



UOHSX008WFBY

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0600/2016/VZ-43077/2016/522/PKř

Brno: 25. října 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 z moci úřední dne 9. 9. 2016, jehož účastníkem je

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

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v souvislosti s uzavřením

- smlouvy nadepsané „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 „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“ zadávanou v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 27. 8. 2016, přičemž citované smlouvy byly uzavřené 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,

dne 28. 8. 2016 a oznámení o zadání veřejné zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 9. 9. 2016 pod ev. č. 634209,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha – Nové Město – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, 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, 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 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 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.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí **se zadavateli** – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha – Nové Město – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá**

pokuta ve výši 1 000 000,- Kč (slovy: jeden milion korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. UZAVŘENÍ SMLUV

Zadávací řízení z roku 2005

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha – Nové Město (dále jen „zadavatel“ nebo „Objednatel“) 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 adrese¹ (dostupné na www.centralniadresa.cz) a v Úředním věstníku EU (dále jen „původní veřejná zakázka“).
2. V čl. 3.1 „Předmět plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace je uvedeno, že předmětem plnění této veřejné zakázky je poskytování služeb a dodávek vybrané infrastruktury k realizaci projektu výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v ČR.
3. 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 27074358, se sídlem Kovanecká 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“).

Zadávací řízení z roku 2016

4. Zadavatel zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon²“), odesláním výzvy jednomu zájemci k jednání ze dne 27. 8. 2016³ (dále jen „výzva“) jednacím řízením bez uveřejnění za účelem zadání veřejné zakázky „Zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016“, přičemž oznámení o zadání této

¹ 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

² 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.

³ Informace z písemné zprávy zadavatele ze dne 7. 9. 2016; samotná výzva není datována

veřejné zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 9. 9. 2016 pod ev. č. 634209 (dále jen „veřejná zakázka“).

5. Úvodem výzvy zadavatel rekapituluje skutečnosti rozhodné pro zadání předmětné veřejné zakázky, když zadavatel uvedl, že „vzhledem k tomu, že:

(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 jednacích 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 jednacích 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.“

6. 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.

Dotatkem ke Smlouvě o službách a Dotatkem 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.“*

7. Dle zadávací dokumentace činila předpokládaná hodnota veřejné zakázky celkem 6 000 000 000 Kč bez DPH.
8. 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.
9. 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.
10. 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 – 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 společností 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.“

11. 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.“
12. 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“).
13. 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.

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

14. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona příslušný k výkonu dohledu nad postupem zadavatelů při zadávání veřejných zakázek a soutěžích o návrh, obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele v souvislosti s uzavřením smluv na veřejnou zakázku „Zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016“.
15. Úřad si na základě obdrženého podnětu od zadavatele vyžádal stanovisko a dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou. Po přezkoumání dokumentace o veřejné zakázce uveřejněné na profilu zadavatele a informací uveřejněných ve Věstníku veřejných zakázek získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, konkrétně zda zadavatel postupoval při uzavření smluv na veřejnou zakázku v souladu se zákonem, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, tedy pochybnost o tom, zda byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona pro využití tohoto druhu zadávacího řízení. S ohledem na uvedené tak Úřadu vznikla pochybnost, zda se zadavatel uzavřením předmětných smluv (Dodatku č. 1 a Dodatku č. 2) nedopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. c) zákona. V uvedené věci proto Úřad zahájil podle § 113 zákona správní řízení z moci úřední.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

16. S ohledem na shora uvedené pochybnosti oznámil Úřad zadavateli, který je podle § 116 zákona jediným účastníkem správního řízení, dopisem č. j. ÚOHS-S0600/2016/VZ-

37615/2016/522/PKř ze dne 9. 9. 2016 zahájení správního řízení z moci úřední. Správní řízení bylo dle § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zahájeno dnem, kdy bylo oznámení zadavateli doručeno, tj. dne 9. 9. 2016.

17. Usnesením č. j. ÚOHS-S0600/2016/VZ-37676/2016/522/PKř ze dne 12. 9. 2016 stanovil Úřad zadavateli lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy, resp. byl oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko.

Vyjádření zadavatele ze dne 22. 9. 2016

18. Zadavatel své vyjádření strukturuje do několika pasáží (pozn. Úřadu – kopíruje strukturu argumentace obsažené v podnětu, viz body 14. a 15. odůvodnění tohoto rozhodnutí), neboť z hlediska co nejširšího představení skutkového děje, svých aktivit a vysvětlení jednotlivých kroků to považuje za nejvhodnější.

K údajné vládní nečinnosti při vypsání veřejné zakázky, pozdnímu zadání znaleckých posudků, opakovaným změnám ve vládou schvalovaných harmonogramech, pochybnostem o existenci důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona

19. Zadavatel je přesvědčen, že se v daném případě o vládní nečinnost nejedná, přičemž na podporu svého tvrzení odkazuje na tři zásadní materiály, konkrétně „Koncept přípravy Systému elektronického mýta po roce 2016“, „Základní parametry zadávací dokumentace pro zadávací řízení na provoz Systému elektronického mýta po roce 2016“ a „Časový harmonogram realizace Konceptu přípravy Systému elektronického mýta po roce 2016“, které byly vládě v průběhu roku 2015 předloženy a které v některých případech obsahovaly i harmonogramy dalšího postupu. Dle názoru zadavatele skutečnost, že některé termíny se měnily, resp. posouvaly, nic nevypovídá o tom, že by zadavatel předkládající vládě podklady ke schválení nic nečinil, nýbrž je projevem intenzivního úsilí nedobry stav věci, potažmo nedobrá zadavatelova východiska vylepšit.
20. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením, že by až do jara 2016 neučinil žádné hmatatelné kroky vedoucí k vyřešení situace. Ačkoliv zadavatel souhlasí, že hmatatelný výsledek v podobě právní způsobilosti zrealizovat otevřené či užší zadávací řízení na provoz Systému elektronického mýta se bez dalšího nedostavil, zároveň akcentuje, že počínaje únorem 2015 velmi intenzivně analyzoval situaci, připravoval a rovněž i připravil zadávací dokumentaci na transparentní zadávací řízení, nicméně nebyl schopen dosáhnout právní možnosti zpřístupnit aktuální technickou dokumentaci uchazečům, neboť stávající provozovatel to samostatně, bez spojitosti s vyhověním jím kladeným požadavkům (viz dále), odmítl umožnit. Zadavatel v této souvislosti dodává, že tu existovaly i jiné technické důvody a výhradní práva, kterým bude věnována pozornost dále.
21. Zadavatel rovněž uvádí podrobnou chronologii kroků, které počínaje únorem 2015 uskutečnil:
- Konec února 2015 – provedena analýza smluv s původním vybraným uchazečem, identifikovány zásadní nedostatky spojené jednak s přípravou a realizací otevřené soutěže na provoz stávajícího mýtného systému, jednak spojené s předáním jeho provozu novému, v otevřené soutěži vybranému subjektu (dále jen „nový poskytovatel“).

- Počátek dubna 2015 – zahájena série jednání s původním vybraným uchazečem, jejichž cílem byla snaha doplnit do smluv to, co v nich zadavateli chybělo, aby nebyla ohrožena spojitost výběru mýta, tzn. nové stanovení okamžiku, k němuž stát získá autorská práva k celé technické dokumentaci, tedy dříve než k 31. 12. 2016, a smluvně zakotvená součinnost původního vybraného uchazeče k sestavení plánu přechodu provozu mýtného systému z původního vybraného uchazeče na nového poskytovatele.
- 16. dubna 2015 – stávající provozovatel potvrdil podporu všech činností vedoucích k vytvoření plánu přechodu provozu Systému elektronického mýta na nového poskytovatele a sdělil zadavateli, že plán přechodu zpracuje. Během následujících 12 pracovních jednání se řešily detaily spolupráce mezi zadavatelem a původním vybraným uchazečem vedoucí k úspěšné realizaci otevřeného řízení a bezproblémovému předání ostrého provozu Systému elektronického mýta.
- 2. července 2015 – původní vybraný uchazeč zadavateli sdělil, že základní premisy plánu přechodu jsou hotovy.
- 16. července 2015 – původní vybraný uchazeč sdělil, že na základě rady svých právních zástupců je nucen vzít zpět svou původní nabídku, na základě níž měl plán přechodu zpracovat, neboť pociťuje obavu z možného vyřazení jeho nabídky v následujícím zadávacím řízení z důvodu námitek ostatních uchazečů, že se podílel na tvorbě části zadávacích podmínek.
- Po vyhodnocení situace zadavatel dospěl k závěru, že se musí pokusit plán přechodu, plán rizik (obecně tzv. „součinnost“) vytvořit bez účasti stávajícího provozovatele svými resortními silami, tzn. silami Ministerstva dopravy, příspěvkové organizace Ředitelství silnic a dálnic ČR a státního podniku CENDIS, s.p., o což se pokoušel následujících zhruba 6 týdnů. Současně probíhala jednání s původním vybraným uchazečem o autorských právech k dokumentaci systému.
- Počátek září 2015 – zadavatel zjistil, že plán přechodu vlastními silami v adekvátní ucelenosti a kvalitě bez specificky odborných znalostí, kterými nedisponoval, nesestaví, neboť zde bylo extrémní riziko, že pro nějakou nedomyšlenou skutečnost (či více takových skutečností) bude ohrožen výběr mýta. Zadavatel rovněž neuměl překlenout nesouhlas původního vybraného uchazeče s poskytnutím některých dokumentů či manuálů uchazečům v chystaném zadávacím řízení.
- Říjen 2015 – zadavatel si sjednal odbornou pomoc od jiného způsobilého subjektu, společností Deloitte Advisory, s.r.o. (dále jen „poradce“), neboť původní vybraný uchazeč nadále odmítal tvůrčí součinnost. Na základě spolupráce zadavatele s poradcem byla nadefinována rizika a opětovně zevrubně zanalyzována situace, rovněž byly připraveny pozitivní definice a návrhy konkrétních požadavků na součinnost s původním vybraným uchazečem.
- Přelom října a listopadu 2015 – zpracována kompletní zadávací dokumentace pro užší řízení, v níž absentovala pouze část součinnosti původního vybraného uchazeče.
- Následně začaly obstrukce ze strany původního vybraného uchazeče, kdy si kladl neustále nové požadavky na obsah ujednání o mlčenlivosti pro členy vyjednávacího

týmu na straně zadavatele s tím, že do doby uzavření takové smlouvy odmítal věc materiálně řešit.

- Za účasti poradce se s původním vybraným uchazečem uskutečnilo dalších 13 „extrémně náročných a zdlouhavých“ jednání, kdy se projednávaly jak požadavky na součinnost, tak otázky konzultací původního vybraného uchazeče poskytnutých státu v průběhu zadávacího řízení, otázky implementace Evropské služby elektronického mýta, problematika ukončení služeb stávajícího provozovatele ke konci roku 2016.
- Počátek února 2016 – původní vybraný uchazeč sdělil, že odbornou podporu ve smyslu technických znalostí systému státu v průběhu zadávacího řízení neposkytne, pokud mu stát neposkytne garanci, že nebude ze soutěže vyloučen a pokud by byl vyloučen na základě pravomocného rozhodnutí Úřadu, stát mu nahradí budoucí škody, jež mu vyloučením ze soutěže vzniknou. Původní vybraný uchazeč dále sdělil, že nedá souhlas se zpřístupněním celé dokumentace uchazečům v rámci zadávacího řízení, nebude-li zproštěn odpovědnosti za bezpečnost systému, případných sankcí a povinnosti hradit nevybrané mýtné. Původní vybraný uchazeč rovněž sdělil, že modul Evropské služby elektronického mýta (dále jen „EETS“) je schopen do systému implementovat pouze on, a to na základě vlastnictví interních vývojových nástrojů, jež nebyly předmětem dodávky do vlastnictví České republiky.

Z výše uvedeného dle zadavatele vyplynulo, že stát není schopen zrealizovat zadávací řízení, protože bez rozsáhlých garancí státu poskytnutých původnímu vybranému uchazeči nemůže popsat celý mýtný systém v soutěži a zřejmě nebude schopen bez původního vybraného uchazeče ani implementovat modul EETS.

22. Až v tomto okamžiku zadavatel započal připravovat Úřadem nyní šetřenou veřejnou zakázku. Dle zadavatele byl původní vybraný uchazeč ochoten jednat jak o součinnosti, tak o okamžiku nabytí autorských práv, o podpoře nového poskytovatele, avšak za podmínky spočívající v prodloužení dosavadních smluv. Zadavatel si tak sjednal podmíněnou provozní podporu až na tři roky, v nichž zrealizuje užší řízení na dodávku nového či provoz stávajícího Systému elektronického mýta, a rovněž jak součinnost, tak okamžik nabytí autorských práv k technické dokumentaci systému, zpřístupnění této technické dokumentace uchazečům v zadávacím řízení a poskytnutí zdrojových kódů vybranému uchazeči, za určitých podmínek sjednaných v Dodatku č. 1 i ostatním uchazečům v průběhu zadávacího řízení, poskytnutí podpory novému poskytovateli apod.

