



UOHSX009BSL5

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0297/2016/VZ-07401/2017/321/OHo

Brno 1. března 2017

V řízení o rozkladu ze dne 2. 12. 2016, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, podaném navrhovatelem –

- společností **Skytoll CZ s.r.o.**, IČO 03344584, se sídlem Pobřežní 297/14, 186 00 Praha – Karlín,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0629/2016/VZ-46347/2016/522/PKř ze dne 18. 11. 2016, vydaném ve věci návrhu navrhovatele ze dne 21. 9. 2016 na uložení zákazu plnění smlouvy nadepsané jako „DODATEK č. 1-2016 ke Smlouvě o poskytování služeb souvisejících s provozem systému výkonového zpoplatnění vybraných pozemních komunikací v České republice – Zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016“ a smlouvy nadepsané jako „DODATEK č. 2-2016 ke Smlouvě o dodávce systému výkonového zpoplatnění pozemních komunikací – Zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016“, uzavřených dne 28. 8. 2016 pro plnění veřejné zakázky „**Zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016**“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 27. 8. 2016, když oznámení o zadání veřejné zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 9. 9. 2016 pod ev. č. 634209,

přičemž dalšími účastníky správního řízení jsou zadavatel –

- **Česká republika – Ministerstvo dopravy**, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha – Nové Město,

a vybraný uchazeč –

- společnosti:
 - **Kapsch TrafficCom Construction & Realization spol. s r.o.**, IČO 27371522, se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8,
 - **Kapsch BusinessCom s.r.o.**, IČO 24188409, se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8,
 - **Kapsch BusinessCom AG**, se sídlem Wienerbergstrasse 53, 1120 Vídeň, Rakousko,
 - **Kapsch CarrierCom AG**, se sídlem Lehrbachgasse 11, 1120 Vídeň, Rakousko,
 - **Kapsch TrafficCom AG**, se sídlem Am Europlatz 2, 1120 Vídeň, Rakousko a
 - **Kapsch Telematic Services spol. s r.o.**, IČO 27371531, se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8,

jejichž společným zmocněncem ve smyslu § 35 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, je společnost Kapsch Telematic Services spol. s r.o., IČO 27371531, se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 6. 10. 2016 společností Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1 – Nové Město,

jsem podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle ustanovení § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0629/2016/VZ-46347/2016/522/PKř ze dne 18. 11. 2016

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha – Nové Město (dále jen „**zadavatel**“), zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, odesláním výzvy jednomu zájemci k jednání ze dne 27. 8. 2016² (dále jen „**výzva**“) jednací řízení bez uveřejnění (dále rovněž „**JŘBU**“) za účelem zadání veřejné zakázky „Zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016“, přičemž oznámení o zadání této veřejné zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 9. 9. 2016 pod ev. č. 634209 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dne 28. 8. 2016 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem – se společnostmi Kapsch TrafficCom Construction & Realization spol. s r.o., IČO 27371522, se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8, Kapsch BusinessCom s.r.o., IČO 24188409, se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8, Kapsch BusinessCom AG, se sídlem Wienerbergstrasse 53, 1120 Vídeň, Rakousko, Kapsch CarrierCom AG, se sídlem Lehrbachgasse 11, 1120 Vídeň, Rakousko, Kapsch TrafficCom AG, se sídlem Am Europlatz 2, 1120 Vídeň, Rakousko a Kapsch Telematic Services spol. s r.o., IČO 27371531 se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8 (dále rovněž „**vybraný uchazeč**“ nebo „**konsorcium Kapsch**“) smlouvu nadepsanou „DODATEK č. 1-2016 ke Smlouvě o poskytování služeb souvisejících s provozem systému výkonového zpoplatnění vybraných pozemních komunikací v České republice – Zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016“ (dále jen „**Dodatek č. 1**“) a smlouvu nadepsanou „DODATEK č. 2-2016 ke Smlouvě o dodávce systému výkonového zpoplatnění pozemních komunikací – Zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016“ (dále jen „**Dodatek č. 2**“ nebo souhrnně „**Smlouvy**“).
3. V č. II. „Předmět veřejné zakázky“ zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že předmětem veřejné zakázky je uzavření:

„a) Dodatku ke Smlouvě o službách a současně

b) Dodatku ke Smlouvě o dodávce.

Dodatkem ke Smlouvě o službách a Dodatkem ke Smlouvě o dodávce bude sjednáno poskytování následujících služeb a dodávek spojených s provozem systému elektronického mýtného pro období od nabytí účinnosti obou dodatků, resp. od 1. ledna 2017, na nezbytně nutnou dobu, nejpozději však do 31. prosince 2019:

1. Služby zajištění provozu, údržby, oprav a obnovy Systému výkonového zpoplatnění;

2. Dodávky a služby zavedení, provozu, údržby, oprav a obnovy komponent pro evropskou službu elektronického mýtného;

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

² Informace z písemné zprávy zadavatele ze dne 7. 9. 2016; samotná výzva není datována

3. Dodávky komponent nezbytných pro provoz Systému výkonového zpoplatnění;

4. Služby spojené s ukončením provozu Systému výkonového zpoplatnění a/nebo s přechodem služeb souvisejících s provozem Systému výkonového zpoplatnění na třetí osobu.“

4. Vzhledem k tomu, že navrhovatel – společnost Skytoll CZ s.r.o., IČO 03344584, se sídlem Pobřežní 297/14, 186 00 Praha – Karlín (dále jen „**navrhovatel**“) – nepovažoval postup zadavatele v souvislosti s uzavřením předmětných smluv za zákonný, podal dne 23. 9. 2016 návrh na uložení zákazu plnění smluv uzavřených dne 28. 8. 2016 mezi zadavatelem a vybraným uchazečem u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgánu dohledu nad dodržováním zákona.

