na výše uvedené účastník řízení navrhl, aby byla kasační stížnost zamítnuta.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v souladu s ust. § 109 odst. 3 a odst. 4 s. ř. s., vázán rozsahem a důvody, které uplatnil stěžovatel v kasační stížnosti, přičemž neshledal vady uvedené v odst. 4 citovaného ustanovení, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti.

Vzhledem k tomu, že stěžovatel uplatnil v kasační stížnosti také důvod podle ust. § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s., zabýval se Nejvyšší správní soud nejprve touto stížní námitkou. Pokud by totiž uznal její oprávněnost, musel by zvažovat, zda je možné se meritorně zabývat ostatními námitkami.

Při posuzování nepřezkoumatelnosti vychází Nejvyšší správní soud z konstantní judikatury Ústavního soudu (např. nálezy ze dne 20. 6. 1996, sp. zn. III. ÚS 84/94, ze dne 26. 6. 1997, sp. zn. III. ÚS 94/97), podle níž jedním z principů, které představují součást práva na řádný a spravedlivý proces (čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod a čl. 1 Ústavy), jež vylučuje libovůli při rozhodování, je povinnost soudů své rozsudky řádně odůvodnit (ve správním soudnictví podle ust. § 54 odst. 2 s. ř. s.). To potvrzuje i navazující judikatura, např. nález ze dne 11. 4. 2007, sp. zn. I. ÚS 741/06, v němž Ústavní soud vyslovil, že „*odůvodnění rozhodnutí soudu jednajícího a rozhodujícího ve správním soudnictví, z něhož nelze zjistit, jakým způsobem postupoval při posuzování rozhodné skutečnosti, nevyhovuje zákonným požadavkům kladeným na obsah odůvodnění a v konečném důsledku takové rozhodnutí zasahuje do základních práv účastníka řízení, který má nárok na to, aby jeho věc byla spravedlivě posouzena*“. Nejvyšší správní soud pak v rozsudku ze dne 29. 7. 2004, č. j. 4 As 5/2003 - 52, uvedl, že pokud „*z odůvodnění napadeného rozsudku krajského soudu není zřejmé, jakými úvahami se soud řídil při naplňování zásady volného hodnocení důkazů či utváření závěru o skutkovém stavu, z jakého důvodu nepovažoval za důvodnou právní argumentaci stěžovatele v žalobě a proč subsumoval popsaný skutkový stav pod zvolené právní normy, pak je třeba pokládat takové rozhodnutí za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů a tím i nesrozumitelnost ve smyslu § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.*“. Nepřezkoumatelností z důvodu nesrozumitelnosti se Nejvyšší správní soud zabýval i v rozsudku ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003 - 75, podle něhož lze „*za nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost obecně považovat takové rozhodnutí soudu, z jehož výroku nelze zjistit, jak vlastně soud ve věci rozhodl, tj. zda žalobu zamítl, odmítl nebo jí vyhověl, případně jehož výrok je vnitřně rozporný. Pod tento pojem spadají i případy, kdy nelze rozeznat, co je výrok a co odůvodnění, kdo jsou účastníci řízení a kdo byl rozhodnutím zavázán. Nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů je založena na nedostatku důvodů skutkových, nikoliv na dílčích*

nedostatcích odůvodnění soudního rozhodnutí. Musí se přitom jednat o vady skutkových zjištění, o něž soud opírá své rozhodovací důvody.“

