



UOHSX008YFOR

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0629/2016/VZ-46347/2016/522/PKř

Brno: 18. listopadu 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 23. 9. 2016 na návrh ze dne 21. 9. 2016, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha – Nové Město,
- navrhovatel – Skytoll CZ s.r.o., IČO 03344584, se sídlem Pobřežní 297/14, 186 00 Praha – Karlín,
- 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,

ve věci návrhu 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“, které dne 28. 8. 2016 uzavřeli citovaný zadavatel a citovaný vybraný uchazeč na veřejnou zakázku „Zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016“ zadávanou 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,

**rozhodl takto:**

**Návrh** navrhovatele – Skytoll CZ s.r.o., IČO 03344584, se sídlem Pobřežní 297/14, 186 00 Praha – Karlín – 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“, které dne 28. 8. 2016 uzavřel zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha – Nové Město – s vybraným uchazečem – 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 – na veřejnou zakázku „Zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016“ zadávanou 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, **se** podle § 118 odst. 5 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť Úřad ve smyslu ustanovení § 118 odst. 3 citovaného zákona shledal, že existují **důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadující pokračování plnění cit. smluv**, a to konkrétně důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem na udržitelném rozsahu provozu tranzitní dopravy na páteřních pozemních komunikacích v České republice bezprostředně související s veřejným zájmem na ochraně životního prostředí, potažmo veřejného zdraví, dále pak důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem na zachování nepřetržitého výběru mýtného ve výši 8 – 10 mld. Kč ročně, jehož výpadek by měl nepřiměřené důsledky ve vztahu k příjmové stránce rozpočtu Státního fondu dopravní infrastruktury a k naplňování jeho poslání, a rovněž důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem na splnění závazku povinné implementace Evropské služby elektronického mýta vyplývající pro Českou republiku ze závazných

právních předpisů Evropské unie, ačkoliv v šetřeném případě byly zjištěny důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 písm. a) citovaného zákona, když se cit. zadavatel v souvislosti se zadáváním cit. veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) citovaného zákona, tím, že dne 28. 8. 2016 uzavřel 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, výše citované smlouvy na veřejnou zakázku „Zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016“ zadávanou v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 27. 8. 2016, aniž by byly splněny podmínky pro využití tohoto druhu zadávacího řízení, když si zadavatel stav technické exkluzivity ve prospěch vybraného uchazeče vytvořil sám svým předchozím jednáním, konkrétně uzavřením smluv ze dne 29. 3. 2006 s dodavatelem – Kapsch TrafficCom AG, se sídlem Wagenseilgasse 1, 1120 Wien, KAPSCH TELECOM spol. s r.o., IČO 45311005, se sídlem Opletalova 1015, 110 00 Praha 1, Kapsch BusinessCom AG, se sídlem Wienerbergstrasse 53, 1120 Wien, Kapsch CarrierCom AG, se sídlem Am Europlatz 5, 1120 Wien, Kapsch TrafficCom Construction & Realization spol. s r.o., IČO 27371522, se sídlem Opletalova 1015/55, 110 00 Praha 1, Kapsch Telematic Services spol. s r.o. IČO 27371531, se sídlem Opletalova 1015/55, 110 00 Praha 1 a PVT, a.s., IČO 27074358, se sídlem Kovanecká 30/2124, 190 00 Praha 9, a zadavatel tak dne 28. 8. 2016 uzavřel shora uvedené smlouvy na veřejnou zakázku „Zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016“, aniž by uveřejnil oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 citovaného zákona, ačkoli byl povinen předmětnou veřejnou zakázku zadat v takovém druhu zadávacího řízení, ve kterém byl povinen oznámení o zahájení zadávacího řízení uveřejnit.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha – Nové Město, zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon<sup>1</sup>“ nebo „ZVZ“), odesláním výzvy jednomu zájemci k jednání ze dne 27. 8. 2016<sup>2</sup> (dále jen „výzva“) jednacím řízením 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. Úvodem výzvy zadavatel rekapituluje skutečnosti rozhodné pro zadání předmětné veřejné zakázky, když zadavatel uvedl, že „vzhledem k tomu, že:

<sup>1</sup> Pokud je v tomto oznámení uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o právní úpravu účinnou ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení, není-li uvedeno jinak.

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

(A) zadavatel uzavřel dne 29. března 2006 se sdružením společností Kapsch TrafficCom Construction & Realization spol. s r.o., KAPSCH s.r.o., Kapsch Telematic Services spol. s r.o., Kapsch TrafficCom AG, Kapsch BusinessCom AG, Kapsch CarrierCom AG, Asseco Czech Republic, a.s. (dále jen „zájemce“) Smlouvu o poskytování služeb souvisejících s provozem systému výkonového zpoplatnění vybraných pozemních komunikací v České republice (dále jen „Smlouva o službách“),

(B) zadavatel dále uzavřel dne 29. března 2006 se sdružením zájemce Smlouvu o dodávce systému výkonového zpoplatnění (dále jen „Smlouva o dodávce“),

(C) do práv a povinností zadavatele vyplývajících ze Smlouvy o službách a ze Smlouvy o dodávce poté vstoupilo Ředitelství silnic a dálnic ČR, a to na základě příslušných dohod o převodu práv a povinností, uzavřených mezi Ředitelstvím silnic a dálnic ČR a zadavatelem,

(D) s účinností ke dni 25. dubna 2016 došlo mezi Ředitelstvím silnic a dálnic ČR a zadavatelem k uzavření smlouvy o postoupení Smlouvy o službách a smlouvy o postoupení Smlouvy o dodávce, na základě kterých zadavatel opětovně vstoupil do práv a povinností z obou těchto smluv, včetně práv a povinností vyplývajících ze všech jejich dosavadních dodatků,

(E) zadavatel je povinen zajistit nepřetržitý výběr mýtného pro období od 1. ledna 2017. Do doby realizace standardního zadávacího řízení na realizaci veřejné zakázky, na základě které bude realizováno nové řešení výběru mýtného na zpoplatněných pozemních komunikacích, je zadavatel nucen dočasně zajistit výběr mýtného prostřednictvím stávajícího Systému výkonového zpoplatnění. To kromě služeb spojených s provozem samotného Systému výkonového zpoplatnění zahrnuje i dodávku komponent nezbytných k zajištění řádného výběru mýtného na zpoplatněných pozemních komunikacích. Tento postup byl schválen usnesením vlády České republiky č. 188 ze dne 9. března 2016 k Časovému harmonogramu přípravy Systému elektronického mýta po roce 2016.

(F) Dále, v souladu se Směrnicí Evropského Parlamentu a Rady č. 2004/52/ES ze dne 29. dubna 2004, o interoperabilitě elektronických systémů pro výběr mýtného ve Společenství, a Rozhodnutí Komise č. 2009/750/ES ze dne 6. října 2009, o definici Evropské služby elektronického mýtného a jejích technických prvků, vznikla potřeba implementovat do Systému výkonového zpoplatnění pozemních komunikací evropskou službu elektronického mýtného,

(G) a dále ze znaleckého posudku Ing. Jiřího Bergera, znalce specializovaného na znaleckou činnost v oboru Kybernetika – výpočetní technika, specializace Výpočetní a komunikační technika, bezpečnost informačních systémů, bytem Hálkova 181, 277 46 Veltrusy, s názvem „Znalecký posudek pro ověření technických důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění v rámci zajištění provozu Systému elektronického mýta po roce 2016 (I)“, č. 896/12/2016, ze dne 15. dubna 2016, a ze znaleckého posudku znaleckého ústavu A-Consult plus, spol. s r.o., se sídlem Na Poříčí 3a, 110 00 Praha 1, IČO: 41186907, s názvem „Znalecký posudek pro ověření technických důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění v rámci zajištění provozu Systému elektronického mýta po roce 2016 (II)“, č. 1230/11/2016, ze dne 22. dubna 2016, vyplynulo, že zde existují takové technické důvody, pro které je v současné době nemožné jednat s kýmkoliv jiným, než je stávající dodavatel služeb (konsorcium společností Kapsch) stran této veřejné zakázky,

*H) jsou proto dány ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona [...] zákonné důvody, pro které je nezbytné zadat veřejnou zakázku stávajícímu poskytovateli služeb a dodávek souvisejících s provozem Systému výkonového zpoplatnění,*

*rozhodl zadavatel o zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.“*

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;*
- 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. Dle zadávací dokumentace činila předpokládaná hodnota veřejné zakázky celkem 6 000 000 000 Kč bez DPH.
5. V čl. 12 „Termín jednání se zájemcem, lhůta pro podání nabídky, otevírání obálky“ zadávací dokumentace zadavatel stanovil termín prvního jednání o zadání veřejné zakázky na 27. 8. 2016 v 9:00 hodin, přičemž termín posledního možného jednání o zadání veřejné zakázky stanovil na 28. 8. 2016 ve 20:00 hodin, nedohodnou-li se strany jinak.
6. V čl. 13 „Místo pro podání nabídky a doba, v níž lze podat nabídku“ zadávací dokumentace pak zadavatel stanovil, že zájemce může doručit nabídku osobně do sídla zadavatele od 9:00 do 16:00 hodin a v poslední den lhůty, tj. dne 28. 8. 2016 do 20:00 hodin.
7. Z protokolu o otevření obálky s nabídkou a o posouzení nabídky ze dne 27. 8. 2016 vyplývá, že v zadavatelem stanovené lhůtě podal na předmětnou veřejnou zakázku nabídku pouze oslovený 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 (dále rovněž „vybraný uchazeč“ nebo „konsorcium Kapsch“), přičemž je v něm rovněž zaznamenáno, že „[u]chazeč splnil veškeré požadavky stanovené v zadávacích podmínkách, jakož i další požadavky, které vyplynuly z jednání o zadání veřejné

*zakázky [...]. Jsou proto dány důvody, aby [z]adavatel rozhodl o zadání veřejné zakázky [u]chazeči.“*

8. Následně zadavatel dne 28. 8. 2016 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky, a to nabídky vybraného uchazeče, s odůvodněním, že „rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky předložené [u]chazečem na základě zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, ze které vyplynulo, že [u]chazeč splnil veškeré požadavky stanovené v zadávacích podmínkách veřejné zakázky, jakož i další požadavky, které vyplynuly z jednání o zadání veřejné zakázky. Zadavatel se současně sám seznámil s obsahem nabídky podané [u]chazečem, přičemž považuje nabídku [u]chazeče za dostatečně vhodnou a přijatelnou pro své potřeby.“
9. Vybraný uchazeč se dne 28. 8. 2016 vzdal práva na podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a práva na podání námitek proti zadávacím podmínkám.
10. Téhož dne, tj. dne 28. 8. 2016 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem 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“).
11. Vzhledem k tomu, že navrhovatel – 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. OBSAH NÁVRHU**

12. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel se svým postupem směřujícím k uzavření předmětných dodatků a rovněž samotným uzavřením dodatků opakovaně dopustil porušení několika ustanovení zákona, čímž spáchal několik správních deliktů, proto v souladu s § 114 odst. 2 písm. a) a b) zákona podává návrh na uložení zákazu plnění smluv, resp. dodatků.
13. Dle navrhovatele důvody nezákonnosti postupu zadavatele, tedy důvody pro uložení zákazu plnění dodatků, spočívají v následujících okolnostech:
  - a) nejsou splněny zákonné důvody pro použití JŘBU, neboť
    - (1) existuje minimálně jeden další dodavatel schopný realizovat předmět plnění, a to navrhovatel,
    - (2) závěry znaleckých posudků jsou skutkově a právně irelevantní, protože jsou odvozeny od otázky zadavatele, která však byla položena účelově tendenčně a zavádějícím způsobem, a tedy vadně,
    - (3) zadavatel své tvrzené důvody pro použití JŘBU způsobil sám,
    - (4) řešení společnosti Kapsch je nákladnější, a tedy zadavatel nedosáhl finanční úspory,

(5) navrhovatel je ve své nabídce v plném souladu s technickým znaleckým posouzením, když svým řešením nabízí nahradit ty části systému, které znalec označil za provozovatelné pouze společností Kapsch. Nabídka navrhovatele je tak jasný důkaz technické schopnosti a relevantnosti navrhovatele jako možného dodavatele.

b) zadavatel porušil zákaz uzavřít smlouvu v tzv. blokační lhůtě, a to

(1) ať již v blokační lhůtě, která byla založena námitkami podanými navrhovatelem proti všem úkonům zadavatele směřujícím k zadání veřejné zakázky v JŘBU, jež zadavatel zcela ignoroval, nebo

(2) v blokační lhůtě, která počala běžet po rozhodnutí o výběru a ve které bylo možno podat námitky proti rozhodnutí o výběru, když tuto lhůtu je zadavatel povinen respektovat i v případě JŘBU s jediným dodavatelem.

c) zadavatel hrubě porušil zákonná pravidla pro vedení JŘBU, když vedl jednací řízení s jediným uchazečem Kapsch,

(1) aniž by toto JŘBU zahájil zákonným způsobem cestou zaslání písemné výzvy splňující zákonné náležitosti a toto uveřejnil,

(2) aniž by před zahájením tohoto JŘBU jakožto významné veřejné zakázky opatřil souhlas vlády ČR, když tento souhlas byl vládou poskytnut až dodatečně, což nemůže zhojit nezákonnost postupu zadavatele, a současně

(3) zadavatel úmyslně uvedl v omyl ÚOHS, když v souvislosti s prošetřováním podnětu tvrdil ÚOHS v první polovině srpna 2016, že toto JŘBU dosud nebylo zahájeno, následkem čehož ÚOHS podnět odložil a správní řízení nezahájil,

d) zadavatel hrubě narušil/omezil hospodářskou soutěž na daném segmentu trhu, když zcela ignoroval transparentně podanou nabídku dodavatele, který mohl poskytnout předmět plnění veřejné zakázky s finanční úsporou cca 1 miliardy Kč,

e) zadavatel účelově při zadávání veřejné zakázky postupoval způsobem, který odporuje obvyklým zvyklostem a pravděpodobně porušuje i interní pravidla zadavatele, když k zadávání veřejné zakázky přistoupil o víkendu, to vše s úmyslem maximálním způsobem omezit procesní práva navrhovatele jako potencionálního stěžovatele.

### **Nesplnění zákonných důvodů pro použití JŘBU**

#### *Existence dalšího možného dodavatele*

14. Navrhovatel se domnívá, že pokud na trhu existuje i jiný dodavatel, který je schopen plnit předmět veřejné zakázky, přičemž realizace veřejné zakázky tímto jiným dodavatelem není nepoměrně finančně náročnější, případně je dokonce levnější, není naplněna podmínka pro použití JŘBU a zadavatel není oprávněn tento druh zadávacího řízení použít.
15. Navrhovatel v této souvislosti upozorňuje, že již v březnu 2016 zaslal zadavateli nabídku na zabezpečení komplexního návrhu řešení elektronického výběru mýta v ČR po roce 2016 (dále jen „nabídka“), přičemž tato nabídka obsahovala podrobný technický a procesní popis řešení nabízeného navrhovatelem, popis poskytované služby a garanci požadované kvality a rozsahu poskytování služby. Navrhovatel současně prohlásil a doložil, že nepožaduje

žádnou součinnost dosavadního dodavatele v rámci jím předkládaného řešení a v žádném okamžiku po dni 1. 1. 2017 nebude nutné provozovat současně dva systémy a vynakládat prostředky na odměnu dvěma provozovatelům. Stejně tak se navrhovatel zavázal, že v rámci poskytování služby podle jeho nabídky využije stávající mikrovlnou technologii a komponenty (včetně palubních jednotek), které jsou ve vlastnictví České republiky. Navrhovatel dále ve své nabídce garantoval, že k zajištění řádného a plynulého zahájení poskytování služby potřebuje maximálně 3 měsíce od podpisu smlouvy. Navrhovatel dále poukazuje na skutečnost, že zkušenost navrhovatele, a tedy nezpochybnitelná reálnost a serióznost nabídky pak byla doložena jeho působením při elektronickém výběru mýta v jiných státech Evropské unie, např. ve Slovenské republice.

16. Na základě výše uvedeného a především na základě nabídky doručené zadavateli v březnu 2016 lze tedy dle navrhovatele jednoznačně dovodit, že na relevantním trhu existuje mimo stávajícího dodavatele minimálně jeden další dodavatel, který je reálně schopen plnit předmět veřejné zakázky a uspokojit potřebu zadavatele, tedy provozovat mýtný systém po datu 1. 1. 2017. Navrhovatel proto konstatuje, že elementární podmínka použití JŘBU podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, tedy neexistence druhého možného dodavatele, není v šetřeném případě naplněna, přičemž v této souvislosti odkazuje na závěry vyplývající z konstantní judikatury, když cituje relevantní pasáže z rozsudku Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) č. j. 5 Afs 42/2012 – 53 ze dne 11. 1. 2013.

*Otázka položená znalci byla položena zavádějícím způsobem*

17. Navrhovatel k závěrům znaleckého posudku Ing. Jiřího Bergera, znalce specializovaného na znaleckou činnost v oboru Kybernetika – výpočetní technika, ze dne 15. 4. 2016 v obecné rovině uvádí, že znalec reagoval na otázky zadavatele, zda je technicky možné, aby předmět plnění připravované veřejné zakázky s uvažovaným jediným uchazečem, jímž je konsorcium Kapsch, realizoval i kterýkoliv jiný odborně způsobilý dodavatel. Dle navrhovatele tedy znalec odpovídal na otázku, zda je jiný dodavatel (odlišný od společnosti Kapsch) schopen provozovat stávající systém společnosti Kapsch. Takto položená otázka je však dle názoru navrhovatele tendenční a značně zavádějící, a již zadání znaleckého posudku je tedy nesprávné. Navrhovatel podotýká, že pro řádné zajištění potřeby zadavatele měla být posouzena otázka, zda existuje dodavatel, který je schopen provozovat systém elektronického mýtného, tedy zda je schopen uspokojit potřebu zadavatele spočívající ve výběru mýtného od 1. 1. 2017, a to lhotejso jakým způsobem.
18. Navrhovatel je toho názoru, že zadavatel již samotnou formulací své otázky předurčil závěr znaleckého posudku, neboť ten se věnoval převedení kompletního systému na jiný subjekt. Takový znalecký posudek však z pohledu posouzení naplnění podmínek použití JŘBU podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ nemá žádnou relevanci, neboť neexistují žádné objektivní důvody pro to, aby požadovaný předmět plnění veřejné zakázky musel spočívat v převzetí kompletního stávajícího mýtného systému.

*Důvody pro použití JŘBU způsobil zadavatel*

19. Dle navrhovatele ze závěrů znaleckého posudku vyplývá, že ve smluvním vztahu uzavřeném mezi zadavatelem a dodavatelem Kapsch absentuje úprava procesu převzetí stávajícího systému tak, aby nedošlo k významnému přerušení výběru mýta, resp. jinými slovy řečeno, smluvní vztah neupravuje možnost předání stávajícího systému jinému dodavateli se



současným zajištěním kontinuálního provozu mýtného systému. Absence této úpravy ve smluvním vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem Kapsch je tedy primárním důvodem pro použití JŘBU zadavatelem, neboť existence této smluvní úpravy by umožnila soutěž dodavatelů, kteří by převzetí systému mohli realizovat a následně zajišťovat činnost mýtného systému v zadavatelem požadovaném období. Navrhovatel tedy musí konstatovat, že tvrzený důvod JŘBU zapříčinil sám zadavatel (samozřejmě pouze ve vztahu k veřejné zakázce, jejímž předmětem je převzetí kompletního stávajícího systému), což je s ohledem na výše citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu konstantně judikaturou považováno za nepřípustné a samotný tento fakt vylučuje naplnění podmínek pro použití JŘBU.

20. Navrhovatel upozorňuje, že v šetřeném případě není naplněn ani důvod, pro který lze akceptovat existenci důvodů pro JŘBU i v případě, kdy zadavatel tento stav sám způsobil, jak NSS predestřel v již citovaném rozsudku č. j. 5 Afs 42/2012 – 53 ze dne 11. 1. 2013, když NSS zde formuloval podmínku, že JŘBU je přípustné v případě, kdy „stav exkluzivity“ sice způsobil sám zadavatel, avšak v okamžiku sjednávání původní smlouvy zadavatel nemůže rozumně očekávat, že v budoucnu nastanou důvody pro realizaci následných veřejných zakázek. Navrhovatel nicméně s ohledem na předmět veřejné zakázky však považuje za vyloučené, aby tato podmínka byla v šetřeném případě naplněna, neboť nelze rozumně předpokládat, že by zadavatel v době uzavírání původních smluv s dodavatelem Kapsch očekával, že provozování mýtného systému nebude po roce 2016 v České republice pokračovat.
21. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě není naplněna výše citovaná podmínka rozsudku NSS, a tedy zadavatel sám způsobil stav, kdy je v aktuální situaci dle jeho slov nezbytné zadat veřejnou zakázku dodavateli Kapsch, ačkoliv tento vývoj mohl a měl předvídat, nejsou naplněny podmínky pro užití JŘBU dle § 23 odst 4 písm. a) ZVZ.

*Řešení vybraného uchazeče je nákladnější, resp. zadavatel nedosáhl finanční úspory*

22. Navrhovatel odmítá případný argument zadavatele o finančních úsporách vzniklých použitím JŘBU, neboť navrhovatel nabízí plnění levnější minimálně o 1 mld. Kč, když uvádí, že dle informací z médií byla konečná cena předmětné veřejné zakázky 5,27 mld. Kč za 3 roky, avšak nabídková cena navrhovatele za 3 roky plnění byla na úrovni 4,5 mld. Kč, přičemž o konečné podobě této ceny bylo možné dále jednat a dále ji snížit.

*Nabídka navrhovatele je v souladu s technickým posouzením znalce*

23. Navrhovatel konstatuje, že ačkoliv znalecký posudek dochází k závěru, že existuje pouze jeden dodavatel schopen plnit předmět veřejné zakázky, je jeho nabídka při porovnání se znaleckým posudkem plně technicky kompatibilní a použitelná, neboť nahrazuje rovněž části řešení dodavatele Kapsch, které znalec označil za nepřenosné. Navrhovatel uvádí, že části nabídky, které znalec označil za takové, které mohou být provozovány pouze společností Kapsch, navrhovatel ve své nabídce zamýšlel zcela nahradit vlastním řešením, přičemž na podporu svého tvrzení odkazuje na relevantní pasáže své nabídky.

*Dílčí závěr k nesplnění podmínek pro užití JŘBU*

24. Na základě výše uvedeného navrhovatel konstatuje, že v šetřeném případě zadavatel realizoval JŘBU podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, ačkoliv pro tento postup nebyly naplněny podmínky stanovené zákonem. Zadavatel proto byl povinen zadat předmětnou veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení, přičemž zákon u nadlimitních veřejných

zakázek (mimo veřejných zakázek zadávaných v JŘBU) ukládá zadavateli povinnost vždy uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení. Toto oznámení však zadavatel neuveřejnil, a proto se dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona.

25. Podle názoru navrhovatele jsou tedy již tímto, bez ohledu na dále rozvedená pochybení zadavatele, naplněny podmínky pro to, aby Úřad uložil zákaz plnění předmětných smluv v souladu s § 118 odst. 2 písm. a) zákona.