K údajně nesprávně (nezákonně) zvolenému typu zadávacího řízení

23. Zadavatel předně v této souvislosti upozorňuje, že si je vědom skutečnosti, že v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou avizovala veřejně svůj zájem o provoz Systému elektronického mýta v České republice rovněž společnost SkyToll CZ s.r.o. Zadavatel je toho názoru, že materiální podmínky pro realizaci zadávacího řízení podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona nicméně byly splněny, když na podporu svého tvrzení uvádí, že si nechal zpracovat znalecké posudky od dvou subjektů oprávněných k výkonu znalecké činnosti, přičemž oba konstatují existenci technických důvodů, a to nemožnost získat ucelenou dokumentaci, provázanost centrálního systému s platebním řešením atd. Jde-li o existenci technických

důvodů, má zadavatel za to, že tyto důvody existují a že jejich existence byla dostatečně osvědčena znaleckým zkoumáním.

24. Zadavatel dále uvádí, že převážná část materiální argumentace, z níž čerpá rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (dále rovněž „NSS“) sp. zn. 1 As 256/2016, vychází z dřívějšího rozhodnutí NSS sp. zn. 5 Afs 42/2012, které v teorii závazkového práva představuje pro svůj vyčerpávající argumentační základ klasické východisko, od něhož se usuzuje na zákonnost využití jednacího řízení bez uveřejnění, a z něhož dle zadavatele vyplývají mj. tyto závěry:
- a. Zadavatel musí důkladně a objektivně osvědčit, že jsou dány důvody aplikace jednacího řízení bez uveřejnění, např. posudkem z oboru IT a oboru práva;
 - b. Zadavatel je povinen před rozhodnutím, zda lze využít jednací řízení bez uveřejnění, důkladně právně posoudit předchozí zakázku, na kterou se má navazovat, a to z hlediska autorského práva, povahy licence a technického hlediska. Zadavatel si musí ověřit, zda *„nelze existenci výhradních práv za splnění ekonomické výhodnosti nepoužít, nebo rozšířit tak, aby se již nejednalo o práva výhradní, kdy docílit se toho dá dvěma způsoby. Výstavbou nového systému na zelené louce nebo odkoupením či rozšířením licence takovým způsobem, aby se o veřejnou zakázku mohl ucházet i jiný dodavatel;“*
 - c. Jednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, nezávislé na vůli zadavatele. Jestliže by se zadavatel svým vlastním zaviněním dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon.
 - d. Vždy je třeba velmi pečlivě zvážit, zda je postup zadavatele skutečně zaviněný, či je pouze nešikovný, neboť předmět veřejné zakázky zde byl nepoměrně složitější, resp. jednalo se o zakázku specializovanou.
 - e. Na chování zadavatele je třeba pohlížet z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Je otázkou účelnosti vynaložených veřejných prostředků, aby si zadavatel vyhrazoval práva, o kterých nelze v době přípravy zadávacího řízení rozumně očekávat, že nastanou.
25. V souvislosti s výše dovozenými závěry z uvedeného rozsudku NSS zadavatel uvádí, že si pečlivě a zodpovědně ověřil existenci technických důvodů a výhradních práv, když si za tímto účelem nechal zpracovat dva znalecké posudky, od znalce specializovaného na znaleckou činnost v oboru Kybernetika – výpočetní technika Ing. Jiřího Bergera ze dne 15. 4. 2016 a dále rovněž od znaleckého ústavu A-Consult plus spol. s r.o. ze dne 22. 4. 2016 (dále viz body 68. a 69. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a rovněž stanoviska dvou advokátních kanceláří. Konkrétně se jednalo o právní stanoviska advokátních kanceláří – společnosti Becker a Poliakoff, s.r.o., advokátní kancelář ze dne 3. 5. 2016 a Advokátní kanceláře Dáňa, Pergl & Partneři ze dne 10. 5. 2016 (dále viz body 70. a 71. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž obě konstatují, že existuje-li technický důvod, lze ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona využít. Zadavatel rovněž uvádí, že převážnou část roku 2015 věnoval tomu, aby jak v kooperaci s původním vybraným uchazečem, tak s poradcem, či pouze vlastními silami prověřil, zda je schopen zadávací řízení (rozumí se jiné než jednací řízení bez uveřejnění) za

stávajícího smluvního vztahu zrealizovat, přičemž dospěl k negativnímu závěru a pokusil se dosáhnout alespoň dílčí shody s původním vybraným uchazečem (viz výše).

26. Zadavatel rovněž v souvislosti se závěry uvedenými v rozsudku NSS uvádí, že výstavbě nového mýtného systému tzv. „na zelené louce“ se chtěl vyhnout, neboť hodnota stávajícího mýtného systému dosahuje podle údajů z účetnictví Ředitelství silnic a dálnic ČR, jakožto provozovatele Systému elektronického mýta, částky 7 mld. Kč. Dle názoru zadavatele toto rozhodnutí podporuje i rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 65/2011-95 ze dne 8. 2. 2013, ze kterého vyplývá, že situaci, kdy by plnění od jiného dodavatele vyvolalo podstatně vyšší finanční náklady na straně zadavatele, lze považovat za důvod, který by obstál jako pádný argument pro využití jednacního řízení bez uveřejnění. Dle soudu nelze mechanicky aplikovat zákon tak, aby probíhala fakticky jen „soutěž pro soutěž,“ a to za cenu dramaticky, podstatně a nepřiměřeně vyšších nákladů hrazených z veřejných rozpočtů. Výše uvedené závěry dle zadavatele vycházejí rovněž z komentovaného znění zákona o veřejných zakázkách⁴ a rovněž ze závěrů rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2010-332 ze dne 26. 4. 2012, který byl potvrzen výše zmíněným rozsudkem NSS sp. zn. 5 Afs 42/2012.
27. Zadavatel v souvislosti se závěry NSS o objektivnosti důvodů pro využití jednacního řízení bez uveřejnění a případným zaviněným postupem zadavatele uvádí, že nedostatky v dosavadních smluvních ujednáních s původním vybraným uchazečem identifikoval na počátku roku 2015 (viz výše), přičemž přiznává, že se při přípravě zadávací dokumentace v roce 2005 dopustil neobratnosti, neboť práva k technické dokumentaci si sice v potřebném rozsahu sjednal, avšak možnost jejich plného využití získá až v okamžiku, kdy by již nový dodavatel měl mýtný systém v plném rozsahu provozovat. Zadavatel rovněž připouští, že ve smlouvách opomněl zakotvit adekvátní povinnosti původního vybraného uchazeče pro situaci „výměny stráží“, nicméně dodává, že uvedené nezpůsobil úmyslně, ani z nedbalosti. Zadavatel v této souvislosti upozorňuje, že okolnosti přípravy a realizace zadávacího řízení prověřovalo Obvodní státní zastupitelství pro Prahu 1, které věc odložilo s tím, že neshledalo žádná nová skutková zjištění oproti těm, která byla orgánům činným v trestním řízení známá již dříve. Zadavatel si svou nešikovnost před více než deseti roky vysvětluje tím, že zcela absentovaly národní zkušenosti s tak jedinečnou záležitostí, jako je mýtný systém, a ani na evropském poli nebylo tolik zkušeností, jako je tomu dnes.
28. Zadavatel dále uvádí, že si vyhradil práva na celou dokumentaci systému v aktuální podobě až ke dni ukončení smlouvy, neboť si uvědomoval teoretickou možnost úpravy mýtného systému i poslední den provozu, a s tím spojenou novou technickou dokumentaci, přičemž dodává, že pro svou tehdejší nezkušenost si neuvědomoval, jak časté úpravy si desetiletý provoz mýtného systému vyžádá. Dnes si je zadavatel vědom toho, že daleko vhodnější by bylo nabývat příslušná práva průběžně, což ostatně příslušným způsobem upravil v Dodatku č. 1 a nepříznivou situaci vzniklou v důsledku své tehdejší neobratnosti a nešikovnosti napravil.
29. Ve vztahu k absentující součinnosti ve smluvních vztazích s původním vybraným uchazečem zadavatelem uvádí, že před více než 10 lety neměl příliš zevrubných představ a znalostí o složitosti jednotlivých funkčních celků Systému elektronického mýta, stejně jako

⁴ Podešva, V., Olík, M., Janoušek, M., Stránský, J. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2. Vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, str. 110

o organizačně technických vztazích v něm. Důkazem je dle zadavatele skutečnost, že při zavádění mýtného systému do České republiky zvolil dodavatelský model, jenž počítá s dodávkou mýtného systému doprovázeného dodávkou komplexních služeb generálního dodavatele při jeho provozu. Zadavatel v této souvislosti podotýká, že zapojení organizačních složek státu či organizací rezortu dopravy bylo a je toliko sekundární, když spočívá jen v kontrole, neboť jednotlivé komponenty mýtného systému obsluhuje původní vybraný uchazeč, nikoli stát.

30. Zadavatel v návaznosti na výše uvedené uvádí, že dosud nikde v Evropě dodavatel služeb provozu mýtného systému nebyl měněn, jelikož vždy docházelo k prolongacím smluv a nikdy nedošlo k odklonu od původce (výrobce) mýtného systému. Zadavatel si v této souvislosti klade řečnickou otázku, kde měl načerpat tolik cenných zkušeností, když ještě ani deset let poté takový krok nikdo nepodnikl? Zadavatel dodává, že neměl zlý úmysl, neprojevil ani nedbalost, jen byl nezkušený, nešikovný, a nyní jako první podstupuje cestu výměny dodavatele služeb provozu mýtného systému, přičemž nabyté zkušenosti byly vykoupeny množstvím vynaložených sil.
31. Zadavatel poznamenává, že závěry obsažené v rozsudku NSS sp. zn. 1 As 256/2015 jsou mu přičítány k tíži, avšak podotýká, že jak závěry tohoto rozsudku, tak závěry rozsudku NSS sp. zn. 5 Afs 42/2012, byly přijaty 10, resp. 7 let poté, co bylo zahájeno vlastní zadávací řízení na dodávku mýtného systému. Zadavatel dále uvádí, že ctí a respektuje zásady a principy obsažené v uvedené judikatuře, nicméně podotýká, že tyto zásady a principy v jasné jedinečnosti jejich vyjádření českými soudy v době realizace zadávacího řízení známy nebyly, nebyla tak rozsáhlá zkušenost jak zadavatelů, tak příslušných správních orgánů či soudů, nemluvě o tom, že zadávací řízení bylo v roce 2005 realizováno podle jiné právní úpravy veřejných zakázek.
32. Zadavatel v této souvislosti uzavírá, že situaci, ve které se ocitl, nelze považovat za účelově vytvořenou. V roce 2005, kdy zadavatel uzavřel smlouvy s původním vybraným uchazečem, zadavatel neplánoval budoucí umožnění postupovat mimo režim zákona, naopak předpokládal, že provoz mýtného systému bude přesoutěžen, a pro tuto situaci stanovil podmínky nabytí autorských práv k dokumentaci, byť ne moc šikovně.

K nesouhlasným stanoviskům Pracovní skupiny pro transparentní veřejné zakázky a Rady vlády pro informační společnost

33. Zadavatel nerozporuje skutečnost, že stanoviska jak Pracovní skupiny pro transparentní veřejné zakázky, tak Rady vlády pro informační bezpečnost k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění byla nesouhlasná, nicméně uvádí, že se jedná toliko o poradní orgány vlády, nikoliv o subjekty požívající jakékoliv formální autority s vnějším dopadem, jakou je například Úřad. Zadavatel v této souvislosti rovněž upozorňuje na skutečnost, že vláda ČR sama i přes nesouhlas svých poradních orgánů schválila odůvodnění předmětné významné veřejné zakázky (viz usnesení vlády České republiky č. 640 ze dne 11. července 2016 o souhlasu s odůvodněním veřejné zakázky Zajištění provozu Systému elektronického mýta po roce 2016), a rovněž vzala na vědomí informaci o zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.
34. Zadavatel odmítá, aby z nesouhlasných či jakýchkoliv stanovisek poradních orgánů vlády byly činěny jakékoliv závěry o zákonnosti postupu zadavatele.

K pochybnosti o ceně sjednané s vybraným uchazečem, resp. k namítaným možným úsporám při zadání veřejné zakázky v otevřené soutěži

35. Zadavatel uvádí, že indikativní nabídku konsorcia společností Kapsch podrobil znaleckému zkoumání, přičemž výsledkem bylo zhodnocení, že cena obsažená v této nabídce je cenou obvyklou. Zadavatel rovněž uvádí, že má k dispozici dva znalecké posudky, které konstatují, že tato nabídková cena je založena na tržních principech a odpovídá obvyklým podmínkám trhu. Zadavatel v této souvislosti rovněž upozorňuje, že se mu v jednacím řízení bez uveřejnění podařilo dosáhnout slevy ve výši téměř 250 mil. Kč. Zadavatel je tedy přesvědčen, že postupoval hospodárně.