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek a dospěl k názoru, že není nepřezkoumatelný. Z jeho odůvodnění je zřejmé, z jakého skutkového stavu krajský soud vycházel, jak vyhodnotil pro věc rozhodné skutkové okolnosti a jak je následně právně posoudil. Je z něj rovněž patrné, z jakých důvodů jsou žalobní námitky účastníka řízení důvodné a naopak, z jakých důvodů posoudil rozhodnutí stěžovatele jako nezákonné. Nesouhlas stěžovatele s právním názorem krajského soudu nezpůsobuje nepřezkoumatelnost rozsudku (viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 11. 2013, č. j. 2 As 47/2013 - 30, ze dne 29. 4. 2010, č. j. 8 As 11/2010 - 163). Krajský soud přezkoumatelně posoudil také dílčí otázku povahy předmětu plnění, z odůvodnění jeho rozsudku je seznatelné, na základě jakých důkazů a tvrzení se ztotožnil s nosnou argumentací účastníka řízení. Je z něj rovněž zřetelně patrné, z jakého důvodu je variabilita jednotlivých vozů v rámci souprav pro závěr o předmětu plnění právně významná, obzvláště ve vztahu k následnému posouzení splnění třetí podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona o veřejných zakázkách. Nepřezkoumatelný není napadený rozsudek ani ve vztahu k závěrům ohledně stanovisek doc. Ing. J. K., CSc., odboru kolejových vozidel a dalším podpůrným důkazům navrženým účastníkem řízení (aplikace CPV kódu a rozhodnutí drážního úřadu). S ohledem na výše uvedené považuje Nejvyšší správní soud napadený rozsudek za vnitřně souladný, srozumitelný a přezkoumatelný.

Nejvyšší správní soud se dále zabýval námitkami nesprávného právního posouzení věci. V tomto směru stěžovatel namítal, že krajský soud nesprávně posoudil právní otázku týkající se aplikace ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona o veřejných zakázkách a v té souvislosti i předmět původní veřejné zakázky a veřejné zakázky na rekonfiguraci.

Podle obsahu správního spisu účastník řízení jako zadavatel výzvou k jednání ze dne 20. 1. 2012 zaslanou Siemens Aktiengesellschaft Österreich (dále jen „Siemens“) zahájil jednací řízení bez uveřejnění na plnění „Rekonfigurace netrakčních komfortních jednotek pro dálkovou osobní přepravu“ podle ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona o veřejných zakázkách. Předmět plnění byl ve výzvě k jednání vymezen jako „Dodatečné dodávky jako částečná náhrada, resp. rozšíření rozsahu původní dodávky, na kterou byla dne 29. 9. 2011 uzavřena smluvní dokumentace mezi Zadavatelem [účastník řízení] a Zájemcem [Siemens] a jejímž předmětem je dodávka netrakčních komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu Zadavatele“. Účastník řízení obdržel od Siemens nabídku a dne 30. 1. 2012 rozhodl o výběru této nabídky. Dne 28. 3. 2012 uzavřel na toto plnění „Dodatek č. 1 ke Smlouvě o výrobě, uvedení do provozu a dodávce souprav Viaggio Comfort společnosti České dráhy, a. s.“. Správní orgán I. stupně dne 26. 6. 2012 zahájil správní řízení o přezkumu úkonů účastníka řízení jako zadavatele při nákupu dalších 7 vlakových souprav Railjet, které nebyly součástí původní veřejné zakázky. Poté dne 3. 6. 2013 zahájil správní řízení týkající se postupu účastníka řízení jako zadavatele při nákupu dalších 8 vlakových souprav Railjet, které nebyly součástí původní veřejné zakázky. Poté obě řízení spojil a dne 11. 12. 2013 v takto spojeném řízení vydal rozhodnutí, kterým ve výrocích I. a II. zastavil správní řízení ve věci přezkoumání úkonů účastníka řízení (zadavatele) učiněných ve veřejných zakázkách, jejichž předmětem je

nákup dalších 7 a 8 vlakových souprav Railjet (které nebyly předmětem veřejné zakázky na rekonfiguraci) podle ust. § 117a písm. d) zákona o veřejných zakázkách, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle ust. § 118 citovaného zákona (zakázky nebyly realizovány). Ve výroku III. uvedeného rozhodnutí správní orgán I. stupně rozhodl, že při zadávání veřejné zakázky na rekonfiguraci se účastník řízení dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jelikož nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 citovaného zákona, když zakázku na rekonfiguraci zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky ve smyslu v ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavřel dne 28. 3. 2012 ve formě dodatku smlouvu na plnění veřejné zakázky. Správní orgán I. stupně dovodil, že zatímco první a druhou podmínku obsaženou v citovaném ustanovení účastník řízení splnil, třetí podmínka splněna nebyla, jelikož účastník řízení požadoval náhradu celého předmětu původní dodávky. Předmět původní dodávky byl totiž podle správního orgánu I. stupně tvořen 16 vlakovými soupravami Railjet a nikoli jednotlivými osobními železničními vozy. Po uskutečnění veřejné zakázky na rekonfiguraci pak účastník řízení obdrží nově pouze 15 vlakových souprav Railjet, které se od původních odlišují druhy i počtem vozů. Jelikož předmět veřejné zakázky na rekonfiguraci se od předmětu původní veřejné zakázky zcela liší, nedošlo k naplnění třetí podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Splněním čtvrté podmínky se podle správního orgánu I. stupně již nebylo nutné zabývat. Za tohoto skutkového stavu bylo rozhodnuto, že se účastník řízení dopustil správního deliktu, za který mu byla uložena pokuta ve výši 25 mil. Kč, což bylo následně potvrzeno rozhodnutím stěžovatele o rozkladu účastníka řízení.