#### **Porušení zákazu uzavřít smlouvu v tzv. blokační lhůtě**

26. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel při uzavření smlouvy dne 28. 8. 2016 nerespektoval zákonné lhůty stanovené jak v § 82 odst. 1 zákona, tak v § 110 odst. 6 zákona.
27. Navrhovatel uvádí, že v průběhu měsíce srpna podával k zadavateli námitky proti všem úkonům směřujícím k uzavření předmětných smluv, veden snahou účinně se bránit nezákonnému postupu zadavatele. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nebyl (ani nemohl být) informován o průběhu zadávacího řízení, tedy o jeho zahájení odesláním výzvy k jednání či o rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky podle § 81 zákona, formuloval svoje námitky jako „námitky proti všem úkonům zadavatele směřujícím k uzavření smlouvy formou JŘBU“, tedy i proti případnému rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Námitky podával každý pracovní den s cílem dostatečně pokrýt veškeré časové varianty průběhu předmětného zadávacího řízení. S ohledem na to, že na tyto námitky navrhovatele nebylo ze strany zadavatele nikterak reagováno, byl navrhovatel přesvědčen o tom, že zadávací řízení dosud neprobíhá, resp. že zadavatel dosud nečiní kroky stanovené v zákoně nezbytné pro JŘBU.
28. Navrhovatel dále uvádí, že dne 29. 8. 2016 se z médií dozvěděl informaci, že zadavatel uzavřel v neděli 28. 8. 2016 předmětné smlouvy s konsorciem Kapsch. Z uvedeného navrhovatel jednoznačně dovozuje, že zadavatel postupoval v rozporu s ustanovením § 82 odst. 1 zákona, resp. s § 110 odst. 6 zákona, když uzavřel předmětné smlouvy s konsorciem Kapsch, ačkoliv běžela tzv. „blokační lhůta“, ve které zadavatel nesmí uzavřít smlouvu. Tato blokační lhůta běžela dle názoru navrhovatele jak vzhledem k podaným námitkám proti všem úkonům v JŘBU, tak i vzhledem ke lhůtě 15 dnů pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, která počala běžet bezprostředně po rozhodnutí zadavatele o výběru.
29. Pro úplnost pak navrhovatel doplňuje, že z rozhodovací praxe Úřadu, konkrétně z rozhodnutí ÚOHS-R173/2012/VZ-18591/2013/310/MLr ze dne 27. 9. 2013, vyplývá, že zákaz uzavřít smlouvu ve lhůtě podle § 82 odst. 1 zákona, resp. § 110 odst. 6 zákona dopadá i na JŘBU zadávané podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a to i v případě, kdy je JŘBU vedeno pouze s jedním uchazečem.
30. S ohledem na veškeré výše uvedené skutečnosti navrhovatel konstatuje, že se zadavatel dopustil rovněž správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. d) zákona. Vzhledem k tomu, že navrhovatel výše jednoznačně dovedl, že zadavatel nenaplnil podmínky pro použití JŘBU, se zadavatel taktéž dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Podle názoru navrhovatele jsou tedy naplněny podmínky pro to, aby Úřad uložil zákaz plnění předmětných smluv v souladu s § 118 odst. 2 písm. b) zákona.

### **Hrubé porušení zákonných pravidel pro vedení JŘBU**

31. Navrhovatel uvádí, že z mediálních sdělení zadavatele je zřejmé, že JŘBU bylo zahájeno až v bezprostřední souvislosti s datem uzavření smlouvy dne 28. 8. 2016, tedy ve dni či dnech bezprostředně předcházejících. Navrhovatel však konstatuje, že ze všech souvisejících okolností je zřejmé, že zadavatel zahájil JŘBU již několik měsíců před datem uzavření smluv. Navrhovatel podotýká, že zadavatel při zahájení tohoto jednacího řízení hrubě porušil několik ustanovení zákona, když zadavatel svým jednáním hrubým způsobem porušil nejen pravidla vedení JŘBU, ale i právo na obranu proti nezákonnému postupu zadavatele stanovené zákonem. Dle názoru navrhovatele tento postup zadavatele dále zcela účelově znemožnil reálnou přezkumnou činnost Úřadu.

*JŘBU nebylo zahájeno zákonným způsobem*

32. Navrhovatel v této souvislosti uvádí, že jelikož zadavatel nemůže jednat s uchazeči o zadání veřejné zakázky jinak, než způsobem, který mu ukládá zákon (když orgán veřejné moci může činit pouze to, co mu právní předpis výslovně umožňuje), je zřejmé, že zadavatel mohl jednat s konsorciem Kapsch výhradně v rámci zadávacího řízení, zde JŘBU. Zadavatel tedy již před několika měsíci zahájil JŘBU, aniž by provedl nezbytné úkony, které zákon se zahájením JŘBU spojuje, čímž zadavatel několikanásobně hrubě porušil zákon. Dle názoru navrhovatele pak následné formální zahájení JŘBU během jediného dne 28. 8. 2016, či toho víkendu, kdy došlo k uzavření smlouvy, zadavatel provedl pouze z toho důvodu, aby účelově zabránil případným stěžovatelům podat námitky.
33. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel tak pravděpodobně porušil i § 34 odst. 2 zákona, když JŘBU nezahájil zasláním písemné výzvy konsorciu Kapsch, která by obsahovala všechny zákonné náležitosti. Zahájení tohoto JŘBU pak neuveřejnil zákonným způsobem.

*Vláda ČR neschválila významnou veřejnou zakázku před zahájením JŘBU*

34. Navrhovatel je toho názoru, že zadavatel dále hrubě porušil § 156 odst. 3 zákona, když před zahájením předmětného JŘBU, jakožto významné veřejné zakázky, nepředložil odůvodnění významné veřejné zakázky vládě ČR, ačkoliv dle § 156 odst. 3 zákona platí, že „schválení vládou je podmínkou pro zahájení zadávacího řízení“. Vláda schválila zahájení JŘBU až usnesením č. 640 ze dne 11. července 2016, přičemž navrhovatel je přesvědčen, že jednání s konsorciem Kapsch bylo zahájeno před tímto datem a ke dni schválení vládou ČR již reálně probíhalo.

*Zadavatel úmyslně uvedl v omyl Úřad*

35. Navrhovatel rovněž poukazuje na skutečnost, že zadavatel účelově uvedl v omyl Úřad, když mu zatajil vedení tohoto JŘBU v souvislosti s šetřením podnětu v první polovině srpna 2016, v důsledku čehož Úřad nezahájil správní řízení, jelikož k tomu neměl zákonné oprávnění. Dle názoru navrhovatele se tak zadavatel účelovým a úmyslným uvedením nepravdy vyhnul přezkumu svých úkonů ze strany Úřadu, jakožto nezávislého orgánu dohledu v době, kdy nezákonnému uzavření smluv ještě mohlo být efektivně zabráněno.

### **Narušení/omezení hospodářské soutěže**

36. Navrhovatel opětovně uvádí, že v březnu 2016 zaslal zadavateli svoji nabídku, která dokládá schopnost a připravenost navrhovatele plnit předmět veřejné zakázky od 1. 1. 2017.

Zadavatel tedy již od podání nabídky navrhovatele měl vědomost o existenci dalšího možného dodavatele (mimo stávajícího dodavatele Kapsch), přesto tuto skutečnost ignoroval a činil další kroky k uzavření smlouvy s konsorciem Kapsch v JŘBU. Tímto postupem zadavatel nejen hrubě poškodil konkurenční prostředí dodavatelů, ale fakticky ostatní relevantní dodavatele účelově a úmyslně ignoroval, ačkoliv, jak vyplývá z nabídky navrhovatele, byli schopni předmět veřejné zakázky splnit za výrazně nižší nabídkovou cenu, než nabídlo konsorcium Kapsch.

#### **Účelové zadání veřejné zakázky**

37. Navrhovatel poukazuje na skutečnost, že smlouvy byly uzavřeny v neděli, tedy v den pracovního klidu. Navrhovatel uvádí, že rovněž tento krok zadavatele je nutné vykládat ve světle výše uvedeného, tedy jako tendenční a účelový krok, jehož jediným účelem bylo vyloučit možnost ostatních dodavatelů (včetně navrhovatele) napadnout postup zadavatele. Jakkoliv je zřejmé, že tímto krokem zadavatel ničeho nedosáhl, neboť uzavření smlouvy v předmětném zadávacím řízení bylo učiněno v rozporu se zákonem, představuje časová lokalizace kontraktace na den pracovního klidu poslední důkaz dokládající úmysl zadavatele účelově obejít zákon a poškodit ostatní možné dodavatele, neboť v průběhu dnů pracovního klidu námitky podat (doručit) nelze.

#### **Závěrečný návrh**

38. S ohledem na veškeré výše uvedené skutečnosti navrhovatel navrhuje, aby Úřad rozhodl podle ustanovení § 118 odst. 2 písm. a) a b) zákona, tedy aby uložil zákaz plnění smluv uzavřených na veřejnou zakázku „Zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016“ s účinností ode dne nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, neboť se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona a dále se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a současně správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. d) zákona.
39. Alternativně navrhovatel navrhuje, aby z výše uvedených důvodů Úřad uložil zákaz plnění předmětných smluv a účinnost, resp. vykonatelnost tohoto zákazu odložil v minimální délce tak, aby mohlo být realizováno vhodné zadávací řízení, k čemuž je Úřad oprávněn na základě ustanovení § 74 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“). Navrhovatel dále uvádí, že odklad vykonatelnosti zákazu plnění smlouvy je rovněž možno uložit dle § 264 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), jakožto příznivější (oproti přímému zákazu plnění smlouvy bez odkladu ve smyslu § 118 odst. 2 zákona) právní úpravy pro pachatele správního deliktu (zadavatele).

### **III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

40. Úřad obdržel návrh na zákaz plnění smluv od navrhovatele dne 23. 9. 2016 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona a § 44 odst. 1 správního řádu zahájeno správní řízení ve věci návrhu na uložení zákazu plnění smluv ze dne 28. 8. 2016.
41. Účastníky řízení podle § 116 zákona jsou:
- zadavatel,
  - navrhovatel,

- o vybraný uchazeč.

42. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S0629/2016/VZ-39330/2016/522/PKř ze dne 27. 9. 2016.
43. Usnesením č. j. ÚOHS-S0629/2016/VZ-39746/2016/522/PKř ze dne 29. 9. 2016 určil Úřad vybranému uchazeči lhůtu, ve které měl pro účely usnadnění průběhu tohoto správního řízení určit společného zmocněnce, který bude oprávněn samostatně jednat pro účely správního řízení.
44. Přípisem ze dne 5. 10. 2016 vybraný uchazeč Úřadu oznámil, že společným zmocněncem, který bude oprávněn samostatně jednat pro účely tohoto správního řízení, je společnost Kapsch Telematic Services spol. s r.o., IČO 27371531, se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8, přičemž tuto skutečnost doložil plnými mocemi.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 7. 10. 2016**

45. Zadavatel ve vztahu ke svému postupu při řešení otázky výběru mýtného po ukončení smluvního vztahu s konsorciem Kapsch v plném rozsahu odkazuje na svou argumentaci, kterou uvedl ve svém vyjádření ze dne 12. 9. 2016 k podnětu sp. zn. P1148/2016/VZ a ve vyjádření ze dne 22. 9. 2016 podaným v rámci správního řízení sp. zn. S0600/2016/VZ, přičemž tato vyjádření přikládá jako přílohu aktuálního vyjádření (dále jen „předchozí vyjádření“).
46. S návrhem navrhovatele zadavatel zásadně nesouhlasí a nepovažuje ho za důvodný, neboť je přesvědčen, že k porušení zákona zadavatelem nedošlo. K jednotlivým tvrzením a argumentům navrhovatele pak zadavatel uvádí následující.

#### **K tvrzením navrhovatele o nesplnění zákonných důvodů pro užití JŘBU**

##### *K existenci dalšího možného dodavatele*

47. Zadavatel nezpochybňuje, že celosvětově existuje dokonce několik odborně způsobilých dodavatelů, kteří jsou plně schopni obecně zajistit výběr mýtného prostřednictvím svých mýtných systémů. Nicméně zadavatel se ocitl v situaci, kdy na nezbytně nutnou přechodnou dobu a ve velmi krátkém čase potřeboval zajistit výběr mýtného, a to prostřednictvím stávajícího ESVZ (pozn. Úřadu - Systém výkonového zpoplatnění), jehož podstatné součásti jsou v majetku ČR. Zadavatel proto považoval za zcela neúčelné, nevhodné a zároveň z pohledu řádného výběru mýtného za vysoce rizikové, aby za účelem tohoto přechodného řešení pořizoval nový systém nebo aby stávající hlavní části ESVZ podstatným způsobem měnil, nahrazoval či upravoval.
48. Zadavatel uvádí, že navrhovatel ve své nabídce netvrdil, že je technicky schopen poskytovat zadavateli služby stávajícího ESVZ v jeho stávající podobě, nýbrž navrhoval k určitým vybraným prvkům stávajícího ESVZ implementovat svůj vlastní centrální systém a související subsystémy. Ze samotné nabídky navrhovatele pak dle zadavatele jednoznačně vyplývá nesprávnost tvrzení navrhovatele, že je jednoznačně schopen poskytovat zadavateli ty služby, které zadavatel poptával v rámci šetřeného JŘBU, tj. služby provozu stávajícího ESVZ.
49. Zadavatel dále ve svém vyjádření uvádí další nedostatky nabídky navrhovatele a aspekty, jimiž je nabídka navrhovatele podmíněna, především pak ve vztahu k poskytnutí součinnosti ze strany zadavatele, kterou však zadavatel bez součinnosti konsorcia Kapsch

není schopen navrhovatel poskytnout. Dle zadavatele navrhovatel svou nabídkou zadavateli potvrdil zjištění, že není technicky možné zajistit poskytování služeb provozu ESVZ v jeho aktuální podobě navrhovatelem, potažmo jiným odborně způsobilým dodavatelem.

*K údajně zavádějícímu způsobu položení otázky znalci*

50. Zadavatel je názoru, že dotaz položený znalci tak, jak navrhuje navrhovatel, by byl zcela nesmyslný, neboť znalec by se musel primárně vyjadřovat nikoliv k technickým důvodům, nýbrž k časovým a právním aspektům toho, kdy by dodavatelé reálně mohli s přípravou svého řešení začít. Dle názoru zadavatele by znalec, s ohledem na skutečnost, že by oslovení širšího okruhu dodavatelů nepochybně vyžadovalo realizaci standardního zadávacího řízení, musel dospět k závěru, že z časových důvodů není možné k 1. 1. 2017 uspokojit potřebu zadavatele.

*K zavinění důvodů pro použití JŘBU ze strany zadavatele*

51. Zadavatel ve vztahu k uvedené námitce plně odkazuje na argumentaci obsaženou v předchozích vyjádřeních, ve kterých se obšírně vyjadřuje k otázce, zda důvody pro zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU způsobil sám, a to jak v minulosti při zadání původní veřejné zakázky na dodávku a provoz mýtného systému, tak i v posledním období při hledání vhodného řešení výběru mýtného.
52. Zadavatel je přesvědčen, že situace, ve které se ocitl, není v rozporu s právními závěry NSS, které jsou obsaženy v rozsudku NSS sp. zn. 5 Afs 42/2012, jímž argumentuje navrhovatel, když NSS zde dovodil, že zadavatelé nesmějí výhradní práva vytvořit o své vůli a vědomě předchozím uzavřením smlouvy, přičemž uvedený závěr lze dle zadavatele zcela jistě vztáhnout i na tzv. technickou jedinečnost. Zadavatel již v předchozích vyjádřeních doložil, že taková vůle, vědomí ani zlý úmysl při přípravě původního zadávacího řízení nepochybně neexistovaly.

*K nákladnějšímu řešení vybraného uchazeče, resp. k nedosažení finanční úspory*

53. Zadavatel považuje argument navrhovatele, že nejsou splněny zákonné důvody pro užití JŘBU, neboť řešení konsorcia Kapsch je nákladnější, za zcela irelevantní, neboť finanční aspekt není z hlediska posouzení zákonnosti JŘBU ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona prvořadý a ani v šetřeném případě nebyl zcela rozhodující. Zadavatel uvádí, že i kdyby byla nabídková cena konsorcia Kapsch výrazně vyšší než nabídková cena konkurenčních dodavatelů, neměla by tato skutečnost žádný vliv na posouzení existence technických důvodů pro zadání veřejné zakázky v JŘBU.
54. Ve vztahu k nabídce navrhovatele zadavatel uvádí, že ačkoliv v nabídce z března 2016 je uvedena cena 1,5 mld. Kč bez DPH ročně za poskytování služeb ze strany navrhovatele, zůstává otázkou, jakou cenu by navrhovatel skutečně nabídl ve vztahu ke konkrétnímu předmětu plnění v hypotetickém případě, kdy by existoval zákonný důvod, pro který by zadavatel mohl vyzvat navrhovatele k podání nabídky na dočasné poskytování služeb spojených s provozem ESVZ. Zadavatel dodává, že o nezávazných proklamacích navrhovatele v souvislosti s nabídkovou cenou má důvodné pochybnosti.
55. Zadavatel pro úplnost uvádí, že nabídkovou cenu konsorcia Kapsch nechal prověřit prostřednictvím dvou soudních znalců, kteří dospěli k závěru, že nabídková cena konsorcia Kapsch není v rozporu se závaznými podmínkami § 12 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku

České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o majetku ČR“).

*K souladu nabídky navrhovatele s technickým posouzením znalce*

56. Zadavatel v první řadě uvádí, že tvrzení navrhovatele, že nejsou splněny zákonné důvody pro užití JŘBU, neboť navrhovatel je ve své nabídce v plném souladu s technickým znaleckým posouzením, když svým řešením nabízí nahradit ty části systému, které znalec označil za provozovatelné pouze konsorciem Kapsch, není ničím podloženo a lze je vnímat pouze jako nezávazný a neprokázaný názor, nikoliv např. jako závěr nezávislého znaleckého přezkoumání.
57. Zadavatel rovněž upozorňuje, že rizika výpadků příjmu z mýtného či úplné nefunkčnosti mýtného systému, bezpečnostní rizika či rizika vyplývající z případných dílčích rozporů s platným právním řádem ČR při realizaci ve zbývajícím čase do 1. 1. 2017 byla velmi vysoká a pro zadavatele nepřijatelná. Proto zadavatel důvodně a dle jeho názoru legitimně rozhodl o tom, že požaduje zajistit výběr mýtného v přechodném období prostřednictvím stávajících částí ESVZ v majetku ČR.
58. Na základě výše uvedeného zadavatel považuje jednotlivá tvrzení navrhovatele ve vztahu k nenaplnění zákonných důvodů pro užití JŘBU za nesprávná a zcela nedůvodná. Zadavatel v této souvislosti uvádí, že pro zadání šetřené veřejné zakázky svědčily technické důvody ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Zadavatel jím stanovený předmět plnění nechal znalecky přezkoumat dvěma soudními znalci z hlediska, zda toto plnění může v dané situaci realizovat širší okruh dodavatelů, a v souladu s rozhodovací praxí správních soudů bylo toto řešení následně posouzeno i po právní stránce dvěma renomovanými advokátními kancelářemi. S ohledem na skutečnost, že z jednotlivých posudků vyplynuly relevantní technické důvody, pro které nemohl předmět plnění realizovat bez zásadních a nepřijatelných rizik na zachování funkčnosti ESVZ jiný dodavatel, než konsorcium Kapsch, se zadavatel domnívá, že byl oprávněn vyzvat k podání nabídky v rámci JŘBU právě a výlučně tohoto konkrétního dodavatele.

#### **K tvrzením navrhovatele ohledně zákazu uzavření smlouvy v tzv. blokační lhůtě**

*K porušení zákazu uzavřít smlouvu v blokační lhůtě založené námitkami proti všem úkonům zadavatele*

59. Zadavatel je přesvědčen, že ustanovení § 110 zákona neumožňuje podávání blanketních „pro futuro“ námitek proti neexistujícímu, možná až někdy v budoucnu učiněnému úkonu zadavatele. Uvedenému názoru zadavatele ostatně svědčí i ustanovení § 110 odst. 7 zákona, které stanoví, že námitky stěžovatele musí explicitně uvádět, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona, přičemž tuto podmínku není dle zadavatele možno naplnit bez existence samotného úkonu zadavatele a bez toho, aby se stěžovatel s obsahem tohoto úkonu seznámil a identifikoval, v čem konkrétně spatřuje rozpor se zákonem. Dle zadavatele pak z uvedeného vyplývá jednoznačný závěr, že blanketní podání, kterým dodavatel brojí proti nezákonnosti dosud neexistujícího úkonu zadavatele, z podstaty věci nemá a nemůže mít charakter námitek ve smyslu § 110 zákona.
60. Zadavatel je toho názoru, že nijak nepochybil, pokud se v šetřeném případě takovými blanketními podáními navrhovatele nezabýval a formálně je nevypořádal, neboť zákon

neukládá zadavatelům žádný závazný postup pro vypořádání písemných podání dodavatelů, která nemají charakter zákonem předvídaného úkonu.

*K porušení zákazu uzavřít smlouvu v blokační lhůtě založené rozhodnutím o výběru a možnosti podat námitky proti rozhodnutí o výběru*

61. Zadavatel nijak nezpochybňuje, že kterýkoliv dodavatel, který splňuje definiční podmínky § 110 odst. 1 zákona, může podat námitky proti všem úkonům zadavatele, a tedy i proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, a to za předpokladu, že se o takovém rozhodnutí zadavatele dozví, na což však nemá právní nárok. V tomto případě se však jedná o námitky v režimu § 110 odst. 2 zákona, nikoliv o námitky v režimu § 110 odst. 4, 6 a 8 zákona, což má pro posouzení celé věci zásadní význam, neboť zákon totiž v této záležitosti spojuje zákaz uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky výlučně s uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ve smyslu § 110 odst. 4 zákona, přičemž tyto námitky je oprávněn podat pouze velmi omezený okruh osob. V šetřeném případě pak touto osobou bylo konsorcium Kapsch, které se však práva na podání těchto námitek písemně vzdalo, čímž lhůta pro podání pro podání námitek ve smyslu § 110 odst. 8 zákona uplynula, a rovněž tak i blokační lhůta.

#### **K tvrzením navrhovatele ohledně porušení zákonných pravidel pro vedení JŘBU**

*K nezákonnému způsobu zahájení JŘBU*

62. Zadavatel považuje domněnku navrhovatele za zcela nesprávnou, přičemž k tomu uvádí, že zadavatel i ŘSD (pozn. Úřadu – Ředitelství silnic a dálnic), jakožto provozovatel stávajícího ESVZ, s konsorciem Kapsch jedná jako se svým obchodním partnerem o celé řadě otázek spojených s provozem a vývojem ESVZ průběžně po celou dobu trvání vzájemného smluvního vztahu, což je zcela logické a důvodné. Tato jednání však nikdy nebyla jednáními o konkrétním předmětu plnění konsorcia Kapsch a o ceně za toho plnění, o konkrétních obchodních a technických podmínkách, s výjimkou případů, kdy se jednalo o záležitosti, které byly formalizovány v jednotlivých jednacích řízeních bez uveřejnění po dobu provozu ESVZ.
63. Zadavatel uvádí, že poté, co vláda ČR schválila odůvodnění předmětné veřejné zakázky, započal s předběžnými konzultacemi s konsorciem Kapsch, které měly vést k dopracování zadávacích podmínek do takové podoby, aby bylo konsorcium Kapsch schopno podat řádnou nabídku. Dle zadavatele jsou takové konzultace před zahájením JŘBU v praxi zcela běžné, přičemž zadavatel dodává, že tato běžná praxe je v ZZVZ výslovně definována jako předběžné tržní konzultace [srov. § 33 ZZVZ].
64. Zadavatel uvádí, že bez ohledu na tyto konzultace bylo předmětné JŘBU zahájeno až dne 27. 8. 2016, kdy byla konsorciu Kapsch předána písemná výzva k jednání v rámci JŘBU, a to se všemi náležitostmi.

*K neschválení významné veřejné zakázky vládou ČR před zahájením JŘBU*

65. Zadavatel odkazuje na předchozí obsah vyjádření, v němž dokazuje, že k zahájení předmětného zadávacího řízení došlo až na základě výzvy k jednání ze dne 27. 8. 2016, zatímco vláda ČR schválila nezbytná odůvodnění usnesením č. 640 již dne 11. 7. 2016.



*K úmyslu zadavatele uvést v omyl Úřad*

66. Zadavatel v této souvislosti odkazuje na předchozí obsah vyjádření a opakuje, že k porušení zákona ani k uvedení Úřadu v omyl ohledně zahájení JŘBU nedošlo a dojít nemohlo.