K údajnému postupu v rozporu s péčí řádného hospodáře, k údajnému porušení zákona v souvislosti s volbou druhu zadávacího řízení a porušením zásad § 6 odst. 1 zákona

36. Zadavatel nesouhlasí, že by vláda nepostupovala s péčí řádného hospodáře. Zadavatel v této souvislosti uvádí, že systém elektronického mýta je informačním systémem veřejné správy, za jehož správu zodpovídá Ministerstvo dopravy, resp. Ředitelství silnic a dálnic ČR. Zadavatel rovněž upozorňuje, že systém elektronického mýta je významným informačním systémem podle zákona č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti, ve znění pozdějších předpisů, kdy narušení jeho bezpečnosti může omezit nebo výrazně ohrozit působnost orgánu veřejné moci. Zadavatel dále uvádí, že stát je povinen vedle jiného zabezpečovat organizační opatření, kterým je i řízení přístupu osob k tomuto systému.

37. Dle názoru zadavatele by nerealizace předmětné veřejné zakázky znamenala nemožnost výběru mýtného pro období po 31. 12. 2016, čímž by zadavatel porušil své povinnosti stanovené zákonem č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů. Zadavatel upozorňuje, že případné přerušení výběru mýta by mělo nedozírné následky, když by hrozil přesun tranzitní dopravy z okolních zemí, s tím související zvýšená nehodovost, zvýšené znečištění ovzduší apod. V neposledním řadě by přerušení výběru mýtného mělo za následek rovněž výpadek z příjmu Státního fondu dopravní infrastruktury ve výši minimálně 7 mld. Kč ročně, přičemž by současně bylo nutné vyčlenit ze státního rozpočtu zvýšené finanční prostředky na údržbu a opravy pozemních komunikací.

38. Závěrem vyjádření zadavatel uvádí, že „*stěžejní k posouzení postupu zadavatele je skutečnost, že zadavatel učinil veškeré kroky, aby se zbavil stavu závislosti (z důvodů technických a výhradních práv) na stávajícím dodavateli služeb, přičemž zadavatel musí konstatovat, že tento stav nebyl vytvořen úmyslně. Zadavatel po dlouhých vyjednáváních nakonec využil jediné možnosti, a to uzavření dodatku v rámci jednacích řízení bez uveřejnění na nezbytně nutnou dobu, čímž učinil všechny nezbytné kroky pro možnost zahájení zadávacího řízení v otevřeném či užším řízení, které připustí účast všech potenciálních dodavatelů.*“

Další průběh správního řízení

39. Usnesením č. j. ÚOHS-S0600/2016/VZ-39747/2016/522/PKř ze dne 29. 9. 2016 určil Úřad zadavateli lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

40. Zadavatel se již dále v průběhu správního řízení nevyjádřil.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

41. Úřad na základě § 112 a násl. zákona přezkoumal postup zadavatele v zadávacím řízení a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření zadavatele a vlastních zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

42. Úřad v úvodu posoudil otázku právního postavení Ministerstva dopravy jakožto zadavatele ve smyslu zákona.
43. 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.
44. 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

45. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
46. 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).
47. 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.
48. 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.
49. 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.
50. 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.
51. 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).
52. 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.
53. 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.
54. Podle § 146 odst. 1 písm. 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.

Zjištění vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

55. Úřad na tomto místě pro přehlednost uvádí relevantní ustanovení smluv uzavřených dne 29. 3. 2006 s původním vybraným uchazečem a rovněž dodatků uzavřených dne 28. 8. 2016 s vybraným uchazečem, které jsou pro posouzení šetřeného případu stěžejní.

Smlouva o službách

56. 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.“

57. 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.“

58. 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, prodlužuje se účinnost této Smlouvy o dobu dalších pěti (5) let.“

59. 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 Objednatelem 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 Objednatelem 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

60. 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.“

61. V čl. 1.7. „Užívání dokumentů Dodavatele Objednatelem“ 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.“

Dodatek č. 1

62. V části 4. „Služby součinnosti v souvislosti s ukončením poskytování služeb“ čl. XVI „Předmět plnění“ Dodatku č. 1 je uvedeno, že „Dodavatel se touto částí Dodatku zavazuje poskytnout na vyžádání Objednatele a v rozsahu stanoveném Objednatelem Služby součinnosti, a to Služby součinnosti v souvislosti s ukončením provozu stávajícího Systému výkonového zpoplatnění jako celku, a Služby součinnosti v souvislosti s převzetím poskytování Služeb nebo jejich části ve vztahu ke stávajícímu Systému výkonového zpoplatnění Objednatelem nebo třetí osobou,“ a dále, že „Dodavatel je povinen Objednateli na jeho žádost předat aktuální verzi všech zdrojových kódů k Systému výkonového zpoplatnění v jeho aktuálním rozsahu, včetně EETS, a to do deseti (10) pracovních dnů ode dne obdržení písemné výzvy Objednatele.“
63. V části 5. „Společná ustanovení“ čl. XVIII. „Změna Obchodních podmínek Smlouvy o službách“ je uvedeno, že Obchodní podmínky Smlouvy o službách se pro účely plnění tohoto Dodatku mění následujícím způsobem:
- (začátek citace) „[...] Článek 1.6. Smlouvy o službách se ruší a nahrazuje se následujícím zněním:
- Postoupení práv a povinností ze Smlouvy o službách
- „[...] Strany se odchýlně od § 1895 odst. 1 občanského zákoníku dohodly, že Objednatel je oprávněn postoupit jakákoliv práva a povinnosti ze Smlouvy o službách, nebo Smlouvu o službách jako celek nebo jakoukoliv její část na organizační složku státu, státní příspěvkovou organizaci bez souhlasu Dodavatele, nebo na kteroukoliv třetí osobu se souhlasem Dodavatele.“
- Článek 1.11. Smlouvy o službách se doplňuje o následující odstavce:
- „Bez ohledu na shora uvedené je Dodavatel povinen zpřístupnit veškerý tento software, dokumenty, listiny, náčrty, návrhy, databázové struktury a datové sady vytvořené v souvislosti s touto Smlouvou o službách Dodavatelem nebo Subdodavatelem, kdykoliv na základě písemné žádosti Objednatele do patnácti (15) pracovních dnů od obdržení takové žádosti Objednateli výlučně k účelům uvedeným v písm. a)- c) tohoto odstavce, přičemž je Objednatel oprávněn je poskytnout
- a) svým odborným poradcům, kteří se budou podílet na přípravě zadávacího řízení na zadání veřejných zakázek na další poskytování služeb a/nebo dodávek souvisejících s výběrem Výkonového poplatku, a to za předpokladu, že tito odborní poradci budou ve vztahu k těmto poskytnutým věcem vázáni povinností mlčenlivosti,
- b) uchazečům o veřejnou zakázku týkající se poskytování služeb a dodávek spojených s provozem Systému výkonového zpoplatnění nebo jeho částí, dodávky úprav, rozvoje či změny Systému výkonového zpoplatnění, nebo vytvoření nového řešení výběru Výkonového poplatku, a to pro účely řádného podání nabídek, s tím, že uchazeči budou ve vztahu k poskytnutým dokumentům a informacím zavázáni k mlčenlivosti,
- c) Nově vybranému dodavateli, s nímž Objednatel uzavře smlouvu na poskytování služeb a/nebo dodávek spojených s výběrem Výkonového poplatku, s tím, že Nově vybraný

dodavatel bude ve vztahu k poskytnutým dokumentům a informacím zavázán k mlčenlivosti, a dále za podmínky, že nové řešení výběru Výkonového poplatku bude alespoň zčásti založeno na využití Systému výkonového zpoplatnění.“

Článek 4.3 Smlouvy o službách se ruší a nahrazuje se následujícím zněním:

Doba poskytování Služeb

„Dodavatel bude poskytovat Služby podle Smlouvy o službách, s výjimkou Služeb součinnosti, do 31. prosince 2019, pokud nedojde k dřívějšímu ukončení Služeb postupem dle tohoto Dodatku a/nebo Smlouvy o službách. Služby součinnosti budou poskytovány v době stanovené ve Smlouvě o službách.“

V článku 8.2. Smlouvy o službách se doplňuje následující text:

„Objednatel je oprávněn Dodavateli písemně oznámit předčasné ukončení poskytování Služeb provozu ESVZ (pozn. Úřadu – Systém výkonového zpoplatnění a Služeb EETS) z důvodu zahájení výběru Výkonového poplatku na základě nového řešení. Poskytování Služeb provozu ESVZ a Služeb EETS z tohoto důvodu končí šest (6) kalendářních měsíců po doručení tohoto písemného oznámení Dodavateli.“

[...]“ (konec citace)

64. V příloze č. 4 Dodatku ke Smlouvě o službách je uvedeno, že celková cena služeb činí 4 664 702 954,37 Kč bez DPH.

Dodatek č. 2

65. V části 6. „Společná ustanovení“ čl. XI. „Změna Obchodních podmínek Smlouvy o dodávce“ Dodatku č. 2 je uvedeno, že Obchodní podmínky Smlouvy o službách se pro účely plnění tohoto Dodatku mění následujícím způsobem:

(začátek citace) „[...] Článek 1.5 Smlouvy o dodávce se ruší a nahrazuje se následujícím zněním:

„ [...] Strany se odchýlně od § 1895 odst. 1 občanského zákoníku dohodly, že Objednatel je oprávněn postoupit jakákoliv práva a povinnosti ze Smlouvy o dodávce, nebo Smlouvu o dodávce jako celek nebo jakoukoliv její část na organizační složku státu, státní příspěvkovou organizaci bez souhlasu Dodavatele nebo na kteroukoliv třetí osobu, se souhlasem Dodavatele.“

V článku 1.7 Smlouvy o dodávce se předposlední a poslední odstavec ruší a nahrazují se následujícím zněním:

„Dodavatel uzavřením Smlouvy o dodávce poskytuje svůj písemný souhlas k převedení či dočasnému převedení výše uvedené licence na jakoukoliv třetí osobu, jež se v budoucnu stane zcela či zčásti vlastníkem, provozovatelem, oprávněným držitelem či poskytovatelem služeb spojených s provozem Systému výkonového zpoplatnění s tím, že v případě převedení Objednatel bez zbytečného odkladu informuje Dodavatele o takovém převedení a osobě nabyvatele. Za tím účelem je Objednatel oprávněn této osobě poskytnout v potřebném a účelném rozsahu rovněž zdrojové kódy k Software vytvořenému na zakázku a veškerou související dokumentaci. Ustanovení tohoto odstavce se nepoužije v případě, kdy nový výběr Výkonového poplatku nebude založen na Systému výkonového zpoplatnění, dodaného

Dodavatelem podle této Smlouvy o dodávce. V případě, že výběr Výkonového poplatku bude na Systému výkonového zpoplatnění založen jen částečně, použije se ustanovení tohoto odstavce pouze v potřebném a účelném rozsahu.“

Článek 1.7 Smlouvy o dodávce se doplňuje o následující text:

„Strany pro vyloučení pochybností sjednávají, že Objednatel je oprávněn Dokumenty dodavatele, ostatní projektovou dokumentaci vytvořenou Dodavatelem, stejně jako ostatní dokumenty vztahující se k Systému výkonového zpoplatnění a k jeho provozu, s výjimkou zdrojových kódů k Software vytvořenému na zakázku, kdykoliv zpřístupnit svým odborným poradcům, kteří se budou podílet na přípravě zadávacího řízení, na základě kterého bude realizováno nové řešení výběru Výkonového poplatku na Zpoplatněných komunikacích, a to za předpokladu, že tito odborní poradci budou ve vztahu k Dokumentům dodavatele vázáni povinností mlčenlivosti.

Strany dále pro vyloučení pochybností sjednávají, že Objednatel je oprávněn Dokumenty, ostatní projektovou dokumentaci vytvořenou Dodavatelem, stejně jako ostatní dokumenty vztahující se k Systému výkonového zpoplatnění a k jeho provozu, kdykoliv zpřístupnit k nahlédnutí pro účely řádného podání nabídek uchazečům o veřejnou zakázku týkající se poskytování služeb a dodávek spojených s provozem Systému výkonového zpoplatnění nebo jeho částí, dodávky úprav, rozvoje či změny Systému výkonového zpoplatnění, nebo vytvoření nového řešení výběru Výkonového poplatku, s tím, že uchazeči budou ve vztahu k poskytnutým dokumentům a informacím zavázáni k mlčenlivosti. Ustanovení tohoto odstavce se nepoužije v případě, že by nové řešení výběru Výkonového poplatku nemělo být ani zčásti založeno na využití Systému výkonového zpoplatnění.

Strany dále pro vyloučení pochybností sjednávají, že Objednatel je oprávněn Dokumenty dodavatele, ostatní projektovou dokumentaci vytvořenou Dodavatelem, stejně jako ostatní dokumenty vztahující se k Systému výkonového zpoplatnění a k jeho provozu, zpřístupnit Nově vybranému dodavateli, s nímž Objednatel uzavře smlouvu na poskytování služeb a/nebo dodávek spojených s výběrem Výkonového poplatku s tím, že Nově vybraný dodavatel bude ve vztahu k poskytnutým Dokumentům dodavatele zavázán k mlčenlivosti. Nově vybranému dodavateli však budou zpřístupněny pouze takové Dokumenty dodavatele (včetně zdrojového kódu k Software vytvořenému na zakázku), které bude podle jím nabídnutého technického řešení využívat k poskytování služeb a/nebo dodávek spojených s výběrem Výkonového poplatku. Objednatel je povinen zavázat Nově vybraného dodavatele, aby zdrojové kódy k Software vytvořenému na zakázku a veškerou související dokumentaci užíval jen pro účely provozování Systému výkonového zpoplatnění, a to výlučně na území ČR. Ustanovení tohoto odstavce se nepoužije v případě, že by nové řešení výběru Výkonového poplatku nemělo být ani zčásti založeno na využití Systému výkonového zpoplatnění.