Podle ust. § 23 odst. 5 písm. b) věty před středníkem zákona o veřejných zakázkách může být v jednacím řízení bez uveřejnění veřejná zakázka na dodávky zadána, jestliže jde o dodatečné dodávky od téhož dodavatele, s nímž již byla uzavřena smlouva, které jsou určeny jako částečná náhrada původní dodávky nebo jako rozšíření stávajícího rozsahu dodávky, a to za předpokladu, že by změna dodavatele nutila zadavatele pořizovat zboží odlišných technických parametrů, které by měly za následek neslučitelnost nebo by znamenaly nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě.

Z citovaného ustanovení vyplývá, že k použití jednacího řízení bez uveřejnění je nutné splnění čtyř podmínek. Zatímco o splnění první a druhé podmínky není mezi účastníky řízení sporu (v posuzované věci šlo o dodatečné dodávky téhož dodavatele, s nímž byla uzavřena původní smlouva), sporné je posouzení třetí podmínky, podle které musí dodávky, jež jsou předmětem veřejné zakázky, představovat částečnou náhradu původní dodávky nebo rozšíření stávajícího rozsahu dodávky.

Pokud v souvislosti s nesprávnou aplikací ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona o veřejných zakázkách ve vztahu k (ne)splnění třetí podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění brojil stěžovatel také proti nesprávně posouzenému předmětu původní veřejné zakázky a veřejné zakázky na rekonfiguraci, Nejvyšší správní soud považuje právě posouzení této dílčí otázky předmětu veřejných zakázek za klíčové pro zodpovězení toho, zda byla splněna třetí podmínka pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 5 písm. b)zákona o veřejných zakázkách, tedy zda došlo veřejnou zakázkou na

rekonfiguraci k částečné náhradě původní dodávky nebo k rozšíření stávajícího rozsahu dodávky.

Krajský soud vycházel ve své úvaze o předmětu plnění veřejných zakázek (původní i po rekonfiguraci) ze skutečnosti, že osobní železniční vozy nebyly v soupravách konfigurovány napevno, nýbrž s možností jejich volného zařazování a vyřazování z jednotlivých souprav. Tato variabilita umožňovala účastníkovi řízení využívat jednotlivé vozy flexibilně podle jeho potřeb. Proto soupravy sestavené v podobě, s jakou počítala původní smlouva, nepředstavují neměnné řešení a nelze je považovat za přesně vymezený předmět veřejné zakázky. Nejvyšší správní soud se ztotožňuje se závěry krajského soudu ve vztahu k variabilitě jednotlivých osobních železničních vozů. Tato jednak vyplývá ze smluvní dokumentace, resp. z přílohy „/Ba Popis SVC 1 až 16“ k původní zakázce, jednak ji nepřímo uznal také stěžovatel, když v kasační stížnosti odkázal na bod 75. svého rozhodnutí. Možnost variability nebyla vyloučena ani ve vztahu k veřejné zakázce na rekonfiguraci, jak vyplývá z přílohy „/Ba Popis SVC 1 až 15“, nahrazující původní přílohu „/Ba Popis SVC 1 až 16“. Také po rekonfiguraci je možné jednotlivé vozy v soupravách zařazovat a vyřazovat a měnit tak podobu souprav, byť s jistými omezeními v minimálním a maximálním počtu vozů na soupravu apod.