**K tvrzením navrhovatele ohledně hrubého narušení/omezení hospodářské soutěže, ignorování nabídky navrhovatele**

67. Zadavatel se s tvrzením navrhovatele neztotožňuje, neboť existují řádně doložené technické důvody, pro které nebylo možné zadat předmětnou veřejnou zakázku jinému dodavateli, než je stávající dodavatel ESVZ a poskytovatel služeb spojených s jeho provozem, tj. konsorcium Kapsch. Zadavatel uvádí, že v takovém případě právní předpisy umožňují zadat takovému dodavateli veřejnou zakázku v JŘBU, přičemž tímto zákonným postupem nemůže být nezákonně omezeno konkurenční prostředí dodavatelů, či nedovoleně narušena hospodářská soutěž.
68. Zadavatel opětovně uvádí, že nabídka navrhovatele nemá charakter závazného návrhu smlouvy, a dodává, že neexistuje zákonný postup, na základě kterého by zadavatel mohl akceptovat nabídku navrhovatele či navrhovatele přímo vyzvat k podání řádné nabídky mimo rámec standardního, tj. jiného než JŘBU, zadávacího řízení.

**K tvrzením navrhovatele ohledně účelového postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky**

69. Zadavatel uvádí, že námitka navrhovatele v souvislosti s porušením „obvyklých postupů“ či interních předpisů nemůže mít charakter porušení zákona o veřejných zakázkách, a je tedy mimo rámec přezkumné pravomoci Úřadu. Uvedená tvrzení navrhovatele v této souvislosti proto zadavatel považuje ve vztahu k návrhu za irelevantní.
70. K údajné tendenčnosti a účelovosti svého postupu zadavatel uvádí, že účelový a šikanózní postup naopak spatřuje v jednání navrhovatele spočívající v podání právně zcela irelevantní „nabídky“ na převzetí výběru mýtného systému, byť mediálně líbivé, nebo v každodenním podávání blanketních, právně rovněž irelevantních „námitek“ proti nezákonnému postupu zadavatele. Zadavatel uvádí, že v době dokončení zadávacích podmínek na předmětnou veřejnou zakázku byl v situaci, kdy mu, pakliže chtěl řádně plnit své povinnosti vyplývající ze zákona o pozemních komunikacích, fakticky při vědomí šikanózního postupu navrhovatele nezbylo nic jiného, než realizovat zadávací řízení v termínu, který původně nezamýšlel a který by jinak za standardních okolností nezvolil.

**K případným důvodům hodným zvláštního zřetele, spojeným s veřejným zájmem, které vyžadují pokračování plnění smlouvy**

71. V souladu s povinností zadavateli uloženou ustanovením § 114 odst. 6 zákona zadavatel ve svém vyjádření dále označuje důvody zvláštního zřetele hodné, spojené s veřejným zájmem, vyžadující pokračování plnění obou smluv na plnění předmětné veřejné zakázky, pro které by Úřad neměl uložit zákaz jejich plnění, pokud by přes shora uvedené argumenty shledal na straně zadavatele porušení zákona, způsobilé k uložení takového zákazu.

*Veřejný zájem na dodržení zákonné povinnosti zadavatele a ŘSD zajistit provozování systému elektronického mýtného a vybírat mýtné za užívání stanovených pozemních komunikací silničními motorovými vozidly nejméně se čtyřmi koly, jejichž největší povolená hmotnost činí více než 3,5 t, ve smyslu § 22 a násl. zákona o pozemních komunikacích*

72. Zadavatel uvádí, že v současné době je jediným technickým a právním řešením, které zadavateli umožní splnit zákonnou povinnost vyplývající z § 22 a násl. zákona č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích (dále jen „zákon o pozemních komunikacích“), zachování provozu stávajícího ESVZ na základě komplexních služeb zajišťovaných konsorciem Kapsch, jakožto systémovým integrátorem. Vzhledem k tomu, že pro zajištění řádného plnění zákonných povinností zadavatele je nezbytné zajistit všechny činnosti, které jsou definovány jako předmět plnění předmětné veřejné zakázky, nelze dle zadavatele dovodit, že by důvody zvláštního zřetele hodné byly dány pouze ve vztahu k části plnění. Ačkoliv zadavatel připouští, že některé dílčí služby teoreticky mohou poskytovat jiné osoby, jsou tyto služby neoddělitelné od celku, který zajišťuje konsorcium Kapsch v roli hlavního dodavatele a zároveň systémového integrátora, který vůči zadavateli odpovídá za řádné poskytování služeb jako celku, proto ani z tohoto hlediska nelze dovodit, že by důvody zvláštního zřetele hodné byly dány pouze ve vztahu k části plnění.

*Veřejný zájem na zajištění řádného a včasného vypořádání pohledávek fyzických a právnických osob na vrácení kaucí a předplaceného mýtného*

73. Zadavatel konstatuje, že Smlouva o službách neřeší dostatečným způsobem činnost konsorcia Kapsch při ukončení poskytování služeb ve vztahu k vrácení kaucí za vydané OBU jednotky (pozn. Úřadu – palubní jednotky) a ve vztahu k vrácení předplaceného mýtného v tzv. režimu „pre-pay“. Dle zadavatele zejména v případě ukončení provozu ESVZ jako celku hrozí, že tyto pohledávky fyzických a právnických osob by byly zadavatelem, resp. ŘSD bez součinnosti konsorcia Kapsch vypořádávány velmi složitě, po velmi dlouhou dobu a se značnými dodatečnými náklady.

*Veřejný zájem na naplnění zákonné povinnosti zadavatele a ŘSD zajistit bezplatné poskytnutí OBU jednotky a zajistit faktické naplnění zákonného ustanovení o propadnutí nespotřebovaných finančních prostředků na předplaceném mýtném od 14. listopadu 2016*

74. Zadavatel uvádí, že bez potřebné dodávky nových OBU jednotek zadavatel, resp. ŘSD nebude schopno zajistit plnění povinnosti vyplývající z § 22c odst. 1 písm. c) zákona o pozemních komunikacích, a to již na podzim roku 2016, což může mít mj. zásadní dopad na provoz těžké kamionové tranzitní dopravy přes ČR, kdy se zejména nové kamiony, dosud nevybavené OBU jednotkou, budou pohybovat po území ČR bez úhrady mýtného a pravděpodobně ve zvýšeném počtu. Uvedené bude mít dle zadavatele rovněž negativní dopad i na činnost Celní správy, která kontroluje dodržování mýtné povinnosti, a způsobí zřejmě i chaos v mýtném systému jako celku, zejména v evidování nelegálního pohybu vozidel po zpoplatněných pozemních komunikacích.

*Veřejný zájem na naplnění právních předpisů Evropské unie o povinné implementaci EETS ve smyslu Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/52/ES, Rozhodnutí Komise 2009/750/ES a § 22 a násl. zákona o pozemních komunikacích*

75. Zadavatel uvádí, že ČR je povinna implementovat EETS (pozn. Úřadu - Evropská služba elektronického mýta) ve smyslu Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/52/ES a v souladu s Rozhodnutím Komise č. 2009/750/ES, přičemž ČR je již v prodlení s plněním této povinnosti. Další zdržení implementace EETS může vyvolat řízení u Soudního dvora proti ČR pro porušení povinnosti stanovené právem EU. V konečném důsledku pak mohou být ČR uděleny vysoké finanční sankce. Zadavatel dodává, že ČR se příslibem urychlené implementace EETS do září roku 2017 prozatím vyhnula řízení u Soudního dvora a řízení pro porušení Smlouvy o fungování Evropské unie, vedené Evropskou komisí, bylo zastaveno. Další případné zdržení by s největší pravděpodobností vyvolalo obnovení tohoto řízení u Evropské komise a následné řízení u Soudního dvora, na jehož základě by ČR mohla být uložena značně vysoká pokuta.
76. Zadavatel dále uvádí, že nedojde-li k odstranění porušení práva EU ani v návaznosti na případný odsuzující rozsudek Soudního dvora, může Komise v souladu s čl. 260 odst. 2 Smlouvy o fungování Evropské unie navrhnout Soudnímu dvoru uložení pokuty vůči ČR v podobě paušální částky nebo penále. Vzhledem k tomu, že porušení unijního práva trvá již od října 2012 (pozn. Úřadu – povinnost implementace EETS měla být splněna dne 6. října 2012), byla by s největší pravděpodobností ČR uložena značně vysoká pokuta. Zadavatel v této souvislosti podotýká, že minimální paušální částka je v případě ČR aktuálně stanovena na 1 736 000 EUR, přičemž výše penále za každý den prodlení může činit i několik desítek tisíc EUR.

*Veřejný zájem na otevření významného tržního segmentu širšímu okruhu odborně způsobilých dodavatelů při současném zajištění bezporuchového a nepřetržitého provozu mýtného systému do doby realizace nového řešení výběru mýtného*

77. Zadavatel uvádí, že jedním z hlavních účelů předmětné veřejné zakázky je odstranit překážky předatelnosti mýtného systému jiným odborně způsobilým dodavatelům a zajistit poskytnutí potřebné součinnosti konsorcia Kapsch při předání mýtného systému nově vybranému dodavateli. Zadavatel upozorňuje, že pokud by toto plnění nebylo s konsorciem Kapsch smluvně sjednáno, znamenalo by to v konečném důsledku budoucí nepoužitelnost příslušného majetku ČR pro výběr mýtného v dalším období a zmaření investic do údržby a obnovy tohoto majetku. Předmětnou veřejnou zakázkou se dle zadavatele zároveň otevře prostor pro rozšíření počtu technických řešení budoucího výběru mýtného, což povede k širšímu okruhu dodavatelů a k výhodnějším nabídkám pro ČR v rámci příslušného zadávacího řízení, a rovněž v konečném důsledku dojde k otevření hospodářské soutěže na trhu provozovatelů mýtných systémů.

*Veřejný zájem na budoucí realizaci transparentního a nediskriminačního zadávacího řízení, které umožní co nejširšímu okruhu odborně způsobilých dodavatelů zajišťovat výběr mýtného i prostřednictvím stávajícího ESVZ, nebo jeho částí, spolu se zájmem na omezení konkurenční výhody konsorcia Kapsch na minimální možnou úroveň pro dosažení co nejvýhodnějších nabídek v zadávacím řízení*

78. Zadavatel uvádí, že předmětná veřejná zakázka umožní realizaci transparentního a nediskriminačního zadávacího řízení, v němž bude konkurenční výhoda konsorcia Kapsch, jakožto dosavadního dodavatele a poskytovatele služeb provozu ESVZ, velmi významně omezena. Bez sjednané součinnosti a odstranění překážek předatelnosti mýtného systému by byla využitelnost ESVZ buď velmi omezena (prakticky pouze na konsorcium Kapsch), nebo úplně vyloučena. Dle zadavatele z uzavřeného dodatku č. 1 již nyní vyplývá významné omezení konkurenční výhody konsorcia Kapsch. Zadavatel dodává, že v rámci zadávacího řízení budou mít ostatní uchazeči přístup ke kompletní dokumentaci ESVZ a bude jim (stejně jako konsorciu Kapsch), garantována možnost založení jejich technického řešení na stávajícím majetku ČR s tím, že budou mít zajištěno odborné seznámení s mýtným systémem včetně zaškolení.

*Veřejný zájem na hospodárném využití majetku ČR – mýtného systému s účetní hodnotou cca 7 mld. Kč*

79. Zadavatel uvádí, že v původním zadávacím řízení zvolil dodavatelský model mýtného systému, což ostatně odpovídá i platné právní úpravě zákona o pozemních komunikacích. Zadavatel tak v rámci dosavadní zakázky a dodatečných veřejných zakázek souvisejících pořídil do vlastnictví ČR části ESVZ v celkové účetní hodnotě cca 7 mld. Kč. Tento majetek je pravidelně udržován, opravován a obnovován, proto jeho reálná hodnota v čase v zásadě neklesá. Zadavatel uvádí, že uložení zakazu plnění uzavřených dodatků by fakticky znamenalo ukončení provozu celého ESVZ nejpozději k 31. 12. 2016, přičemž následné opětovné uvedení ESVZ do provozu nově vybraným dodavatelem by bylo s největší pravděpodobností velmi obtížné, resp. prakticky nereálné, a to např. z důvodu ukončení propojení systému se stávajícími subdodavateli a systémy, které nejsou v majetku ČR. Investice zadavatele do pravidelné údržby a obnovy tohoto majetku by tak byla z velké části zmařena. Zadavatel upozorňuje, že využitelnost jednotlivých komponent mýtného systému pro jiné účely je značně omezena, proto by zadavatel musel vynaložit značné finanční prostředky na demontáž a likvidaci majetku v souladu s postupy stanovenými zákonem o majetku ČR.

*Veřejný zájem na udržitelném rozsahu provozu těžké kamionové dopravy na páteřních pozemních komunikacích v ČR*

80. Zadavatel uvádí, že uložení zakazu plnění předmětných dodatků a ukončení provozu ESVZ k 31. 12. 2016 bez náhradního řešení, přičemž zavedení náhradního řešení již není ve zbývajícím čase reálné, s vysokou mírou pravděpodobnosti povede okamžitě k výraznému zvýšení četnosti tranzitní kamionové dopravy na území ČR, a to až do doby realizace nového řešení výběru mýtného na základě v budoucnu provedeného zadávacího řízení. Důvodem je zejména skutečnost, že všechny okolní státy disponují funkčním mýtným systémem, a rovněž strategická poloha ČR jakožto dopravní křižovatky ve střední Evropě. Nadnárodní dopravci proto z ekonomických důvodů nepochybně odkloní své tranzitní kamiony z dosavadních

souběžně vedených tras i v případech, kdy by to dosud nebylo ekonomicky výhodné. Zadavatel své tvrzení opírá o studii Ing. Ondřeje Zaorala, Ph.D., předního odborníka na mýtné systémy a evropskou mýtnou interoperabilitu, z níž rovněž cituje.

81. Zadavatel dále uvádí, že toto zvýšení provozu těžké nákladní dopravy sebou zároveň přinese vyšší míru opotřebení páteřních pozemních komunikací a podstatné zhoršení životního prostředí a emisní zátěže obyvatel žijících v nejbližším okolí tranzitních tras, neboť dle Ing. Zaorala budou do ČR ve větší míře jezdit zejména starší těžká vozidla s nižší emisní třídou.

*Veřejný zájem na zachování nepřetržitého výběru mýtného v řádu 8 – 10 mld. Kč ročně*

82. Zadavatel uvádí, že ačkoliv je tento veřejný zájem čistě ekonomického charakteru, je z hlediska dokládáných veřejných zájmů zájmem zcela zásadním. Zadavatel je přesvědčen, že v šetřeném případě jsou dány výjimečné okolnosti ve smyslu § 118 odst. 3 zákona, kdy by zákaz plnění předmětných dodatků vedl k nepřiměřeným důsledkům, které jsou v některých případech provázány s ostatními shora uvedenými veřejnými zájmy.

83. Dle názoru zadavatele by byl nepřiměřeným důsledkem výpadek příjmů z mýtného na období cca 2-3 let, tj. ve výši až 30 mld. Kč. Zadavatel podotýká, že výnosy z mýtného jsou příjmem Státního fondu dopravní infrastruktury, přičemž fond svých příjmů využívá ve prospěch rozvoje, výstavby, údržby a modernizace silnic a dálnic, železničních dopravních cest a vnitrozemských vodních cest, proto nemůže být pochyb, že finanční prostředky, které jsou vybírány formou mýtného, jsou vybírány ve veřejném zájmu, jímž je mj. péče o pozemní komunikace v ČR. Z Výroční zprávy ŘSD za rok 2015 vyplývá, že celkový objem vybraného mýtného činí cca 9,7 mld. Kč, přičemž lze přepokládat, že v následujících třech letech se bude objem vybraného mýtného pohybovat kolem 10 mld. Kč ročně. Po odečtení nákladů na zajištění provozu mýtného systému pak mohou finanční prostředky určené k naplnění shora uvedeného veřejného zájmu v následujících 3 letech činit minimálně 25 mld. Kč. Zadavatel v této souvislosti konstatuje, že ve vztahu k celkovým finančním prostředkům investovaným do údržby a oprav pozemních komunikací ve vlastnictví ČR jde o finanční prostředky zcela zásadní. Zadavatel rovněž podotýká, že výpadek příjmů z mýtného nelze nahradit ani např. znovuoobením dálničních kuponů, přičemž v této souvislosti odkazuje na studii Ing. Zaorala, a rovněž této možnosti brání důvody legislativní.

84. Zadavatel rovněž upozorňuje na další nepřiměřené důsledky způsobené uložením zákazu plnění předmětných dodatků, jimiž je finanční sankce ze strany Evropské unie z důvodů nezavedení EETS, nutnost vynaložení dodatečných nákladů v souvislosti s ukončením provozu ESVZ, zmaření vynaložených nákladů na údržbu a obnovu ESVZ a podstatné omezení investic do údržby a oprav pozemních komunikací ČR a s tím související ekonomické ztráty v důsledku horší propustnosti dálniční a silniční sítě (horší technický stav pozemních komunikací, zvýšená hustota provozu tranzitní kamionové dopravy), resp. nutnost přesunu finančních prostředků na tyto investice z jiných kapitol státního rozpočtu, a tedy omezení investic do jiných potřebných projektů

*Porovnání protichůdných veřejných a jiných partikulárních zájmů*

85. V souladu s právními závěry nálezu Ústavního soudu ČR ze dne 28. 6. 2005, sp. zn. Pl. ÚS 24/04, zadavatel porovnává shora uvedené veřejné zájmy s partikulárními zájmy, které v šetřeném případě, pokud Úřad shledá ve vztahu k předmětné veřejné zakázce postup

zadavatele nezákonným, teoreticky mohou svědčit ve prospěch uložení zakazu plnění smluv a to (1) veřejný zájem na zákonném zadání veřejné zakázky na zajištění výběru mýtného v souladu se zákonem, a (2) soukromý zájem navrhovatele a případně dalších odborně způsobilých dodavatelů na poskytování dodávek a služeb v souvislosti se zajištěním výběru mýtného, a tedy na realizaci zisku.

86. Zadavatel k tomu uvádí, že veřejný zájem na zákonném zadání předmětné veřejné zakázky je univerzálním veřejným zájmem, aplikovatelným v kterékoliv veřejné zakázce, přesto samotná existence tohoto veřejného zájmu dle zadavatele není důvodem, pro který by nemohlo být umožněno v určitém případě pokračování plnění smluv, pokud ostatní veřejné zájmy v porovnání s tímto veřejným zájmem převyšují, a pokud zároveň konkrétní okolnosti případu nasvědčují tomu, že intenzita porušení veřejného zájmu na realizaci zákonného postupu není vysoká. Zadavatel se domnívá, že jím uvedené veřejné zájmy jednoznačně převyšují protichůdný veřejný zájem na dodržení postupů stanovených zákonem, přestože matematické vyjádření porovnání hodnoty a intenzity těchto veřejných zájmů samozřejmě možné není.
87. Dle názoru zadavatele zejména veřejné zájmy na zajištění dostatečných příjmů na údržbu a opravy pozemních komunikací v řádu desítek miliard Kč, na zajištění udržitelného provozu na pozemních komunikacích a související ochraně životního prostředí před neúměrně zvýšeným pohybem neekologických starších typů kamionů, na naplnění povinností stanovených zákonem o pozemních komunikacích, na splnění unijních povinností a na řádném a hospodárném nakládání s majetkem ČR jsou zcela zásadní, přičemž intenzita všech těchto zájmů je v šetřeném případě velmi vysoká.
88. Zadavatel je rovněž přesvědčen, že zájem navrhovatele a ostatních případných dodavatelů na získání předmětné veřejné zakázky je zájmem čistě soukromým, který v žádném případě nemůže vyrovnat veřejné zájmy shora uvedené a jejich vysokou intenzitu. V této souvislosti zadavatel opětovně uvádí, že právě předmětnou veřejnou zakázkou významným způsobem otevře daný segment trhu a umožní širší varianty technického řešení budoucího výběru mýtného, což je v konečném důsledku rovněž ve prospěch ostatních odborně způsobilých dodavatelů.
89. S ohledem na vše shora uvedené je zadavatel přesvědčen, že doložené důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem svědčí ve prospěch neuložení zakazu plnění uzavřených dodatků a jejich intenzita významně převyšuje nad opačnými zájmy, které by případně mohly svědčit ve prospěch uložení zakazu plnění uzavřených dodatků.

#### **Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 7. 10. 2016**

90. Vybraný uchazeč zásadně nesouhlasí s tvrzeními navrhovatele v návrhu obsaženými, přičemž k jednotlivým námitkám navrhovatele uvádí následující.

#### **K tvrzením navrhovatele o nesplnění zákonných důvodů pro užití JŘBU**

*K existenci dalšího možného dodavatele*

91. Vybraný uchazeč nerozporuje skutečnost, že navrhovatel je úspěšným dodavatelem a provozovatelem mýtného systému v rámci Slovenské republiky. Na druhou stranu však vůbec nesouhlasí s myšlenkovými pochody navrhovatele, který pouze na základě podání nabídky a na základě svých zkušeností s působením při elektronickém výběru mýta ve zcela

jiných státech mimo ČR a bez konkrétních a detailních znalostí elektronického systému výběru mýta v ČR dovozuje, že by mohl být ve vztahu k předmětné veřejné zakázce kvalifikovaným dodavatelem, který by navíc řádně a včas převzal od stávajícího dodavatele - vybraného uchazeče - stávající mýtný systém a v průběhu 3 měsíců by byl připraven zajistit jeho bezvadné provozování. Navrhovatelem uváděné skutečnosti vybraný uchazeč považuje za bezobsažné proklamace, které nelze brát jakkoliv v potaz, neboť takto proklamativní a bezobsažně postavenou nabídku navrhovatele by totiž v podstatě mohl podat jakýkoliv subjekt na trhu a tvrdit, že je schopen provozování mýtného systému převzít.

92. Ačkoliv vybranému uchazeči není znám vlastní obsah nabídky navrhovatele, z informací obsažených v návrhu navrhovatele má vybraný uchazeč za to, že představou navrhovatele nebylo převzít provozování stávajícího mýtného systému od dosavadního dodavatele - vybraného uchazeče, k čemuž by bezpochyby součinnost vybraného uchazeče nutně potřeboval, ale nabídnout zadavateli navrhovatelem preferovaný a standardně jím dodávaný systém výkonového zpoplatnění komunikací, který by ovšem nikterak (s výjimkou využití stávající mikrovlnné technologie a komponentů, včetně palubních jednotek, které jsou ve vlastnictví České republiky) nebyl kompatibilní se stávajícím mýtným systémem. Dle názoru vybraného uchazeče tak navrhovatel nabízel zadavateli dodávku nového mýtného systému, založenou zejména na kompletní výměně jeho jádra, tj. centrálního systému, jehož prostřednictvím by pak navrhovatel zajistil výběr mýtného v ČR. Tento postup pak ovšem dle názoru vybraného uchazeče nemohl naplňovat představy a požadavky zadavatele, který požadoval nikoli dodávku nového mýtného systému, nýbrž pouze službu zajištění provozu stávajícího mýtného systému, a to po dobu, v níž bude schopen připravit otevřené zadávací řízení na nového provozovatele mýtného systému. Na základě výše uvedeného tak má vybraný uchazeč za to, že tvrzení navrhovatele o jeho kvalifikovanosti ohledně plnění předmětu veřejné zakázky je zcela mylné.

*K údajně zavádějícímu způsobu položení otázky znalci*

93. Vybraný uchazeč konstatuje, že návrh navrhovatele na obměnu znalecké otázky je zcela nevhodný a protiřečící potřebě zadavatele zajistit provozování stávajícího mýtného systému a ne dodávku jakéhokoliv jiného systému, což navrhovatel účelově podsouvá. Naopak dle zkušeností vybraného uchazeče byla znalecká otázka zadavatelem formulována zcela správně a přiléhavě potřebám zadavatele.