II. Napadené rozhodnutí

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 18. 11. 2016 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0629/2016/VZ-46347/2016/522/PKř (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl tak, že se zamítá návrh navrhovatele na zákaz plnění Smluv na veřejnou zakázku, neboť Úřad ve smyslu ustanovení § 118 odst. 3 citovaného zákona shledal, že existují důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadující pokračování plnění Smluv. Úřad tedy návrh navrhovatele zamítl i přesto, že byly v šetřeném případě zjištěny důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 písm. a) citovaného zákona, když se zadavatel v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, když uzavřel Smlouvy v JŘBU, aniž by byly splněny podmínky pro využití tohoto druhu zadávacího řízení a zadavatel neuveřejnil oznámení o zahájení zadávacího řízení, ačkoliv k tomu byl povinen.
6. V napadeném rozhodnutí Úřad úvodem rekapituloval závěry rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0600/2016/VZ-43077/2016/522/PKř ze dne 25. 10. 2016, v jehož rámci konstatoval spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona zadavatelem, přičemž toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 10. 11. 2016 (dále jen „**rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-S0600/2016/VZ**“).
7. Vzhledem k pravomocnému konstatování o spáchání správního deliktu v rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-S0600/2016/VZ byla dle Úřadu naplněna první podmínka pro uložení zákazu plnění smlouvy dle § 118 odst. 2 zákona. Dále nebylo shledáno naplnění kumulativních podmínek aktivace výjimky v případě, kdy „*zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 a postupoval v souladu s § 82 odst. 1, § 110 odst. 6 a § 111 odst. 5*“, prostřednictvím které uvedené ustanovení vylučuje uložení zákazu plnění smlouvy, avšak v daném případě zadavatel ani neuveřejnil oznámení o záměru uzavřít smlouvu. Dle Úřadu tedy byly splněny podmínky pro uložení zákazu plnění Smluv na veřejnou zakázku dle § 118 odst. 2 písm. a) zákona.
8. Dále se Úřad zabýval možnou existencí důvodů hodných zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem ve smyslu § 118 odst. 3 zákona. Úřad na základě tvrzení a důkazů předložených zadavatelem dospěl k závěru, že existuje dostatečně intenzivní veřejný zájem na pokračování plnění Smluv, spočívající v ochraně životního prostředí, spojený s ochranou veřejného zdraví. Úřad tento veřejný zájem považil s protichůdným veřejným zájmem

na zadávání veřejných zakázek podle zákona a konstatoval, že prvý uvedený dosahuje vyšší intenzity a i sám o sobě odůvodňuje zamítnutí návrhu na uložení zákazu plnění Smluv.

9. Úřad zdůraznil, že pro přechodná ustanovení zákona č. 134/2016 Sb., zákona o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“), je nutné věc posuzovat podle zákona účinného v době zahájení zadávacího řízení a princip aplikace příznivější právní úpravy pro pachatele lze aplikovat toliko v řízení deliktním, nikoli návrhovém. Úřad dále uvedl, že není oprávněn uložit zákaz plnění smlouvy za současného odkladu vykonatelnosti rozhodnutí, jelikož při aplikaci § 118 odst. 3 zákona je při shledání existence důvodů hodných zvláštního zřetele nutno zcela upustit od uložení zákazu plnění smlouvy. Aplikaci § 74 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), dle Úřadu vylučuje skutečnost, že zákon neobsahuje žádné zmocnění, na jehož základě by Úřad mohl ve výroku pozdější datum vykonatelnosti stanovit.

III. Námitky rozkladu navrhovatele

10. Dne 2. 12. 2016 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 18. 11. 2016. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
11. Navrhovatel nesouhlasí s názorem Úřadu, že tento není oprávněn uložit zákaz plnění smlouvy s odkladem vykonatelnosti rozhodnutí. Samotná skutečnost, že zákaz plnění smlouvy nelze odložit přitom dle navrhovatele byla důvodem, proč Úřad vyhodnotil, že je dána existence důvodů zvláštního zřetele, které vyžadují pokračování smlouvy. Úřad dle navrhovatele posuzoval jednotlivé důvody jen prizmatem vykonatelnosti uloženého zákazu okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí, přičemž se měl zabývat možností plynulého přechodu plnění předmětných smluv na dodavatele vzešlého ze standardního zadávacího řízení, což by umožnil právě odklad vykonatelnosti zákazu plnění smlouvy. Úřad tak přiznal jednotlivým důvodům zvláštního zřetele takovou povahu, kterou reálně nemají, čímž dospěl k vadnému závěru.
12. Navrhovatel v tomto postupu spatřuje rozpor se zásadami vyjádřenými ve správním řádu jednak v rozsahu pohledu, kterým Úřad danou věc posuzoval a dále v tom, že se přijatý postup vymyká z konstantní rozhodovací praxe Úřadu. K těmto argumentům navrhovatel odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu ve věci sp. zn. ÚOHS-R35,37/2013/VZ a sp. zn. ÚOHS-R253,257,258,264/2013/VZ, přičemž z druhého jmenovaného případu navrhovatel dovozuje, že v případě posuzování existence důvodů hodných zvláštního zřetele je odložení vykonatelnosti zákazu plnění smlouvy přípustnou možností. Navrhovatel poukazuje i na případ sp. zn. ÚOHS-S448/2010/VZ, v němž byla vykonatelnost zákazu plnění smlouvy odložena. Skutečnost, že rozhodnutí předsedy Úřadu v této věci bylo zrušeno Krajským soudem v Brně, by neměla hrát roli, jelikož se k zákonnosti odložení vykonatelnosti soud nevyjadřoval jako k důvodu zrušení rozhodnutí. Závěry v napadeném rozhodnutí co do možnosti odložení vykonatelnosti zákazu plnění smlouvy tak dle navrhovatele popírají dlouhodobou rozhodovací praxi Úřadu. O subsidiárním použití § 74 odst. 1 správního řádu dle navrhovatele svědčí, že Úřad tohoto ustanovení využívá v souvislosti s ukládáním povinnosti zadavatelům uhradit náklady řízení.

13. Navrhovatel namítá, že Úřad řádně neodůvodnil nemožnost aplikace správního řádu a argumentaci Úřadu považuje za zmatečnou a za logický nonsens. Odmítnutí alternativního petitu návrhu tak je dle navrhovatele nepřezkoumatelné.
14. Dle navrhovatele neobstojí ani argumentace prostřednictvím ZZVZ, který již odklad vykonatelnosti výslovně obsahuje. Navrhovatel považuje výslovnou úpravu v ZZVZ za nadbytečnou, neboť pouze zdvojuje obsah obecné právní normy. Jelikož tedy odložit vykonatelnost možné bylo, tak veškeré důvody Úřadu pro neuložení zákazu plnění smlouvy považuje navrhovatel za účelové a nesprávné. Navrhovatel je přesvědčen, že žádná z okolností, která představuje důvody hodné zvláštního zřetele v napadeném rozhodnutí *de facto* i *de iure* neexistuje, pokud Úřad vykonatelnost odloží, jelikož nedojde k ukončení plnění smluv bez náhrady, což by skutečně vznik uvedených okolností zapříčinilo. S ohledem na výše uvedené navrhovatel konstatuje, že je napadené rozhodnutí nezákonné.
15. Navrhovatel nesouhlasí se závěrem Úřadu o nemožnosti aplikovat § 264 odst. 3 ZZVZ, což Úřad odůvodnil použitelností zásady použití příznivější právní úpravy jen v rámci řízení ve věci spáchání správního deliktu, k čemuž navrhovatel odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R328/2012/VZ a sp. zn. ÚOHS-R11/2014/VZ. Dle navrhovatele tak byl Úřad povinen zohlednit příznivější právní úpravu v ZZVZ.
16. Závěrem navrhovatel poukazuje na veřejný zájem na předčasném ukončení platnosti Smluv, jelikož z jejich obsahu plyne, že i po uplynutí doby jejich platnosti a účinnosti bude zadavatel v obdobné situaci jako před uzavřením Smluv a bude tedy nucen zadat další provoz stávajícího systému společnosti Kapsch, což navrhovatel dovozuje z absence závazku předání zdrojového kódu k celému řešení Evropské služby elektronického mýta (dále jen „EETS“) a neposkytnutí součinnosti pro předání EETS. Úřad tak měl při poměrování veřejných zájmů zohlednit budoucí pozici zadavatele, který nebude schopen přistoupit k zadání standardního otevřeného zadávacího řízení. Nastalé situaci lze dle navrhovatele zabránit tím, že bude uložen zákaz plnění smlouvy, čímž se stanou Smlouvy neplatnými.
17. Součástí rozkladu navrhovatele byl i podnět k přezkumu rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-S0600/2016/VZ, jenž je řešen samostatně pod sp. zn. ÚOHS-V0006/2017/PZ.