Nezbytné bylo dále posoudit, zda je variabilita jednotlivých vozů relevantní ve vztahu k posouzení předmětu obou veřejných zakázek. Podle názoru Nejvyššího správního soudu tato variabilita relevantní je. Vzhledem k tomu, že vozy v soupravách lze konfigurovat (s částečnými omezeními zařazovat a vyřazovat), nelze na předmět plnění nahlížet pouze jako na dodávku určitého počtu souprav, neboť by to s ohledem na možnost dalšího využití neodpovídalo skutečnému stavu věci. Variabilita vozů naopak svědčí o tom, že účastník řízení poptával primárně osobní železniční vozy s možností poměrně flexibilního využití podle svých potřeb, a nikoliv pevně a nastálo konfigurované soupravy s daným počtem vozů. Úvodní ustanovení dodatku k původní smlouvě, kterým byla realizována rekonfigurace, odkazují na původní smlouvu o výrobě, uvedení do provozu a dodávce souprav. V bodě 1., který vymezuje podstatu rekonfigurace, je rozvedeno, jakým způsobem se změní předmět plnění, a to jak z pohledu jednotlivých souprav, tak i jednotlivých vozů v nich zařazených. Tato část dodatku rovněž odkazuje na podrobnější technické podmínky obsažené v příloze „/Ba Popis SVC 1 až 15“, nahrazující původní přílohu „/Ba Popis SVC 1 až 16“. Koncepce přílohy je pak opět strukturovaná podle typů jednotlivých osobních řídících vozů, obsahuje jak vozy původní, řady Ampz (vůz 1. třídy), ARbmpz (vůz 1. třídy s místy pro invalidní vozíky a prostorem bistra), Bmpz/1 (vůz 2. třídy), tak nově vozy Afmpz/2 (řídící vůz 1. třídy), Bmpz/3 (vůz 2. třídy s dětským kinem, prostorem pro rodiny a víceúčelovým oddílem). V bodě 5.1 technických podmínek každého typu vozu je grafické znázornění základní konfigurace souprav. Nově se bude jednat o 8 souprav o osmi vozech v této podobě: Afmpz/2 – Ampz – ARbmpz – Bmpz/1 – Bmpz/1 – Bmpz/1 – Bmpz/1 – Bmpz/3, a 7 souprav o sedmi vozech v této podobě: Ampz – ARbmpz – Bmpz/1 – Bmpz/1 – Bmpz/1 – Bmpz/1 – Bmpz/3.

Stěžovatel tvrdí, že předmět smlouvy, který podle něj představuje dodávka souprav, je nutné dovozovat z dodacích, platebních a sankčních podmínek nebo, jak uvádí v kasační stížnosti, z obsahu dokumentace o veřejné zakázce či z oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante, kterými stěžovatel oznamoval svůj záměr uzavřít původní smlouvu a