*K zavinění důvodů pro použití JŘBU ze strany zadavatele*

94. Vybraný uchazeč předně podotýká, že navrhovatel mylně interpretuje smluvní ujednání mezi zadavatelem a konsorciem Kapsch, na jehož základě je nyní konsorciem Kapsch mýtný systém provozován. Vybraný uchazeč poukazuje na skutečnost, že dané smluvní ujednání obecně ujednání o exitu stávajícího provozovatele a předání mýtného systému obsahuje, nicméně v takovém rozsahu, že pokud by nyní došlo k předání mýtného systému zadavateli, nemohl by tento sám či prostřednictvím třetího subjektu zaručit jeho další provozuschopnost. Daná skutečnost je dána tím, že před 10 lety, kdy bylo dané smluvní ujednání uzavřeno, nebylo možné předvídat, že fungování mýtného systému v podmínkách České republiky bude vyžadovat specifický přístup konsorcia Kapsch k plnění uzavřených smluv se zadavatelem a vytváření nadstavbových systémů, jejichž prostřednictvím je nyní fungování mýtného systému zajišťováno.

95. Vybraný uchazeč podotýká, že v průběhu 10 let, po dobu kterých docházelo k ucelenému vytváření nadstavbových systémů, se kterými nutně souvisí vznik propojených software, několika dílčích patentů a rovněž know-how týkající se zajištění obslužnosti mýtného systému, objektivně nebylo možné vymezení detailního exitového systému zajistit. Technická jedinečnost díla vznikala v průběhu celé doby fungování mýtného systému a na tuto technickou jedinečnost nebylo objektivně možné ze strany zadavatele reagovat. Během realizace mýtného systému vybraným uchazečem se tak postupně vytvářely předpoklady pro využití postupu předepsaného v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, tedy zadání veřejné zakázky, která může být splněna z technických důvodů a z důvodů ochrany výhradních práv pouze určitým dodavatelem, a to vybraným uchazečem, aniž by na této skutečnosti a situaci zadavatel nesl jakékoliv vlastní zavinění či zapříčinění.

*K nákladnějšímu řešení vybraného uchazeče, resp. k nedosažení finanční úspory*

96. Ačkoliv vybranému uchazeči není znám obsah nabídky navrhovatele, vybraný uchazeč konstatuje, že dle jeho názoru je vyčíslení odměny za zajištění provozu mýtného systému ze strany navrhovatele zcela nerelevantní. Vybraný uchazeč vychází z toho, že navrhovateli nebyly známy podmínky, za kterých zadavatel požaduje po vybraném uchazeči zajistit provoz mýtného systému pro období po 1. 1. 2017, z čehož je tedy zřejmé, že nabídky obou subjektů nemohou být vzájemně ani cenově porovnatelné.

*K souladu nabídky navrhovatele s technickým posouzením znalce*

97. Vybraný uchazeč k výše uvedenému tvrzení navrhovatele opětovně uvádí, ačkoliv nezná obsah nabídky navrhovatele, že úmyslem navrhovatele zřejmě bylo zadavateli nabídnout dodávku přinejmenším části nového mýtného systému, což ovšem neodpovídá představě zadavatele spočívající pouze v identifikaci subjektu, který je technicky schopen zajistit po přechodnou dobu provoz stávajícího mýtného systému. Zároveň je vybraný uchazeč přesvědčen, že navrhovatel, byť je zřejmě obeznámen se znaleckými posudky znalců a identifikací částí mýtného systému, ohledně nichž znalci potvrdili jejich provozovatelnost pouze konsorciem Kapsch, by nebyl při nahrazení pouze těchto stávajících částí mýtného systému schopen zajistit řádnou provozuschopnost celého mýtného systému.

**K tvrzením navrhovatele ohledně zákazu uzavření smlouvy v tzv. blokační lhůtě**

98. Vybraný uchazeč je přesvědčen, že námitky navrhovatele jsou zcela účelové, a to bez jakéhokoliv objektivní opory v relevantních skutečnostech či zákonných ustanoveních. Vybraný uchazeč je toho názoru, že postup zadavatele byl zcela v souladu se zákonem, a důrazně se ohrazuje proti tvrzení navrhovatele, v němž navrhovatel zcela bez jakýchkoliv indicií napadá zadavatele z protizákonného postupu.
99. Vybraný uchazeč konstatuje, že zadavatel postupoval zcela v souladu se zákonem, když rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky učinil a toto rozhodnutí oznámil vybranému uchazeči. Vzhledem ke skutečnosti, že existoval pouze jediný dodavatel, který mohl předmět plnění veřejné zakázky poskytovat, a tento dodavatel byl také jediným účastníkem zadávacího řízení, znamená to také, že existoval pouze jediný subjekt oprávněný k podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, kterým byl právě vybraný uchazeč. Žádnému jinému dodavateli nemohla z povahy jednacích řízení bez uveřejnění a důvodu jeho použití vzniknout újma spočívající v tom, že měla být vybrána nabídka tohoto jiného



dodavatele (nemohly-li být fakticky žádné jiné nabídky podány). Vybraný uchazeč je proto toho názoru, že navrhovatel není obecně aktivně legitimován k podání jakýchkoliv námitek proti zadávacímu řízení.

#### **K tvrzením navrhovatele ohledně porušení zákonných pravidel pro vedení JŘBU**

##### *K nezákonnému způsobu zahájení JŘBU*

100. Vybraný uchazeč předně považuje námitku navrhovatele, že zadavatel nezahájil zadávací řízení zákonným způsobem, tj. zasláním zákonem předvídané písemné výzvy k jednání v zadávacím řízení vybranému uchazeči, za zcela nepodloženou a vystavěnou na neznalosti konkrétního průběhu daného zadávacího řízení. Vybraný uchazeč uvádí, že od zadavatele obdržel dne 27. 8. 2016 řádně vypracovanou písemnou výzvu k jednání v zadávacím řízení, následně v průběhu dne 27. 8. 2016 a 28. 8. 2016 vedl se zadavatelem dotčené jednání, podal v zadávacím řízení závaznou nabídku a po její akceptaci ze strany zadavatele uzavřel dne 28. 8. 2016 se zadavatelem předmětné smlouvy.

##### *K neschválení významné veřejné zakázky vládou ČR před zahájením JŘBU*

101. Vybraný uchazeč uvádí, že k zahájení zadávacího řízení došlo na základě písemné výzvy k jednání ze dne 27. 8. 2016, přičemž vláda ČR schválila nezbytná odůvodnění svým usnesením č. 640 již dne 11. července 2016. Vybraný uchazeč proto považuje výše uvedené tvrzení navrhovatele za nepravdivé a založené pouze na navrhovatelově neznalosti vlastního průběhu daného zadávacího řízení.

#### **K tvrzením navrhovatele ohledně hrubého narušení/omezení hospodářské soutěže**

102. Vybraný uchazeč ve svém vyjádření dle svého názoru dokládá finanční výhodnost své nabídky a vyvrací tvrzení navrhovatele o tom, že jím podaná nabídka byla cenově výhodnější než nabídka vybraného uchazeče. Vybraný uchazeč dále k tvrzení navrhovatele o údajném narušení/omezení hospodářské soutěže ze strany zadavatele podotýká, že v šetřeném případě nebylo možné zadat předmětnou veřejnou zakázku jinému dodavateli, než je vybraný uchazeč, přičemž v případě, kdy zákon umožňuje zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění jednomu určenému dodavateli, nemůže být (zákonem aprobovaným postupem) omezeno konkurenční prostředí dodavatelů či nedovoleně narušena hospodářská soutěž. Tvrzení navrhovatele o narušení hospodářské soutěže jsou proto dle názoru vybraného uchazeče zcela bezpředmětná.

#### **K důvodům hodným zvláštního zřetele, spojeným s veřejným zájmem, které vyžadují pokračování plnění smluv**

103. Závěrem vyjádření vybraný uchazeč uvádí základní důvody, které jsou dle jeho názoru důvody hodnými zvláštního zřetele spojenými s veřejným zájmem a které vyžadují pokračování plnění smluv.

##### *Odstranění překážek předatelnosti mýtného systému*

104. Jedním z důvodů pro uzavření předmětných smluv, vedle zajištění vlastního provozu mýtného systému v období po 1. 1. 2017, bylo zajistit odstranění překážek předatelnosti mýtného systému budoucímu novému provozovateli a zajistit poskytnutí potřebné součinnosti vybraného uchazeče při předání mýtného systému tomuto novému provozovateli. V případě, že by smlouvy uzavřeny nebyly, popř. by bylo zakázáno její plnění,

pak by stát disponoval majetkem (mýtným systémem) o značné finanční hodnotě, který by ovšem nebyl schopen sám ani prostřednictvím třetího subjektu jakkoli provozovat a tento by se pro něj stal zcela nepoužitelným.

*Příprava nového otevřeného zadávacího řízení*

105. Doba, po kterou mají být smlouvy plněny, umožní České republice připravit otevřené zadávací řízení na výběr nového provozovatele mýtného systému s tím, že součinnost, k níž je nově vybraný uchazeč v rámci smluv zavázán, poskytne dle názoru vybraného uchazeče možnost připravit takové zadávací řízení, které rozšíří okruh možných budoucích uchazečů daného zadávacího řízení a povede tak k uskutečnění širší hospodářské soutěže.

*Výjimečné ekonomické důvody*

106. V případě, že by nedošlo k uzavření Smlouvy, pak by k 31. 12. 2016 přestalo konsorcium Kapsch poskytovat služby související s provozem mýtného systému. Vzhledem k tomu, že dle výše uvedeného neexistuje v současné době žádný jiný dodavatel, který by z technického pohledu byl schopen převzít a od 1. 1. 2017 zajistit řádný provoz mýtného systému, nastala by v daném případě (a stejně tak v případě zákazu dalšího plnění z uzavřených smluv) tzv. nulová varianta, která s sebou nese zásadní negativní finanční dopad do rozpočtu České republiky, který vybraný uchazeč shrnuje následovně:

- S ohledem na nastavená pravidla pro výběr mýta a jeho úhradu budou činit pohledávky státu za předepsané mýtné za prosinec 2016 cca 800 milionů Kč, přičemž dalších cca 600 milionů Kč pohledávek z předchozích měsíců bude „na cestě“, tedy v clearingovém systému provozovaném jako služba ČSOB (tj. subdodavatelem konsorcia Kapsch), která je napojená na aplikace společnosti Kapsch běžící v centrálním systému. K této situaci dochází v důsledku toho, že z průměrného výběru cca 800 milionů připadá na režim následného placení cca 75% = 600 milionů. Tedy mýtné registrované za měsíc listopad je vyfakturováno začátkem prosince (do 4. dne) a průměrná doba splatnosti je 30 dní, peníze tak budou připsány na příslušné účty až začátkem ledna 2017, tj. v době neexistence původního smluvního vztahu. V případě roku 2017 by ovšem v lednu 2017 nebyla k dispozici žádná clearingová služba, která by zpracovala obnos za mýto spotřebované v listopadu 2016. Obdobně tomu bude pro výkonovou spotřebu za měsíc prosinec 2016, která už nebude v lednu 2017 garantovaně fakturována, protože služba clearingů by nebyla k dispozici stejně jako služba provozu datových center, kde jsou hostována pro řízení clearingů nezbytné aplikace centrálního systému.
- Po 31. 12. 2016 by přestalo konsorcium Kapsch zpracovávat nové pohledávky státu (předepsané mýto), které se bude pohybovat okolo 800 milionů Kč za měsíc (za předpokladu, že nedojde k dramatickému navýšení provozu na zpoplatněné síti).
- Rovněž by nadále nebyly poskytovány služby údržby a dohledu nad částí infrastruktury systému v majetku státu (odhadovaná hodnota v řádu jednotek miliard korun), což může mít nejen negativní dopad na hodnotu majetku jako takovou, ale může znamenat zvýšená rizika v oblasti bezpečnosti silničního provozu

(poškozené mýtné brány mohou bez opravy způsobit škodu na majetku či životech třetích stran).

- Lze oprávněně očekávat, že v mýtném systému bude zaregistrováno k okamžiku ukončení smluvního vztahu cca 500 000 ks palubních jednotek v hodnotě tři čtvrtě miliardy Kč. Jejich držitelé mají přitom ze zákona nárok na jejich vrácení a zpětnou výplatu složené kauce - pro tyto úkony by však již konsorcium Kapsch nemohlo danou službu poskytnout.
- V neposlední řadě pokud by nebylo mýtné nadále vybíráno, představovala by tato situace finanční ztrátu v rozpočtu ČR měsíčně částku ve výši cca 800 mil. Kč. Zároveň lze předpokládat, že nevybírání mýtného by ve svém důsledku vedlo i k výraznému navýšení tranzitního i domácího provozu na nyní zpoplatněných komunikacích, čímž by zároveň docházelo k jejich zvýšenému poškození. Náklady na opravy daných komunikací by však již nebylo možné financovat z výnosu z mýtného tak, jako doposud.

107. Vybraný uchazeč je toho názoru, že výše uvedené základní shrnutí demonstruje, že přerušení plnění smluv by v daném případě vedlo k nepřiměřeným důsledkům ve smyslu ustanovení § 118 odst. 3 zákona, čímž je dle názoru vybraného uchazeče bez dalšího dán důvod hodný zvláštního zřetele spojený s veřejným zájmem, pro který by Úřad neměl přistoupit k uložení zákazu plnění smluv.

#### **Další průběh správního řízení**

108. Usnesením č. j. ÚOHS-S0629/2016/VZ-44187/2016/522/PKř ze dne 1. 11. 2016 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

109. Dne 7. 11. 2016 se k podkladům rozhodnutí vyjádřil navrhovatel. Zadavatel ani vybraný uchazeč se již dále v průběhu správního řízení nevyjádřili.

#### **Vyjádření navrhovatele ze dne 7. 11. 2016**

110. Navrhovatel konstatuje, že v daném případě zadavatel realizoval JŘBU podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, ačkoliv pro tento postup nebyly naplněny podmínky stanovené ZVZ. Zadavatel proto byl povinen zadat předmětnou veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení, přičemž ZVZ u nadlimitních veřejných zakázek (mimo veřejné zakázky zadávané v JŘBU) ukládá zadavateli vždy povinnost uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení. Toto oznámení však zadavatel neučinil, a proto se dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ. Podle názoru zavrhovatele jsou tedy již tímto naplněny podmínky pro to, aby ÚOHS uložil zákaz plnění předmětné smlouvy v souladu s § 118 odst. 2 písm. a) ZVZ.

111. Navrhovatel k důvodům hodným zvláštního zřetele uváděným zadavatelem nejdříve obecně konstatuje, že všechny tyto důvody jsou založeny na předpokladu, že zákaz plnění smlouvy bude uložen bez časového odkladu, ve kterém by nebylo realizováno standardní zadávací řízení za účelem výběru provozovatele mýtného systému v České republice. Vzhledem k tomu, že navrhovatel pro zajištění kontinuity výběru mýta navrhoval eventualitu uložení zákazu plnění smlouvy s časovým odkladem pro realizaci vhodného zadávacího řízení, je z tohoto důvodu nucen *en bloc* tyto argumenty odmítnout jako nedůvodné, které žádným

způsobem nezakládající naplnění podmínek dle § 118 odst. 3 ZVZ, pro které Úřad zákaz plnění smlouvy neuloží.

112. Současně navrhovatel uvádí, že jakkoliv jsou jednotlivé argumenty ve vyjádření zadavatele a společnosti Kapsch označeny, nenaplnují požadavek na „důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem“, pro které se zákaz plnění smlouvy neuloží. Jednotlivé důvody jsou ryze subjektivního charakteru spojeného s případnými obtížemi při ukončení plnění smlouvy, které si ovšem zadavatel způsobil sám, a to svým nezákonným postupem. Lze za určitých podmínek připustit, že samotný argument nutnosti „provozovat mýtný systém a vybírat mýtné“ může do jisté míry naplnit požadavek spojitosti s veřejným zájmem, přesto však, jak je již navrhovatel uvedl výše, tento argument není relevantní v okamžiku, kdy bude účinnost zakazu plnění smlouvy odložena na dobu, kdy v rámci standardního zadávacího řízení bude vybrán nový provozovatel mýtného systému v České republice.
113. Konečně navrhovatel konstatuje, že řada zadavatelem uvedených důvodů hodných zvláštního zřetele je hrubě sugestivních a manipulativních, když se účelově odkazuje na obecně formulovaná rizika, ačkoliv je třeba znovu zdůraznit, že pokud by zadavatel byl nucen realizovat JŘBU z důvodu krajně naléhavého případu, navrhovatel by byl schopen mu toto plnění poskytnout v řádu 3 měsíců bez jakékoli nutné součinnosti ze strany Kapsch a případně ani zadavatele.
114. K veřejnému zájmu na dodržení povinnosti zajistit provozování mýtného systému a výběr mýtného navrhovatel opětovně uvádí, že tento důvod je založen na předpokladu, že dojde k přerušení provozování mýtného systému, resp. výběru mýta od 1. 1. 2017. Tato situace však není záměrem navrhovatele, a tak pokud zadavatel bez zbytečného odkladu realizuje zadávací řízení za účelem výběru provozovatele mýtného systému, k této situaci nedojde.
115. K veřejnému zájmu na zajištění vypořádání pohledávek – vrácení kaucí a předplatného mýtného - navrhovatel v první řadě uvádí, že tento ryze ekonomický důvod podle jeho názoru nenaplnuje podmínku „nepřiměřených důsledků“, pro které lze výjimečně ekonomické zájmy akceptovat jako důvody hodné zvláštního zřetele dle věty druhé § 118 odst. 3 ZVZ. Naopak navrhovatel má za to, že se jedná o ekonomický zájem přímo spojený s dotčenou veřejnou zakázkou, kterým ovšem jako důvodem hodným zvláštního zřetele dle věty třetí předmětného ustanovení argumentovat nelze. Pokud tedy zadavatel argumentuje složitostí, délkou a náklady spojenými s vypořádáním pohledávek fyzických a právnických osob na vrácení kaucí a předplatného mýtného, pak takový argument nesouvisí s žádným veřejným zájmem, který by jakýkoliv právní předpis definoval. Jedná se o čistě subjektivní případné „těžkosti“ zadavatele spojené s ukončením předmětných smluv.
116. K veřejnému zájmu zajistit bezplatné poskytnutí OBU jednotky a zajistit naplnění zákonného ustanovení o propadnutí nespotřebovaných finančních prostředků na předplaceném mýtném - stejně jako v předcházejícím bodě, i zde má navrhovatel za to, že se nejedná o důvod hodný zvláštního zřetele, který souvisí s veřejným zájmem. Jedná se pouze o ekonomický důvod, který nenaplnuje podmínku „nepřiměřených důsledků“, pro které lze výjimečně ekonomické zájmy akceptovat jako důvody hodné zvláštního zřetele dle věty druhé § 118 odst. 3 ZVZ. Navrhovatel konstatuje, že zajištění OBU jednotek představuje zcela marginální součást předmětu plnění, kterou by bylo možno realizovat bez nutnosti ponechat v platnosti dodatky.

117. K veřejnému zájmu na zavedení EETS navrhovatel uvádí, že jeho řešení funkcionalitu EETS již obsahuje jako integrální součást. Absence této funkcionality u řešení Kapsch představuje výraznou konkurenční nevýhodu společnosti Kapsch oproti ostatním konkurentům. Navrhovatel zdůrazňuje skutečnost, že neexistence funkcionality EETS ve stávajícím technickém řešení Kapsch je dalším významným důvodem pro opuštění tohoto řešení a jeho úplné nahrazení. Ve smyslu argumentace zadavatele výše pak nelze vyloučit, že pokud Kapsch doplní funkcionalitu EETS do stávajícího řešení a návazně toto řešení bude po provedení řádného zadávacího řízení zcela odstraněno, bude pořízení předmětné funkcionality nadbytečné, a finanční prostředky tedy budou vynaloženy zcela neekonomicky. Tento argument tedy není důvodný a nezakládá naplnění podmínek § 118 odst. 3 ZVZ pro neuložení zakázky plnění smlouvy.
118. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel rovněž zmiňuje údajný veřejný zájem na zachování stávajícího řešení ESVZ a jeho průběžného rozvíjení, aby jej případně mohl využít budoucí dodavatel, který bude vybrán v řádném zadávacím řízení. Navrhovatel k tomu uvádí, že tvrzení zadavatele je jen účelovým obhajováním neobhájitelné skutečnosti, že zadavatel hodlá na své náklady nechat uchovávat a rozvíjet řešení Kapsch, aby tím nadále zdůrazňoval, resp. zachovával konkurenční výhodu Kapsch jako stávajícího dodavatele. Navrhovatel považuje za vyloučené, že by jiný dodavatel odlišný od Kapsch hodlal v budoucnu nabízet řešení, které využije řešení Kapsch, a to zejména vzhledem k jeho morální a technické zastaralosti.
119. K veřejnému zájmu na udržitelném rozsahu těžké kamionové dopravy navrhovatel uvádí, že tento argument zadavatele bezprostředně souvisí s argumentem nutnosti provozovat mýtný systém. Z tohoto důvodu navrhovatel odkazuje na svoje vyjádření výše a pouze zopakuje, že tento argument by byl v teoretické rovině relevantní pouze za předpokladu, kdy by nedošlo k časovému navázání nového mýtného systému na ten stávající.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

120. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele ze dne 21. 9. 2016, neboť ve smyslu ustanovení § 118 odst. 3 citovaného zákona shledal, že existují důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem, vyžadující pokračování plnění předmětných smluv.

#### **K postavení zadavatele**

121. Úřad v úvodu posoudil otázku právního postavení Ministerstva dopravy jakožto zadavatele ve smyslu zákona.
122. Ministerstvo dopravy je ústředním orgánem státní správy, jehož působnost je vymezena ust. § 12 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů. Ministerstvo dopravy je tedy organizační složkou státu ve smyslu ust. § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, přičemž podle ust. § 3 odst. 2 citovaného zákona organizační složka není právnickou osobou a její jednání je při

výkonu její působnosti nebo výkonu předmětu činnosti podle zvláštních právních předpisů jednáním státu.

123. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že Ministerstvo dopravy je veřejným zadavatelem ve smyslu ust. § 2 odst. 2 písm. a) zákona, pročež se na něj vztahuje zákon o veřejných zakázkách.

#### **Relevantní ustanovení zákona**

124. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

125. Podle § 21 odst. 1 zákona tento zákon upravuje tyto druhy zadávacích řízení

- a) otevřené řízení (§ 27),
- b) užší řízení (§ 28),
- c) jednací řízení s uveřejněním (§29),
- d) jednací řízení bez uveřejnění (§ 34),
- e) soutěžní dialog (§ 35),
- f) zjednodušené podlimitní řízení (§ 38).

126. Podle § 21 odst. 2 zákona zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění.

127. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění zadat veřejnou zakázku rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.

128. Podle § 26 odst. 1 zákona zadavatel zahajuje zadávací řízení odesláním

- a) oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění, nebo
- b) výzvy o zahájení zadávacího řízení.

129. Podle § 26 odst. 2 písm. a) zákona se za oznámení o zahájení zadávacího řízení pro účely tohoto zákona považuje oznámení otevřeného řízení, užšího řízení, jednacího řízení s uveřejněním nebo soutěžního dialogu veřejným zadavatelem.

130. Podle § 26 odst. 3 zákona se za výzvu o zahájení zadávacího řízení pro účely tohoto zákona považuje

- a) písemná výzva k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění,
- b) písemná výzva k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení,
- c) písemná výzva k podání nabídek v řízení na základě rámcové smlouvy (§ 92).

131. Podle § 34 odst. 1 zákona v písemné výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění oznamuje zadavatel zájemci nebo omezenému počtu zájemců svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení.

132. Podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že uzavře smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1, ačkoli je podle tohoto zákona povinen toto oznámení uveřejnit.
133. Podle § 146 odst. 1 písm. b) zákona je-li podle tohoto zákona stanovena povinnost k uveřejnění oznámení či zrušení profilu zadavatele, oznámení o zahájení zadávacího řízení, předběžného oznámení, pravidelného předběžného oznámení, oznámení soutěže o návrh, oznámení o subdodávce, oznámení o výsledku zadávacího řízení, souhrnu oznámení o zadání veřejných zakázek na základě rámcové smlouvy, oznámení o zrušení zadávacího řízení nebo soutěže o návrh či jiných údajů (dále jen „vyhlášení“), rozumí se tím uveřejnění
- a) ve Věstníku veřejných zakázek podle § 157, jde-li o podlimitní veřejnou zakázku a uveřejnění oznámení či zrušení profilu zadavatele nebo souhrnu oznámení o zadání veřejných zakázek na základě rámcové smlouvy,
- b) ve Věstníku veřejných zakázek podle § 157 a Úředním věstníku Evropské unie (dále jen „Úřední věstník“), jde-li o nadlimitní veřejnou zakázku; v případě veřejné zakázky na služby podle přílohy č. 2 se v Úředním věstníku uveřejňuje pouze oznámení o výsledku zadávacího řízení nebo oznámení týkající se soutěže o návrh.

Za uveřejnění vyhlášení se považuje uveřejnění všech údajů z vyhlášení doručeného zadavatelem.

### **Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce a informace z veřejně dostupných zdrojů**

#### *Zadávací řízení z roku 2005*

134. Zadavatel zahájil podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Poskytování služeb a dodávek vybrané infrastruktury k realizaci projektu výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v ČR“, jehož oznámení bylo dne 11. července 2005 uveřejněno na Centrální adrese<sup>3</sup> (dostupné na [www.centralniadresa.cz](http://www.centralniadresa.cz)) a v Úředním věstníku EU (dále jen „původní veřejná zakázka“).
135. V čl. 3.1 „Předmět plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace původní veřejné zakázky je uvedeno, že předmětem plnění této veřejné zakázky je poskytování služeb a dodávek vybrané infrastruktury k realizaci projektu výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v ČR.
136. Na základě výsledků otevřeného zadávacího řízení pak zadavatel dne 29. 3. 2006 uzavřel s dodavatelem – Kapsch TrafficCom AG, se sídlem Wagenseilgasse 1, 1120 Wien, KAPSCH TELECOM spol. s r.o., IČO 45311005, se sídlem Opletalova 1015, 110 00 Praha 1, Kapsch BusinessCom AG, se sídlem Wienerbergstrasse 53, 1120 Wien, Kapsch CarrierCom AG, se sídlem Am Europlatz 5, 1120 Wien, Kapsch TrafficCom Construction & Realization spol. s r.o., IČO 27371522, se sídlem Opletalova 1015/55, 110 00 Praha 1, Kapsch Telematic Services spol. s r.o. IČO 27371531, se sídlem Opletalova 1015/55, 110 00 Praha 1 a PVT, a.s., IČO

---

<sup>3</sup> Oficiální informační systém o dražbách a ostatních nabídkách, jehož správce je Česká pošta, s.p.; jde o místo, kde byly podle § 84 odst. 1 zák. č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění na národní úrovni uveřejňovány údaje a informace o veřejných zakázkách

27074358, se sídlem Kovanická 30/2124, 190 00 Praha 9 (dále rovněž „Dodavatel“ nebo „původní vybraný uchazeč“ nebo „stávající provozovatel“) – Smlouvu o poskytování služeb souvisejících s provozem systému výkonového zpoplatnění vybraných pozemních komunikací v České republice (dále jen „Smlouva o službách“) a Smlouvu o dodávce systému výkonového zpoplatnění (dále jen „Smlouva o dodávce“).

137. Úřad na tomto místě pro přehlednost uvádí relevantní ustanovení smluv uzavřených dne 29. 3. 2006 s původním vybraným uchazečem, které jsou pro posouzení šetřeného případu stěžejní.

*Smlouva o službách*

138. V čl. 1.6. „Postoupení práv a povinností ze Smlouvy o službách“ přílohy č. 1 – Závazné obchodní podmínky Smlouvy o službách (dále jen „Obchodní podmínky Smlouvy o službách“) je uvedeno, že „Dodavatel není oprávněn postoupit jakákoliv práva anebo povinnosti ze Smlouvy o službách na třetí osoby bez předchozího písemného souhlasu Objednatele. Objednatel je oprávněn postoupit jakákoliv práva a povinnosti ze Smlouvy o službách na Provozovatele nebo na kteroukoliv třetí osobu, s čímž tímto Dodavatel vyslovuje svůj souhlas.“

139. V čl. 1.11. „Licence“ Obchodních podmínek Smlouvy o službách je uvedeno následující: „Podpisem Smlouvy o službách Objednatel poskytuje Dodavateli na dobu trvání Smlouvy o službách, resp. do ukončení poskytování příslušné Služby podle článku 8.2 a výhradně pro účely plnění předmětu Smlouvy o službách nevýhradní, nepřevoditelnou licenci k vytváření kopií, užívání a zpřístupnění za stejných podmínek Subdodavatelům jakéhokoliv softwaru, dokumentů, listin, náčrtů, návrhů, které podle Právních předpisů představují autorská díla nebo know-how a které budou Dodavateli zpřístupněny na základě Smlouvy o službách.

Podpisem Smlouvy o službách se Dodavatel zavazuje zajistit Objednateli ke dni ukončení Smlouvy o službách nevypověditelnou, převoditelnou, výhradní, bezplatnou a neomezenou licenci k vytváření kopií, užívání a zpřístupnění dalším osobám jakéhokoli softwaru, dokumentů, listin, náčrtů, návrhů, databázových struktur a datových sad vytvořených v souvislosti s touto Smlouvou o službách dodavatelem nebo Subdodavatelem, jež podle Právních předpisů představují autorská díla nebo know-how, včetně práva upravovat a měnit taková autorská díla nebo know-how, a to za účelem realizace, provozování, užívání, údržby, změn, úprav, oprav a odstranění Systému výkonového zpoplatnění nebo jeho jednotlivých částí. Tato licence zůstane v platnosti během celé živostnosti příslušných částí Systému výkonového zpoplatnění a bude opravňovat jakoukoli osobu, která bude řádným vlastníkem, provozovatelem nebo poskytovatelem služeb ohledně příslušné části Systému výkonového zpoplatnění, vytvářet kopie, využívat a zpřístupnit dalším osobám taková autorská díla za účelem dokončení, provozování, užívání, údržby, změn, úprav, oprav a odstranění Systému výkonového zpoplatnění nebo jeho jednotlivých částí.“

140. V čl. 4.3. „Doba poskytování služeb“ Obchodních podmínek Smlouvy o službách je uvedeno, že „Dodavatel bude poskytovat Služby podle Smlouvy o službách po dobu pěti (5) let ode Dne zahájení poskytování služeb pro Etapu 1. V případě, že bude Dodavatelem Objednatelem doručeno nejpozději tři (3) měsíce před uplynutím lhůty trvání Smlouvy o službách podle předchozí věty oznámení o tom, že Objednatel trvá na pokračování této Smlouvy o službách, prodlouží se účinnost této Smlouvy o dobu dalších pěti (5) let.“



141. V čl. 8.3. odst. 2 a 3 „Převod v případě ukončení“ Obchodních podmínek Smlouvy o službách je uvedeno následující:

„V případě, že se při ukončení této Smlouvy o službách nebo některé ze Služeb, ukáže, že k převzetí Systému výkonového zpoplatnění Objednatel nebo výkonu ukončované Služby, tak aby v žádném případě nedošlo k přerušení provozu Systému výkonového zpoplatnění, je nutné, aby byly na Objednatele nebo jím určenou osobu převedeny jakákoliv přístroje, stroje, zařízení či práva k software, jež jsou používány Dodavatelem při plnění jeho povinností podle této Smlouvy o službách, jsou Strany povinny jednat o podmínkách jejich převodu. Dodavatel se zavazuje, že nebude odmítat tento převod nebo se bránit tomuto převodu bez závažného důvodu.“

Dodavatel je povinen předat Objednateli nebo Dodavateli určenému Objednatel v den ukončení poskytování Služeb nebo některé ze Služeb Systém výkonového zpoplatnění nebo jeho část ve stavu způsobilém k jeho řádnému nepřetržitému a bezporuchovému provozu.“

*Smlouva o dodávce*

142. V čl. 1.5. „Postoupení práv a povinností ze Smlouvy o dodávce“ přílohy č. 1 – Obchodní podmínky Smlouvy o dodávce (dále jen „Obchodní podmínky Smlouvy o dodávce“) je uvedeno, že „Dodavatel není oprávněn postoupit jakákoliv práva anebo povinnosti ze Smlouvy o dodávce na třetí osoby bez předchozího písemného souhlasu Objednatele. Objednatel je oprávněn postoupit práva a povinnosti ze Smlouvy o dodávce na organizační složku státu nebo na kteroukoliv třetí osobu, s čímž tímto Dodavatel vyslovuje svůj souhlas.“

143. V čl. 1.7. „Užívání dokumentů Dodavatele Objednatel“ Obchodních podmínek Smlouvy o dodávce je uvedeno následující:

„V rámci smluvního vztahu Dodavateli náleží autorská práva a další práva duševního vlastnictví k Dokumentům dodavatele a další dokumentaci připravené Dodavatelem (nebo v jeho zastoupení).

V rámci smluvního vztahu Dodavateli a/nebo původci Softwaru (pokud je odlišný od Dodavatele) náleží autorská práva a další práva duševního vlastnictví k Softwaru.

Uzavřením Smlouvy o dodávce Dodavatel poskytuje, a/nebo odpovídá za to, že byla poskytnuta původcem, Objednateli nevypověditelnou, převoditelnou, nevýhradní a územně neomezenou licenci k vytváření kopií, užívání, sdílení a zásahům v souladu se Smlouvou o dodávce do Dokumentů dodavatele a Softwaru. Cena za tyto licence je plně kryta v Ceně dodávky. Tato licence:

- a) Zůstane v platnosti během skutečné nebo plánované životnosti (cokoli bude delší) Systému výkonového zpoplatnění nebo příslušných částí Systému výkonového zpoplatnění,
- b) opravňuje jakoukoliv osobu, jež je oprávněným uživatelem, provozovatelem či držitelem příslušné části Systému výkonového zpoplatnění, ke kopírování, užívání, sdílení a zásahům do Dokumentů dodavatele a Softwaru, a to za účelem dokončení, provozování, údržby, změn, úprav, oprav a demontáže Systému výkonového zpoplatnění, a
- c) v případě Softwaru umožňuje jeho užívání na jakékoliv výpočetní technice (počítači) v Místě plnění a jiných místech dle potřeby Objednatele včetně nahrazení takové výpočetní techniky dodané Dodavatelem.

Dodavatel uzavřením Smlouvy o dodávce poskytuje svůj písemný souhlas k převedení výše uvedené licence na jakoukoliv třetí osobu, jež se v budoucnost stane zcela či zčásti vlastníkem, provozovatelem či uživatelem Systému výkonového zpoplatnění s tím, že v případě převedení Objednatel bez zbytečného odkladu informuje Dodavatele o takovém převedení a osobě nabyvatele.

Dokumenty dodavatele a ostatní projektová dokumentace vytvořená Dodavatelem (nebo jeho jménem) nesmí být bez souhlasu Dodavatele (jenž nebude bezdůvodně odepřen) Objednatelem (nebo v jeho zastoupení) kopírována, používána ani zpřístupněna třetí straně pro jiné účely než pro účely vymezené v tomto článku.“

#### *Další skutková zjištění*

144. Vláda České republiky usnesením ze dne 4. 7. 2012 č. 492 uložila ministru dopravy (1) předložit vládě do 30. listopadu 2012 návrh dalšího postupu, týkajícího se zpoplatňování vozidel s hmotností nad 3,5 tuny, a to jak do doby ukončení platnosti smlouvy se stávajícím dodavatelem mýtného systému, tak po této lhůtě, (2) neprodleně zahájit přípravu organizačních, legislativních a dalších opatření vedoucích k vyhlášení výběrového řízení na provozovatele elektronického mýtného systému po roce 2016.
145. Ze znaleckého posudku Ing. Jiřího Bergera, znalce specializovaného na znaleckou činnost v oboru Kybernetika – výpočetní technika, ze dne 15. 4. 2016 je zřejmé, že znalci byla položena mj. následující otázka: Je technicky možné, aby předmět plnění připravované veřejné zakázky „Provoz mýtného systému od 1. 1. 2017“ s uvažovaným jediným uchazečem, jímž je konsorcium společností Kapsch, realizoval i kterýkoli jiný odborně způsobilý dodavatel?, přičemž znalec na tuto otázku odpověděl následovně: *„Po komplexním posouzení problematiky je z technického hlediska nemožné, aby stávající systém převzal a provozoval jiný, než stávající dodavatel. Kromě technického hlediska je nutné zohlednit i oblast technických vazeb na platební řešení a současně technických aspektů platebního řešení, které je poskytováno jako služba a není plně pod správnou společností Kapsch. S tím souvisí i velký přesah do procesní a organizační roviny a nemožnost získání plné dokumentace systému s dostatečným časovým předstihem.“*
146. Ze znaleckého posudku č. 11/2016 znaleckého ústavu A-Consult plus spol. s r.o. ze dne 22. 4. 2016 vyplývá, že znalci byla mj. položena následující otázka: Je možné, aby předmět plnění připravované veřejné zakázky Provoz systému elektronického mýta od 1. 1. 2017 s uvažovaným jediným uchazečem, jímž je konsorcium společností Kapsch, realizoval i kterýkoli jiný odborně způsobilý dodavatel? Znalec ve stanovisku konstatoval, že *„[n]ení možné, aby předmět plnění připravované veřejné zakázky „Provoz stávajícího systému elektronického mýta mýtného systému od 1. ledna 2017“ s uvažovaným jediným uchazečem, jímž je konsorcium společností Kapsch, realizoval i kterýkoli jiný odborně způsobilý dodavatel“, přičemž rovněž uvedl, že „[a]nalýzou problematiky z hledisek disponibilního času v intervalu mezi datem 31. 12. 2016 a datem určení nového dodavatele SEM (pozn. Úřadu – Systém elektronického mýta) a nezbytných činností které by bylo nutno zabezpečit, technických a bezpečnostních rizik, znalecký ústav došel k jednoznačnému závěru, že rizika související s převzetím provozováním SEM od 1. 1. 2017 jiným dodavatelem a to zřejmě bez součinnosti se stávajícím generálním dodavatelem jsou natolik vysoká, že nelze převzetí stávajícího SEM od 1. 1. 2017 jiným NVD (pozn. Úřadu – nově vybraný dodavatel) doporučit.“*

147. Z právního stanoviska společnosti Becker a Poliakoff, s.r.o., advokátní kancelář s názvem „Posouzení možností zadání nadlimitní veřejné zakázky formou jednacím řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů“ ze dne 3. 5. 2016 vyplývá závěr, že *„[m]DČR, jakožto organizační složka státu, je z hlediska ZVZ považována za tzv. veřejného zadavatele a je povinno při zadávání veřejných zakázek postupovat způsobem dle pravidel stanovených v ZVZ. [...] Zadat veřejnou zakázku formou JŘBU z důvodu tzv. technické jedinečnosti je zadavatel oprávněn realizovat pouze v případě, kdy jsou splněny podmínky vymezené v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, tedy za situace, kdy veřejnou zakázku může z technických důvodů splnit pouze jediný dodavatel. Objektivní existenci jedinečnosti dodavatele je zadavatel povinen zkoumat a zejména prokázat již v době zahájení zadávacího řízení vedeného formou JŘBU, kdy musí být ze strany zadavatele prokázáno, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel, který by byl schopen poskytnout zadavatelem požadované plnění; nebo teoreticky existuje několik dodavatelů, avšak poskytnutí zadavatelem požadovaného plnění by bylo spojeno s enormními ekonomickými a technickými riziky. Existenci podmínek pro využití JŘBU je zadavatel povinen zkoumat nejen ve vztahu k území České republiky, ale rovněž ve vztahu k území Evropské unie, a to zejména s ohledem na existenci jednotného vnitřního trhu.“*
148. Z právního stanoviska Advokátní kanceláře Dáňa, Pergl & Partneři s názvem „Zadání veřejné zakázky na provoz systému elektronického mýtného v jednacím řízení bez uveřejnění“ ze dne 10. 5. 2016 mimo jiné vyplývá následující. V úvodu zpracovatelé obecně popisují podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Následně lze z předmětného stanoviska dovodit, že podmínka existence jediného možného dodavatele by se neměla vztahovat pouze na území jednoho státu, nýbrž je nutné ji posuzovat globálně. Tato podmínka by v šetřeném případě s odkazem na technické znalecké posudky měla být dle zpracovatelů splněna. Ve vztahu k podmínce existence technických důvodů, na základě kterých může být zakázka splněna pouze jedním dodavatelem, ze stanoviska vyplývá, že technické předpoklady provozování systému v současné době splňuje pouze stávající dodavatel. Dle zpracovatelů tohoto stanoviska je dále v šetřeném případě nutné reflektovat, že *„[p]ůvodním plánovaným řešením bylo zadání zakázky v užším řízení, k čemuž ovšem byla nutná součinnost společnosti Kapsch. Právě na takovéto výjimečné nestandardní řešení je výše uvedená právní úprava cílena a Klient (pozn. Úřadu – zadavatel) tak postupuje v souladu se svými zákonnými povinnostmi.“* Závěrem zpracovatelé dovozují, že v šetřeném případě jsou naplněny zákonné důvody pro využití zadávacího řízení podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
149. Ze Zprávy o projednání záměru zadavatele dne 29. 6. 2016 Pracovní skupinou pro transparentní veřejné zakázky vyplývá, že dle názoru Pracovní skupiny nejsou důvody pro použití postupu dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona při zadání předmětné veřejné zakázky naplněny. Členové Pracovní skupiny upozorňují předkladatele na skutečnost, že zadavatel se nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele, který je právně nebo fakticky schopen realizovat předmět veřejné zakázky, jestliže zadavatel sám tento „stav exkluzivity“ vytvořil, resp. zavinil a současně poukazují na možné časové prodlení zaviněné nečinností zadavatele.

### **Závěry Úřadu k oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění zadavatelem**

150. Úřad předně uvádí, že otázku oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění ve vztahu k zadávání předmětné veřejné zakázky posoudil již v rámci správního řízení sp. zn. S0600/2016/VZ vedeného u Úřadu ve věci předmětné veřejné zakázky, ve kterém vydal 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. S0600/2016/VZ“).
151. Pro přehlednost Úřad níže rekapituluje stěžejní závěry Úřadu vyplývající z rozhodnutí ve věci sp. zn. S0600/2016/VZ.

#### *Závěry Úřadu vyplývající z rozhodnutí ve věci sp. zn. S0600/2016/VZ*

152. V rozhodnutí ve věci sp. zn. S0600/2016/VZ Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona tím, že dne 28. 8. 2016 uzavřel s konsorciem 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“ a smlouvu nadepsanou „DODATEK č. 2-2016 ke Smlouvě o dodávce systému výkonového zpoplatnění pozemních komunikací – Zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016“ na veřejnou zakázku „Zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016,“ a to v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 27. 8. 2016, aniž by byly splněny podmínky pro využití tohoto druhu zadávacího řízení, když si zadavatel stav technické exkluzivity ve prospěch vybraného uchazeče vytvořil sám svým předchozím jednáním, konkrétně uzavřením smluv ze dne 29. 3. 2006 s původním vybraným uchazečem, a zadavatel dne 28. 8. 2016 uzavřel shora uvedené smlouvy na veřejnou zakázku „Zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016“, aniž by uveřejnil oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 zákona, ačkoli byl povinen předmětnou veřejnou zakázku zadat v takovém druhu zadávacího řízení, ve kterém byl povinen oznámení o zahájení zadávacího řízení uveřejnit.
153. Úřad při posouzení situace vycházel ze závěrů rozsudků NSS č. j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. 1. 2013 a č. j. 1 As 256/2015-101 ze dne 12. 5. 2016, přičemž v odůvodnění rozhodnutí v souvislosti s použitím jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona zadavatelem při zadávání předmětné veřejné zakázky, na základě kterého byl uzavřen Dodatek č. 1 a Dodatek č. 2, uvedl, že v daném případě nebyly naplněny zákonné podmínky pro tento druh zadávacího řízení, neboť důvody, kterými zadavatel použití jednacího řízení bez uveřejnění odůvodňuje, jsou důsledkem předchozího jednání zadavatele. Důvody, kterých se zadavatel nyní dovolává, jsou výsledkem nevhodně nastavených smluvních ujednání mezi zadavatelem a původním vybraným uchazečem, tedy původních smluvních ujednání ve Smlouvě o službách ze dne 29. 3. 2006 a Smlouvě o dodávce z téhož dne, a nejsou tedy objektivní, stojící mimo reálné možnosti zadavatele.
154. Úřad ve vztahu ke znaleckým posudkům, na které zadavatel ve svém vyjádření odkazuje a které si pro ověření existence technických důvodů a výhradních práv nechal zpracovat, uvedl, že tyto posudky se v žádném případě nevyjadřovaly k možnému postupu zadavatele ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, resp. k zadání předmětné veřejné zakázky

v jednacím řízení bez uveřejnění (s ohledem na právní povahu této otázky a specializaci konkrétních znaleckých subjektů by to rovněž nebylo ani relevantní). Úřad především akcentoval, že „technické závěry“ znaleckých posudků nelze směřovat s otázkami právními [obdobný závěr srov. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 16. 9. 2016]. Znalecké posudky totiž nevěnovaly pozornost skutečnosti, že existence technických důvodů a výhradních práv je důsledkem smluvních ujednání mezi zadavatelem a původním vybraným uchazečem. Z předmětných odborných posudků tedy vyplývá pouze skutečnost, že pokud jde o technické důvody, jejich existence je dle znalců nesporná, a stávající mýtný systém nyní nemůže provozovat žádný jiný odborný subjekt než původní vybraný uchazeč.

155. V souvislosti s odvoláváním se zadavatele na svou vlastní nešikovnost Úřad konstatoval, že, na rozdíl od zadavatelem citovaného rozsudku NSS sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013, zadavatel v případě původního zadávacího řízení, v němž uzavřel v roce 2006 smlouvu na dobu určitou, musel vědět a být srozuměn s tím, že svým postupem vytváří budoucí situaci, kdy na základě otevřené soutěže nebude možné svěřit provoz stávajícího systému elektronického mýta jinému provozovateli, aniž by byla narušena kontinuita výběru mýta. Jinými slovy zadavatel si již v době zadání původní veřejné zakázky musel být vědom toho, že s ohledem na původní smluvní ujednání nebude možné zadat další veřejnou zakázku na mýtný systém jiným způsobem než v jednacím řízení bez uveřejnění. To, že sám zadavatel si to uvědomil nyní, tedy po 10 letech provozu systému, je dle názoru Úřadu účelové tvrzení, jehož akceptace by zároveň atakovala zpochybnění jedné ze základních premis právního jednání, a sice předpoklad *rozumu průměrného člověka i schopnosti užívat jej s běžnou péčí a opatrností* [viz § 4 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, (dále jen „občanský zákoník“)], přičemž k tomu dodává následující. Zadavatel si již v době zadávání původní zakázky (a samozřejmě o to více v průběhu dalších 10 let, které měl na to, aby od 1. 1. 2017 byl výběr mýta zajištěn) nutně musel klást otázky ve vztahu k možnostem zabezpečení kontinuity mýtného systému. Zadavatel se musel zabývat tím, jaké dostupné nástroje zakotvené ve smluvních ujednáních bude mít k dispozici, jaké dopady na kontinuitu výběru mýta má skutečnost, že licenci pro nakládání s technickou dokumentací, softwarem a databázemi nedobude až ke dni ukončení smlouvy na dobu určitou. Úřad konstatoval, že pokud si zadavatel v době zadávání původní veřejné zakázky tyto aspekty dostatečně neuvědomil, resp. uvědomil si je až v době relativně krátké před ukončením smlouvy na dobu určitou, nemůže být tato nečinnost zohledněna při posuzování podmínek pro postup v tomto nejméně transparentním druhu zadávacího řízení v jeho prospěch a přehlížena v rámci posouzení možnosti aplikace jednacím řízení bez uveřejnění.
156. Úřad v této souvislosti dovodil, že pokud si zadavatel v šetřeném případě vyhradil práva na přístup k dokumentaci a dalším dokumentům nezbytným pro realizaci takového zadávacího řízení až k poslednímu dni účinnosti původní smlouvy na dobu určitou, muselo být zadavateli bez nutnosti složitých právních úvah jasné, že na realizaci transparentního zadávacího řízení nebude mít k dispozici dostatek prostoru. Toto bylo ze smluv zřejmé a s tímto se měl zadavatel během 10 let plnění stávajících smluv počítat a připravit se na to. Úřad proto nemohl přisvědčit zadavateli, že se jedná o „nešikovnost“ ze strany zadavatele v tom smyslu, že by bylo možno konstatovat, že zadavatel v době, kdy stav technické exkluzivity vybraného uchazeče vytvořil, nepředpokládal či nemohl předpokládat nutnost zadání další, následné veřejné zakázky vybranému uchazeči (k tomu viz též dále).