Závěr rozkladu navrhovatele

18. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v plném rozsahu zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

19. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí dle ust. § 87 správního řádu a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 téhož zákona věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.
20. Dne 12. 12. 2016 Úřad obdržel vyjádření vybraného uchazeče ze dne 9. 12. 2016 k rozkladu navrhovatele. Vybraný uchazeč má za to, že Úřad provedl podrobnou analýzu veškerých následků, které by mělo ukončení platnosti Smluv. Dle vybraného uchazeče není případná poukazovaná rozhodovací praxe a podotýká, že byly Smlouvy uzavřeny na dobu nezbytně nutnou a že v jejich preambuli je uvedeno, že se jedná o dočasné zajištění výběru výkonového poplatku. Vybraný uchazeč nesouhlasí s tím, že by byl na základě Smluv

zadavatel nucen další plnění Smluv zadat opět vybranému uchazeči, když upravují povinnost vybraného uchazeče poskytnout související dokumentaci a zdrojové kódy třetím subjektům. Vybraný uchazeč žádá napadené rozhodnutí potvrdit a rozklad zamítnout.

21. Dne 12. 12. 2016 Úřad obdržel vyjádření zadavatele z téhož dne k rozkladu navrhovatele. Zadavatel odmítá argumenty navrhovatele a uvádí, že byly Smlouvy uzavřeny na minimální nezbytnou dobu a dřívější ukončení jejich platnosti by zadavatele postavilo do neřešitelné situace. Zadavatel uvádí, že je příprava převzetí mýtného systému i samotné převzetí značně technicky náročné a nelze je vyřešit „lusknutím prstu“. Časovou dotaci nejvýše tří let považuje zadavatel za skoupou a odkazuje na harmonogram uvedený ve svých předchozích podáních. Případnou aplikaci ZZVZ zadavatel nepovažuje za příznivější, neboť v maximální možné lhůtě 12 měsíců zadávací řízení nedokončí ani nedovede mýtný systém uvést do provozu. K namítaným ustanovením Smluv zadavatel uvádí, že bude docházet k rozsáhlé implementaci modulu EETS, který vylučuje v období 1 roku předávání systému. Zadavatel poukazuje na synchronizaci veškerých činností a na preambuli Smluv, která stanoví výkladová pravidla pro ujednání o předatelnosti systému. Zadavatel navrhuje rozklad navrhovatele jako nedůvodný zamítnout a napadené rozhodnutí potvrdit.

Stanovisko předsedy Úřadu

22. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
23. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0629/2016/VZ-46347/2016/522/PKř ze dne 18. 11. 2016, rozhodl tak, jak bylo v napadeném rozhodnutí uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu zadavatele

24. Dle § 118 odst. 2 zákona Úřad svým rozhodnutím na základě návrhu podle § 114 odst. 2 uloží zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, pokud se zadavatel
- a) dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c), s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 a postupoval v souladu s § 82 odst. 1, § 110 odst. 6 a § 111 odst. 5,
 - b) dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) a současně správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. d), nebo
 - c) dopustí správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) a současně postupuje podle § 82 odst. 3.
25. Dle § 118 odst. 3 zákona Úřad neuloží zákaz plnění smlouvy podle odstavce 2, pokud shledá, že důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadují pokračování plnění smlouvy. Ekonomický zájem na plnění smlouvy může být považován za takový důvod pouze

za výjimečných okolností, kdy by přerušení plnění smlouvy vedlo k nepřiměřeným důsledkům. Ekonomické zájmy přímo spojené s dotčenou zakázkou, zejména náklady vyplývající z prodlení při plnění zakázky, náklady spojené se zahájením nového zadávacího řízení, náklady spojené se změnou subjektu plnění zakázky a náklady spojené s právními povinnostmi vyplývajícími ze zákazu plnění smlouvy, nepředstavují důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování plnění smlouvy.

26. Pro určení rozsahu řízení o rozkladu je třeba vycházet z § 89 odst. 2 správního řádu, dle nějž přezkoumává odvolací správní orgán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, přičemž správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání (rozkladu), jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem. K vadám řízení, o nichž nelze mít důvodně za to, že mohly mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě na jeho správnost, se nepřihlíží.
27. Podstatou správního řízení bylo vyhodnocení důvodnosti návrhu na zákaz plnění Smluv. Jedná se o výjimečnou formu nápravného opatření, jež je již z povahy věci ukládáno až po samotném uzavření smlouvy, tedy v okamžiku, kdy již nelze dosáhnout nápravy postupu zadavatele jiným způsobem. Nápravné opatření v podobě zákazu plnění smlouvy je přitom vyloučeno uložit jen na základě řízení *ex officio*, ale je třeba kvalifikovaně podaného návrhu dotčenou osobou. Tomu bylo učiněno za dost a v předmětném řízení se navrhovatel domáhal uložení zákazu plnění smluv podle § 118 odst. 2 písm. a) a b) zákona, přičemž z ustanovení § 118 odst. 2 písm. a) zákona vyplývá, že základním předpokladem pro uložení zákazu plnění smlouvy ve smyslu tohoto ustanovení je skutečnost, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona. Otázka spáchání uvedeného správního deliktu byla předmětem řízení, v němž Úřad vydal pravomocné rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-S0600/2016/VZ³, ve kterém konstatoval, že se zadavatel spáchání tohoto deliktu skutečně dopustil. Tím byl naplněn uvedený základní předpoklad pro uložení zákazu plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona. Dále bylo ještě třeba ověřit, zda byly kumulativně splněny podmínky druhotné hypotézy stanovující výjimku ve výše uvedeném ustanovení zákona. Vzhledem k tomu, že zadavatel ani neuveřejnil oznámení o záměru uzavřít smlouvu, podmínky pro uplatnění této výjimky splněny nebyly. Základní právní rámec pro uložení zákazu plnění smlouvy tedy byl naplněn a Úřad musel již jen vyhodnotit, zda neexistují důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, které by si vyžadovaly pokračování plnění smlouvy, ve smyslu § 118 odst. 3 zákona. Podstatnou část odůvodnění napadeného rozhodnutí tak zabírá právě identifikace jednotlivých zadavatelem tvrzených veřejných zájmů a posouzení jejich prokázání ze strany zadavatele. Následně Úřad zjištěný závažný veřejný zájem, spočívající v ochraně veřejného zdraví a životního prostředí, poměřoval s veřejnými zájmy protichůdnými, jako třeba s veřejným zájmem na vynakládání veřejných prostředků postupem souladným se zákonem.
28. Úvodem konstatuji, že navrhovatel rozkladem napadá především posouzení Úřadu ve vztahu k možnosti uložení zákazu plnění smlouvy s odloženou vykonatelností. Zásadním způsobem