Strany se dohodly, že zdrojové kódy k Software použitému k realizaci EETS, jež nemá charakter Software vytvořenému na zakázku a jež lze charakterizovat jako generický, tzv. „krabicový software“, přičemž se jedná o software (i) „Kapsch EETS Interface Bus“ a (ii) „Kapsch Cryptography Toolkit“ blíže specifikovaný v dokumentu č. 537200xx, se Objednateli ani jiným osobám dle tohoto článku nepředávají. [...]“ (konec citace)

66. V příloze č. 5 Dodatku ke Smlouvě o dodávce je uvedeno, že celková cena dodávek činí 603 862 091,31 Kč bez DPH.

Další skutková zjištění

67. 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.
68. 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.“*
69. 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.“*
70. Z právního stanoviska společnosti Becker a Poliakoff, s.r.o., advokátní kancelář s názvem „Posouzení možností zadání nadlimitní veřejné zakázky formou jednacího 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. [...] Zadát 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.“

71. 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 jednacích 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.
72. 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 prodloužení zaviněné nečinností zadavatele.

K oprávněnosti použití jednacích řízení bez uveřejnění

73. Úřad nejprve k použití jednacích řízení bez uveřejnění obecně konstatuje, že se jedná o druh zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců. Z obecného hlediska je použití jednacích řízení bez uveřejnění vázáno na splnění omezujících podmínek, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo zneužíváno. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. v řádné soutěži o veřejnou zakázku. Zadavatel se tedy může obrátit na jednoho nebo více

vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, avšak pouze za splnění podmínek uvedených v § 23 zákona.

74. K obdobnému závěru dospěl např. Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 31 Af 54/2012 – 443 ze dne 9. 4. 2013, který byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 48/2013 ze dne 30. 5. 2014, v němž se mimo jiné uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění *„představuje svojí povahou výjimečný postup zadavatele, který je zadavatel oprávněn použít výlučně za naplnění zákonem taxativně stanovených podmínek. Je tomu tak zejména z toho důvodu, že pro tento druh zadávacího řízení neplatí zákonná povinnost uveřejnit jeho zahájení vůči neomezenému počtu potencialních dodavatelů. Zadavatel tedy oslovuje pouze předem určené subjekty a z povahy věci tak musí dojít k omezení hospodářské soutěže.“* Proto je také na jednací řízení bez uveřejnění pohlíženo jako na *„nejméně transparentní druh zadávacího řízení, s nejnižší mírou vnější kontroly a hospodářské soutěže“*.
75. V neposledním řadě pak Úřad uvádí, že potřeba restriktivního výkladu výjimky spočívající v možnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění byla rovněž opakovaně judikována Soudním dvorem EU. Lze zmínit např. rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-385/02 ze dne 14. 9. 2004, v němž Soudní dvůr konstatoval, že ustanovení o možném použití jednacího řízení bez uveřejnění *„musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává [...]“* (viz články č. 19 a č. 20 rozsudku).
76. Z této premisy dále vychází i konstantní tuzemská judikatura, ze které je možno odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2012-160 ze dne 3. 10. 2013, kde soud k použití jednacího řízení bez uveřejnění uvádí, že *„použití jednacího řízení bez uveřejnění [je] jednou z výjimek z jinak povinného použití ‚otevřenějších‘ zadávacích řízení – zásadně řízení otevřeného podle § 21 odst. 1 písm. a) ZVZ... Pokud jde o obecnější rovinu, tu lze skutečně použít východiska Soudního dvora o potřebě restriktivního výkladu výjimky spočívající v možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění, jak plyne z rozsudku Soudního dvora ze dne 14. 9. 2004 ve věci C-385/02 (Komise proti Itálii). Přestože se v této věci Soudní dvůr nevyjadřoval ke stavu skutkově totožnému, jaký je ve věci právě posuzované, plyne z něj, že ustanovení (směrnic), která umožňují výjimky z pravidel zadávání veřejných zakázek (a za takovou výjimku v dané věci Soudní dvůr považoval právě ‚odklon‘ od přísnějšího postupu formou jednání bez uveřejnění), musí být vykládána restriktivně, **přitom důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nese ten, kdo se jich dovolává (tj. zadavatel).** [...] Potřebou restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění není tedy třeba se dále podrobněji zabývat; toto obecné východisko žalovaného je oprávněné“* (pozn. – zvýraznění textu provedeno Úřadem).
77. Z výše uvedeného vyplývá, že je zcela na zadavateli, aby doložil, že jednací řízení bez uveřejnění bylo v okamžiku zahájení zadávání veřejné zakázky jedinou možnou variantou, resp. je na zadavateli, aby prokázal oprávněnost důvodů, které jej vedou k využití jednacího řízení bez uveřejnění, které je oproti jiným druhům zadávacích řízení ze své podstaty nejméně transparentní. Dochází tak k výjimečné situaci, kdy je důkazní břemeno, jež v případě správních deliktů leží na správním orgánu, který musí zjistit stav věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti, přeneseno na toho, kdo se dovolává zmíněné výjimky z použití otevřenějších zadávacích řízení, tedy na zadavatele. V případě jednacího řízení bez

uveřejnění je to tedy právě zadavatel, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem.

78. Obdobným způsobem se vyjádřil rovněž Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 3 As 18/2015-32 ze dne 25. 11. 2015, ve kterém konstatoval, že *„smyslem daného řízení bylo posouzení toho, zda stěžovatel prokázal, že naplnil podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění“*. S ohledem na uvedené závěry vyplývající z judikatury správních soudů lze uzavřít, že podstatou řízení vedeného ve věci oprávněného či neoprávněného využití jednacího řízení bez uveřejnění je posouzení, zda zadavatel unesl důkazní břemeno týkající se naplnění zákonných podmínek pro využití jednacího řízení bez uveřejnění.
79. V šetřeném případě zadavatel použil jednací řízení bez uveřejnění s odkazem na ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tj. možnost splnit veřejnou zakázku pouze určitým dodavatelem z technických důvodů a z důvodů ochrany výhradních práv.
80. K ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona Úřad v obecné rovině doplňuje, že výjimku dle tohoto ustanovení zákona není zadavatel oprávněn použít, pokud jsou technické důvody či výhradní práva, která jsou tvrzeným důvodem pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, důsledkem jeho vlastní činnosti (spočívající v předchozím uzavření smluv). Uvedené vyplývá např. z rozsudku NSS č. j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. 1. 2013, v němž NSS mj. uvedl, že *„[j]jednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento „stav exkluzivity“ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastatou situací dostupnými právními prostředky změnit.“* Z právě uvedeného tedy rovněž vyplývá, že důvody pro zadání veřejné zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění musí být objektivně dány a zadavatelem jednoznačně prokázány.
81. Na posledně citovaný rozsudek pak navázal rozsudek NSS č. j. 1 As 256/2015-101 ze dne 12. 5. 2016, ve kterém tento soud rovněž konstatoval, že *„institut jednacího řízení bez uveřejnění nelze využít, pokud zadavatel stav exkluzivity způsobí sám svým předchozím jednáním“*, přičemž NSS při posouzení okolností odkazovaného případu nepřisvědčil ani snaze žalobců⁵ prokázat, že jednací řízení bez uveřejnění použili oprávněně, jelikož potřebu dalšího rozvoje projektu „Opencard“ (jeho rozvoj byl právě předmětem posuzovaných veřejných zakázek) při uzavření původní smlouvy nemohli předvídat. Na tomto místě Úřad pro úplnost uvádí, že v odkazovaném případě NSS nepřisvědčil ani požadavku na položení předběžné otázky k Soudnímu dvoru EU, když shledal, že unijní právo, jakožto i rozhodovací praxe Soudního dvora EU jednoznačně dovozuje potřebu restriktivního charakteru všech podmínek použití tohoto druhu řízení. Stav exkluzivity nemůže být vytvořen zadavatelem, který se dovolává možnosti jednacího řízení bez uveřejnění, neboť tímto postupem by byl zcela popřen smysl právní úpravy veřejných zakázek obecně, který je vyjádřen v unijní směrnice úpravě. Soud tedy dospěl k jednoznačnému závěru, že položit předběžnou otázku není třeba, neboť aplikované ustanovení je tzv. *acte clair*, tedy otázka jeho výkladu a aplikace je jasná.

⁵ Dopravní podnik hl. m. Prahy a Hlavní město Praha

82. Ze shora uvedeného se tedy podává, že na zákonnost využití jednacího řízení bez uveřejnění pro zadání předmětné veřejné zakázky lze pohlížet ve dvou rovinách: jednak v rovině existence/neexistence technických důvodů či výhradních práv, v jejichž důsledku může veřejnou zakázku splnit pouze určitý dodavatel, jednak v rovině toho, zda takové technické důvody či výhradní práva nejsou vytvořena samotným zadavatelem (pokud by tomu tak bylo, bylo by použití jednacího řízení bez uveřejnění nezákonné bez ohledu na to, že technické důvody či výhradní práva jsou objektivně dána).
83. S ohledem na skutečnost, že zadavatel je povinen prokázat, že naplnil podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění [k tomu srov. výše citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 48/2012 a rozsudek NSS sp. zn. 3 As 18/2015 – viz body 75. až 78. odůvodnění tohoto rozhodnutí], a že tedy úloha Úřadu v rámci řízení, ve kterém je posuzována zákonnost použití jednacího řízení bez uveřejnění, se omezuje na zhodnocení toho, zda zadavatelem tvrzené důvody pro použití tohoto specifického druhu zadávacího řízení jeho použití skutečně legitimizují (v tom smyslu, že není na Úřadu, aby sám vyhledával důvody jiné, zadavatelem netvrzené a nedokazované), přistoupil Úřad k posouzení skutkových okolností případu v následující logice. Na prvním místě se Úřad nezabýval rovinou existence/neexistence technických důvodů či výhradních práv, v jejichž důsledku by mohl předmětnou veřejnou zakázku splnit pouze vybraný uchazeč, tedy ověřením skutečností tvrzených v tomto směru zadavatelem, ale zaměřil se na zkoumání toho, zda tyto tvrzené důvody nejsou důsledkem zadavatelova předchozího jednání (ve smyslu shora citovaných rozsudků). Pokud by totiž tomu tak bylo (a tvrzené důvody by nebyly objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele), bylo by nadbytečné dále (třeba i pomocí znaleckého zkoumání) ověřovat samotnou existenci těchto důvodů, neboť i kdyby tyto důvody reálně existovaly, nebyly by legitimními pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Úřad má za to, že takový postup v řízení je plně v souladu se zásadou procesní ekonomie. Jinými slovy vyjádřeno, pokud by zadavatel dlouhé roky věděl o tom, že plnění z dosavadní uzavřené smlouvy nebude od 1. 1. 2017 poskytováno, že tato dosavadní smlouva nemá obsažená žádná ujednání o poskytování určitých typů součinností pro provoz stávajícího systému, bylo by zřejmé, že s tímto má zadavatel počítat a s předstihem se na to nachystat a plnění poskytované od 1. 1. 2017 předem vysoutěžít, přičemž se nemůže vázat na dosavadní technický systém.
84. Zadavatel na podporu svého postupu v jednacím řízení bez uveřejnění odkazuje na znalecké posudky, které si pro ověření existence technických důvodů a výhradních práv nechal zpracovat. Úřad v této souvislosti předně uvádí, že znalecké posudky jak Ing. Jiřího Bergera, znalce specializovaného na znaleckou činnost v oboru Kybernetika – výpočetní technika, ze dne 15. 4. 2016, tak znaleckého ústavu A-Consult plus spol. s r.o., ze dne 22. 4. 2016, se zabývaly existencí možných technických důvodů, nikoliv zodpovězením v úvahu přicházejících zákonných postupů s ohledem na právní stav vytvořený původními smluvními ujednáními.
85. Ze znaleckého posudku znalce Ing. Jiřího Bergera mimo jiné vyplývá, že *„neexistuje popis procesu, který by umožnil České republice, nebo jí pověřenému dodavateli, avšak jinému než je stávající provozovatel, převzít celý systém tak, aniž by došlo k významnému přerušení výběru myta. Za významné přerušení výběru myta pro tento případ považuji období v řádu několika týdnů až měsíců.“* Na otázku zadavatele, zda je technicky možné, aby předmět

plnění připravované veřejné zakázky s uvažovaným jediným uchazečem, jímž je konsorcium společností Kapsch, realizoval i kterýkoliv jiný odborně způsobilý dodavatel, znalec odpověděl, že „z technického hlediska je nemožné, aby stávající systém převzal a provozoval jiný, než stávající dodavatel.“