v rámci rekonfigurace také dodatek k ní. Pokud jde o dodací, platební a sankční podmínky, Nejvyšší správní soud se rovněž ztotožňuje s názorem krajského soudu, že tyto nelze považovat za rozhodující indikátor věcného charakteru plnění. Z pouhého pojmenování předmětu plnění a smluvních podmínek k němu se vztahujících nelze bez dalšího vyvodit závěr o tom, co bylo předmětem veřejné zakázky a především ani to, jak se tento předmět dále na základě veřejné zakázky na rekonfiguraci změnil. Pro posouzení předmětu plnění je naopak rozhodující jeho materiální obsah, kterému je zapotřebí dát přednost oproti formálnímu pojmenování či úpravě smluvních podmínek. Rozhodujícím pro vymezení předmětu veřejné zakázky proto nemůže být ani jeho popis v části oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante požadující navíc pouze stručný popis veřejné zakázky, ani podobně stručné vymezení předmětu veřejné zakázky ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, která navíc odkazuje na podrobnosti k předmětu zakázky obsažené v zadávací dokumentaci. Ze zadávací dokumentace přitom ani z formálního hlediska není zřejmé, že by za předmět plnění měly být považovány dodávky souprav. V jejím úvodním ustanovení je sice předmět veřejné zakázky vymezen jako „*dodatečné dodávky jako částečná náhrada, resp. rozšíření rozsahu původní dodávky,* [...] *jejímž předmětem je dodávka netrakčních komfortních jednotek pro dálkovou osobní dopravu*“, nicméně rovněž je v něm odkazováno ohledně dalších podrobností o předmětu do části třetí zadávací dokumentace. V ní je uvedeno, že dodatečná dodávka spočívá „*v úpravě 16 kusů SVC (tj. celkem 112 vozů)*“, v tomto rozsahu: Úprava 15 kusů řídících vozů Afmpz, náhrada 7 kusů vozů Ampz (1. třída) dodáním 7 kusů vozů Bmpz/1 (druhá třída), vybavení 15 kusů třídy Bmpz/2 víceúčelovým oddílem, náhrada 1 kusu řídícího vozu třídy Afmpz, 1 kusu bistrovozu třídy ARbmpz, 1 kusu vozu 1. třídy Ampz a 1 kusu vozu třídy Bmpz/2 dodáním celkem 5 kusů vozů 2. třídy Bmpz/1. Ani zadávací dokumentace tedy jednoznačně nestanoví, že by měl účastník řízení požadovat striktně 15 jiných souprav místo původních 16 bez dalšího, ale zabývá se podrobně tím, které konkrétní vozy již nebudou po rekonfiguraci předmětem plnění a naopak, které konkrétní vozy předmětem plnění budou.

Účastník řízení poukazoval na to, že předmět plnění lze dovodit také z použitého CPV kódu č. 34622200-5, který veřejným zakázkám přiřadil v rámci dobrovolného oznámení o průhlednosti ex ante a který označuje „osobní železniční vozy“. Použití CPV kódů má za cíl zpřehlednit, zpřístupnit a více usnadnit uživatelům orientaci ve věstníku veřejných zakázek, kde je k němu uvedeno: „*Povinně se uvádí desetimístný kód ze Společného slovníku pro veřejné zakázky (CPV – Common Pro-curement Vocabulary), který nejlépe popisuje hlavní předmět veřejné zakázky*“. K významu CPV kódů se již Nejvyšší správní soud vyjádřil např. v rozsudku ze dne 31. 8. 2009, č. j. 8 Afs 74/2007 - 140, tak, že cílem nařízení, kterým byly CPV kódy zavedeny, bylo stanovit společný slovník pro veřejné zakázky – jednotný klasifikační systém pro veřejné zakázky za účelem sjednocení údajů užívaných zadavateli k popisu předmětu smluv. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu dne 26. 9. 2013, č. j. 7 Afs 98/2012 - 171, pak vyplývá, že „[v]*zhledem k tomu, že předmět každé veřejné zakázky je do jisté míry specifický, lze souhlasit se závěrem krajského soudu, že pro vymezení předmětu veřejné zakázky představuje jednotná klasifikace pouze pomocný a podpůrný nástroj. Jedná se však zároveň o nástroj, jehož využití je povinné a který plní zásadní roli, protože podporuje transparentnost zadávání veřejných zakázek. Jednotná klasifikace umožňuje vytvořit informační systém pro zadávání veřejných zakázek a snížit riziko chyby při překladu oznámení. V důsledku toho usnadňuje vyhledávání podnikatelských příležitostí a zjednodušuje vypracování statistik o veřejných zakázkách. Úřad ostatně v napadeném*