³ Sdělením č. j. ÚOHS-V0006/2017/PZ-03576/2017/321/OHo ze dne 27. 2. 2017 byl navrhovatel informován, že nebyly shledány důvody pro zahájení přezkumného řízení o pravomocném rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0600/2016/VZ-43077/2016/522/PKř ze dne 25. 10. 2016 na základě jeho podnětu, jenž byl součástí rozkladu.

nerozporuje závěry ohledně existence veřejného zájmu na plnění smlouvy ani jeho porovnání s veřejnými zájmy, které si vyžadují okamžitý zákaz plnění smlouvy.

29. Vzhledem k výše uvedenému a k citovanému § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy nejprve z úřední povinnosti přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí a i příslušného správního řízení z pohledu jeho zákonnosti. Neshledal jsem přitom, že by Úřad vybočil z mantinelů správního uvážení a vedení správního řízení jak ve vztahu k jeho účastníkům, tak v procesu opatřování podkladů rozhodnutí bylo provedeno v souladu se zákonem. Konstatuji tedy, že nebyla narušena procesní práva účastníků řízení a Úřad rozhodoval v mezích své zákonné pravomoci.
30. Z námitek rozkladu tedy nevyplývá, že by byla rozporována samotná existence závažného veřejného zájmu v případě ukončení výběru mýta. Dle navrhovatele však měla být tato existence posuzována až v návaznosti na možnost správního orgánu odložit vykonatelnost rozhodnutí podle § 74 odst. 1 správního řádu, přičemž Úřad v napadeném rozhodnutí s odkazem na zásadu zákonnosti toto oprávnění odmítl. Je tedy nutno nejprve posoudit, zda je správný právní názor Úřadu ohledně nemožnosti uložit zákaz plnění smlouvy s odloženou vykonatelností, jakožto výchozího pohledu na právní rámec řízení o důvodnosti návrhu na zákaz plnění smlouvy.
31. Při zkoumání uvedené výchozí otázky, zda správní řád představuje obecný procesní předpis aplikovatelný i při řízení o možném uložení zákazu plnění smlouvy, je třeba vyjít ze skutečnosti, že jeho subsidiarita ve vztahu k zákonu vyplývá již z § 1 odst. 2. Komentářová literatura k tomuto uvádí, že: *„Ustanovení § 1 odst. 2 zakotvuje subsidiární použití správního řádu, tedy pravidlo, že se správní řád použije vždy, pokud zvláštní zákon nestanoví jiný postup. Slova „jiný postup“ je zde třeba zdůraznit, protože nestačí, aby jiný zákon pouze stanovil „jinak“. Správní řád má charakter obecného právního předpisu o správním řízení a zvláštní zákony charakter předpisů speciálních a jako takové mají před správním řádem aplikační přednost. S ohledem na ustanovení § 1 odst. 2 i ústavní zásadu zákonnosti je třeba zdůraznit, že ve vztahu ke správnímu řádu musí zvláštní zákony stanovit „jiný postup“. Není tedy možné například vyloučit správní řád bez náhrady, a tedy nestanovit, jaká procesní pravidla se mají na místo správního řádu použít, protože by se nepostupovalo na základě a v mezích zákona. (...) Asi netřeba dodávat, že toto členění, nakolik se správní řád uplatní, resp. měl by se uplatnit, se nemusí krýt s tím, jakým způsobem je vztah ke správnímu řádu vyjádřen ve zvláštních zákonech. Ustanovení zvláštních zákonů o podpůrném použití správního řádu mají dnes v podstatě jen informativní povahu, protože se správní řád subsidiárně použije podle svého § 1 odst. 2.“* (JEMELKA, Luboš, PONDĚLÍČKOVÁ, Klára, BOHADLO, David. § 1 [Rozsah působnosti]. In: JEMELKA, Luboš, PONDĚLÍČKOVÁ, Klára, BOHADLO, David. Správní řád. 5. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2016, s. 2. ISBN 978-80-7400-607-4.). Ostatně i Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 3 Ads 79/2011-62 ze dne 21. 9. 2011 obecně traktoval následující: *„V této souvislosti je zároveň nezbytné připomenout, že mezi obecnou úpravou správního řízení (správním řádem) a mezi zvláštními, speciálními právními předpisy je vztah subsidiarity, v jehož důsledku se obecný předpis (správní řád) použije jen tehdy, pokud není ve zvláštním předpise stanoveno jinak (§ 1 odst. 2 správního řádu). Správní řád se tak podpůrně (subsidiárně) použije mimo jiné také v případě, že zvláštní právní předpis na správní řád výslovně neodkazuje. Je-li přitom ve zvláštním předpise obsažena příslušná právní úprava, avšak některý procesní institut v něm není*

náležitě upraven, použije se správní řád podpůrně (subsidiárně) v rozsahu neupraveného institutu.“ K tomu lze dodat, že Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 52/2010 – 89 ze dne 10. 11. 2011, sice v jiné procesní otázce, ale přesto ve vztahu k obecné použitelnosti správního řádu relevantním způsobem pro postup Úřadu podle zákona uvedl následující: „Žádné z ustanovení ZVZ odpověď přímo neposkytuje, a tedy ZVZ takový postup přímo nevyklučuje, nadto není takový postup podle zdejšího soudu vyloučen ani aplikací žádného z ustanovení správního řádu, subsidiárně aplikovatelného (ZVZ neobsahuje pravidlo, podle něhož by se správní řád na řízení o přezkum úkonů zadavatele podle § 112 a násl. ZVZ neaplikoval), ani aplikací obecných zásad, jimiž by správní řízení před žalovaným mělo být ovládáno.“