86. Z posudku znaleckého ústavu A-Consult plus spol. s r.o., pak vyplývá, že „znalecký ústav došel k jednoznačnému závěru, že rizika související s převzetím provozováním SEM (pozn. Úřadu – systém elektronického mýta) 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“, přičemž odpověď na tutéž otázku zněla následovně: „Není možné, aby předmět plnění připravované veřejné zakázky [...] s uvažovaným jediným uchazečem, jímž je konsorcium společností Kapsch, realizoval i kterýkoliv jiný odborně způsobilý dodavatel.“
87. Úřad ve vztahu k znaleckým posudkům, na které zadavatel ve svém vyjádření odkazuje, uvádí, 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 tedy akcentuje, 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 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. Dle znaleckých posudků stávající mýtný systém nyní nemůže provozovat žádný jiný odborný subjekt než původní vybraný uchazeč.
88. Úřad s ohledem na citované závěry znaleckých posudků, resp. s ohledem na argumentaci zadavatele shrnuje následující. V současné době neexistuje popis procesu, který by zadavateli umožnil převzít systém elektronického mýta tak, aby nedošlo k významnému přerušení výběru mýtního systému. Případná rizika s tím související jsou dle znalců tak výrazná, že nelze převzetí systému doporučit. Oba znalecké posudky se pak shodují, že není možné, aby systém elektronického mýta spravoval jiný subjekt, nežli stávající provozovatel. Zadavatel tyto důvody doplňuje o bližší specifikaci, když má za to, že důvodem pro tento postup je jednak nedostatek licencí k celé technické dokumentaci systému, resp. nemožnost použití technické dokumentace dříve než v roce 2017 (tedy dříve než bude ukončena smlouva se stávajícím provozovatelem). Zadavatel v této souvislosti jako další důvod upozorňuje na absentující plán přechodu, tj. absenci konkrétního plánu rizik, konkrétní definice práv a povinností mezi stávajícím provozovatelem, novým provozovatelem a zadavatelem, tedy obecně absentující povinná součinnost ze strany stávajícího provozovatele, která měla eliminovat rizika spojená s výběrem mýta po přechodné období. Úřad v této souvislosti shrnuje, že důvodem pro postup zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění je zjednodušeně řečeno skutečnost, že zadavatel v současné době nemá efektivní nástroje, které by mu umožnily přistoupit k obměně stávajícího provozovatele (k tomuto jednání přitom nemůže zadavatel přistoupit bez nezbytné součinnosti stávajícího provozovatele, přičemž tento dle tvrzení zadavatele součinnost odmítá). Jinými slovy, současný stav, tedy situaci před uzavřením smluv na konkrétní veřejnou zakázku v jednacím

řízení bez uveřejnění, by bylo možné považovat za „stav exkluzivity“ ve prospěch stávajícího provozovatele.

89. Úřadu uvádí, že mu je z úřední činnosti známo, že zadavatel v březnu roku 2016 obdržel nabídku společnosti Skytoll CZ s.r.o. na zabezpečení komplexního návrhu řešení elektronického výběru mýta v České republice ode dne 1. 1. 2017. Úřad v rovině dostupných skutečností proto nemůže bez dalšího reálnou existenci technické exkluzivity potvrdit ani vyloučit, přičemž jak Úřad dovodil již výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, jednoznačný závěr k této skutečnosti by si vyžádal jistě složité dokazování, což by však v daném případě bylo v rozporu se zásadou procesní ekonomie [k tomu srov. bod 83. odůvodnění tohoto rozhodnutí]. S ohledem na své předchozí konstatování proto Úřad ve svých dalších úvahách bude vycházet z toho, že důvody tvrzené zadavatelem a důvody obsažené ve znaleckých posudcích jsou důvody, jejichž reálnou existenci není nutno pro účely posouzení zákonnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění ani rozporovat, ani potvrzovat, neboť za situace, kdy je příčinou (všech) těchto důvodů zadavatelem vytvořený stav exkluzivity (tedy smluvní ujednání ve Smlouvě o službách ze dne 29. 3. 2006 a Smlouvě o dodávce z téhož dne), není možné jakkoliv uvažovat o využití jednacího řízení bez uveřejnění, byť by konkrétní technické důvody byly i dány. Není totiž v souladu se zákonem (a ten je zde pro kontrolu efektivního vynakládání prostředků z veřejných zdrojů), pokud zadavatel dlouho ví, že určité plnění bude muset mít od určitého dodavatele (po zániku závazku z dosavadní smlouvy) zajištěno, zadávací řízení nezahájí, či jinak otálí a na poslední chvíli prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění toto plnění poptává odkazem na to, že nyní nelze jinak než prodloužit stávající závazek, neboť již není čas poptávat jiné než dosavadní technické řešení, v jiném druhu zadávacího řízení.
90. Úřad v této souvislosti uvádí následující. Z původních smluvních ujednání vyplývá (viz body 55. až 61. odůvodnění tohoto rozhodnutí), že zadavatel získá neomezenou licenci ke zpřístupnění dalším osobám, konkrétně k technické dokumentaci, softwaru, databázové struktuře a databázovým sadám až **ke dni ukončení** původní smlouvy, a rovněž že autorská práva a další práva duševního vlastnictví jak k dokumentům a dokumentaci vytvořené původním vybraným uchazečem, tak k softwaru náleží původnímu vybranému uchazeči. V původních smluvních ujednáních pak – a nutno říct, že ze smluv z roku 2006 je to zcela zřejmé – zcela absentuje článek zakotvující povinnou součinnost původního vybraného uchazeče při nahrazení dosavadního mýtného systému. Pakliže zadavatel nyní po deseti letech tvrdí, že z jeho pohledu je rozhodující absence licencí k technické dokumentaci, Úřadu nezbývá než odkázat na smluvní ujednání mezi tímž zadavatelem a stávajícím provozovatelem mýtného systému. Zadavatel si sice sjednal přechod potřebných autorských práv, nicméně až ke dni ukončení smlouvy. Obdobná smluvní ujednání lze pak identifikovat ve vztahu k následné součinnosti stávajícího provozovatele, když tento je dle původních smluvních ujednání povinen předat zadavateli (případě jemu určenému dodavateli) systém výkonového zpoplatnění (nebo jeho část) způsobilý k řádnému nepřetržitému a bezporuchovému provozu – v den ukončení poskytování služeb, resp. některé ze služeb. Úřadu není jasné, co přesně zadavatel předpokládal, že nastane v meziobdobí, tedy v čase mezi ukončením původních smluv a vysoutěžením nového provozovatele – podrobně viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí, když ze smluv z roku 2006 jasně plyne, jaká práva a povinnosti si strany sjednaly. Nesporným faktem je dle Úřadu ta skutečnost, že důvody,

kterých se nyní dovolává zadavatele, je nutné vnímat právě v kontextu původního smluvního vztahu, jehož účastníkem zadavatel byl a je.

91. S ohledem na výše uvedené skutečnosti vyplývající z původně uzavřených smluv pak lze dovodit, že příčinou nemožnosti plynulého přechodu systému na nový subjekt, resp. nemožnosti postupu například v otevřeném nebo užším zadávacím řízení, jsou zejména nevhodná původní smluvní ujednání mezi zadavatelem a původním vybraným uchazečem, především pak licenční ujednání ve vztahu k technické dokumentaci, softwaru, případně databázové struktuře a databázovým sadám. Z původních smluvních ujednání vyplývá, že zadavatel získá neomezenou licenci k zpřístupnění dalším osobám, a to konkrétně k technické dokumentaci, k softwaru, případně k databázové struktuře vytvořené v souvislosti s provozem systému mýta až ke dni ukončení původní smlouvy, což vylučuje a priori použití těchto prvků v jakémkoliv druhu zadávacího řízení, pokud by plnění v něm zadané mělo plynule navazovat na plnění dle stávající smlouvy. Plynulost Úřad chápe jako povinnost kontinuálního provozování systému tak, aby nedošlo k přerušení výběru mýta po 1. 1. 2017.
92. Při zohlednění všeho uvedeného nelze než shledat, že zadavatel si stav technické exkluzivity způsobil sám, jelikož v původních smluvních podmínkách byla zakotvena taková ujednání, která bránila zadavateli zachovat kontinuitu provozování systému elektronického mýta. Teprve ve chvíli, kdy již nebylo možné nastalou situaci změnit dostupnými právními prostředky, přistoupil zadavatel k jednacím řízení bez uveřejnění, v rámci kterého uzavírá smlouvu s vybraným uchazečem – stávajícím provozovatelem systému. Uvedené ostatně nerozporuje ani sám zadavatel, který ve svém vyjádření ze dne 22. 9. 2016 mimo jiné uvádí, že *„zadavatel přiznává, že se při přípravě zadávací dokumentace [...] dopustil neobratnosti, neboť práva k technické dokumentaci si sice v potřebném rozsahu sjednal, avšak jejich plné využití získal až v okamžiku, kdy by již nově vybraný subjekt měl mýtný systém v plném rozsahu provozovat.“* Jinými slovy Úřad má za to, že je to pouze a jedině zadavatel, kdo si vytvořil určité právní omezení, které mu nyní zřejmě neumožňuje na konkrétní veřejnou zakázku navázat plněním jiným, nežli od stávajícího provozovatele. Pokud tedy zadavatel přistoupil na omezující licenční podmínky uzavřením původní smlouvy, nelze posvětit jeho následný postup v jednacím řízení bez uveřejnění.
93. Úřad k použití jednacích řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „Zajištění provozu systému elektronického mýta po roce 2016“, na základě kterého byl uzavřen Dodatek č. 1 a Dodatek č. 2, uvádí, že v daném případě nebyly naplněny zákonné podmínky pro tento druh zadávacího řízení, neboť důvody, kterými zadavatel použití jednacích 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, nejsou tedy objektivní stojící mimo reálné možnosti zadavatele. Úřad má za to, že v šetřeném případě je to pouze a jedině zadavatel, kdo si stav technické exkluzivity, ze které následně dovozuje nutnost postupu v jednacím řízení bez uveřejnění, způsobil sám. Pokud by zadavatel dobrovolně neuzavřel původní a pro něj zcela jistě, jak nyní opakovaně mediálně uvádí, „nevýhodné“ smluvní podmínky, neexistovaly by ani technické důvody uváděné jednotlivými znalci.

94. Zadavatel se v této souvislosti dovolává „vlastní nešikovnosti“, která dle jeho slov měla za následek současnou nepříznivou situaci, přičemž v této souvislosti odkazuje na rozsudek NSS sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013. V citovaném rozsudku NSS mimo jiné konstatoval, že *„je třeba [...] velmi pečlivě vážit, zda postup zadavatele je v posuzovaném případě skutečně zaviněný, či pouze nešikovný, neboť předmět veřejné zakázky zde je nepoměrně složitější, resp. jedná se o zakázku specializovanou“*. NSS v citovaném případě skutečně shledal, že zadavatel nepostupoval v rozporu se zákonem, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť *„původní veřejné zakázky zadával zadavatel prokazatelně, aniž by měl vědomí o tom, že v budoucnu mu vznikne potřeba zadat dotčené veřejné zakázky. [...] Stav exkluzivity [...] byl přirozenou součástí předmětu plnění, respektive neoddělitelným důsledkem toho, že v rámci předmětu plnění vznikala autorská díla [...]“*. Úřad si je samozřejmě vědom závěrů vyplývajících z citovaného rozsudku. V této souvislosti nicméně obratem dodává, že závěry citovaného rozsudku nelze argumentovat nepřiléhavým způsobem. Z citovaného rozsudku ostatně vyplývá konkrétní a pro potřeby jeho interpretace naprosto zásadní závěr, který zároveň vytváří limity v úvaze, kterou se snaží prezentovat zadavatel, a sice potřeba reflektování stavu, kdy zadavatel nemá *„vědomí o tom, že v budoucnu mu vznikne potřeba zadat dotčené veřejné zakázky“*. Nejvyšší správní soud v této souvislosti dokonce akcentuje význam této situace tím, že zadavatel *„prokazatelně neměl povědomí“*.
95. Úřad dále opětovně odkazuje na závěry vyplývající z rozsudku NSS sp. zn. 1 As 256/2015 ze dne 12. 5. 2016, ve kterém NSS jednoznačně shledal, že se nelze s úspěchem odvolávat na nešikovnost či nevědomost zadavatele, když si tento zadavatel byl, resp. měl být vědom potřeby zadávání následných veřejných zakázek (je přitom třeba akcentovat, že tyto závěry nejsou nijak v rozporu se závěry rozsudku NSS sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013, pouze dále objasňují, co lze a co nelze pokládat za – omluvitelnou – „nešikovnost“ zadavatele). V odkazovaném případě bylo dovozeno, že zadavatel s potřebou rozvoje projektu „Opencard“ jednoznačně počítal (viz bod 81. odůvodnění tohoto rozhodnutí). V šetřeném případě má Úřad obdobně za to, že zadavateli muselo být od počátku jasné (k tomu viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí), že (nějaký) systém elektronického mýta bude provozovat i po ukončení smlouvy uzavřené na dobu určitou s původním vybraným uchazečem.
96. Ve světle zásady *ignorantia iuris non excusat* je nutno konstatovat, že na rozdíl od jím citovaného rozsudku zadavatel v nyní šetřeném případě, kdy na základě původního zadávacího řízení uzavřel smlouvu na dobu určitou, musel vědět a být srozuměn s tím, že svým postupem vytváří budoucí (přesněji ke dni ukončení smlouvy na dobu určitou) 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 již v době zadání původní veřejné zakázky si zadavatel 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 uvědomuje nyní, tedy po 10 letech provozu systému, Úřad považuje za 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.