rozhodnutí uvedl, že u zahraničních dodavatelů je jediným srozumitelným a rozlišujícím vodítkem v databázi veřejných zakázek právě tento CPV kód. Proto je nutné dbát na označení veřejné zakázky CPV kódem natolik výstižným způsobem, jak je to jen možné, tj. popsáním výstižných znaků zakázky. Rovněž podle Soudního dvora Evropské unie je účelem pravidel pro uveřejňování veřejných zakázek informovat všechny potenciální uchazeče ze všech členských států o podstatných prvcích zakázky (viz např. rozsudek Soudního dvora ze dne 26. září 2000 ke směrnici Rady 93/37/EHS. Komise Evropských společenství proti Francouzské republice, věc C-225/98. Sbírka soudních rozhodnutí 2000 I-07445. Bod 35). Tomu napomáhá velký rozsah i stromová struktura CPV klasifikace". Stejně jako v případě výše uvedném, také nyní představuje argumentace použitím CPV kódu pouze podpůrný prostředek pro určení předmětu plnění veřejné zakázky. Na tuto skutečnost příhodně odkázal také krajský soud a nerozporuje ji ani stěžovatel. Nejvyšší správní soud však má ve shodě s krajským soudem za to, že pokud účastník řízení označil v dobrovolném oznámení k předmětným veřejným zakázkám předmět plnění CPV kódem pro osobní železniční vozy, není důvod se domnívat, že předmět plnění tvořily jednotlivé soupravy. Nic na tom nemění ani skutečnost, že pro soupravy CPV kód neexistuje.

Co se pak týče stanovisek doc. Ing. J. K., CSc. a odboru kolejových vozidel a rozhodnutí drážního úřadu, které účastník řízení předložil na podporu svého tvrzení o předmětu plnění veřejných zakázek, Nejvyšší správní soud uvádí, že předmětné dokumenty sice nedokládají to, že by na předmět daných veřejných zakázek mělo být primárně nahlíženo jako na osobní železniční vozidla, ale zároveň to ani nevylučují. Krajskému soudu lze dát za pravdu v tom, že stanoviska doc. Ing. J. K., CSc. a odboru kolejových vozidel je možné považovat za kvalifikovaný pokus účastníka řízení unést důkazní břemeno pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, k čemuž byl povinen s ohledem na restriktivní výklad tohoto ustanovení vycházející z judikatury Soudního dvora a rozsudků Nejvyššího správního soudu (rozsudek Soudního dvora ze dne 14. 9. 2004 ve věci C-385/02, Komise proti Itálii, rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 11. 2012, č. j. 1 Afs 23/2012 - 102, ze dne 13. 11. 2014, č. j. 9 Afs 93/2013 - 32, a ze dne 31. 8. 2015, č. j. 8 As 149/2014 - 68). Obsah předmětných stanovisek má význam primárně ve vztahu k prokázání splnění třetí podmínky podle ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona o veřejných zakázkách.

Po zodpovězení dílčí otázky týkající se posouzení předmětu plnění veřejné zakázky původní a po rekonfiguraci s výsledkem, že jej nelze posuzovat z formálního hlediska jako pevně dané soupravy, nýbrž z hlediska jeho materiálního obsahu jako jednotlivé osobní železniční vozy, se Nejvyšší správní soud dále zabýval otázkou splnění třetí podmínky vyplývající z ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona o veřejných zakázkách.

Nejvyšší správní soud nezpochybňuje závěry vyplývající z rozsudku krajského soudu ze dne 1. 9. 2011, č. j. 62 Af 13/2012 - 169, na které poukázal stěžovatel a z nichž vycházel krajský soud také v této věci, že „[z]*a částečnou náhradu původní dodávky lze považovat takové plnění, které je po stránce věcné částečným substitutem plnění, jež bylo původně zadavatelem poptáváno. Musí se tedy jednat svým charakterem o plnění stejného určení; musí jít o plnění, které z pohledu zadavatele co do výsledku stejným způsobem uspokojuje jeho původní poptávku. Podstatou „náhrady" je, že se část původního plnění zamění za plnění vykazující odlišné specifikace, byť nadále směřuje k uspokojení původního zadavatelova*

požadavku, tedy v důsledku této „náhrady" se původní plnění nemůže stát plněním svým charakterem jiným, a to ani z některé jeho části". V tomto případě krajský soud při hodnocení, zda předmět plnění veřejné zakázky na rekonfiguraci je částečnou náhradou, vycházel z posouzení věcného, materiálního a nikoliv formálního.

V dané věci není sporu o tom, že na základě veřejné zakázky na rekonfiguraci mělo být dodáno místo původních 16 souprav pouze 15 souprav. Mimo tuto *prima facie* změnu došlo také k dalším změnám v jednotlivých soupravách. Nelze však vyslovit závěr o nesplnění podmínky částečné náhrady či rozšíření stávajícího rozsahu jen na základě těchto skutečností, bez opory ve zjištěném skutkovém stavu, protože by to neodpovídalo smyslu a účelu ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona o veřejných zakázkách. Celkový počet osobních železničních vozů tvořících soupravy se změnil z původních 112 na 113. Jak tvrdil účastník řízení ve správním řízení i v řízení před krajským soudem, a jak také vyplývá ze správního spisu, 71 vozů z původního předmětu plnění (tedy více než 2/3 plnění) nebylo rekonfigurací vůbec dotčeno a je součástí předmětu plnění veřejné zakázky na rekonfiguraci (8 vozů typu Ampz, 15 vozů typu ARbmpz a 48 vozů typu Bmpz/1). U dalších 30 vozů došlo k částečné změně v interiéru (15 vozů typu Bmpz/2 nově na Bmpz/3 a 15 vozů typu Afmpz nově na Afmpz/2), u 7 vozů byla sedadla 1. třídy vyměněna sedadly 2. třídy (vozy typu Ampz za Bmpz/1). Místo zbývajících 4 vozů původní zakázky mělo být nově dodáno 5 jiných, ale stále osobních železničních vozů. Na tento argument účastníka řízení stěžovatel ve správním řízení nereagoval. Nejvyšší správní soud se tedy ztotožnil s názorem krajského soudu, že se stěžovatel dostatečně nevypořádal s argumentací účastníka řízení, že došlo k náhradě pouze u menší části původního plnění. Stěžovatel rovněž neuvedl, proč by vozy tvořící předmět veřejné zakázky na rekonfiguraci měly plnit jiný účel. Odpovídajícím způsobem nereagoval ani na argumentaci týkající se pouze interiérové změny ve vztahu k celkovému charakteru předmětného plnění. Ačkoliv stěžovatel neakceptoval argumentaci účastníka řízení, opřenou mimo jiné o odborná stanoviska, i závěry krajského soudu, který se s nosnou argumentací účastníka řízení ztotožnil, sám relevantně neargumentoval. S ohledem na výše uvedené lze konstatovat, že krajský soud stěžovateli zcela oprávněně vytkl i absenci patřičné argumentace ve vztahu k odborným technickým otázkám, kterými změny vnitřního interiéru v porovnání se změnami v kontextu všech ostatních vlastností a technických parametrů osobních železničních vozů bezesporu jsou. Vzhledem k tomu, že na předmět plnění veřejné zakázky je nezbytné nazírat z hlediska věcného, neobstojí ani stěžovatelova argumentace ve vztahu k posouzení rozšíření stávajícího rozsahu dodávky. Jelikož závěry stěžovatele jsou nedostatečně podložené, Nejvyšší správní soud vyhodnotil i tuto stížní námitku jako nedůvodnou.

S ohledem na výše uvedené není kasační stížnost důvodná, a proto ji Nejvyšší správní soud podle ust. § 110 odst. 1 poslední věta s. ř. s. zamítl. O kasační stížnosti bylo rozhodnuto bez jednání postupem podle ust. § 109 odst. 2 s. ř. s., podle něhož rozhoduje Nejvyšší správní soud o kasační stížnosti zpravidla bez jednání, když neshledal důvody pro jeho nařízení.

Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o ust. § 60 odst. 1 věty 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. Účastník řízení mě ve věci úspěch, a proto má právo na náhradu nákladů, které sestávají z odměny advokáta za jeden úkon právní služby v částce 3.100 Kč (písemné podání ve věci samé) podle ust. § 11 odst. 1 písm. d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., ve znění pozdějších předpisů), náhrady hotových výdajů v částce 300 Kč podle ust. § 13 odst. 3 citované vyhlášky a částky 714 Kč jako 21 % daň z přidané hodnoty, kterou je advokát povinen odvést podle zákona č. 235/2004 Sb., ve znění pozdějších předpisů, tedy celkem 4.114 Kč. Nejvyšší správní soud nepřiznal náhradu za převzetí zastoupení, neboť advokát zastupoval účastníka řízení již v řízení o žalobě.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 26. února 2016

JUDr. Eliška Cihlářová
předsedkyně senátu