32. Úřad je správním orgánem ve smyslu § 1 odst. 1 správního řádu, který stanoví, že správní řád *„upravuje postup orgánů moci výkonné, orgánů územních samosprávných celků a jiných orgánů, právnických a fyzických osob, pokud vykonávají působnost v oblasti veřejné správy (dále jen "správní orgán")“* a zákon v úpravě postupu Úřadu v Hlavě druhé představuje *lex specialis* k obecné úpravě správního řízení dle správního řádu. Zákon přitom v § 118 odst. 2 neuvádí, že by bylo nemožné vykonatelnost odložit, ani (obdobně jako třeba ZZVZ) nestanovuje omezení pro takový případný odklad. Ve smyslu § 1 odst. 2 správního řádu, je subsidiární použitelnost správního řádu dána vždy, když *„nestanoví-li zvláštní zákon jiný postup“*, přičemž zákon v § 118 odst. 2 nestanoví „jiný postup“, který by aplikaci správního řádu v otázce odkladu vykonatelnosti vylučoval (jako je tomu již v § 264 odst. 3 ZZVZ). Považuji tudíž za nesporné, že se obecně správní řád subsidiárně použije i v případě postupu Úřadu podle zákona. K otázce správnosti výchozího právního názoru Úřadu ohledně nemožnosti uložení zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku s odkladem jeho vykonatelnosti je tedy třeba dát zapravdu navrhovateli.
33. Obecně tedy lze konstatovat, že i v řízení o návrhu na zákaz plnění smlouvy podle zákona (tedy v řízení, na něž ještě není aplikovatelný ZZVZ) by v případě jeho uložení bylo možno přistoupit k odkladu vykonatelnosti takového rozhodnutí. Tím není porušena zásada zákonnosti postupu orgánů veřejné moci, neboť správní řád takové zákonné zmocnění obsahuje a je subsidiárně použitelný. V této části je tedy odůvodnění Úřadu nesprávné a navrhovatelem odkazovaná rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R35,37/2013/VZ a sp. zn. ÚOHS-R253,257,258,264/2013/VZ obsahují v této otázce validní odůvodnění. V napadeném rozhodnutí se však jedná jen o dílčí právní závěr, který nemá vliv na soulad napadeného rozhodnutí se zákonem, jako celku. Výše uvedený závěr totiž neznamena, že je možné k odkladu vykonatelnosti přistupovat bez reflexe specifik konkrétního případu. Jak bylo uvedeno výše, v daném případě se v otázce odkladu vykonatelnosti zcela aplikuje úprava správního řádu, který v § 74 nestanoví žádná hlediska omezující správní uvážení o rozsahu odkladu vykonatelnosti. Správní řád tedy neuvádí žádná kritéria, kterými by se správní orgány při rozhodování o odkladu vykonatelnosti rozhodnutí zabývat musely, či naopak nesměly. Nabízí se tedy, že kritérii pro rozsah správní uvážení při zvažování možnosti jsou základní zásady činnosti správních orgánů podle § 2 – 8 správního řádu. Dále tedy musí následovat posouzení, zda specifika a okolnosti případu odůvodňovala postup, kdy nebylo využito pravomoci odložit vykonatelnosti zákazu plnění smlouvy.
34. V napadeném rozhodnutí Úřad dovodil, že existuje dostatečně intenzivní veřejný zájem spočívající v ochraně veřejného zdraví v situaci, kdy by došlo k ukončení plnění předmětu

Smluv bez náhrady. Lze s navrhovatelem souhlasit, že se Úřad zaměřoval na situaci, kdy by k zákazu plnění Smluv došlo k 1. 1. 2017. Úřad se tedy nezabýval intenzitou uvedeného veřejného zájmu v návaznosti na jiný termín vykonatelnosti případného zakazu, avšak jsem toho názoru, že jedním z klíčových důvodů, proč ani nebylo možno uvažovat o odložení vykonatelnosti zvažovaného nápravného opatření je problematika stanovení termínu pro odklad vykonatelnosti výroku o zákazu plnění smlouvy. Dále ani navrhovatel nijak nevykládá, že k ohrožení Úřadem uváděného veřejného zájmu by došlo vždy, kdy by byl zákaz plnění Smluv uložen bez již zajištěného kontinuálního pokračování v plnění výběru mýta. Navrhovatel v petitu návrhu navrhol, aby Úřad „uložil zákaz plnění smlouvy a účinnost, resp. vykonatelnost tohoto zakazu odložil v minimální délce tak, aby mohlo být realizováno vhodné zadávací řízení. S přihlédnutím k vlastní schopnosti nahradit řešení Kapsch do 3 měsíců považuje Navrhovatel za maximální délku takového odkladu vykonatelnosti lhůtu 6 měsíců.“ Závěr petitu navrhovatel ve vyjádření k podkladům správního řízení upravil na dobu „6 až 12 měsíců.“ Jak jsem však výše uvedl, délka odkladu vykonatelnosti rozhodnutí náleží do správního uvážení Úřadu, tudíž i přesto, že Úřad jistě nebyl vázán takto navrhovatelem předkládanou délkou případného odkladu vykonatelnosti rozhodnutí, musela být při úvaze o možnosti takového postupu pečlivě posouzena veškerá specifika případu.

35. V daném případě se jedná o zakázku celorepublikového rozměru a jak je patrné z odůvodnění napadeného rozhodnutí ohledně dopadů výpadku výběru mýta, které navrhovatel nijak nerozporuje, dá se říci, že i vzhledem ke strategické poloze České republiky spíše významu evropského. Dále i vzhledem k tomu, že ani sám navrhovatel nemá jasno, zda vůbec existuje možnost vypsání nového zadávacího řízení, jehož vítězem bude moci být i jiný dodavatel než konsorcium Kapsch, když sám v rozkladu uvádí, že zadavatel „*nebude reálně schopen předmět plnění předat a použít pro účely zahájení transparentního zadávacího řízení*“, lze konstatovat, že samotné vypsání takového řízení představuje pro zadavatele značně obtížný a závažný proces. V souvislosti s rozměrem a významem budoucí zakázky přitom narůstají i zákonné požadavky jak na specifikaci předmětu, tak i na lhůty, jejichž dodržení zadavatel bude v takovém zadávacím vyžadovat a kterých bude k provedení jednotlivých úkonů třeba.
36. Je totiž zcela irelevantní, že je navrhovatel přesvědčen o své schopnosti nahradit stávající řešení ve lhůtě 3 měsíců, jak ostatně uvedl i Úřad v bodu 221. napadeného rozhodnutí. Zadavatel není oprávněn zadat veřejnou zakázku určitému dodavateli jen na základě jeho tvrzení, stejně jako nemůže presumovat, že je tato doba platná pro všechny potenciální dodavatele a všechny způsoby řešení veřejné zakázky. Navrhovatel se přitom sám dovolává otevřené soutěže, v níž by však z její samotné podstaty neměl zaručeno, že by se vítězem takové soutěže skutečně stal a bylo mu plnění veřejné zakázky zadáno.
37. Z vyjádření zadavatele v průběhu správního řízení i v rámci řízení o rozkladu navrhovatele vyplývá, že cílem předmětné veřejné zakázky je, aby bylo možno dokončit „*započaté kroky (procesy) směřující k řádnému (nikoliv mimořádnému) výběru nového dodavatele služeb provozu mýtného systému*“. Ostatně ani navrhovatel nezpochybně presumuje, že zadavatelem bude vyhlášeno nové zadávací řízení. Z vyjádření zadavatele pak vyplývá, a presumovaná hodnota následné veřejné zakázky, která jistě nebude nižší než hodnota předmětné veřejné zakázky, jen dokládá, že by měl být výběr nového dodavatele realizován