97. 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 konstatuje, 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 jednacích řízení bez uveřejnění. Zadavatel nyní sám uvádí, že předpokládal, že provoz mýtného systému bude dále „přesoutěžěn,“ přičemž v této souvislosti si stanovil podmínky nabytí autorských práv – „byť ne moc šikovně“ (viz bod 32. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřadu není jasné, jakými dostupnými prostředky chtěl zadavatel tento předpoklad naplnit, když tyto úvahy nemají oporu v původních smlouvách. Snaha o získání práv a dokumentací ze strany zadavatele mohla přicházet v úvahu, byť v původních smlouvách se zadavatel dohodl na něčem jiném (viz níže), avšak tato snaha nekorunovaná úspěchem musela skončit v okamžiku (a samozřejmě v tomto okamžiku ani nesměla teprve začínat), kdy bylo ještě dostatek času pro postup dle zákona pro řádné vysoutěžení předmětu plnění. K tvrzení zadavatele, že „*mýtný systém může být upravován i poslední den provozu,*“ a proto si zadavatel vyhradil práva na celou dokumentaci až ke dni ukončení smlouvy, Úřad uvádí, že ani tato úvaha zadavatele neodpovídá na otázku, jak chtěl tedy zadavatel zabezpečit provoz mýtného systému v období – první den po ukončení smlouvy do doby výběru nového provozovatele. Ostatně i sám zadavatel v další části svého vyjádření připouští, že v úvahu přicházející možnosti bylo nabývat práva k systému průběžně, nicméně k této alternativě na počátku nepřistoupil. Jinými slovy vyjádřeno, pokud by určitá součinnost – nezbytná pro řádné vysoutěžení a funkčnost nového systému výběru mýta po 1. 1. 2017 – byla poskytnuta poslední den plnění dosavadního závazku, je zřejmé, že nebylo možné s tímto počítat, protože by již nebylo možné nový systém výběru mýta dle vizí obsažených v usnesení vlády (podrobně viz dále v odůvodnění tohoto rozhodnutí) vysoutěžít.
98. Úřad v této souvislosti zdůrazňuje, že v oblasti práva veřejných zakázek je naprostou notorií, že každé zadávací řízení (ať již za účinnosti zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách nebo zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách) trvá po nějakou dobu. Je to zřejmé ze souslednosti úkonů, které předepisuje provádět zákon, zahájením zadávacího řízení počínaje (srov. § 26 zákona), a poskytnutím součinnosti při uzavření smlouvy či řešením případné obrany dodavatelů konče. 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. Úřad proto nemůže přisvědčit zadavateli, že se jedná o nešikovnost ze strany zadavatele ve shora naznačeném smyslu. Toto bylo ze smluv zřejmé a s tímto se měl zadavatel během 10 let plnění stávajících smluv počítat a připravit se na to.

99. Úřad se s ohledem na výše uvedený stav, který byl vytvořen zadavatelem, zabýval dále posouzením, s jakou další alternativou mohl zadavatel v čase uzavření původní smlouvy do budoucna počítat. Předně lze uvést, že zadavatel v čase uzavření původní smlouvy mohl uvažovat o vybudování zcela nového mýtného systému tzv. na „zelené louce“. Zadavatel však tuto možnost ve svém vyjádření sám zavrhl (k tomu viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí), a to s ohledem na vysokou stávající účetní hodnotu mýtného systému, kterou by musel odepsat. Úřad k tomu nicméně uvádí, že tato vysoká hodnota mýtného systému s ohledem na výši pořizovací ceny systému musela být nepochybně známa již v době uzavírání smluv s původním vybraným uchazečem. Lze tedy předpokládat, že zadavatel s odepsáním takové enormní hodnoty mýtného systému v budoucnu nepočítal.
100. Úřad tedy shledává, že okolnosti šetřeného případu nasvědčují tomu, že zadavatel při uzavírání smluv s původním vybraným uchazečem nepočítal s následným otevřeným řízením v souvislosti s vybudováním mýtného systému „na zelené louce“, nýbrž s prodloužením smlouvy v rozporu s právními předpisy upravujícími zadávání veřejných zakázek. Ostatně zadavatel v tomto smyslu ve svém vyjádření poukazuje 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“. Předně Úřad uvádí, že tato úvaha zadavatele nic nemění na výše uvedených 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. 2016⁶, 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 jednacímú řízení bez uveřejnění, má svůj původ ve smluvních ujednáních, které zadavatel dojednal s původním vybraným uchazečem, což Úřad ostatně shora prokázal.
101. Pro úplnost pak Úřad uzavírá, že v úvahu přicházející extrémní alternativou, o které pak zadavatel mohl uvažovat, nicméně této alternativě nenasvědčují žádné skutečnosti, resp. reálné úkony zadavatele, je pak jediné situace, se kterou počítá právě zadavatelem citovaný rozsudek, a tedy že zadavatel absolutně neuvažoval o budoucí nutnosti zabezpečit předmět plnění veřejné zakázky, a tedy o nutnosti vybírat elektronické mýto. Úřad se nicméně přiklání 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 č. 13/1997 Sb., 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.
102. Úřad závěrem dodává následující. Téměř veškerá argumentace zadavatele směřuje k jeho tehdejší (rok 2006) nešikovnosti, resp. neobratnosti. Úřad již výše vyložil, v jakém kontextu

⁶ Dostupné online na <https://video.aktualne.cz/dvtv/myto-znovu-pro-kapsch-moje-svedomi-je-ciste-mozna-to-ale-bud/r~ca2a7b7e492611e68afb002590604f2e/?redirected=1475760710>

a za jakých podmínek je možno – při příléhavé aplikaci závěrů judikatorní praxe – hovořit o „omluvitelné“ nešikovnosti, přičemž odůvodnil, že v posuzovaném případě o takovou situaci nejde. Nad rámec výše uvedeného pak Úřad uvádí, 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 jednacích 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 u klíčových veřejných zakázek a projektů celospolečenského významu, které zadavatelé realizují, by takovéto jednání zadavatelů způsobilo nejen zakonzervování, resp. v podstatě absolutní vyloučení soutěžního prostředí, ale rovněž s tím související v podstatě nevyčíslitelné finanční dopady. Aspekt, zda zadavatel reálně mohl předpokládat potřebu dalšího „rozvoje“ předmětu plnění veřejné zakázky, resp. v šetřeném případě potřebu dalšího jeho provozu, je naopak nutné posuzovat v každém případě individuálně. V šetřeném případě nelze přisvědčit tvrzení zadavatele, že současný nepříznivý stav je důsledkem jeho tehdejší „omluvitelné nešikovnosti či neobratnosti“, nýbrž naopak je třeba – s ohledem na vše shora uvedené – uzavřít, že zadavatel si už tehdy potřeby dalšího provozu systému elektronického mýta i po roce 2016 musel být vědom, resp. si vědom měl být a mohl být. Na tomto místě Úřad považuje za vhodné akcentovat, že nepřehlédl, že zkušenosti s výběrem mýta v roce 2006 byly na jiné úrovni než v roce 2016, nicméně toto lze zohlednit jen při stanovení výše pokuty a nikoli jako skutečnost, která by odůvodňovala oprávněnost využití tohoto nejméně transparentního druhu zadávacího řízení. Důvody pro takové legální použití Úřad vyloučil shora, a lze zde jen opětovně připomenout, že na poptávání nového systému bylo více než 10 let, takže stav povědomí o složitosti systému již byl např. v roce 2013 přece jen na mnohem lepší úrovni než v roce 2006, přesto ani od těchto let nedošlo k zadání zakázky na výběr mýta od 1. 1. 2017. Je vhodné zde pro úplnost připomenout kroky při výběru dosavadního poskytovatele plnění veřejné zakázky na výběr mýta do 31. 12. 2016, a to, že v roce 2005 bylo zveřejněno oznámení zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Poskytování služeb a dodávek vybrané infrastruktury k realizaci projektu výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v ČR“ a v roce 2006 jsou uzavírány smlouvy tak, jak je uvedeno v bodě 3. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Pro garantování sběru, zpracování, sdílení a poskytování informací pro řádné vyhodnocení řady jevů spojených mimo jiné i s dopravní telematikou má zadavatel stále ostatně i řadu systémů, jako např. jednotný systém dopravních informací aj., či subjektů (Národní dopravní informační centrum atd.). Min. 10 let na vyhodnocování postupu v projektu výběru mýta, přípravy aktuálních závěrů pro řádnou přípravu zadávacích podmínek byla dobou dostatečnou.

103. Ve vztahu k časové posloupnosti jednotlivých jednání zadavatele učiněných za účelem přípravy nového zadávacího řízení, kterou zadavatel ve vyjádření vyčerpávajícím způsobem popisuje, Úřad uvádí, že aktivita zadavatele od roku 2015 svědčí o úsilí současných představitelů zadavatele, byť nelze přehlížet, že bez výsledku, aniž by bylo zadání veřejné

zakázky v souladu se zákonem. Ani toto úsilí však nemění nic na skutečnosti, že zadavatel nebyl oprávněn pro zadání předmětné veřejné zakázky použít jednací řízení bez uveřejnění, neboť důvody, kterých se zadavatel dovolává, nejsou objektivní, nýbrž jsou důsledkem předchozího postupu zadavatele. Úřad rovněž podotýká, že nelze ani vyloučit, že pokud by zadavatel dostal svému úkolu, který mu uložila vláda České republiky usnesením ze dne 4. 7. 2012 č. 492, spočívajícím mj. v zahájení přípravy organizačních, legislativních a dalších opatření vedoucích k vyhlášení výběrového řízení na provozovatele elektronického mýtného systému po roce 2016, a započal s jednáním s původním vybraným uchazečem dříve než v roce 2015, mohl dospět k uvolnění přísných licenčních ujednání a mohl by tedy zrealizovat otevřenější zadávací řízení. Úřad v této souvislosti uvažuje v tom smyslu, že čím blíže byl termín ukončení smlouvy na dobu určitou, tím menší byla motivace stávajícího provozovatele se zadavatelem jednat, jelikož tento si nepochybně uvědomoval své stále výhodnější postavení s ohledem na časovou tíseň, do které se zadavatel dostává (minimálně tím, že s postupujícím časem byl jistě stále méně pravděpodobný úspěšný projekt založený na výstavbě nového mýtného systému „na zelené louce“, tedy nezávisle na původním vybraném dodavateli). Úřad opakuje, že toto nepřehlédl při stanovení výše pokuty, avšak současně nemůže jít o důvod, pro který by mohl být posuzován postup zadavatele, který je předmětem tohoto správního řízení, za souladný se zákonem.

104. V souvislosti s argumentem zadavatele, že výstavbě mýtného systému na „zelené louce“ se chtěl vyhnout, jelikož stávající hodnota mýtného systému je 7 mld. Kč, přičemž zadavatel v této souvislosti odkazuje na závěry vyplývající z judikatury, Úřad uvádí, že nemá důvod toto konstatování zadavatele jakkoliv potvrzovat nebo rozporovat, neboť v šetřeném případě bylo prokázáno, že zákonné důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění nejsou naplněny, jelikož zadavatel si stav technické exkluzivity způsobil svým vlastním jednáním. Tvrzení, zda by pro zadavatele přicházelo v úvahu jiné řešení, byť finančně náročnější a z pohledu dodržení zásady hospodárnosti nepřijatelné, Úřad považuje za irelevantní, neboť ani tato nic nemění na konstatování Úřadu, že zadavatel použil jednací řízení bez uveřejnění neoprávněně.
105. K argumentu zadavatele, že v době zadávání původní veřejné zakázky chyběla relevantní judikatura, Úřad uvádí, že ani tato skutečnost nemůže zadavatele jakkoliv zbavovat odpovědnosti za nezákonný postup. Situace, která nastala v šetřeném případě, nebyla dle Úřadu nikterak překvapivá. Zadavatel si úvahu o možnosti dalšího provozování systému po ukončení smlouvy na dobu určitou měl vyjasnit již na počátku (viz bod 97. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Pro úplnost nicméně Úřad s ohledem na tvrzený zásadní charakter judikatorních závěrů z pohledu zadavatele, který dle jeho tvrzení v čase přípravy absentoval, uvádí, že i tuzemská judikatura se problematikou „stavu exkluzivity“ již před zadáváním původní veřejné zakázky zabývala, přičemž v této souvislosti lze odkázat na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 3/2002 – 75 ze dne 5. 11. 2002, v němž soud mimo jiné uvedl, že „[ž]alobce usuzuje na správnost aplikace ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) zákona [tehdy zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, obdobně uvedené ustanovení upravuje výzvu jednomu zájemci k podání nabídky specializované veřejné zakázky v případech, kdy plnění veřejné zakázky může poskytnout jediný zájemce] z objektivních skutečností, pro něž bylo možno zadat zakázku pouze jedinému zájemci. Aby mohla být takováto úvaha akceptována, nejsou žádné důvody. Okolnosti, které by za jiné situace mohly aplikaci tohoto ustanovení aprobovat, by nemohly vycházet ze stavu, kdy si žalobce sám

nejprve vytvořil ony podmínky, a teprve až bylo právně nemožné nebo obtížné je změnit, dovolával se postupu dle citovaného zákona“. Úřad však při stanovení výše pokuty přihlédl i k tomu, jaký byl tehdejší stav poznání, jak ostatně již shora uvedl.

106. Úřad v souvislosti s argumentací zadavatele ve vyjádření, že si zadavatel nechal pro ověření zákonnosti svého postupu vypracovat rovněž dvě právní stanoviska od advokátních kanceláří, v nichž bylo konstatováno, že ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona lze pro zadání předmětné veřejné zakázky využít, existuje-li technický důvod, uvádí, že ani tato právní stanoviska nikterak nezbavují zadavatele odpovědnosti za jednání, které lze považovat za správní delikt podle zákona. Nadto Úřad pro přezkoumání obsahu zmiňovaných stanovisek uvádí, že se lze pouze domnívat, jaké závěry by byly učiněny ve zmíněných právních posudcích, pokud by tyto právní analýzy dostatečně reflektovaly závěry výše citovaných rozsudků NSS v souvislosti s vytvořením „stavu exkluzivity“. Právní stanoviska s odkazem na znalecké posudky akcentují zejména to, že technicky bylo nemožné v poslední době zabezpečit výběr mýta bez součinnosti stávajícího poskytovatele. Právní posudky již málo pozornosti věnují dalším podmínkám pro oprávněnost použití jednacímho řízení bez uveřejnění jako nejméně transparentního druhu zadávacímho řízení, a to zejména ve vztahu k dalším nezbytným podmínkám dle judikatury soudů (tímto má na mysli Úřad zejména to, že si stav exkluzivity nesmí zadavatel sám vytvořit), přičemž všechny podmínky musí být splněny kumulativně. Úřad dále nepřehlídí, že zadavatel na jedné straně vyzdvihuje závěry vyplývající z právních analýz, na druhé straně však odmítá reflektovat závěry vyplývající např. ze stanoviska Pracovní skupiny pro transparentní veřejné zakázky, které bylo k otázce možnosti jeho postupu v jednacím řízení bez uveřejnění nesouhlasné, když tento závěr poradního orgánu zadavatel odmítá s poukazem, že se přece nejedná o subjekt požívající jakékoliv autority s vnějším dopadem. V této logice si pak Úřad klade obdobnou otázku, jakou formální autoritu z pohledu zadavatele požívají advokátní kanceláře, jichž právní analýzy zadavatel naopak výrazně zohledňuje. V každém případě však – bez ohledu na právě uvedené – platí závěry učiněné v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 95/2013-74 ze dne 13. 1. 2015, v němž soud konstatoval, že *„[r]elevantním podkladem pro prokázání technických důvodů a důvodů spočívajících v potřebě ochrany existujících výhradních práv však mohou být toliko listiny obsahující odborné technické hodnocení. Právní hodnocení, pracující s odborným technickým podkladem, již bylo úkolem a rizikem žalobce.“* Úřad v této souvislosti podotýká, že uvedený názor Krajského soudu v Brně byl aprobován již citovaným rozsudkem NSS sp. zn. 3 As 18/2015.
107. Zadavatel rovněž argumentuje, že okolnosti přípravy a realizace zadávacímho řízení (pozn. Úřadu – myšleno původního zadávacímho řízení), prošetřovalo Obvodní státní zastupitelství pro Prahu 1, přičemž neshledalo žádná nová skutková zjištění a věc bez opatření založilo. Úřad k tomu uvádí, že předmětem vedeného správního řízení není posouzení zákonnosti zadávacímh podmínek původní veřejné zakázky. Úřad korektnost původních zadávacímh podmínek z pohledu zákona (pozn. Úřadu – myšleno zákona č. 40/2004 Sb. o veřejných zakázkách) ani nikterak nerozporuje (a ani tak činit nemůže, neboť toto není předmětem vedeného správního řízení, jehož předmět je zadavateli zřejmý z oznámení o zahájení správního řízení ze dne 9. 9. 2016). Řízení s takovým předmětem by ostatně vzhledem k běhu lhůt upravujících zánik odpovědnosti za případné správní delikty ani nemohlo být vedeno. Zadavatel je oprávněn stanovit si zadávacím podmínky, resp. smluvní podmínky dle svých potřeb, a to za současného dodržení relevantních zákonných ustanovení. Sám

zadavatel tvrdí, že v tehdejších smlouvách jsou nevhodně nastavené smluvní podmínky s ohledem na budoucí potřebu provozovat mýtný systém, resp. s ohledem na možnost nahradit stávajícího provozovatele.

108. K námitce zadavatele, že vzniklá situace nebyla účelově vytvořená a jeho postup nebyl úmyslem, případně ani vědomou nedbalostí, Úřad uvádí, že skutečnost, zda se zadavatel protiprávního postupu dopustil úmyslně, případně z nedbalosti, nemůže mít vliv na odpovědnost zadavatele za spáchání správního deliktu. Odpovědnost za správní delikty při zadávání veřejných zakázek je totiž 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, psychický 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. výhradně ve vztahu k určení výměry pokuty. Z uvedených důvodů není námitka zadavatele při rozhodování o odpovědnosti zadavatele za správní delikt a o tom, zda bude uložena pokuta za jeho spáchání, právně relevantní.
109. Ze znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. c) zákona plyne, že správního deliktu se dopustí zadavatel, který uzavře smlouvu na veřejnou zakázku, aniž by předtím uveřejnil oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1 zákona, ačkoliv má dle zákona povinnost toto oznámení uveřejnit.
110. V šetřeném případě zadavatel zahájil zadávací řízení písemnou výzvou k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 26 odst. 3 písm. a) zákona, přičemž z odůvodnění tohoto rozhodnutí vyplývá, že institut jednacích řízení bez uveřejnění zadavatel využil neoprávněně. V této souvislosti Úřad uvádí, že v šetřeném případě nepřipadá v úvahu žádný jiný druh zadávacího řízení, který je zahajován na základě výzvy ve smyslu § 26 odst. 3 zákona, neboť s ohledem na předpokládanou hodnotu šetřené veřejné zakázky zadavatel nebyl oprávněn k postupu ve zjednodušeném podlimitním řízení (srov. § 25 zákona) a v šetřeném případě ani nešlo o veřejnou zakázku na základě původně uzavřené rámcové smlouvy.
111. Úřad s ohledem na právě uvedené konstatuje, 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.
112. S ohledem na výše uvedené lze uzavřít, že zadavatel tím, že neuveřejnil oznámení o zahájení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku ve smyslu § 146 odst. 1 písm. a) zákona ve Věstníku veřejných zakázek, ačkoliv bylo Úřadem dovozeno, že šetřeném případě byl zadavatel povinen postupovat v některém z druhů zadávacích řízení, která se zahajují odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění, a uzavřel dne 28. 8. 2016 smlouvu s vybraným uchazečem, se dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
113. Úřad pro úplnost uvádí, že žádný ze zadavatelem uváděných důvodů či důkazních prostředků nezbavuje zadavatele odpovědnosti za správní delikt ve smyslu ust. § 121 odst. 1 zákona.

Podle předmětného ustanovení zákona se lze odpovědnosti za správní delikt zprostit (liberovat), jestliže zadavatel prokáže, že vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil. Úřad má za to, že zadavatel by v této souvislosti musel prokázat, že vynaložil veškeré úsilí, aby zabránil původní příčině, která jej vedla k postupu v rozporu se zákonem, tedy aby zabránil uzavření takových smluvních ujednání, která jsou pro něj nevýhodná. V této souvislosti Úřad poukazuje na obdobný závěr, ke kterému dospěl Nejvyšší správní soud v již opakovaně citovaném rozhodnutí 1 As 256/2015 ze dne 12. 5. 2016, když dovodil, že „[a]by se mohl žalobce [...] z odpovědnosti za toto své jednání liberovat, musel by prokázat, že vynaložil veškeré úsilí, aby zabránil uzavření takových licenčních podmínek nebo aby tyto licenční podmínky zmírnil ve svůj prospěch. Následná snaha o jejich zmírnění jej nemůže liberovat ve smyslu § 121 odst. 1 zákona [...]“. Liberační důvody (zde zejména vynaložení veškerého úsilí) jsou důležitým nástrojem, jehož cílem je předejít aplikaci neúměrné tvrdosti zákona, avšak právě proto jsou určeny pro aplikaci pouze ve výjimečných případech, jelikož představují výjimku z principu objektivní odpovědnosti. Takový názor odpovídá i judikatuře Nejvyššího správního soudu, který dříve rovněž uzavřel, že pokud se osoba chce dovolávat liberačního důvodu, musí prokázat, že provedla technicky možná opatření způsobilá účinně zabránit porušování zákona. Judikatura jednoznačně a správně již pojmenovala to, že v žádném případě nepostačí k liberaci ani poukaz odpovědného subjektu na to, že jiná technicky možná (kontrolní, manažerská a další) opatření po něm nebylo možné spravedlivě požadovat, protože by jejich provádění bylo neekonomické. Po odpovědném subjektu lze tedy požadovat takové opatření, které je možné jak teoreticky, tak ekonomicky. Pokud by například existovalo opatření, které by teoreticky porušení povinnosti zabránilo, ale jeho aplikace by byla natolik nákladná, že by muselo dojít např. k dramatickému zvýšení konečné ceny produktu, nelze toto opatření po právnické osobě požadovat. Opatření k zamezení porušení této povinnosti však existovala v době před spácháním správního deliktu celá řada (nastavení správného mechanismu analýzy původních smluv a upozornění příslušných oprávněných osob na závěry plynoucí z těchto smluv tak, aby mohly přijmout vhodná opatření, nastavení mechanismu přípravy zadávacího řízení atd.). Úřad pro úplnost uvádí, že následná snaha zadavatele o vyjednání úpravy sporných smluvních podmínek zdokumentována od počátku roku 2015 může být promítnuta při úvahách ohledně výše pokuty (k tomu viz dále odůvodnění sankce).

114. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K uložení pokuty

115. Úřad posoudil postup zadavatele a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť zadavatel svým postupem naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona.

116. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.

117. V návaznosti na citované ustanovení zákona Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 31. 8. 2016. K uzavření smluv na plnění veřejné zakázky s vybraným uchazečem došlo dne 28. 8. 2016, kdy zároveň

došlo ke spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí. Správní řízení z moci úřední bylo zahájeno dne 9. 9. 2016, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli jako jedinému účastníku správního řízení.

118. V daném případě se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) zákona, za něž lze v souladu s citovaným ustanovením § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.
119. Ze smluv ze dne 28. 8. 2016 mezi zadavatelem a vybraným uchazečem Úřad zjistil, že cena zakázky činila 5 268 565 045, 68 Kč bez DPH, tj. 6 374 711 705 Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty tak činí částku 637 471 170 Kč.
120. Pro odstranění všech pochybností Úřad uvádí, že nepřehlédl, že dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“). Úřad se proto v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod zabýval otázkou, podle jakého právního předpisu je třeba jednání zadavatel posuzovat. V této souvislosti lze uvést, že jednání zadavatele je správním deliktem podle obou právních předpisů [§ 120 odst. 1 písm. c) ZVZ, § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kdy o případném naplnění znaku skutkové podstaty spočívajícím v alespoň potenciálním vlivu na výběr dodavatele nemůže být v situaci, kdy o veřejnou zakázku neproběhla žádná soutěž, pochyb], přičemž zadavateli by při ukládání sankce dle ZZVZ hrozila stejně vysoká pokuta [srov. ust. § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ] jako dle právní úpravy aplikované v šetřeném případě (viz předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí). Za tohoto stavu věci není dle Úřadu pozdější právní úprava obsažená v ZZVZ pro zadavatele příznivější, a proto jednání zadavatele Úřad posuzoval v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny podle právní úpravy účinné v době spáchání správního deliktu. Závěrem v této souvislosti lze uvést, že uplatnění výše uvedeného principu v rámci správního trestání vyplývá rovněž z judikatury NSS konkrétně pak např. z rozsudku č. j. 5 Afs 68/2011-99 ze dne 21. 3. 2012, v jehož rámci NSS dovodil 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).
121. Nezbytným předpokladem zákonnosti uložené sankce je rovněž zásada individualizace. Podstata této zásady tkví v tom, že výše uložené sankce musí být v konkrétním případě stanovena tak, aby odpovídala všem okolnostem a zvláštnostem daného případu. Podmínkou pro naplnění těchto předpokladů je dostatečná přezkoumatelnost všech úvah, které Úřad při stanovení výše sankce zohlední v rámci odůvodnění konkrétní výše sankce. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 6. 2009 č. j. 9 As 62/2008-129, kde je uvedeno, že *„řádné odůvodnění ukládané sankce v případě správního trestání je základním předpokladem pro přezkoumatelnost úvahy, kterou byl správní orgán při svém rozhodování veden. [...] Správní orgán je povinen se při svých úvahách o konkrétní výši ukládané sankce těmito hledisky zabývat a srozumitelně a jednoznačně formulovat logické kroky, které jej ke stanovení konkrétní výše té které sankce vedly tak, aby odůvodnění její výše bylo následně soudem přezkoumatelné. Správní orgán je tak povinen se při ukládání sankce zabývat podrobně všemi hledisky, které zákon předpokládá, podrobně a přesvědčivě odůvodnit, ke kterému hledisku přihlédl, a navíc podrobně odůvodnit, jaký vliv mělo toto hledisko na konečnou výši ukládané sankce. Výše uložené sankce tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem nepřipouštějícím*

rozumné pochyby o tom, že právě taková její výše odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu“.