157. Úřad rovněž shledal, že okolnosti šetřeného případu nasvědčovaly tomu, že zadavatel při uzavírání smluv s původním vybraným uchazečem nepočítal s následným otevřeným řízením v souvislosti s vybudováním mýtného systému „na zelené louce“, jelikož zadavatel tuto možnost ve svém vyjádření sám zavrhl s ohledem na vysokou stávající účetní hodnotu mýtného systému, kterou by musel odepsat. Dle názoru Úřadu zadavatel naopak počítal prodloužením smlouvy v rozporu s právními předpisy upravujícími zadávání veřejných zakázek. Ostatně zadavatel v tomto smyslu ve svém vyjádření poukázal rovněž na situaci v evropských zemích, že nikdy nedošlo ke změně dodavatele služeb mýtného systému, jelikož ve všech případech docházelo k „prolongacím původně uzavřených smluv“. Úřad k tomu uvedl, že tato úvaha zadavatele nic nemění na závěrech Úřadu. Dle názoru Úřadu tato argumentace zadavatele naopak může dokonce naznačovat rovněž to, že zadavatel na počátku přípravy zadávacího řízení tedy neměl ani potřebu uvažovat o tom, že by stávající mýtný systém provozoval jiný subjekt než původní vybraný uchazeč. Ostatně právě uvedený závěr naznačuje i vyjádření představitele zadavatele v mediích 14. 7. 2016<sup>4</sup>, kdy bylo konstatováno, že *„Smlouva tak, jak je podepsána s Kapschem, vůbec nepočítá někdy s tím, že by mohla skončit. Popřípadě, že by mohl vybírat mýto někdo jiný než Kapsch.“* Z toho je zřejmé, že zadavatel si byl vědom, neboť to sám připustil, že příčina současného stavu, který vede zadavatele k jednacímu řízení bez uveřejnění, má svůj původ ve smluvních ujednáních, které zadavatel dojednal s původním vybraným uchazečem, což Úřad ostatně shora prokázal.
158. Pro úplnost pak Úřad uzavřel, že v úvahu přicházející extrémní alternativou, o které pak zadavatel mohl uvažovat, nicméně této alternativě nenasvědčovaly žádné skutečnosti, resp. reálné úkony zadavatele, pak byla jedinec situace, že zadavatel absolutně neuvažoval o budoucí nutnosti zabezpečit předmět plnění veřejné zakázky, a tedy o nutnosti vybírat elektronické mýto. Úřad se nicméně přiklonil k tomu, že nelze uvažovat, aby ústřední orgán státní správy specializující se na oblast dopravy neměl jakoukoliv strategii na období po skončení smlouvy na dobu určitou, a to rovněž s ohledem na povinnosti pro zadavatele vyplývající ze zákona o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů. Jinými slovy, dle Úřadu nelze uvažovat v tom smyslu, že uzavření další zakázky bylo pro zadavatele překvapivé a nečekané. Naopak, zadavatel trvá na tom a počítá dlouhodobě s tím, že mýto bude vybíráno i po splnění dosavadních smluv.
159. Úřad v souvislosti s namítanou nešikovností zadavatele dále doplnil, že nelze v žádném případě připustit dezinterpretaci soudních rozhodnutí v tom směru, jak činí zadavatel (tedy že pod pojem jakési omluvitelné „nešikovnosti“ je možno podřadit v podstatě jakoukoli situaci týkající se komplexnějších plnění, kdy zadavatel v původním zadávacím řízení založil stav exkluzivity konkrétního uchazeče, bez ohledu na další okolnosti, tedy zejména na předvídatelnost nutnosti zadávat další, následné veřejné zakázky), v jejímž důsledku by mohl být institut jednacího řízení bez uveřejnění (v rozporu s restriktivním výkladem všech podmínek pro jeho použití) extrémně nadužíván, když by zadavatel – vědom si možnosti kdykoli v budoucnu poukázat na svou „nešikovnost“ – v podstatě neměl jakoukoliv motivaci zabývat se v čase přípravy zadávacích podmínek aspektem dalšího „života“ vysoutěženého předmětu plnění, a to dokonce ani u smluv na dobu určitou. Zvláště pak u klíčových veřejných zakázek a projektů celospolečenského významu, které zadavatelé realizují, by

---

<sup>4</sup> Dostupné online na <https://video.aktualne.cz/dvtv/myto-znovu-pro-kapsch-moje-svedomi-je-ciste-mozna-to-alebud/r~ca2a7b7e492611e68afb002590604f2e/?redirected=1475760710>

takovéto jednání zadavatelů způsobilo nejen zakonzervování, resp. v podstatě absolutní vyloučení soutěžního prostředí, ale rovněž s tím související v podstatě nevyčíslitelné finanční dopady.

160. Úřad závěrem odůvodnění konstatoval, že ačkoliv dle názoru zadavatele vzniklá situace nebyla účelově vytvořená a jeho postup nebyl úmyslem, případně ani vědomou nedbalostí, nemůže mít skutečnost, zda se zadavatel protiprávního postupu dopustil úmyslně, případně z nedbalosti, vliv na odpovědnost zadavatele za spáchání správního deliktu, neboť odpovědnost za správní delikty při zadávání veřejných zakázek je založena na objektivním principu, tzn., že osoba, která svým jednáním naplnila znaky správního deliktu, odpovídá za škodlivý následek bez ohledu na prvek zavinění. Zavinění coby vnitřní, psychologický vztah pachatele k jeho jednání a ke spáchanému následku je pro vznik tohoto druhu odpovědnosti irelevantní a netvoří definiční znak skutkové podstaty správních deliktů zadavatelů dle § 120 odst. 1 zákona. Za správní delikty se ukládá pokuta bez ohledu na formu zavinění. Zavinění může být přitom toliko jednou ze zákonem předpokládaných okolností ve smyslu § 121 odst. 2 zákona, tj. okolností významnou (výhradně) ve vztahu k určení výměry pokuty.
161. Úřad uzavřel, že zadavatel byl v šetřeném případě povinen postupovat v některém z druhů zadávacích řízení, která se zahajují odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění [viz. § 26 odst. 2 písm. a) zákona], a uveřejnit toto oznámení o zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku ve smyslu ust. § 146 odst. 1 zákona ve Věstníku veřejných zakázek. Tím, že tak zadavatel neučinil a uzavřel dne 28. 8. 2016 smlouvy s vybraným uchazečem, se dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona.

#### **K uložení zákazu plnění smluv**

162. Podle § 110 odst. 7 věta poslední zákona může stěžovatel podat návrh na uložení zákazu plnění smlouvy podle § 114 odst. 2 bez předchozího podání námitek.
163. Podle § 114 odst. 2 zákona po uzavření smlouvy lze podat návrh pouze
- a) proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení,
  - b) proti porušení zákazu uzavření smlouvy stanovenému tímto zákonem nebo předběžným opatřením podle § 117 odst. 1, nebo
  - c) v případě postupu zadavatele podle § 82 odst. 3.
- Navrhovatel se může domáhat pouze uložení zákazu plnění smlouvy.
164. Podle § 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.

165. Podle § 146 odst. 2 zákona může zadavatel v případech, kdy nebyl povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení, uveřejnit dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu.
166. Podle § 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 přerušlení plnění smlouvy vedlo k nepřiměřeným důsledkům. Ekonomické zájmy přímo spojené s dotčenou zakázkou, zejména náklady vyplývající z prodloužení 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 zakázky plnění smlouvy, nepředstavují důvody hodné zvláštního zřetele vyžadující pokračování plnění smlouvy
167. Podle § 118 odst. 5 písm. b) zákona Úřad návrh zamítne, pokud byly zjištěny důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy podle odstavce 2, ale zadavatel prokáže naplnění důvodů hodných zvláštního zřetele vyžadujících pokračování plnění smlouvy podle odstavce 3 zákona.

#### **Závěry Úřadu k uložení zákazu plnění smluv**

168. Z výše uvedeného ustanovení § 118 odst. 2 zákona vyplývá, že zákaz plnění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku může Úřad uložit pouze na návrh, nikoliv z moci úřední. Podmínkou pro podání návrhu na zákaz plnění smlouvy pak není předchozí podání námitek, jak je tomu u ostatních návrhů, jimiž navrhovatel napadá postup zadavatele.
169. V šetřeném případě se navrhovatel domáhá uložení zákazu plnění smluv podle § 118 odst. 2 písm. a) a b) zákona. Jak vyplývá z ustanovení § 118 odst. 2 písm. a) zákona, 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.
170. S ohledem na závěry vyplývající z rozhodnutí ve věci sp. zn. S0600/2016/VZ, ve kterém Úřad konstatoval, že se zadavatel v souvislosti s nyní šetřenou veřejnou zakázkou dopustil spáchání správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. c) zákona, považuje Úřad za prokázané, že dílčí podmínka pro uložení zákazu plnění smlouvy ve smyslu § 118 odst. 2 písm. a) zákona byla splněna.
171. Citované ustanovení § 118 odst. 2 písm. a) zákona dále vylučuje uložení zákazu plnění smlouvy v případě, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 zákona a postupoval v souladu s § 82 odst. 1 zákona, § 110 odst. 6 zákona a § 115 odst. 5 zákona, přičemž obě podmínky musí být splněny kumulativně.
172. K otázce uveřejnění dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu (tzv. oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante) Úřad uvádí, že podle § 146 odst. 2 zákona může zadavatel v případech, kdy nebyl povinen uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení, uveřejnit oznámení o záměru uzavřít smlouvu, resp. toto oznámení může uveřejnit též v situaci, kdy se domnívá, že není povinen oznámení o zahájení zadávacího řízení uveřejnit. Řádné uveřejnění dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu spolu s postupem podle § 82 odst. 1 zákona, § 110 odst. 6 zákona a § 111 odst. 5 zákona vylučuje uložení zákazu plnění smlouvy podle § 118 odst. 2 písm. a) zákona. Jelikož uveřejnění tohoto



oznámení vyvolává ve vztahu k posouzení postupu zadavatele, resp. při rozhodování o uložení nápravného opatření tak závažné důsledky, je třeba vždy zkoumat, zda došlo k řádnému uveřejnění tohoto dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu. Pro úplnost pak Úřad dodává, že uveřejnění dobrovolného oznámení o záměru uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku je úkonem zadavatele, proti kterému lze podat námitky (viz ustanovení § 110 odst. 5 zákona), příp. návrh na přezkoumání úkonů zadavatele.

173. V šetřeném případě Úřad zjistil, že zadavatel ve Věstníku veřejných zakázek neuveřejnil žádný formalizovaný dokument, jenž by bylo možné považovat za dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku ve smyslu § 146 odst. 2 zákona, tj. formulář Oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante. Z Věstníku veřejných zakázek lze pouze zjistit, že zadavatel v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou uveřejnil dne 11. 3. 2016 formulář Oznámení předběžných informací. Nicméně zadavatelem uveřejněný formulář Oznámení předběžných informací ve Věstníku veřejných zakázek nelze považovat za dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku ve smyslu § 146 odst. 2 zákona, tj. formulář Oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante, a to už jen s ohledem na charakter informací uveřejňovaných v jednotlivých formulářích, když v Oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante zadavatel uveřejňuje mj. v „Oddílu IV: Řízení“ informace o zadávacím řízení a v „Oddílu V: Zadání zakázky“ informace o zadání veřejné zakázky, přičemž v Oznámení předběžných informací tyto informace zcela absentují.
174. Na základě výše uvedených skutečností je zřejmé, že zadavatel neuveřejnil oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 zákona. Z uvedeného důvodu není nutné dále zkoumat, zda zadavatel dodržel postup podle § 82 odst. 1 zákona, § 110 odst. 6 zákona a § 111 odst. 5 zákona, neboť aby mu nemohl být uložen zákaz plnění smlouvy, musel by splnit dané podmínky kumulativně, což v šetřeném případě nenastalo. S ohledem na právě uvedené má Úřad za prokázané, že byla naplněna rovněž druhá dílčí podmínka pro uložení zakazu plnění smlouvy ve smyslu § 118 odst. 2 písm. a) zákona.
175. S ohledem na výše uvedené lze uzavřít, že v šetřeném případě jsou splněny podmínky ve smyslu ust. § 118 odst. 2 písm. a) zákona pro uložení nápravného opatření spočívajícího v uložení zakazu plnění smluv na veřejnou zakázku, neboť zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, když neuveřejnil v informačním systému a Úředním věstníku oznámení o zahájení zadávacího řízení, ačkoliv k tomu byl povinen, a současně zadavatel neuveřejnil ani dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 zákona.
176. V šetřeném případě považuje Úřad za nadbytečné vyjadřovat se podrobně k argumentům navrhovatele ohledně spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, neboť rozhodnutí ve věci sp. zn. S0600/2016/VZ, ve kterém Úřad konstatoval spáchání správního deliktu zadavatelem, nabylo dne 10. 11. 2016 právní moci. Otázku spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona je proto nutné považovat za *res administrata*, tedy je dána překážka věci pravomocně rozhodnuté, a Úřad se jí v dalším správním řízení nemůže zabývat (srov. ust. § 48 odst. 2 správního řádu). Vzhledem k tomu, že rozhodování o spáchání správního deliktu zadavatelem není předmětem tohoto správního řízení, neboť tato otázka byla ze strany Úřadu již pravomocně rozhodnuta, Úřad se argumentací jak navrhovatele, tak zadavatele ve vztahu ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona věcně nezabýval, jelikož se *de iure* netýká předmětu nyní vedeného

správního řízení. Úřad v této souvislosti nicméně plně odkazuje na své odůvodnění v rozhodnutí ve věci správního řízení sp. zn. S0600/2016/VZ (dostupné na stránkách [www.uohs.cz](http://www.uohs.cz) v sekci Veřejné zakázky/Sbírka rozhodnutí), jež bylo mimo jiné součástí podkladů pro vydání rozhodnutí v nyní posuzované věci.

*Ke spáchání dalších správních deliktů zadavatelem*

177. V šetřeném případě navrhovatel rovněž namítá spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) a d) zákona zadavatelem. Úřad k této námitce navrhovatele uvádí, že s ohledem na zásadu procesní ekonomie při vedení správního řízení, Úřad nepovažuje za nutné blíže dovozovat možné naplnění znaků skutkových podstat správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) a d) zákona, neboť je nepochybné, že zadavatel se v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, jak Úřad konstatoval v (pravomocném) rozhodnutí ve věci sp. zn. S0600/2016/VZ, a současně zadavatel neuveřejnil ani dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu ve smyslu ust. § 146 odst. 2 zákona, což jsou předpoklady pro případné uložení zákazu plnění smlouvy ve smyslu § 118 odst. 2 písm. a) zákona.
178. K právě uvedenému Úřad pro vysvětlenou dodává, že vzhledem k tomu, že předmětem vedeného správního řízení je návrh na uložení zákazu plnění smlouvy a že tento lze uložit při naplnění kterékoli ze třech hypotéz vymezených v § 118 odst. 2 zákona [spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona zadavatelem za předpokladu, že neuveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 zákona, případně jej uveřejnil a následně nepostupoval v souladu s § 82 odst. 1, § 110 odst. 6 a § 111 odst. 5 zákona; spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona a současně správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. d) zákona zadavatelem; spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem a současně jeho postup podle § 82 odst. 3 zákona], je za situace, kdy je jedna z těchto hypotéz prokázána, nadbytečné zabývat se naplněním hypotéz jiných. Další dokazování v tomto směru by na výsledek vedeného správního řízení nemohlo mít žádného vlivu a pouze by zbytečně zatěžovalo jak účastníky řízení, tak Úřad – a mimo jiné by způsobovalo neodůvodněné průtahy v řízení.
179. Je však třeba konstatovat, že v situaci, kdy je naplněna některá z hypotéz uvedených v § 118 odst. 2 zákona, se Úřad musí – vzhledem k argumentaci zadavatele – zabývat možnou existencí důvodů hodných zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem ve smyslu § 118 odst. 3 zákona, jelikož v případě, že zadavatel prokáže [§ 118 odst. 5 písm. b) zákona] existenci těchto důvodů, z pohledu Úřadu nezbývá, než návrh navrhovatele zamítnout ve smyslu § 118 odst. 5 písm. b) zákona.

*K existenci důvodů hodných zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem, vyžadujícím pokračování plnění smlouvy*

180. Z výše citovaného ustanovení § 118 odst. 3 zákona vyplývá, že zákaz plnění smlouvy nelze uložit, pokud v daném případě existují důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem vyžadující pokračování plnění smlouvy.
181. Úřad ve vztahu k zásadě ochrany veřejného zájmu předně uvádí, že tato zásada je rovněž spolu se zásadou legitimního očekávání a zásadou nestranného postupu a rovného přístupu uvedena mezi základními zásadami činnosti správních orgánů v § 2 odst. 4 správního řádu,

podle něhož správní orgán dbá, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem a aby odpovídalo okolnostem daného případu, jakož i na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly.

182. K pojmu „veřejný zájem“ pak Úřad uvádí, že je neurčitým právním pojmem, který musí být v případě potřeby ve správním řízení definován, a to s ohledem na konkrétní okolnosti projednávaného případu, neboť jeho obsah a rozsah se může měnit. Musí se jednat o takový zájem, který lze označit za obecný či veřejně prospěšný, případně za zájem společnosti jako celku. Takový zájem nemůže být v rozporu s platnými právními předpisy. Obecně platí, že správní orgány by neměly veřejný zájem samy aktivně konstruovat a definovat, veřejný zájem musí vyplývat vždy přímo z právní úpravy. V této souvislosti Úřad uvádí, že právní předpisy ve většině případů veřejný zájem přímo nedefinují, a ten je tak třeba dovodit ze smyslu a účelu příslušné právní úpravy. V konkrétním správním řízení může nastat i situace, kdy několik veřejných zájmů stojí proti sobě a objektivně není možné, aby přijaté řešení bylo v souladu se všemi veřejnými zájmy, které s rozhodovanou věcí souvisejí. Je pak na správním orgánu, aby pokud možno rozhodl tak, aby žádný z dotčených veřejných zájmů nebyl na úkor ostatních popřen. Naznačený postup při interpretaci tohoto neurčitého právního pojmu vyplývá i z rozsudku NSS sp. zn. 5 Afs 151/2004 ze dne 28. 7. 2005.
183. Současně je však třeba vycházet i z toho, že veřejným zájmem je nepochybně i zájem na řádném zadávání veřejných zakázek, kdy primární účel právní úpravy v této oblasti, kterým je zajištění hospodárného vynakládání veřejných prostředků, je dosahován zajištěním co možná nejširší férové hospodářské soutěže o každou veřejnou zakázku, přičemž právě k dosažení takové soutěže vede dodržování pravidel stanovených zákonem. Jinými slovy řečeno, účelem zadávacího řízení je zabezpečit soutěž dodavatelů o předmět veřejné zakázky, jejímž důsledkem by mělo být taktéž dosažení efektivního a hospodárného nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů. Zadavatel by měl zajistit, aby byly veřejné rozpočty spotřebovávány řádně a efektivně, na základě hodnocení nabídek a bez jakéhokoliv druhu zvýhodňování některého z uchazečů.
184. S ohledem na výše uvedené je tak třeba v daném případě posoudit, zda jsou dány důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem vyžadující pokračování plnění smlouvy, resp. zda tyto důvody bylo možné na základě zadavatelem tvrzených a prokázaných skutečností v souladu s ustanovením § 118 odst. 3 zákona seznat. Vzhledem k tomu, že Úřad je v případě existence takových důvodů povinen zákaz plnění smlouvy neuložit, resp. návrh na jeho uložení podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. b) zákona zamítnout, je třeba ustanovení § 118 odst. 3 zákona vykládat v souladu s obecnými právními zásadami restriktivně, a to z následujících důvodů. Ustanovení § 118 odst. 3 zákona představuje výjimku z pravidla upraveného v § 118 odst. 2 zákona, které zajišťuje, že v případech tam uvedených dojde k nápravě nezákonného stavu (tj. stavu, kdy zadavatel postupoval, a to kvalifikovaným způsobem, v rozporu se zákonem) mimo jiné tím, že smlouva, která byla uzavřena v rozporu se zákonem (a tedy v rozporu s veřejným zájmem sledovaným zákonem, tj. zájmem na zabezpečení soutěže dodavatelů o předmět veřejné zakázky, jejímž cílem je dosáhnout efektivního a hospodárného nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů), nebude plněna. V případě důvodů hodných zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem podle § 118 odst. 3 zákona se tak musí jednat o zcela závažné důvody, které převáží veřejný zájem sledovaný zákonem.

185. Úřad na tomto místě považuje za nezbytné uvést, že důkazní břemeno ohledně existence důvodů hodných zvláštního zřetele, jak vyplývá z ustanovení § 118 odst. 5 písm. b) zákona, nese osoba, která se jich dovolává.
186. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 7. 10. 2016 ohledně existence důvodů hodných zvláštního zřetele ve smyslu § 118 odst. 3 zákona uvádí několik důvodů dle jeho názoru zvláštního zřetele hodných, spojených s veřejným zájmem, pro které by Úřad neměl uložit zákaz plnění smluv, konkrétně pak:
- veřejný zájem na dodržení zákonné povinnosti ve smyslu § 22 a násl. zákona o pozemních komunikacích, tedy provozování mýtného systému a výběr mýtného,
  - veřejný zájem na zajištění řádného a včasného vypořádání pohledávek fyzických a právnických osob na vrácení kaucí a předplaceného mýtného,
  - veřejný zájem na naplnění zákonné povinnosti ve smyslu § 22c odst. 1 písm. c) zákona o pozemních komunikacích, tedy zajištění bezplatného poskytnutí OBU jednotky, a zajištění faktického naplnění zákonného ustanovení o propadnutí nespotřebovaných finančních prostředků na předplaceném mýtném od 14. listopadu 2016,
  - veřejný zájem na naplnění závazků vyplývajících pro ČR z právních předpisů Evropské unie o povinné implementaci EETS,
  - veřejný zájem na otevření významného tržního segmentu širšímu okruhu odborně způsobilých dodavatelů při současném zajištění bezporuchového a nepřetržitého provozu mýtného systému do doby realizace nového řešení výběru mýtného,
  - veřejný zájem na budoucí realizaci transparentního a nediskriminačního zadávacího řízení, které umožní co nejširšímu okruhu odborně způsobilých dodavatelů zajišťovat výběr mýtného i prostřednictvím stávajícího ESVZ, nebo jeho částí, spolu se zájmem na omezení konkurenční výhody konsorcia Kapsch na minimální možnou úroveň pro dosažení co nejvýhodnějších nabídek v zadávacím řízení,
  - veřejný zájem na hospodárném využití mýtného systému, jakožto majetku ČR, s účetní hodnotou cca 7 mld. Kč,
  - veřejný zájem na udržitelném rozsahu provozu těžké kamionové dopravy na páteřních pozemních komunikacích v ČR (jehož navýšení sebou nese mnoho negativních důsledků) a
  - veřejný zájem na zachování nepřetržitého výběru mýtného v řádu 8 – 10 mld. Kč ročně (podrobně body 71. až 84. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
187. K prokázání veřejného zájmu na zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016, kdy zajištění provozu mýtného systému je předmětem veřejné zakázky, Úřad uvádí následující.
188. V šetřeném případě by za důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem vyžadující pokračování plnění smluv bylo možno označit takovou situaci, kdy by uložení zákazu plnění Smluv, tedy konkrétně Dodatku č. 1 ke Smlouvě o službách a Dodatku č. 2 ke Smlouvě dodávce, nutně vedlo nedozírným celospolečenským dopadům, resp. k situaci,

kteřá by svými negativními dopady byla ve zjevném nepoměru oproti situaci, kdy Úřad od uložení zákazu plnění smlouvy, jež byla uzavřena v rozporu se zákonem, upustí. Jinými slovy, stěžejní otázkou pro posouzení, zda lze konkrétní okolnosti šetřeného případu podřadit pod ustanovení § 118 odst. 3 zákona tedy je, zda lze prokázat, že by uložení zákazu plnění smluv znamenalo nejen nemožnost výběru mýtného, ale ve svém důsledku by způsobilo rovněž celospolečenské negativní důsledky, a zda tyto negativní dopady mají natolik intenzivní charakter, aby odůvodnily i pokračování smlouvy, která byla uzavřena v rozporu se zákonem. Již na tomto místě lze podotknout, že v této fázi není reálné uvažovat o možnosti realizace zákonného zadávacího řízení v souvislosti s poskytováním předmětného plnění a ani jiného náhradního řešení (k tomu více viz bod 198. a 199. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

189. Úřad v této souvislosti uvádí, že v případě shledání existence veřejného zájmu zde nesmí převážet ani žádný jiný, závažnější, byť partikulární, veřejný zájem. Ústavní soud totiž k této otázce definování veřejného zájmu ve správním řízení již několikrát vyložil, že *„veřejný zájem v konkrétní věci by měl být zjišťován v průběhu správního řízení na základě poměrování nejrůznějších partikulárních zájmů, po zvážení všech rozporů a připomínek. Z odůvodnění správního rozhodnutí pak musí zřetelně vyplynout, proč veřejný zájem převážil nad řadou jiných partikulárních zájmů. Veřejný zájem je třeba nalézt v procesu rozhodování ...“* (srov. nález Ústavního soudu ze dne 28. 6. 2005, sp. zn. Pl. ÚS 24/04).
190. Úřad považuje za klíčové zabývat se nejdřív aspektem souvisejícím s možným enormním nárůstem intenzity tranzitní kamionové dopravy na zemi ČR a zejména pak podstatným zhoršením životního prostředí a emisní zátěže obyvatel žijících v nejbližším okolí tranzitních tras (viz body 80. a 81. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a v návaznosti na to, zda zájem na výběru mýtného a s ním spojený udržitelný rozsah provozu tranzitní kamionové dopravy na území ČR včetně souvisejících negativních důsledků převažuje nad dalšími zájmy, vymezené mimo jiné i tímto zákonem.
191. Zadavatel na podporu jím uváděného veřejného zájmu doložil studii Ing. Ondřeje Zaorala, Ph.D. (dále jen „Studie“), ze které mimo jiné vyplývají následující závěry. *„Mýtné v dnešní době představuje nezanedbatelný náklad pro každého dopravce. Společně s naftou a náklady na práci řidiče patří do trojice nejvyšších nákladových položek na ujetý kilometr kamionu. Diskuse o objíždění mýtných úseků se stala za posledních deset let oblíbeným populárním mýtným tématem, a spor o to, zda se objíždí nebo neobjíždí, zůstává stále empiricky nerozsouzen. Po vypnutí mýta se ale v mezinárodním měřítku stává zpoplatněnou dálnicí Rakousko a Německo, zatímco nezpoplatněnou okreskou bude Česká republika. Absence mýta v České republice bude znamenat zvýšení intenzity kamionové dopravy, otázkou je pouze míra zvýšení. [...] Důvod pro hypotézu o zvýšení intenzity tranzitní dopravy v souvislosti s vypnutím mýta lze ilustrovat na poměrně jednoduché nákladové kalkulaci. Trasu z Bratislavy do Frankfurtu může kamion absolvovat přes Rakousko, nebo přes české dálnice D2, D1, D0 a D5. Cesta přes ČR je o pouhých 35 kilometrů delší než „spodem“ přes Rakousko. Rozhodující je však struktura těchto tras a náklady na mýtné. Dnes je „rakouská trasa“ na mýtném o 1 400 korun dražší a o 35 kilometrů kratší. Pojede-li řidič přes Českou republiku, ušetří na každém z těchto pětaticeti dodatečných kilometrů 40 korun na rakouském mýtu. Provoz kamionu ale něco stojí, takže při provozních nákladech do 30 Kč/km ušetří ve výsledku kolem 10 korun na dodatečný kilometr neboli 350 korun. To není příliš velký rozdíl, který by řidiče a jejich dispečery jednoznačně motivoval volit delší a „mýtně“ levnější cestu přes ČR.*

*Rozhodujícími faktory budou v současné době jiné vlivy než rozdílná cena mýta, například kvalita komunikací, uzavírky a s nimi spojené riziko zdržení v zácpě, cena nafty apod. Jakmile se ale mýto vypne, situace se razantně změní. Nákladový rozdíl se vyšplhá na 3 200 korun, tj. mýtná úspora na každém dodatečném kilometru delší trasy přes ČR bude 90 korun! Při provozních nákladech do 30 Kč/km je úspora minimálně 2 100 korun. Tento nákladový propočet se bohužel netýká jen cesty z Bratislavy do Frankfurtu, ale všech cest z Balkánu, Maďarska, Slovenska a východního Rakouska do severozápadní Evropy (Belgie, Nizozemsko, západní část Německa kromě jižního Bavorska a Bádenska-Württemberska). Možnost nákladové arbitráže, otevřená absencí mýta v České republice, změní chování všech ekonomicky smýšlejících dopravců. Přesun do ČR bude probíhat až do okamžiku, kdy se náklady obou variant opět vyrovnají. [...] Jedno je však jisté – bude-li poptávka po kapacitě českých „zdarma“ dálnic vyšší než existující kapacita, zajistí ekonomický princip nákladové arbitráže využití dálnic na plnou kapacitu.“ Pokud jde o důsledky spojené s nárůstem intenzity tranzitní kamionové dopravy, Studie uvádí následující. „Modelový příklad cesty z Bratislavy do Frankfurtu v sobě nesl jeden do tohoto okamžiku záměrně zamlčený předpoklad. Kalkulace byla provedena pro nejmodernější kamion ekologické třídy Euro VI. Protože mýto je pro tato neekologičtější vozidla nejlevnější, jejich úspory z případného neplacení mýta jsou také nejmenší. A čím menší úspory, tím menší motivace objíždět. Nicméně jakmile do hry vstoupí starší kamion třídy Euro III, čísla se výrazně mění. Takový kamion může jízdu přes ČR bez mýta ušetřit 5 000 korun na rakouském mýtném neboli 140 korun na každý z těch pětatřiceti kilometrů delší trasy. Po započtení nákladů na delší cestu přes ČR stále řidič ušetří přes 110 korun na každý dodatečný kilometr. Zasadíme-li tento nový poznatek do ekonomické hry na nákladovou arbitráž, popsanou v předchozím odstavci, výsledek je jediný: Největší motivaci objíždět Rakousko přes Českou republiku budou mít ty nejstarší a ekologicky nejhorší kamiony. [...] Zvýšení dopravy díky efektu „levné trasy bez mýta“ přinese i vyšší opotřebení dálnic, včetně těch čerstvě postavených nebo rekonstruovaných.“*

192. Dle Úřadu lze potvrdit, že nákladová složka tvořící poplatek za mýtné představuje jednu z nejdůležitějších složek nákladů přepravce za ujetý kilometr. Případný nákladový rozdíl v souvislosti s výpadkem mýtného systému tedy při nevybírání mýta způsobí výrazný nákladový rozdíl při využití komunikací v ČR oproti využití komunikací v okolních státech. Tato možnost nákladové efektivity důsledkem absence mýta nepochybně povede ke změně chování všech ekonomicky smýšlejících dopravců. Byť si Úřad uvědomuje, že předmětná Studie není výsledkem zákonem předvídaného znaleckého dokazování, není tedy opatřena příslušnou znaleckou doložkou, Úřad nemá důvod pochybovat o relevanci konkrétních závěrů prezentovaných v předmětné Studii. Dle Úřadu lze považovat argumenty prezentované ve Studii za logické, zohledňující stěžejní aspekty konkrétní problematiky, tedy absence mýtného systému ve vzájemných souvislostech, vedoucích k jednoznačným důsledkům. V neposledním nelze přehlížet, že předmětnou Studii vypracoval odborník<sup>5</sup> na

<sup>5</sup> Úřad v této souvislosti vychází z veřejně dostupných informací (viz blíže <http://www.ceskemyto.cz/mytne-v-cesku/cisla-a-statistiky/>), dle kterých je Ing. Ondřej Zaoral, Ph.D. ředitelem poradenské společnosti Inoxive, která již několik let zpracovává souhrnné analytické studie o českém elektronickém mýtném systému. Ing. Ondřej Zaoral, Ph.D. se dlouhodobě věnuje matematickým modelům a dopravním analýzám a podílel se na tvorbě platebního konceptu elektronického mýtného systému a následné implementaci specializovaného clearingového centra.

mýtné systémy a evropskou interoperabilitu, což předmětnému dokumentu dodává rovněž patřičnou relevanci.

193. Ukončení výběru mýtného k 31. 12. 2016 by tedy zcela jistě znamenalo zvýšení intenzity provozu na pozemních komunikacích v ČR, jelikož pohyb kamionů po dříve zpoplatněných pozemních komunikacích by byl od 1. 1. 2017 bezplatný a dopravci by tak bez jakýchkoliv pochyb volili trasy vedoucí přes ČR než paralelně vedoucí trasy přes státy, ve kterých se mýtné vybírá. Vzhledem k tomu, že všechny sousední státy mají funkční mýtný systém a mýtné vybírají, lze dovodit, že dopravci raději zvolí trasu vedoucí přes ČR, díky čemuž výrazně ušetří na mýtném, resp. ho vůbec neplatí (k tomu blíže viz závěry Studie uvedené v bodu 191. odůvodnění tohoto rozhodnutí), což je dle názoru Úřadu významný rozhodovací faktor při výběru trasy. Studie rovněž předpokládá, že intenzita tranzitní kamionové dopravy naroste především díky tranzitní kamionové přepravě s nižší ekologickou třídou, tedy s nižší tzv. emisní třídou Euro [pozn. Úřadu – existují emisní třídy Euro 0 až Euro 6, přičemž platí, že čím vyšší emisní třída, tím ekologičtější vozidlo], neboť právě tyto kamiony ušetří na mýtném nejvíce finančních prostředků. Úřad k tomu uvádí, že se jedná o zcela logický předpoklad, neboť za mýtné nejvíce zaplatí vozidla nad 3,5 tuny s emisní třídou Euro 0 - II, kdežto vozidla s emisní třídou Euro V+ zaplatí na mýtném nyní cca poloviční částku [pozn. Úřadu - sazbu mýtného za užití 1 km zpoplatněné komunikace stanovuje Nařízení vlády ČR č. 354/2011 Sb.]. Z toho důvodu budou trasu vedoucí přes ČR volit zejména přepravci využívající taková vozidla, která na mýtném ušetří nejvíce finančních prostředků, tzn. vozidla nejméně ekologická. Uvedené sebou bez pochyb nese negativní dopady na kvalitu životního prostředí, potažmo na zdraví obyvatel žijících v nejbližším okolí tranzitních tras. Uvedený aspekt lze pak bez pochyb vztáhnout i na zvýšení intenzity tranzitní dopravy obecně. Úřad je v této souvislosti veden tou úvahou, že nárůst tranzitní dopravy spojený s ekonomickou výhodností při využití komunikací na území České republiky by byl s ohledem na strategickou polohu České republiky enormní, když jak dovozuje Studie, výrazná ekonomická úspora by byla rozhodující nejen na klíčovém spojení Bratislava – Frankfurt (přes ČR) ale přilákala by v podstatě tranzitní dopravu ze všech okolních oblastí Maďarska, Rakouska, Balkánu apod. Úřad v této souvislosti dodává, že jedním ze zásadních úkolů výběru mýtného je obecně vzato rovněž udržování vhodného technického stavu silničních komunikací. Tohoto cíle je dosahováno mimo jiné právě prostřednictvím poplatků za užívání zpoplatněné pozemní komunikace konkrétními přepravci v rámci systému elektronického mýta. Právě význam této regulační funkce, kdy se na udržování technického stavu komunikací podílejí zprostředkovaně přepravci, kteří zpoplatněné komunikace reálně využívají, je zcela zásadní, jelikož mimo jiné zamezuje nepřiměřenému opotřebením silničních komunikací (blíže viz dále body 205. až 207. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Enormní navýšení tranzitní dopravy dovozené výše by nepochybně vyvolalo rovněž nezanedbatelné dopady ve vztahu k životnímu prostředí.
194. Úřad v této souvislosti uvádí, že ochrana životního prostředí je bezesporu jedním z nejvýznamnějších úkolů veřejné moci vykonávaných ve veřejném zájmu, jejíž obsah je přímo definován ustanovením § 9 zákona č. 17/1992 Sb., o životním prostředí, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o životním prostředí“), a vychází pak zejména z ústavně garantovaného práva na ochranu životního prostředí. Dle posledně citovaného zákona o životním prostředí ochrana životního prostředí spočívá v provádění nebo zajišťování takových činností, jimiž se předchází znečišťování nebo poškozování životního prostředí,

nebo se toto znečišťování nebo poškozování omezuje a odstraňuje. V české ústavní úpravě je pak tento veřejný zájem v obecné rovině dovozen již v preambuli k Ústavě, kde je obsaženo poslání střežit a rozvíjet zděděné přírodní a kulturní, hmotné a duchovní bohatství. Rovněž preambule Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) vychází ze zásady trvale udržitelného rozvoje, když proklamuje, že současná společnost přejímá svůj díl odpovědnosti vůči budoucím generacím za osud veškerého života na Zemi. Konkrétnější úprava je pak definována zejména v ustanovení čl. 11 odst. 3 Listiny upravující zákonné meze výkonu vlastnických práv z důvodu ochrany lidského zdraví, přírody a životního prostředí, a dále pak v čl. 35 odst. 1 a 2 Listiny upravující právo každého na příznivé životní prostředí a včasné a úplné informace o stavu životního prostředí a přírodních zdrojů a v čl. 35 odst. 3 Listiny upravující zákonné meze výkonu práv, kdy nikdo nesmí ohrožovat ani poškozovat životní prostředí, přírodní zdroje, druhové bohatství přírody a kulturní památky nad míru stanovenou zákonem. Z uvedeného lze tedy dovodit komplexní přístup k ochraně životního prostředí a rovněž i existenci nezpochybnitelného veřejného zájmu na jeho ochraně.

195. Úřad k posouzení veřejného zájmu v této souvislosti dále uvádí, že s ochranou životního prostředí bezprostředně souvisí rovněž ochrana lidského zdraví, neboť zdraví a životní prostředí jsou bezesporu úzce provázané oblasti, které se prokazatelně ovlivňují, resp. životní prostředí významným způsobem ovlivňuje zdraví populace. Právo na ochranu zdraví, zakotvené v čl. 31 Listiny, je právem nejen na ochranu zdraví jednotlivce, ale i právem na ochranu veřejného zdraví, tj. zdraví populace. Česká právní úprava definici veřejného zdraví podstatně shrnuje v § 2 zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví, kdy veřejným zdravím označuje stav obyvatelstva a jeho skupin, přičemž zdravotní stav určují mimo jiné, životní a pracovní podmínky. Tyto „podmínky“ je pak nutné vnímat jako všechno, co přímo či nepřímo působí a ovlivňuje zdraví populace. Požadavek na zdravé životní podmínky potom znamená požadavek na takové podmínky, které jsou zdraví jedince prospěšné. V šetřeném případě by negativní životní prostředí způsobené enormním neregulovaným nárůstem tranzitní dopravy mohlo vést zejména k četnosti a závažnosti výskytu respiračních chorob způsobených výfukovými plyny, prachovými částicemi apod. Při zohlednění výše uvedené lze konstatovat, že rovněž právo na ochranu lidského zdraví je veřejným zájmem významného charakteru.
196. Na základě skutečností uvedených v předchozích bodech tohoto rozhodnutí má Úřad za prokázané, že existuje dostatečně intenzivní veřejný zájem na pokračování plnění Smluv, resp. plnění předmětu veřejné zakázky, spočívající v ochraně životního prostředí spojený s ochranou veřejného zdraví, neboť v případě, kdy by Úřad uložil zákaz plnění Smluv ze dne 28. 8. 2016, lze s ohledem na výše uvedené úvahy dovodit, že by došlo k významnému nárůstu tranzitní kamionové dopravy na území ČR, což by mělo za následek výrazné zhoršení kvality životního prostředí a ekologické zátěže, což by ve svém důsledku k výrazným rizikům dlouhodobého zhoršení zdravotního stavu obyvatel žijících především v okolí tranzitních tras.
197. Úřad opětovně zdůrazňuje, že veřejným zájmem je rovněž zájem na zadávání veřejných zakázek podle zákona, jehož účelem je zabezpečit soutěž dodavatelů o předmět veřejné zakázky, což by mělo vést k dosažení efektivního a hospodárného nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů.
198. V přezkoumávané věci Úřad konstatuje, že k zachování veřejného zájmu na zákonném zadávání veřejných zakázek by bylo nutno realizovat vhodné zadávací řízení, jehož výsledkem



by bylo zajištění funkčního systému výkonového zpoplatnění vybraných pozemních komunikací, nicméně k tomu je třeba dodat, že v současné době, kdy do doby ukončení účinnosti původně uzavřených smluv zbývají necelé dva měsíce, nepřichází realizace vhodného zadávacího řízení tak, aby výběr mýtného nebyl narušen, a nehrozily by celospolečenské dopady ve výše naznačeném smyslu, v úvahu. K tomu lze uvést, že zadávací řízení je vysoce formalizovaný proces, který s ohledem na lhůty stanovené zákonem a procesní práva a povinnosti zadavatele a účastníků zadávacího řízení může trvat i několik měsíců. Zvláště v případech složitých veřejných zakázek, jakým by bez pochyby byla zakázka související s nyní šetřeným předmětem plnění, je nutné počítat rovněž s využitím veškerých prostředků obrany ze strany v úvahu přicházejících uchazečů, které mohou ukončení zadávacího řízení rovněž prodloužit.

199. Úřad v této souvislosti doplňuje, že v šetřeném případě nepřichází v úvahu ani jiné náhradní, resp. dočasné řešení spočívající např. v zavedení dálničních kuponů pro vozidla nad 3,5 tuny. Předně toto řešení dle Úřadu nenachází oporu v žádném z platných právních předpisů v ČR. Zpoplatnění pozemních komunikací se řídí směrnicemi Evropského parlamentu a Rady, které jsou v českém právním prostředí transponovány zejména v zákoně o pozemních komunikacích, souvisejících vyhláškách a nařízeních vlády. Užití zpoplatněné pozemní komunikace silničním motorovým vozidlem, jehož největší povolená hmotnost činí více než 3,5 tuny, podléhá s ohledem na ust. § 22 zákona o pozemních komunikacích úhradě mýtného. Zákon o pozemních komunikacích rozlišuje dále úhradu formou časového poplatku s platností na jeden kalendářní rok, jeden měsíc nebo na deset dnů. Tato možnost se nicméně vztahuje pouze na vozidla do 3,5 tuny, tedy mimo vozidla tranzitního charakteru nad touto hmotností (srov. § 21 a násl. zákona o pozemních komunikacích). Jinými slovy, platné právní předpisy neumožňují provádět úhradu za užití pozemních komunikací pro vozidla nad 3,5 tuny prostřednictvím časového poplatku, tedy formou dálničních kuponů. Úřad proto dodává, že pro znovuzavedení dálničních kuponů by bylo nezbytné upravit související legislativu, přičemž délka legislativního procesu se počítá rovněž minimálně v řádu měsíců. Úřad nadto dodává, že na případnou výrobu a distribuci dálničních kuponů by muselo s největší pravděpodobností rovněž proběhnout standardní zadávací řízení, které jak bylo dovozeno výše, počítá s nezbytnými zákonnými lhůtami. V neposledním řadě má Úřad za to, že případné znovuzavedení dálničních kuponů by ani nevedlo k dosažení požadovaného účelu, jelikož související evropská směrnice 2006/38/ES stanovuje maximální cenu dálničního kuponu, resp. časového poplatku, a to bez ohledu na reálné využití komunikace, tedy bez ohledu na to, kolik km reálně přepravce využije. Způsob výběru poplatků formou mýtného naopak reflektuje reálný stav ujetých kilometrů na zpoplatněných pozemních komunikacích, z čehož vyplývá, že příjmy plynoucí z prodeje dálničních kuponů by mohly být několikanásobně nižší než příjmy z výběru mýtného. Dle posledně citované směrnice je denní poplatek za užívání zpoplatněných komunikací stejný pro všechny kategorie vozidel a činí max. 11 EUR. V této souvislosti lze opětovně odkázat na závěry vyplývající ze Studie, ve které je mimo jiné uvedeno následující: *„Častým argumentem je znovuzavedení dálničních kuponů (známek) pro kamiony a autobusy. [...] Tato myšlenka bohužel nepočítá s tím, že evropská směrnice 2006/38/ES stanovuje maximální cenu časového poplatku (tedy dálničního kuponu) na 797 až 1 461 eur pro nejčastější kamiony ekologických tříd Euro III a vyšší. Denní kupon nesmí být dražší než 11 eur. [...] Za těchto 11 eur dokáže tranzitní kamion přejet z Německa na Slovensko, tj. trasu, za kterou dnes*

*zaplatí 1 938 korun (72 eur). Mýtný výnos je skoro 7× vyšší než maximální povolená cena jednodenního dálničního kuponu! Obdobná logika platí i u ročních, měsíčních a desetidenních kuponů. Efekt jednodenních kuponů je však důležitý, protože v roce 2006 (v posledním roce, kdy existovaly dálniční kupony pro kamiony nad 12 tun) byl podíl jednodenních kuponů 32 procent z celkového prodeje v kusech, což ukazuje na jejich velké využití. I celková čísla roku 2006 odpovídají velkému rozdílu mezi potenciálním výnosem dálničních kuponů a mýtného: V roce 2006 zaplatily kamiony nad 12 tun za dálniční známky pouze 1,2 miliardy korun, zatímco v následujícím roce odvedly na mýtném již 5,6 miliardy korun. Při znovuzavedení dálničních kuponů by na českých dálnicích nebylo možné vybrat za rok od nejběžnějšího kamionu třídy Euro V více než 1 329 eur (36 000 korun).“ S ohledem na výše uvedené by proto ani varianta se znovuzavedením dálničních kuponů v porovnání s výběrem mýtného dle Úřadu nic nezměnila na situaci dovozené výše, a tedy enormnímu nárůstu tranzitní dopravy na území České republiky se všemi negativními důsledky (srov. výše odůvodnění tohoto rozhodnutí).*

200. Úřad dále v souvislosti s posouzením veřejného zájmu uvádí, že v případě vážení dvou protichůdných veřejných zájmů musí správní úřad na základě předložených argumentů porovnat intenzitu obou protichůdných veřejných zájmů. Úřad k tomu uvádí, že ačkoliv veřejný zájem na zadávání veřejných zakázek dle zákona nelze shledat méněcenným, Úřad musí konstatovat, s ohledem na výše uvedené, že veřejný zájem na ochraně životního prostředí a veřejného zdraví dosahuje vyšší intenzity v porovnání s veřejným zájmem na zadávání veřejných zakázek, neboť pokud by Úřad uložil zákaz plnění Smluv, došlo by z důvodů uvedených v předchozích bodech tohoto odůvodnění s pravděpodobností hraničící s jistotou k ukončení výběru mýtného spojenému s výrazným nárůstem tranzitní dopravy, což by mělo za následek zhoršení životního prostředí a ohrožení veřejného zdraví populace a došlo by tak k narušení ústavně zaručeného práva na ochranu životního prostředí a veřejného zdraví. V neposlední řadě pak dle Úřadu nelze v této souvislosti přehlížet, že nárůst tranzitní dopravy by zcela nepochybně vedl ke zhoršení dopravně-bezpečnostní situace na pozemních komunikacích, kdy vzrůstající objem tranzitní dopravy by mohl ohrozit plynulost silniční dopravy, potažmo způsobit škody na majetku a zdraví osob. Lze rovněž důvodně předpokládat, že synergický efekt, jehož příčinou by byl právě enormní nárůst tranzitní dopravy, pak ve svém důsledku způsobí rovněž nedozírné socioekonomické dopady, související s nemožností státu zabezpečit plynulost dopravního provozu obecně.
201. Ačkoli je Úřad přesvědčen, že důvod hodný zvláštního zřetele spojený s veřejným zájmem na ochranu životního prostředí, potažmo veřejného zdraví je natolik intenzivní, že sám o sobě dostatečně odůvodňuje zamítnutí návrhu na uložení zákazu plnění předmětných smluv, lze dle názoru Úřadu uvažovat rovněž i o dalších důvodech hodných zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem, které ve svém vyjádření uvádí zadavatel.
202. Zadavatel jako další důvod hodný zvláštního zřetele, pro který by mělo pokračovat plnění smluv, spatřuje ve veřejném zájmu na zachování nepřetržitého výběru mýtného, a to ve výši až 10 mld. Kč ročně. Zadavatel zdůrazňuje, že mýtné je podle § 4 odst. 1 písm. c) zákona č. 104/2000 Sb., o Státním fondu dopravní infrastruktury, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o SFDI“ a „SFDI“) zcela zásadním příjmem SFDI, přičemž dle zákona o SFDI fond svých příjmů využívá ve prospěch rozvoje, výstavby, údržby a modernizace silnic a dálnic, železničních dopravních cest a vnitrozemských vodních cest.