bud' v otevřeném nebo užším zadávacím řízení, jakožto v řádných procesech podle zákona, jež umožňují oslovení nejširšího okruhu dodavatelů na trhu, přičemž vzhledem k tomu, že v době vydání tohoto rozhodnutí k vypsání této veřejné zakázky nedošlo, bude zadavatel v budoucnu postupovat podle účinné právní úpravy v podobě ZZVZ. Na tomto místě by tak Úřad mohl spočítat zákonné lhůty pro jednotlivé fáze v otevřeném nebo užším řízení podle ZZVZ, avšak takový výpočet by nijak nerefletoval právě specifika budoucí veřejné zakázky, tedy nebyl by schopen objektivizovat úvahy o tom, jakou dobu na přípravu zadávacího řízení zadavatel skutečně potřebuje, jakého bude druhu, jaké budou nezbytné lhůty pro jednotlivé kroky v zadávacím řízení a ostatně i kolik času si vyžádá proces převzetí systému výběru mýta; tedy v souhrnu jakou dobu si tento proces jako celek vyžádá. Všechny tyto okolnosti, které budou hrát roli v tom, kdy bude skutečně možno systém převzít tak, aby výběr mýta nebyl ohrožen, nemohou být nahrazeny domněnkou Úřadu o délce takového procesu na základě výkladu zákonných ustanovení, jelikož se jedná o zcela interní výkonné rozhodnutí struktur v organizaci zadavatele, za něž nesou svou odpovědnost. Do tohoto interního rozhodovacího procesu vstupuje celá řada proměnných, které zadavatel musí zohlednit, aby naplnil svou úlohu ve společnosti, ale zároveň i aby naplnil dikci zákona.

38. V uvedené souvislosti připomínám, že ZZVZ výslovně zakotvil jako jednu z klíčových v § 6 odst. 1 zásadu přiměřenosti. Ta obdobně jako zásada transparentnosti prostupuje každým procesem při zadávání veřejných zakázek, určení lhůt nevyjímaje. ZZVZ přitom i výslovně stanoví, že kupříkladu zadávací lhůta musí být stanovena *„přiměřeně s ohledem na druh zadávacího řízení a na předmět veřejné zakázky.“* Úvahy, které budou připadat v úvahu u v budoucnu vyhlášeného zadávacího řízení, nemůže ale Úřad nahrazovat svými a nutit zadavatele kupříkladu k vypsání zadávacího řízení k nějakému datu. Podstata přezkumu postupu zadavatele vychází z koncepce hodnocení zcela konkrétních kroků po jejich provedení, tedy představuje kontrolu ex post. V souvislosti s tím by tak navrhovatel navržený výrok v důsledku predikoval budoucí postup zadavatele a pro jeho formulaci by tedy Úřad nutně musel nahrazovat tyto úvahy zadavatele a autoritativně stanovovat, v jaké lhůtě musí zadavatel celý proces vedoucí k převzetí systému výběru mýta stihnout.
39. Zdůrazňuji, že nejde jen o samotnou realizaci zadávacího řízení, na něž bude navazovat provedení plnění „na zelené louce“ bez jakýchkoli vnějších vlivů. Podstatou problému je zajištění kontinuity výběru mýta a tuto tak zadavatel nutně musí ošetřit smluvními ujednáními bez presumpce o osobě v konečném důsledku vybraného dodavatele. Jedině v případě zajištění, že systém výběru mýta bude provozován kontinuálně, lze totiž uvažovat o možnosti nařízení zákazu plnění Smluv, jelikož by v takovém případě nedošlo k ohrožení důležitého veřejného zájmu, který byl dovozen Úřadem v napadeném rozhodnutí.
40. Ač se tedy v daném případě neuplatní úprava ZZVZ, který stanovuje maximální délku odkladu na jeden rok, jelikož se na případ uplatní znění zákona účinného v době zahájení zadávacího řízení, je možné k této úpravě přihlídnout jako k výkladovému zdroji. Ust. § 264 odst. 3 věta první ZZVZ stanoví následující: *„Pokud zadavatel prokáže, že důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem vyžadují pokračování plnění smlouvy, Úřad v rozhodnutí stanoví lhůtu ne delší než 12 měsíců, jejímž uplynutím je zakázáno plnění smlouvy; tato lhůta začíná běžet právní mocí rozhodnutí.“* K uvedenému se pak vztahuje i odstavec 4 citovaného ustavení: *„Úřad neuloží zákaz plnění smlouvy podle odstavce 1, pokud zadavatel kromě skutečností uvedených v odstavci 3 prokáže zároveň i to, že k ochraně daného veřejného*

zájmu nepostačuje postup podle odstavce 3 věty první.“ Je tedy zřejmé, že možnost správního uvážení o délce odkladu vykonatelnosti rozhodnutí o zákazu plnění smlouvy z důvodů hodných zvláštního zřetele podle ZZVZ je limitována lhůtou 12 měsíců. Z uvedeného vyplývá, že v okamžiku, kdy je třeba z důvodů hodných zvláštního zřetele pokračovat v plnění smlouvy minimálně déle, než 12 měsíců, tak Úřad nemá jiného oprávnění, než zákaz plnění neukládat vůbec. Důvodová zpráva k ZZVZ pak o důvodech této limitace mlčí, když pouze uvádí: „Existují-li však důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem, jež vyžadují pokračování plnění smlouvy, Úřad v rozhodnutí, kterým se ukládá zákaz plnění smlouvy, stanoví lhůtu (max. 12 měsíců), jejímž uplynutím je plnění dané smlouvy zakázáno (v takovém případě neplatí, že je smlouva neplatná od samého počátku).“