122. Z hlediska naplnění zákonných předpokladů ve vztahu k odůvodnění výše uložené sankce Úřad uvádí následující.
123. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
124. Hlavním kritériem, které je dle citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlídnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující.
125. Z hlediska závažnosti správního deliktu se Úřad zabýval intenzitou narušení objektu zákonné ochrany. V šetřeném případě je tímto objektem ochrany právem chráněný zájem spočívajícího v zachování efektivní hospodářské soutěže. Právě tento právem chráněný zájem lze považovat za esenciální předpoklad hospodárného vynakládání veřejných prostředků v rámci zadávání veřejných zakázek, jelikož jak vyplývá z konstantní judikatury správních soudů či rozhodovací praxe Úřadu, prostřednictvím férové hospodářské soutěže je dosahován cíl a smysl úpravy práva veřejných zakázek, tedy efektivní vynakládání veřejných prostředků. Jinými slovy, jestliže je cílem zákona zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky a jestliže zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (k tomu blíže srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008 sp. zn. 1 Afs 20/2008), je třeba jednání zadavatele, které zcela vyloučí hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku, označit za jedno z typově vůbec nejzávažnějších, blížících se situaci úplné ignorace zákona. V šetřeném případě byl konkrétním jednáním zadavatele, spočívajícím v postupu v jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoliv pro tento druh zadávacího řízení nebyly splněny podmínky, tento právem chráněný zájem ze strany zadavatele nejen narušen, ale zcela popřen.
126. Z hlediska následků správního deliktu Úřadu nezbývá než konstatovat, že postupem zadavatele bylo tedy nedůvodné vyloučení hospodářské soutěže resp. stav, kdy plnění v celkové hodnotě cca 6 mld. Kč, které bude hrazeno z veřejných prostředků, bylo zadáno, aniž by proběhla jakákoliv soutěž o tuto veřejnou zakázku. Zadavatel tedy neumožnil účast jiných v úvahu přecházejících dodavatelů, resp. podávání nabídek, které v konkurenčním prostředí mohly vyvolat tlak na sjednanou cenu veřejné zakázky.
127. Úřad ke způsobu spáchání správního deliktu uvádí následující. Předně lze z hlediska způsobu spáchání deliktu přihlídnout a ve prospěch zadavatele zohlednit, že před zadáním konkrétní veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění měl zadavatel, resp. jeho současné vedení,

snahu udělat si představu o aspektech stávajícího plnění, resp. o možných negativních důsledcích v případě zajištění provozu systému jiným (nikoli stávajícím) provozovatelem. Uvedenou skutečnost dle Úřadu prokazuje aktivní jednání zadavatele, které lze obecně hodnotit jako pozitivní oproti situaci, kdy zadavatel přistoupí k jednacímú řízení bez uveřejnění, aniž by měl jakoukoliv představu o technických aspektech předmětu plnění.

128. Byť jednání zadavatele lze označit svým charakterem jako typově nejzávažnější, Úřad nemůže v rámci stanovení trestu (sankce) rezignovat na zohlednění těch aspektů v postupu zadavatele, které by bylo možné hodnotit jako polehčující okolnosti. V této souvislosti lze uvést, že úprava práva veřejných zakázek neobsahuje na rozdíl od úpravy trestněprávní jakýkoliv výčet v úvahu přicházejících polehčujících okolností. S ohledem na trestněprávní pojetí polehčujících okolností lze nicméně uvést, že jde o takovou skutečnost, která má přímou vazbu na konkrétní deliktní jednání, resp. jde o významnou skutečnost, která blíže specifikuje povahu a závažnost spáchaného deliktu. Zohlednění polehčujících okolností pak nepochybně vede k dosažení spravedlivého účelu trestu. Jako polehčující okolnosti šetřeného případu Úřad zohlednil následující aspekty.
129. Předně lze přihlídnout a ve prospěch zadavatele zohlednit samotnou příčinu spáchání správního deliktu, za kterou možno označit nevhodnou úpravu smluvních ujednání v roce 2006, přičemž sám zadavatel tuto příčinu jednoznačně pojmenovává. Úřad v této souvislosti zohledňuje, že zadavatel, který má na tuto situaci reagovat v roce 2016 (případně počátkem roku 2015) nemá z povahy věci tolik efektivních nástrojů jako zadavatel v čase zadávání původní veřejné zakázky. Úřad akcentuje kontinuitu při plnění úkolů zadavatele, nicméně uvědomuje si rovněž potřebu zohlednění této výrazné časové prodlevy (jejímž důsledkem je např. i odlišné personální obsazení v čele zadavatele) mezi příčinou a následným jednáním zadavatele, které lze označit za protizákonné.
130. Úřad dále nepřehlídí a ve prospěch zadavatele zohledňuje jeho snahu zvrátit původní příčinu, a to vyjednáváním úpravy nevhodných smluvních ujednání, tedy důvodů pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění. Úřad vychází z informací a podkladů poskytnutých zadavatelem, na podkladě kterých lze skutečně prokázat aktivní jednání ze strany zadavatele od počátku února 2015. V této souvislosti Úřad ale dodává, že pokud toto jednání stávajícího personálního aparátu zadavatele o něčem vypovídá, tak jediné o aktuální aktivitě rezortu v „hodině 12té“, resp. o skutečnosti, že určitá jednání skutečně probíhala.
131. Úřad dále zohledňuje ve prospěch zadavatele, že v šetřeném případě se nejedná o veřejnou zakázku generického plnění, které je na trhu běžně dostupné, nýbrž o zcela jedinečnou kombinaci vzájemně provázaných dodávek a služeb, kterou tvoří rovněž robustní architektura systému, která si musí udržet svou nepřetržitou funkčnost. Objektívni mimořádná složitost předmětu plnění pak musí vést nutně k závěru, že na pochybení zadavatele se nelze dívat stejně přísně jako na případ nezákonného jednání v jednoduché, jednoznačné a všem bez problémů pochopitelné situaci.
132. Úřad dále zohlednil tu skutečnost, že záměrem zadavatele při uzavření smluv na šetřenou veřejnou zakázku byla nepochybně rovněž snaha předcházet situaci, kdy by po roce 2016 nebyl provozován žádný systém elektronického mýta. Úřad zohledňuje, že předmět plnění šetřené veřejné zakázky, tedy provozování systému elektronického mýta, je jedním z klíčových nástrojů, prostřednictvím kterého zabezpečuje zadavatel plnění jemu svěřených

povinností (srov. bod. 37. odůvodnění tohoto rozhodnutí). V této souvislosti nelze rovněž přehlížet, že jde o plnění povinností souvisejících se zavedením tzv. Evropské služby elektronického mýtného na území České republiky stanovených Rozhodnutím komise č. 2009/750/ES ze dne 6. 10. 2009, tedy plnění povinností zcela zásadního významu. Úřad připouští, že v případě přerušení výběru mýtného může hrozit zcela zásadní výpadek státního rozpočtu (cca 19 mil. Kč denně – pozn. Úřadu, údaj vyplývající z vyjádření zadavatele). Dále by nesplnění povinnosti v souvislosti s výběrem mýtného ve svém důsledku mohlo vést rovněž k přesunu podstatné části tranzitní dopravy z okolních (zpoplatněných) zemí na území České republiky, což by mimo jiné mělo za následek nejen zásadní finanční dopady související s nutností údržby sítě pozemních komunikací, ale rovněž celospolečenské dopady související s výrazným znečištěním ovzduší, a v neposledním řadě se zvýšením nehodovosti v důsledku zvýšení nadměrné dopravní zátěže. Tyto možné negativní dopady proto Úřad zohledňuje jako výrazně polehčující okolnosti.

133. Dále Úřad nepřehlídí, že v čase zadávání původní zakázky byl stav povědomí o aspektech souvisejících se složitostí předmětného plnění skutečně minimální. Jak Úřad dovodil již výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, zkušenosti s výběrem mýta v roce 2006 byly na jiné úrovni než v roce 2016.
134. Konečně lze ve prospěch zadavatele zohlednit, a to výrazně, tu skutečnost, že při zadání šetřené veřejné zakázky, tedy při uzavření smluv souvisejících s pokračováním mýtného systému po roce 2016 zadavatel přistoupil k úpravě nevhodných smluvních ujednání, když mimo jiné jasně stanovil, že příslušná autorská práva nabývá již okamžikem uzavření této smlouvy. Tyto skutečnosti, které částečně zmírňují následky protizákonného jednání, jelikož by měly vést k možnosti uskutečnit zadávací řízení s větším počtem uchazečů, nasvědčují tomu, že se zadavatel snaží předcházet dalšímu jednání v rozporu se zákonem.
135. Úřad nepřehlídí, že zadavatel předmětnou veřejnou zakázku zahájil postupem v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy ze dne 27. 8. 2016. Den následující, tedy v neděli 28. 8. 2016 zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, čímž zároveň předmětné zadávací řízení ukončil. Úřad nemá možnost jakkoliv hodnotit skutečnou motivaci zadavatele v souvislosti s volbou „nestandardního“ okamžiku uzavření smlouvy. Úřadu je nicméně z úřední činnosti známo, že zadavateli byly před uzavřením smlouvy, resp. před samotným zahájením předmětného zadávacího opakovaně doručovány námitky ze strany jiného dodavatele – společnosti Skytoll CZ s.r.o., poukazující na nemožnost postupu zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění. Lze mít tedy za to, že zadavatel zvolil okamžik zahájení zadávacího řízení (v sobotu) a jeho následného ukončení (v neděli) rovněž se záměrem znemožnit předmětnému dodavateli (o jehož existenci nepochybně věděl – srov. rovněž bod 23. odůvodnění tohoto rozhodnutí) podání námitek v průběhu zadávacího řízení. Pro úplnost Úřad uvádí, že uvedené nelze vnímat tak, že zadavateli by tento postup byl z hlediska zákona zapovězen, Úřad na tomto místě pouze hodnotí nestandardnost tohoto postupu, která vedla k výše uvedenému důsledku. Úřad rovněž nikterak nehodnotí relevantnost podaných námitek. Úřad hodnotí pouze sled okolností, které jednoznačně nasvědčují jasnému účelu zadavatele, a to znemožnit uplatnění institutů ochrany dodavatele proti nezákonnému postupu zadavatele, které zákon poskytuje, přičemž tuto skutečnost zohledňuje v neprospěch zadavatele.

136. Po pečlivém posouzení šetřeného případu ve všech vzájemných souvislostech, neshledal Úřad další polehčující či přitěžující okolnosti, které by měly vliv na uloženou výši pokuty.
137. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť vychází z maximy, že není přípustné uložit takovou pokutu, která má likvidační charakter v tom smyslu, že by „zmařila“ samu ekonomickou podstatu zadavatele. V případě organizační složky státu lze uvažovat o tom, že účinek obdobný onomu „zmaření“ ekonomické podstaty daného subjektu by tu měla pokuta, která by např. byla způsobilá paralyzovat činnost takové organizační složky. Úřad z veřejně dostupných informací uvedených na webových stránkách zadavatele⁷ zjistil, že zadavatel hospodaří s finančními prostředky v řádech miliard korun českých. S ohledem na právě uvedené má Úřad za to, ani že pokutu uloženou ve výši 1 000 000,- Kč nelze považovat nejen za likvidační (viz výše), ale ani za jeho ekonomickou podstatu nepřiměřeně zasahující (a v tomto smyslu nespravedlivou).
138. V souvislosti s právě uvedeným je třeba mít dále na paměti, že pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Má-li pokuta tyto funkce splnit, je zřejmé, že musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocítována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním.
139. V tomto smyslu Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele správního deliktu, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená sankce projevit (výlučně jen) ve sféře zadavatele, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení sankce.
140. Závěrem tedy Úřad k výši pokuty konstatuje, že uložená pokuta naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační či „nespravedlivou“.
141. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech výše uvedených hledisek a stanovenou pokutu ve výši 1 000 000 Kč vzhledem k souvislostem případu posoudil jako přiměřenou.
142. S ohledem na výše uvedené bylo rozhodnuto, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
143. Pokuta je splatná do dvou měsíců měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710. Jako variabilní symbol zadavatel uvede své identifikační číslo.

⁷ Ministerstvo dopravy – sekce Rozpočet Ministerstva dopravy dostupné na: <http://www.mdcz.cz/cs/Legislativa/Ekonomika+a+finance/Rozpocet/rozpocet.htm>

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:

Česká republika – Ministerstvo dopravy, nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha – Nové Město

Vypraveno dne:

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