203. Podle § 4 odst. 1 písm. c) zákona o SFDI je příjmem SFDI kromě jiného rovněž mýtné. Z ustanovení § 2 odst. 1 písm. a) zákona o SFDI pak vyplývá, že finanční prostředky, s nimiž SFDI hospodaří, lze mj. použít na financování nebo předfinancování výstavby, modernizace, oprav, údržby nebo správy silnic nebo dálnic.
204. Úřad uvádí, že přepravu osob (osobní, veřejná přeprava) a věcí (nákladní přeprava) po pozemních komunikacích lze zcela nepochybně považovat za celospolečenský zájem, neboť po pozemních komunikacích se každý den pohybují miliony osob ať už v osobních či veřejných dopravních prostředcích, stejně tak každý den dochází k přepravě nákladů, které jsou nezbytné k zajištění bezproblémového fungování hospodářství i společnosti jako celku.
205. Úřad ověřil, že z Výroční zprávy ŘSD za rok 2015 vyplývá, že celkový objem vybraného mýtného v roce 2015 činil 9 732 139 734 Kč, přičemž pokud by bylo mýtné vybíráno i v následujících letech, nelze předpokládat, že by došlo k zásadnímu poklesu objemu vybraného mýtného. Je proto logickou úvahou, že během následujících tří let, do kdy nanejvýš mají být účinné předmětné Smlouvy, by na mýtném mohlo být vybráno kolem 30 mld. Kč. S ohledem na posledně uvedené nelze než potvrdit, že finanční prostředky vybrané prostřednictvím mýtného, které poputují do rozpočtu SFDI, mohou činit cca 8-10 mld. Kč ročně, což dle názoru Úřadu rozhodně nelze považovat za marginální částku, právě naopak, jde prakticky o klíčovou příjmovou složku tohoto fondu. Lze se domnívat, že pokud by došlo k ukončení výběru mýtného k 31. 12. 2016, SFDI by přišel o významnou příjmovou stránku svého rozpočtu, čímž by mola být ohrožena jeho základní funkce a poslání, kterým je mj. údržba a opravy pozemních komunikací, jakož i výstavba zcela nových pozemních komunikací.
206. Úřad v této souvislosti uzavírá, že s ohledem na veřejný zájem spočívající v řádné péči o pozemní komunikace by ukončení výběru mýtného k 31. 12. 2016 vedlo k nepřiměřeným důsledkům, spočívajícím v nedostatku finančních prostředků určených k naplňování poslání SFDI. Úřad podotýká, že v současné době by uložení zákazu plnění Smluv zcela nepochybně znamenalo ukončení výběru mýtného k 31. 12. 2016, neboť z časového hlediska neexistuje prostor pro realizaci jakéhokoliv náhradního řešení postupem dle zákona, které by umožnilo výběr mýta od 1. 1. 2017, jak Úřad již konstatoval výše.
207. Jen pro úplnost pak Úřad uvádí, že pokud by měl být zachován alespoň stávající stav pozemních komunikací, přičemž z celospolečenského hlediska je co možná nejlepší stav komunikací jistě veřejným zájmem, muselo by za tímto účelem nezbytně dojít k přesunu finančních prostředků z jiných rozpočtových kapitol, čímž by s ohledem na zásadní výpadek finančních prostředků mohly být ohroženy investice do jiných, byť třeba stejně potřebných projektů. Nelze – ve vztahu ke stavu pozemních komunikací – odhlédnout od negativního synergického efektu, který by ukončení výkonového zpoplatnění k 31. 12. 2016 způsobilo: na jedné straně by došlo k významnému snížení prostředků určených pro investice do dotčené infrastruktury, na straně druhé by přitom tato infrastruktura byla vystavena zvýšenému opotřebením v důsledku razantního navýšení intenzity kamionové dopravy (k tomu srov. výše body 191. a 205. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
208. Zadavatel spatřuje důvody hodné zvláštního zřetele svědčící ve prospěch pokračování plnění Smluv rovněž ve veřejném zájmu na naplnění právních předpisů Evropské unie o povinné implementaci EETS ve smyslu Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/52/ES

a v souladu s Rozhodnutím Komise č. 2009/750/ES. Zadavatel v této souvislosti uvádí, že další zdržení implementace EETS by mělo za následek řízení u Soudního dvora, kterému se ČR prozatím vyhýbá, kdy ČR mohou být uděleny vysoké finanční postihy za nedodržení závazku.

209. Úřad k tomu uvádí, že lze potvrdit tu skutečnost, že ministr zahraničních věcí byl opakovaně Evropskou komisí (dále jen „Komise“) upozorněn, konkrétně Výzvou – Porušení Smlouvy č. 2014/2129 ze dne 10. 7. 2014 a Dodatečnou výzvou – Porušení smlouvy č. 2014/2129 ze dne 29. 4. 2015, na kontinuální neplnění povinností, které pro ČR vyplývají z čl. 5 odst. 2, čl. 10 odst. 1 a čl. 19 odst. 1 písm. b) a přílohy I rozhodnutí 2009/750/ES (o definici evropské služby elektronického mýtného) ve spojení s čl. 3 odst. 4 směrnice 2004/52/ES (o interoperabilitě elektronických systémů pro výběr mýtného ve Společenství). Tyto povinnosti se vztahují k zajištění, aby výběr mýtného v ČR splňoval podmínky technického a procesního uspořádání interoperability EETS, přičemž tyto povinnosti měly být splněny do 6. 10. 2012.
210. Z první výzvy ze dne 10. 7. 2014 mimo jiné vyplývá, že komise v souladu s čl. 258 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“) vyzývá českou vládu, aby podala vyjádření v souvislosti s nesplněním uvedených povinností, přičemž jak vyplývá z předmětné výzvy, upozornění ze strany Komise mělo předcházet řízení prostřednictvím systému EU-Pilot (věc 4166/12/MOVE), které Komisi dostatečně nepřesvědčilo. Z druhé výzvy ze dne 29. 4. 2015 pak vyplývá, že Komise setrvává v názoru, že Česká republika nesplnila výše uvedené povinnosti, a žádá vládu ČR opětovně o vyjádření ve smyslu čl. 258 SFEU.
211. Úřad dále uvádí, že Soudní dvůr Evropské unie (dále rovněž „SDEU“ nebo „Soudní dvůr“) může v souladu s čl. 260 odst. 1 SFEU uložit členskému státu povinností přijmout konkrétní opatření v souvislosti s neplněním povinností, vyplývajících z evropských předpisů. V souladu s čl. 260 odst. 2 SFEU má-li Komise za to, že dotčený členský stát nepřijal vhodná opatření vyplývající rozsudku, může iniciovat u Soudního dvora návrh na uložení povinnosti zaplatit paušální částku nebo penále, ve výši, kterou považuje za přiměřenou okolnostem (v této souvislosti srov. např. rozsudek SDEU C -387/97 ze dne 4. 7. 2000 ve věci Komise vs. Řecká republika).
212. Vzhledem k tomu, že dle dostupných informací ČR dlouhodobě porušuje své povinnosti pro ni vyplývající z výše uvedených právních předpisů Evropské unie o povinné implementaci EETS, Úřad připouští reálnou hrozbu finančního postihu ze strany Komise, jehož výši momentálně nelze přesně vyčíslit, neboť kromě minimální paušální částky zahrnuje ještě penále za každý den prodlení v souvislosti s neplněním povinností stanovených evropskými předpisy. Nicméně lze konstatovat, že porušení předpisů evropského práva, potažmo uložení finanční sankce však zcela nepochybně není v zájmu ČR ani jejích obyvatel, tedy ve veřejném zájmu. Úřad dodává, že ačkoliv intenzita tohoto veřejného zájmu by musela být podrobena rozsáhlejšímu šetření, přičemž nelze přehlížet další související aspekty s nutným řízením před SDEU, lze se oprávněně domnívat, že ohrožení tohoto veřejného zájmu dosahuje relativně vysokého stupně pravděpodobnosti.
213. S ohledem na výše uvedené proto Úřad považuje za důvod hodný zvláštního zřetele spojený s veřejným zájmem rovněž závazek ČR naplnit povinnosti vyplývající z předpisů Evropské unie o povinné implementaci EETS.

214. Závěrem k důvodům hodným zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem na pokračování smluv na šetřenou veřejnou zakázku Úřad uvádí následující. V šetřeném případě je nesporným faktem, který byl Úřadem prokázán, to, že případný výpadek výběru mýta na pozemních komunikacích by způsobil enormní nárůst tranzitní dopravy na území České republiky, který by nebylo možné dostupnými legislativními nástroji jakkoliv řešit. Byť reálně tyto dopady skutečně nelze kvantifikovat (např. jednoznačným vyčíslením finančních dopadů v souvislosti s nutností údržby komunikací), lze bez nejmenších pochybností identifikovat konkrétní celospolečenské dopady. Tyto spočívají zejména v nevyčíslitelných dopadech na životní prostředí a s tím související nevyčíslitelné dopady související s možným ohrožením veřejného zdraví. Právě zásah do těchto ústavně garantovaných práv lze považovat v nyní šetřeném případě za natolik reálný, že svou intenzitou sám o sobě odůvodňuje nutnost pokračování plnění předmětných smluv, byť, jak Úřad opětovně připomíná, uzavřených v rozporu se zákonem. Závěrem lze uvést, že Úřad jako podpůrné důvody zohlednil rovněž zcela zásadní výpadek finančních prostředků v rámci SFDI a případnou sankci ze strany Komise související s neplněním povinností vyplývajících z evropských předpisů. Úřad si je vědom té skutečnosti, že ekonomické zájmy v zásadě nemohou být považovány za důvody hodné zvláštního zřetele. V šetřeném případě má Úřad nicméně za to, že roční výpadek cca 10 mld. Kč představuje natolik významnou částku, že její výpadek by skutečně vedl k nepřiměřeným důsledkům. Úřad rovněž zohlednil potenciální, avšak zcela reálnou hrozbu řízení před Soudním dvorem v souvislosti s neplněním povinností ve vztahu k povinné implementaci EETS vyplývajících z evropských předpisů, potažmo finanční sankci za neplnění této povinnosti. Úřad závěrem pro úplnost uzavírá, že k dalším – dle Úřadu podstatně spornějším – důvodům hodným zvláštního uváděných zadavatelem nepřihlédl, resp. je ani blíže nezkoumal, neboť takový postup za situace, kdy existence (jiných) důvodů zvláštního zřetele hodných spojených s veřejným zájmem vyžadujících pokračování plnění Smluv byla prokázána, by byl v rozporu se zásadou procesní ekonomie.

#### **K argumentům navrhovatele ohledně neexistence veřejného zájmu**

215. K návrhu navrhovatele, aby Úřad uložil zákaz plnění předmětných smluv a účinnost, resp. vykonatelnost tohoto zákazu odložil v minimální délce tak, aby mohlo být realizováno vhodné zadávací řízení, přičemž navrhovatel v této souvislosti poukazuje na související ustanovení ZZVZ, Úřad uvádí následující. Od 1. 10. 2016 nabytí účinnosti ZZVZ, který v ustanovení § 264 odst. 3 ZZVZ opravňuje Úřad za situace, pokud zadavatel prokáže, že důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem vyžadují pokračování plnění smlouvy, v rozhodnutí stanovit lhůtu ne delší než 12 měsíců, jejímž uplynutím je zakázáno plnění smlouvy, přičemž tato lhůta začíná běžet právní mocí rozhodnutí. Současně však Úřad upozorňuje na přechodná ustanovení k ZZVZ, konkrétně na ustanovení § 273 odst. 1 ZZVZ, dle kterého platí, že pokud došlo přede dnem nabytí účinnosti ZZVZ k zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, dokončí se taková řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona. Lze tedy konstatovat, že Úřad je povinen proces zadávání veřejných zakázek, včetně práv a povinností s ním souvisejících, posuzovat podle zákona ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení. Výjimkou je pak pouze oblast související se správním trestáním, tedy rozhodování Úřadu o spáchání správního deliktu a následné uložení sankce. V takovém případě je Úřad povinen reflektovat při svém posouzení rovněž čl. 40 odst. 6 Listiny, tzn., že by se měl vypořádat s otázkou, které

znění zákona je pro účastníka („pachatele“) příznivější. Závěrem v této souvislosti lze uvést, že uplatnění výše uvedeného principu v rámci správního trestání vyplývá z ustálené judikatury NSS, konkrétně pak např. z rozsudku č. j. 5 Afs 68/2011-99 ze dne 21. 3. 2012, v jehož rámci NSS dovedl povinnost správních orgánů zabývat se dodržením ústavního principu povinnosti použít pozdější právní úpravu, pokud je pro pachatele příznivější (obdobně též i rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 64/2012 – 48 ze dne 12. 4. 2013). Uvedený princip nicméně nelze uplatňovat v návrhovém řízení před Úřadem, jehož povaha je kontradiktorní a jehož výsledkem je nápravné opatření, nikoliv uložení sankce v rámci správního trestání.

216. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě bylo zadávací řízení, v jehož návaznosti je podán návrh navrhovatele na uložení zákazu plnění ze smluv, zahájeno 27. 8. 2016, tedy před nabytím účinnosti ZZVZ, a s ohledem na právě uvedené, Úřad musí šetřený případ posuzovat podle tehdejší právní úpravy, tedy podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách.
217. Úřad k uvedenému návrhu navrhovatele dále uvádí, že dle ZVZ není oprávněn uložit zákaz plnění smlouvy za současného odkladu vykonatelnosti rozhodnutí, resp. zákazu plnění smlouvy. V případě zohlednění důvodů hodných zvláštního zřetele ve smyslu § 118 odst. 3 zákona z pohledu Úřadu nezbyvá než postupovat v souladu se zákonnou dikcí a zcela upustit od uložení zákazu plnění smlouvy (srov. § 118 odst. 3 věta první). Jinými slovy, v případě naplnění hypotézy v ust. § 118 odst. 3 zákona musí nezbytně nastat zákonem předvídaný následek v podobě upuštění od uložení zákazu plnění smlouvy ve smyslu § 118 odst. 2 zákona. Pokud by tedy Úřad vyhověl návrhu navrhovatele a uložil zadavateli zákaz plnění smlouvy při současném shledání důvodů hodných zvláštního zřetele spojených s veřejným zájmem na pokračování plnění smlouvy, přičemž vykonatelnost rozhodnutí by na určitou dobu odložil tak, jak nyní umožňuje ZZVZ, dostal by se do rozporu se zásadou zákonnosti zakotvenou v § 2 správního řádu, jelikož takové nápravné opatření by nemělo oporu v zákoně (srov. § 118 zákona). Úřad v této souvislosti doplňuje, že zakotvení zásady zákonnosti nachází oporu rovněž v Ústavě České republiky [srov. čl. 2 odst. 3 a 4 Ústavy ČR], a také v Listině [srov. čl. 2 odst. 2 a 3 Listiny]. Uvedená ustanovení pak mají za základní cíl vymezit, resp. omezit výkon státní moci, která tak může být realizována toliko v případech, mezích a způsobů, které stanoví zákon.
218. Pokud pak navrhovatelem citované ust. § 74 odst. 1 věty prvního správního řádu stanoví, že rozhodnutí je vykonatelné nabytím právní moci nebo pozdějším dnem, který je v jeho výrokové části uveden, je třeba konstatovat, že zákon (na rozdíl od ZZVZ) neobsahuje žádné zmocnění, na jehož základě by Úřad mohl ve výroku pozdější datum vykonatelnosti stanovit.
219. Dále v souvislosti s existencí veřejného zájmu Úřad připouští, obdobně jako navrhovatel, že některé ze zadavatelem uváděných důvodů, jako např. zájem na zajištění řádného a včasného vypořádání pohledávek fyzických a právnických osob na vrácení kaucí a předplaceného mýtného, jsou ryze subjektivního charakteru spojené s potenciálními obtížemi při ukončení dosavadního smluvního vztahu s konsorciem Kapsch. Úřad k tomu pak dodává, že tyto zadavatelem uváděné důvody nejsou důvody, o které by Úřad opíral své rozhodnutí (k tomu srov. výše bod 214. in fine odůvodnění tohoto rozhodnutí).
220. Úřad považuje za vhodné v neposledním řadě zmínit, že je to ostatně sám navrhovatel, kdo ve svém vyjádření ze dne 7. 11. 2016 (viz bod 112. odůvodnění tohoto rozhodnutí) připouští,

že samotná skutečnost spočívající v nutnosti provozovat mýtný systém, resp. vybírat mýto, může naplnit požadavek ve vztahu k důvodům hodným zvláštního zřetele. Úřad dále uvádí, že navrhovatel opakovaně poukazuje zejména na tu skutečnost, že je to právě on, kdo by byl schopen zadavateli poskytnout adekvátní řešení v relativně krátké době (v řádu cca 3 měsíců), a to bez jakékoliv nutné součinnosti stávajícího dodavatele a s garancí funkčnosti provozu. Aniž by měl Úřad ambici toto konstatování navrhovatele jakkoliv prokazovat, je nutné uvést následující. V nyní vedeném správním řízení je stěžejní otázkou, zda existují důvody hodné zvláštního zřetele spojené s veřejným zájmem na pokračování plnění Smluv ze dne 28. 8. 2016, přičemž skutečnost, že zadavatel při uzavření smluv na plnění předmětu šetřené zakázky nepostupoval v souladu se zákonem, již byla ze strany Úřadu shledána a bylo o ní pravomocně rozhodnuto. Úřad dále v této souvislosti uvádí, že i kdyby bylo teoreticky možné ověřit (byť by si to vyžádalo rozsáhlé znalecké dokazování), že je to rovněž navrhovatel, kdo by mohl za relativně krátký čas (cca 3 měsíce) poskytovat plnění spočívající v provozu mýtného systému, a to s garancemi tak, aby nebyl ohrožen výběr mýtného, neexistuje žádný legitimní důvod, proč by měl zadavatel uzavřít smlouvu s navrhovatelem, resp. veřejnou zakázku zadat právě navrhovateli. Úřad naopak uvádí, že jakékoliv přímé zadání navrhovateli, by obdobně jako přímé zadání nyní vybranému uchazeči, nemohlo být považováno za souladné se zákonem. Argumentace navrhovatele je v této souvislosti proto nedůvodná.

#### **K dalším argumentům navrhovatele**

221. Úřad považuje za nezbytné vyjádřit se rovněž k námitce navrhovatele, že zadavatel úmyslně uvedl Úřad v omyl, když mu v rámci šetření podnětu v polovině srpna 2016 zatajil vedení jednacímho řízení bez uveřejnění s konsorciem Kapsch.
222. Úřad v první řadě uvádí, že podle § 26 odst. 1 písm. b) zákona zadavatel zahajuje zadávací řízení odesláním výzvy o zahájení zadávacímho řízení, a žádný jiný úkon zadavatele nelze dle zákona za zahájení zadávacímho řízení považovat.
223. Úřad dále uvádí, že jeho kompetence jsou vymezeny především v ustanovení § 2 zákona č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, tak, že Úřad vytváří podmínky pro podporu a ochranu hospodářské soutěže, vykonává dohled při zadávání veřejných zakázek a vykonává další působnosti stanovené zvláštními zákony. K tomu je třeba doplnit, že pravomoc Úřadu je v oblasti veřejného zadávání dále blíže vymezena ustanovením § 112 zákona, ze kterého vyplývá, že Úřad v oblasti veřejných zakázek vykonává dohled nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, při kterém vydává předběžná opatření, rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky a soutěži o návrh postupoval v souladu s tímto zákonem, ukládá nápravná opatření, kontroluje úkony zadavatele při zadávání veřejných zakázek podle zvláštního právního předpisu, přičemž projednává správní delikty podle tohoto zákona a ukládá sankce za jejich spáchání. Vzhledem k tomu, že v době šetření předmětného podnětu nebylo ze strany zadavatele zahájeno zadávací řízení, přičemž ani nebyla uzavřena smlouva na plnění předmětné veřejné zakázky, zadavatel neuveřejnil ani dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku, lze konstatovat, že Úřadu v té době nebyla dána pravomoc podle § 112 odst. 1 písm. b) zákona jakkoliv přezkoumávat postup zadavatele v souvislosti s možným budoucím zadáním předmětné veřejné zakázky.

224. Úřad s ohledem na výše uvedené uzavírá, že v době šetření předmětného podnětu nedošlo k žádnému formalizovanému jednání ze strany zadavatele, které by mohlo být podrobeno přezkumu ze strany Úřadu, neboť Úřad může přezkoumávat postup zadavatele v zadávacím řízení a za tento postup zadavatele sankcionovat, potažmo učinit vhodné nápravné opatření spočívající například ve zrušení zadávacího řízení až v situaci, kdy byl učiněn konkrétní zákonem předvídaný úkon zadavatele, kterým zadavatel rozhodne o zahájení zadávacího řízení. Uvedené konstatování Úřadu je rovněž plně v souladu s unijní úpravou práva veřejných zakázek, resp. jejich přezkumu ve smyslu směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce. V této souvislosti lze poukázat na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-26/03 ze dne 11. 1. 2015, v němž se Soudní dvůr přiklonil k závěru, že přezkumu v oblasti zadávání veřejných zakázek nepodléhají jednání, která jsou čistě přípravná a jsou součástí vnitřní úvahy zadavatele za účelem zadání veřejné zakázky (srov. bod 35 uvedeného rozsudku Soudního dvora Evropské unie).
225. V neposledním řadě lze v obecné rovině uvést, že posláním Úřadu v oblasti veřejných zakázek je dozor nad postupy zadavatele při zadávání veřejných zakázek. Toto posláním může Úřad vykonávat pouze v rovině kompetencí mu svěřených zákonem, od kterých se Úřad nemůže odchýlit v žádném případě (srov. již odkazované čl. 2 odst. 3 Ústavy České republiky a čl. 2 odst. 2 Listiny, dle kterých lze státní moc uplatňovat jen v případech a v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví).
226. S ohledem na výše uvedené skutečnosti má Úřad ve smyslu ustanovení § 118 odst. 3 zákona za prokázané, že existují důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem vyžadující pokračování plnění předmětných smluv. S ohledem na uvedené pak nezbývá než rozhodnout tak, je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.  
místopředseda



**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