O důvodech zákonodárce ke stanovení právě lhůty 12 měsíců jako limitu délky odkladu vykonatelnosti zákazu plnění smlouvy se tak lze pouze domnívat, avšak jsem toho názoru, že východiskem pro tuto limitaci byl právě důvod, že v případě komplexních a komplikovaných veřejných zakázek, u nichž lze stěží objektivně dovodit nezbytnost plnění v délce pořaditelné intervalu do 12 měsíců, existuje veřejný zájem, aby nebyl zákaz plnění uložen vůbec, ale aby bylo již pouze odpovědností zadavatele nezákonný stav odstranit. V takových případech již z povahy věci není účelné uvažovat o odkladu delším, jelikož by nutné úvahy Úřadu o účelnosti odkladu vykonatelnosti zákazu plnění smluv musely dalece přesáhnout rámec standardního správního uvážení a prakticky by suplovaly povinnosti náležité péče zadavatele při správě veřejných prostředků. Lze také připomenout, že v daném případě způsobuje napadené rozhodnutí pro zadavatele zcela nezanedbatelné negativní konotace, jelikož z něj jednoznačně vyplývá, že důvodem, pro nějž nebyl uložen zákaz plnění smlouvy, je výjimečná skutečnost v podobě existence intenzivního veřejného zájmu na pokračování v plnění Smluv, nikoliv správnost a zákonnost postupu zadavatele, tudíž napadené rozhodnutí i tak představuje prostředek uplatnění často neprávem opomíjené signalizační funkce právní odpovědnosti, prostřednictvím uveřejňovací povinnosti Úřadu dle § 123 zákona.

41. Zdůrazňuji znovu, že stěží akceptovatelné důsledky zákazu plnění Smluv atakující významný veřejný zájem by nastoupily s největší pravděpodobností hned po uplynutí případné lhůty, a tedy již v takovém okamžiku musí být zajištěno, že bude dále předmět plnění Smluv nějaký dodavatel zajišťovat. Nebylo by tedy možno odložení vykonatelnosti rozhodnutí v daném případě vázat k okamžiku zahájení zadávacího řízení, k výběru nejvhodnější nabídky ba ani k následnému uzavření smlouvy.
42. Z výše uvedeného vyplývá, že se v daném případě neuplatní limitace správního uvážení o maximální délce odložení vykonatelnosti rozhodnutí o zákazu plnění smlouvy podle ZZVZ, avšak i přesto termín 12 měsíců představuje významný milník. V této souvislosti jsem tak nejprve posoudil, zda bylo možno uvažovat o odkladu vykonatelnosti v délce do 12 měsíců, přičemž při této úvaze lze odkázat na bod 198. napadeného rozhodnutí, z nějž vyplývá, že se Úřad zabýval problematikou délky nového zadávacího řízení již v prvním stupni správního řízení. I přesto, že Úřad svou úvahu vztahoval k době dvou měsíců, zbývajících k ukončení účinnosti původních smluv, jsem přesvědčen, že jeho úvahy ilustrují, že autoritativní stanovení konkrétní lhůty pro provedení procesu k získání nového provozovatele systému výběru mýta a jeho následného převzetí a zahájení provozu v uvedeném intervalu by s pravděpodobností hraničící s jistotou vedlo k atakování dovozeného chráněného veřejného zájmu. I z výše uvedených důvodů a vzhledem k rozsahu a specifičnosti plnění v budoucnu

poptávaného předmětu veřejné zakázky jsem tak dospěl k závěru, že uložení zákazu plnění smlouvy s odkladem až na 12 měsíců by s velkou mírou pravděpodobnosti došlo k aktivnímu ohrožení Úřadem dovozeného veřejného zájmu, tudíž v této intenci není možné zákaz plnění Smluv odložit. Pro delší lhůty odkladu vykonatelnosti zákazu plnění Smluv pak není možné v rámci správního uvážení postihnout veškerá specifika případu, která by bylo třeba k formulaci nezbytné délky odkladu zohlednit.

43. Co se týče možnosti relativizování délky odkladu, v návaznosti na budoucí úkony zadavatele, které v petitu návrhu navrhovatele vystihuje slovním spojením „*v minimální délce tak, aby mohlo být realizováno vhodné zadávací řízení*“, jsem pak toho názoru, že ani není možné takovýmto způsobem formulovat výrok o odložení výkonu rozhodnutí o zákazu plnění smlouvy tak, aby tento naplňoval požadavky správního řádu na určitost rozhodnutí veřejné moci. Připomínám, že je třeba zohlednit i proces následující po realizaci zadávacího řízení, přičemž by bylo třeba formulaci odkladu navázat na dosud neexistující zadávací řízení a na neexistující úkony zadavatele, případně v součinnosti s neznámým subjektem, o nichž není možné s určitostí tvrdit kdy a zda vůbec nastanou. Odklad nelze svazovat jen realizováním vhodného zadávacího řízení, což je obsahem petitu navrhovatele, ale je potřeba zohlednit následný proces převzetí systému, o jehož délce Úřad nemá a ani nemůže mít kvalifikovanou představu, jelikož dokonce ani v době vydání tohoto rozhodnutí není známa informace o technologii, kterou bude zadavatel pro plnění budoucí veřejné zakázky vyžadovat a s jejímž použitím bude spojena náročnost převzetí systému výběru mýta nově vybraným dodavatelem.
44. K možnosti odložení vykonatelnosti rozhodnutí o zákazu plnění veřejné zakázky tedy shrnuji, že Úřad byl oprávněn o odložení vykonatelnosti rozhodnutí uvažovat, avšak i přesto, že tak neučinil, nelze považovat napadené rozhodnutí z tohoto důvodu za nesprávné či nezákonné, jelikož v daném případě s ohledem na specifčnost předmětu plnění veřejné zakázky by bylo prakticky nemožné stanovit termín, ke kterému se odkládá vykonatelnost zákazu plnění Smluv tak, aby Úřad dostal povinností správního orgánu ve vztahu k určitosti formulace výroku rozhodnutí a zároveň aby nedošlo k ohrožení Úřadem dovozeného veřejného zájmu, který převládá nad zájmem na ukončení protiprávního stavu nastalého uzavřením Smluv. Z výše uvedených důvodů také nelze formulovat závěr o excesivní povaze délce doby, na niž byly Smlouvy uzavřeny, když navíc bod 13.3 čl. XIII Dodatku č. 2 stanovuje rozvazovací podmínku následujícím způsobem: „*Strany se rovněž dohodly, že Objednatel je oprávněn Smlouvu o dodávce vypovědět kdykoliv poté, co Objednatel nebo jiný orgán veřejné správy uzavře s Nově vybraným dodavatelem smlouvu zajišťující výběr Výkonového poplatku na Zpoplatněných komunikacích. Výpovědní lhůta se stanoví v délce jeden (1) kalendářní měsíc a počíná běžet prvním dnem následujícím po doručení písemné výpovědi Dodavateli.*“
45. Chtěl bych dále připomenout, že navrhovatel u svého návrhu na odložení vykonatelnosti zákazu plnění smlouvy vychází ze své tvrzené schopnosti převzít systém výběru mýta ve lhůtě 3 měsíců. Avšak pokud by zadavatel převzal za svou takto navrhovatelem stanovenou lhůtu, vystavoval by se riziku, že případní další, „nepředpřipravení“ dodavatelé nebudou schopni podat nabídku za takovýchto podmínek. Navrhovatel dále dovozuje, že by byla případně adekvátní i delší lhůta pro zkompletování procesu výběru nového dodavatele a převzetí systému, stále se ale jedná jen o jeho subjektivní přesvědčení, tudíž by takto stanovená lhůta

naopak mohla atakovat objektivní potřebu na stanovení přiměřených zadávacích podmínek, aby bylo možno konstatovat, že byl postup zadavatele v souladu se zákonem.

46. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem pak nebylo na místě uvažovat ani o odložení vykonatelnosti zákazu plnění Smluv v délce delší, než 12 měsíců. Výrok napadeného rozhodnutí tudíž po upřesnění odůvodnění ve smyslu tohoto rozhodnutí zcela ob stojí, když existence intenzivního veřejného zájmu k jakémukoli okamžiku přerušování poskytování služeb bez jeho náhrady není navrhovatelem rozporována.
47. Protože tímto rozhodnutím došlo do jisté míry ke změně odůvodnění napadeného rozhodnutí, pro úplnost připomínám, že dvouinstančnost řízení před Úřadem zajišťuje nejen dvojí posouzení věci, ale je také cestou k nápravě a odstranění vad, které se vyskytly v řízení před prvním stupněm. To lze dovodit rovněž ze soudní judikatury (viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 As 64/2007 ze dne 26. 3. 2008 a sp. zn. 5 Afs 16/2003 ze dne 12. 10. 2004), dle níž tvoří rozhodnutí správních orgánů I. a II. stupně z hlediska soudního přezkumu jeden celek, přičemž je přípustné, aby nedostatky jednoho stupně mohly být zhojeny argumenty stupně druhého v situaci, kdy nedochází ke změně výroku napadeného rozhodnutí. Vadu prvostupňového řízení, ohledně tvrzené nemožnosti aplikace správního řádu pro uložení zákazu plnění smlouvy s odkladem vykonatelnosti, jsem tedy postupem souladným se zásadou procesní hospodárnosti ve smyslu § 6 odst. 2 správního řádu zhojil, jak bylo odůvodněno výše. Mám tedy za to, že tímto postupem došlo k odstranění dílčí vady v odůvodnění napadeného rozhodnutí, a to hospodárným způsobem.
48. K námitce o nemožnosti předání předmětu plnění pro účely nového zadávacího řízení navrhovatel poukazuje na odst. 11.5 Dodatku č. 2 a čl. 16.5 Dodatku č. 1 uvádím, že se nejedná o otázku nezbytnou pro posouzení důvodnosti návrhu na zákaz plnění smlouvy, ale o skutečnost posuzovanou v rámci správního řízení o deliktu zadavatele, o němž bylo vydáno rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-S0600/2016/VZ. V duchu argumentace navrhovatele by totiž zjevně došlo k narušení Úřadem dovozeného veřejného zájmu, který převládá nad veřejným zájmem na ukončení platnosti Smluv. Navíc se argumentace navrhovatele v této souvislosti jeví značně protichůdná, když na několika místech opakuje, že by byl schopen plnění předmětu smluv převzít takřka okamžitě, ale na druhou stranu by uvedená smluvní ustanovení měla znamenat, že zadavatel „*nebude reálně schopen předmět plnění předat a použít pro účely zahájení transparentního zadávacího řízení!*“
49. K argumentaci navrhovatele, kterou nad rámec uvádí ve vztahu k aplikaci zásady aplikace příznivější právní úpravy s odkazem na rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R328/2012/VZ a sp. zn. ÚOHS-R11/2014/VZ, taktéž *obiter dictum* uvádím, že obě odkazovaná rozhodnutí byla vydána v jednom správním řízení a jako taková nejsou způsobilá založit legitimní očekávání ohledně rozhodovací praxe Úřadu. Z odůvodnění tohoto rozhodnutí pak vyplývá, že právní úprava ZZVZ nepředstavovala ani úpravu příznivější oproti zákonu, ani nerozšiřovala pravomoc Úřadu tak, jak dovozoval navrhovatel. Tvrzení navrhovatele o nezákonnosti napadeného rozhodnutí z důvodu absence aplikace uvedené obligatorní zásady tak není důvodné. Proti právnímu názoru vyjádřenému v citovaných rozhodnutích se pak je třeba vymezit, neboť současná rozhodovací praxe Úřadu odpovídá názoru vyjádřenému v napadeném rozhodnutí, že není možné čl. 40 odst. 6 Ústavního zákona č. 2/1993 Sb., Listiny základních práv a svobod, ve znění pozdějších předpisů, aplikovat v řízeních návrhových, tedy v řízeních kde není rozhodováno o vině a trestu, tedy ani o trestnosti

posuzovaného jednání. V případě rozhodování o uložení nápravného opatření je při porušení zákona ze strany zadavatele výsledkem opatření, které tento protiprávní stav napravuje. Výrokem takového rozhodnutí nedochází ke konstatování o spáchání správního deliktu a zadavateli je dána možnost svůj postup odčinit a spáchání správního deliktu zcela zabránit. Za klíčovou skutečnost tudíž lze označit to, že v řízení, v němž je eventuálně konstatováno spáchání správního deliktu, je fakticky rozhodováno o vině a trestu a takové rozhodnutí představuje prostředek ultima ratio, přicházející v úvahu jen tehdy, pokud není jiného východiska, když je ukládán trest za odpovídající provinění. Právě z tohoto důvodu je oblast správních deliktů označována jako správní trestání, v němž je dovozena přípustnost analogické aplikace trestněprávních zásad. V řízení o správním deliktu tedy neexistuje možnost jiné formy remedury postupu zadavatele, proto je třeba tato řízení odlišovat i ve vztahu k možnosti přípustnosti zásady aplikace pro pachatele příznivější právní úpravy od řízení o uložení nápravného opatření. Zcela nad rámec pak jen uvádím, že i kdyby mělo být v daném řízení uvažováno o postupu podle ZZVZ, tak vzhledem k limitaci uvedené v § 264 odst. 4 a vzhledem k tomu že bylo dovozeno, že odklad na maximálně 12 měsíců není v tomto případě dostatečný, pak i z tohoto pohledu napadené rozhodnutí a jeho závěr o zamítnutí návrhu na zákaz plnění Smluv plně ob stojí.

VI. Závěr

50. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
51. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Česká republika – Ministerstvo dopravy, nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha – Nové Město
2. Skytoll CZ s.r.o., Pobřežní 297/14, 186 00 Praha – Karlín
3. Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1 – Nové Město

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy