

Becker & Poliakoff

ADVOKÁTNÍ KANCELÁŘ

U Prašné brány 1078/1 • 110 00 Praha 1 • Telefon: (+420) 224 900 000 • Fax: (+420) 224 900 041 • office@becker-poliakoff.cz

PRÁVNÍ STANOVISKO

VĚC: POSOUZENÍ MOŽNOSTÍ ZADÁNÍ NADLIMITNÍ VEŘEJNÉ ZAKÁZKY FORMOU JEDNACÍHO ŘÍZENÍ BEZ UVEŘEJNĚNÍ DLE USTANOVENÍ § 23 ODS. 4 PÍSM. A) ZÁKONA Č. 137/2006 SB., O VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH, VE ZNĚNÍ POZDĚJŠÍCH PŘEDPISŮ

Pro: Česká republika – Ministerstvo dopravy
Mgr. Jakub Kopřiva, náměstek ministra

Vypracoval: Becker a Poliakoff, s.r.o., advokátní kancelář

Datum vypracování: 3. 5. 2016

1. ÚVOD

- a) Byli jsme ze strany České republiky - Ministerstva dopravy, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, Praha 1, PSČ: 110 15, IČ: 660 03 008 (dále jen „**MDČR**“ nebo „**Klient**“), požádání o zpracování právního stanoviska, jehož předmětem bude posouzení možnosti 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 (dále jen „**ZVZ**“), a to se zaměřením na možnost využití institutu jednacího řízení bez uveřejnění na zadání veřejné zakázky v případě, kdy se zadavatel domnívá, že konkrétní veřejné zakázky je z technických důvodů schopen splnit pouze jeden konkrétní dodavatel.
- b) Dovolujeme si upozornit na skutečnost, že ve vztahu k osobám odlišným od Klienta neneseme žádnou odpovědnost za informace obsažené v tomto právním stanovisku, ani za případné následky spojené s jejich využitím.
- c) Toto právní stanovisko představuje základní právní posouzení směřující k zodpovězení dotazů položených Klientem a nelze jej tak považovat za vyčerpávající právní posouzení celé problematiky. Jsme připraveni poskytnout dodatečné informace, zahrnující zejména poskytnutí komplexního právního posouzení celé související problematiky, a to na základě předchozí objednávky Klienta.

2. SHRNUTÍ SKUTKOVÉHO STAVU

Z informací, které nám byly v souvislosti se zpracováním tohoto právního stanoviska poskytnuty vyplývá, že dne 29. 3. 2006 byla mezi MDČR jako objednatelem a společnostmi Kapsch TrafficCom AG, KAPSCH s.r.o., Kapsch BusinessCom AG, Kapsch CarrierCom AG, Kapsch TrafficCom Construction & Realization spol. s r.o., Kapsch Telematic Services spol. s r.o. a PVT, a.s. (dále jen „**konsorcium Kapsch**“), jako dodavatelem, uzavřena smlouva o dodávce systému výkonového zpoplatnění pozemních komunikací, na základě které se konsorcium Kapsch zavázalo dodat MDČR systém výkonového zpoplatnění pozemních komunikací, a to v rozsahu a za podmínek vymezených v uvedené smlouvě o dodávce (dále jen „**Smlouva o dodávce**“).

Dne 29. 3. 2006 uzavřelo souběžně MDČR a konsorcium Kapsch smlouvu o poskytování služeb souvisejících s provozem systému výkonového zpoplatnění vybraných pozemních komunikací v České republice, na základě které se konsorcium Kapsch zavázalo poskytovat MDČR služby spočívající v zajišťování provozu systému výkonového zpoplatnění v rozsahu etapy 1 a etapy 2, specifikované v technických podmínkách, které byly přílohou uvedené smlouvy o poskytování služeb souvisejících s provozem systému výkonového zpoplatnění vybraných pozemních komunikací v České republice (dále jen „**Smlouva o službách**“). Smlouva o službách byla mezi smluvními stranami uzavřena na dobu pěti let s možností jejího prodloužení o dalších pět let. Z informací, které nám byly v souvislosti se zpracováním tohoto právního stanoviska poskytnuty,

vyplývá, že Smlouva o službách, resp. závazek konsorcia Kapsch poskytovat služby končí ke dni 31. 12. 2016.

S ohledem na blížící se okamžik ukončení účinnosti Smlouvy o službách a s přihlédnutím na nutnost zajištění kontinuální provozování existujícího systému výkonového zpoplatnění, řeší MDČR otázku, jakým způsobem zajistit provoz existujícího systému výkonového zpoplatnění v období od 1. 1. 2017 tak, aby byly dodrženy zákonem stanovené povinnosti specifikované v ZVZ, a to zejména s ohledem na skutečnost, že provoz systému výkonového zpoplatnění může být dle stanoviska MDČR poskytován z technických důvodů pouze jediným dodavatelem.

3. ZADÁNÍ

Předmětem tohoto právního stanoviska je tak s ohledem na výše uvedené posouzení:

- a) Postavení MDČR jakožto zadavatele z hlediska ZVZ; a
- b) možností postupu zadavatele při zadávání nadlimitní veřejné zakázky na služby formou jednacního řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ.

4. POSOUZENÍ POSTAVENÍ MDČR JAKO ZADAVATELE Z HLEDISKA ZVZ

3

Okruh subjektů, kteří jsou povinni řídit se při zadávání veřejných zakázek, tj. zakázek realizovaných na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací¹, povinni realizovat postupy vymezené v ZVZ, je upraven v ustanovení § 2 ZVZ, který stanoví, že za zadavatele se pro účely ZVZ rozumí veřejný, sektorový a dotovaný zadavatel.

Pojem veřejného zadavatele, resp. okruh subjektů, kteří dle ZVZ vystupují při zadávání veřejných zakázek v postavení veřejného zadavatele je dále upraven v ustanovení § 2 odst. 1 ZVZ, které stanoví, že veřejným zadavatelem se rozumí:

- a) Česká republika;
- b) státní příspěvková organizace;
- c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek;
- d) jiná právnická osoba, pokud

¹ Viz ustanovení § 7 odst. 1 ZVZ

1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

Z ustanovení § 1 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů vyplývá, že MDČR je ústředním orgánem státní správy, v jehož čele je člen vlády.

Z ustanovení § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, vyplývá, že „organizačními složkami státu (dále jen „organizační složka“) jsou ministerstva a jiné správní úřady státu, Ústavní soud, soudy, státní zastupitelství, Nejvyšší kontrolní úřad, Kancelář prezidenta republiky, Úřad vlády České republiky, Kancelář Veřejného ochránce práv, Akademie věd České republiky, Grantová agentura České republiky a jiná zařízení, o kterých to stanoví zvláštní právní předpis anebo tento zákon; obdobně postavení jako organizační složka státu má Kancelář Poslanecké sněmovny a Kancelář Senátu.“

Ustanovení § 3 odst. 2 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, pak dále stanoví, že „organizační složka není právní osobou. Tím není dotčena její působnost nebo výkon předmětu činnosti podle zvláštních právních předpisů a její jednání v těchto případech je jednáním státu.“

4

V návaznosti na výše uvedené lze dovodit, že úkony realizované ze strany ministerstev, tedy i MDČR při zadávání veřejných zakázek, jsou v konečném důsledku úkony realizované ze strany České republiky. Z hlediska ZVZ je tak na MDČR nezbytné pohlížet jako na tzv. veřejného zadavatele, který je povinen řídit se při zadávání všech veřejných zakázek² pravidly stanovenými v ZVZ.

Dílčí závěr:

MDČR jakožto organizační složka státu, je z hlediska ZVZ považováno za tzv. veřejného zadavatele a je povinno při zadávání veřejných zakázek postupovat způsobem a dle pravidel stanovených v ZVZ.

Volba konkrétního druhu zadávacího řízení pro zadání veřejné zakázky je zcela v kompetenci MDČR, které je přímo odpovědné za správnost a odůvodněnost použití vybraného druhu

² Uvedené se nevztahuje na veřejné zakázky malého rozsahu, které veřejný zadavatel není povinen zadávat v režimu ZVZ (je však povinen respektovat zásady vymezené v ustanovení § 6 ZVZ), resp. na veřejné zakázky, na které se vztahuje některá z výjimek působnosti ZVZ vymezených v ustanovení § 18 ZVZ.

zadávacího řízení s přihlédnutím k předmětu příslušné veřejné zakázky a postavení MDČR jakožto veřejného zadavatele.

5. POSOUZENÍ MOŽNOSTI VYUŽITÍ JŘBU DLE USTANOVENÍ § 23 ODS. 4 PÍSM. A) ZVZ

5.1 Obecně k možnostem využití institutu JŘBU v době uzavření dodatku

JŘBU představuje zvláštní formu zadávacího řízení, kterou je zadavatel veřejné zakázky, zejména potom zadavatel veřejný, oprávněn využít dle ZVZ pouze ve výjimečných případech, vymezených v ustanovení § 23 ZVZ.

Důvodem značné limitace této formy zadávacího řízení je skutečnost, že zadavatel není v rámci JŘBU povinen realizovat kroky obvyklé pro jiné druhy zadávacích řízení, zejména potom není povinen:

- umožnit účast neomezenému počtu zájemců;
- uveřejnit zahájení zadávacího řízení, resp. výzvu k podání nabídek³;
- zpřístupnit zadávací dokumentaci veřejné zakázky;
- jednat s více zájemci o plnění veřejné zakázky.

Zadání veřejné zakázky prostřednictvím JŘBU tak představuje nejméně transparentní způsob zadání veřejné zakázky, který však je, jsou-li splněny všechny podmínky stanovené ZVZ, způsobem zákonným a oprávněným.

Přestože ustanovení § 23 ZVZ vymezuje řadu možností, kdy je veřejný zadavatel oprávněn využít pro zadání veřejné zakázky institutu JŘBU, bude s ohledem na konkrétní zadání MDČR, dále analyzována pouze možnost využití JŘBU z důvodů vymezených v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ.

V případě zájmu MDČR jsme připraveni rozšířit toto právní stanovisko rovněž o analýzu dalších důvodů, pro které je veřejný zadavatel oprávněn využít institutu JŘBU dle ZVZ.

³ Veřejný zadavatel je však povinen postupovat v souladu s ustanovením § 86 ZVZ, ze kterého vyplývá povinnost zadavatele uveřejnit ve vztahu k vybraným jednacím řízením bez uveřejnění tzv. předběžné oznámení. Z ustanovení § 86 odst. 1 a odst. 3 písm. c) ZVZ tak vyplývá, že veřejný zadavatel je povinen uveřejnit předběžné oznámení ve vztahu k nadlimitním veřejným zakázkám zadávaným formou JŘBU z důvodů vymezených v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ.

5.2 Možnost využití JŘBU dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ:

Ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ ve znění účinném ke dni zpracování tohoto právního stanoviska stanoví, že jednací řízení bez uveřejnění je zadavatel oprávněn využít k zadání veřejné zakázky 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“.

Posouzení, zda jsou podmínky stanovené v citovaném ustanovení ZVZ splněny, tedy stanovení, zda veřejná zakázka může být realizována pouze určitým konkrétním dodavatelem, potom záleží pouze na zadavateli veřejné zakázky, který je povinen všechny okolnosti veřejné zakázky důkladně posoudit a musí být schopen vždy obhájit správnost svého postupu.

Analýzou ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ lze dovodit, že veřejnou zakázku lze dle předmětného ustanovení zadat v JŘBU pouze v případech, kdy veřejná zakázka může být realizována pouze určitým dodavatelem, a to z:

- a) technických důvodů; nebo
- b) uměleckých důvodů; nebo
- c) důvodu ochrany výhradních práv; nebo
- d) důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu.

S ohledem na zadání tohoto právního stanoviska je zřejmé, že důvody uvedené pod body b) až d) nepředstavují stěžejní část argumentace zadavatele, a proto nebudou v tomto stanovisku blíže zkoumány. V zájmu o stručnost tohoto právního stanoviska se jimi proto nebudeme dále zabývat.

5.2.1 Možnost zadání veřejné zakázky formou JŘBU dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ z technických důvodů:

Z citovaného ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ vyplývá, že zadavatel veřejné zakázky je oprávněn tuto zadat formou JŘBU v případě, kdy tato veřejná zakázka může být splněna z technických důvodů pouze jediným dodavatelem.

Tyto technické důvody mohou spočívat například v požadavku zadavatele na zajištění kompatibility plánovaného plnění s majetkem, jímž zadavatel již disponuje (který již dříve pořídil), pokud je tento požadavek odůvodněný technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší finanční náklady na straně zadavatele nebo značné riziko nefunkčnosti již pořízeného majetku (typické např. pro oblast informačních technologií).

Becker & Poliakoff

ADVOKÁTNÍ KANCELÁŘ

U Prašné brány 1078/1 • 110 00 Praha 1 • Telefon: (+420) 224 900 000 • Fax: (+420) 224 900 041 • office@becker-poliakoff.cz

Pro možnost využití JŘBU z technických důvodů proto bylo nezbytné, aby v době zahájení JŘBU existovala skutečnost, kterou bude zadavatel veřejné zakázky schopen prokázat, že:

- a) požadované plnění je schopen poskytnout pouze jeden dodavatel, a to proto, že jiný dodavatel není schopen technicky plnění poskytnout, nebo pokud by byl plnění schopen poskytnout, bylo by takové plnění technicky neslučitelné s již existujícím plněním; nebo
- b) pokud by plnění sice byl teoreticky schopen poskytnout jiný dodavatel, avšak plnění jiného dodavatele by vyvolalo nepochybně podstatně vyšší finanční náklady na straně zadavatele a bylo spojeno s významnými riziky na straně zadavatele; tato skutečnost by však musela být zřejmá již v době zahájení zadávacího řízení, kdy prokázání této skutečnosti je v praxi velice problematické.

Z hlediska právního pohledu lze konstatovat, že zadavatel je oprávněn využít k zadání veřejné zakázky JŘBU dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, avšak pouze v případě, že bude přesvědčen, resp. bude schopen objektivně prokázat, že konkrétní veřejná zakázka mohla být z technických důvodů splněna pouze jedním konkrétním dodavatelem.

Je nutno poznamenat, že zadavatel je, před zahájením zadávání příslušné veřejné zakázky s odkazem na ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, povinen důkladně posoudit a následně být schopen prokázat skutečnost, že v době zahájení příslušného zadávacího řízení je dána objektivní nemožnost na straně jiných dodavatelů, než dodavatele zadavatelem určeného, poskytnout zadavatelem poptávané a požadované plnění.

7

Zadavatel tak musí být již v okamžiku zahájení příslušného zadávacího řízení a kdykoli po jeho zahájení (tedy i po jeho ukončení) schopen prokázat, že v konkrétním případě neexistovalo pro zadavatele jiné řešení postupu zadání příslušné veřejné zakázky, než právě možnost zadat veřejnou zakázku konkrétnímu dodavateli. Zadavatel je tak nucen vždy prokázat, že v době zahájení veřejné zakázky realizované formou jednacího řízení bez uveřejnění z důvodů dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ objektivně neexistuje více dodavatelů, kteří by mohli zadavateli požadované plnění poskytnout.

Posouzení existence toliko jediného dodavatele schopného poskytnout plnění požadované zadavatelem, by potom ze strany zadavatele mělo být vedeno 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 Evropské unie a reálné možnosti účasti subjektů působících v jiných zemích Evropské unie.

V této souvislosti je třeba zdůraznit, že důkazní břemeno ohledně existence technické jedinečnosti, tedy existence technických důvodů, pro které může být konkrétní veřejná zakázka splněna pouze jediným dodavatelem, bude ležet vždy výhradně na zadavateli veřejné zakázky.

Bohužel ZVZ, ani žádný jeho prováděcí předpis nestanoví okruh dokumentů nebo metodiku, dle které by měl zadavatel postupovat, aby dostatečným způsobem zhodnotil, zda jsou podmínky pro

IČ:25098039, DIČ: CZ25098039

Společnost je zapsána v obchodním rejstříku vedeném Městským soudem v Praze v oddíle C, vložka 155003. Becker a Poliakoff, s.r.o., advokátní kancelář je součástí mezinárodní sítě Becker & Poliakoff, P.A.

využití JŘBU splněny či nikoli. S ohledem na značnou zákonnou limitaci případů, ve kterých je zadavatel oprávněn JŘBU s odkazem na ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ využít, nezbývá než doporučit, aby ze strany zadavatele bylo vždy provedeno řádné, komplexní a odpovědné zhodnocení všech aspektů konkrétní veřejné zakázky. V rámci takové činnosti je v praxi využíváno rovněž ověření existence tzv. technické jedinečnosti prostřednictvím realizace znaleckého zkoumání a s tím spojeného zpracování jednoho či více znaleckých posudků, které v konečném důsledku slouží jako jeden z podkladů pro rozhodnutí zadavatele, zda lze cestou JŘBU postupovat.

Dílčí závěr:

Zadat veřejnou zakázku formou JŘBU z důvodu tzv. technické jedinečnosti je zadavatel oprávněn realizovat pouze v případě, kdy jsou splněny podmínky vymezené v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, tedy za situace, kdy veřejnou zakázku může z technických důvodů splnit pouze jediný dodavatel.

Objektivní existenci jedinečnosti dodavatele je zadavatel povinen zkoumat a zejména prokázat již v době zahájení zadávacího řízení vedeného formou JŘBU, kdy musí být ze strany zadavatele prokázáno, že

- **objektivně neexistuje více než jeden dodavatel, který by byl schopen poskytnout zadavatelem požadované plnění; nebo**
- **teoreticky existuje několik dodavatelů, avšak poskytnutí zadavatelem požadovaného plnění by bylo spojeno s enormními ekonomickými a technickými riziky.**

Existenci podmínek pro využití JŘBU je zadavatel povinen zkoumat nejen ve vztahu k území České republiky, ale rovněž ve vztahu k území Evropské unie, a to zejména s ohledem na existenci jednotného vnitřního trhu.

6. SHRNUTÍ

V návaznosti na skutečnosti uvedené výše, lze učinit následující závěry:

- a) MDČR, jakožto organizační složka státu, je z hlediska ZVZ považováno za tzv. veřejného zadavatele a je povinno při zadávání veřejných zakázek postupovat způsobem a dle pravidel stanovených v ZVZ.**
- b) Volba konkrétního druhu zadávacího řízení pro zadání veřejné zakázky je zcela v kompetenci MDČR, které je přímo odpovědné za správnost a odůvodněnost použití vybraného druhu**

Becker & Poliakoff

ADVOKÁTNÍ KANCELÁŘ

U Prašné brány 1078/1 • 110 00 Praha 1 • Telefon: (+420) 224 900 000 • Fax: (+420) 224 900 041 • office@becker-poliakoff.cz

zadávacího řízení s přihlédnutím k předmětu příslušné veřejné zakázky a postavení MDČR jakožto veřejného zadavatele.

- c) Zadání 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.
- d) 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.
- e) 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.
- f) S ohledem na objektivní odpovědnost zadavatele za oprávněno využití JŘBU dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) s odkazem na tzv. technickou jedinečnost, a s tím spojenou povinností zadavatele být schopen prokázat existenci technických důvodů („technickou jedinečnost“) a splnění zákonných podmínek, lze doporučit, aby ze strany zadavatele bylo zadáno zpracování jednoho nebo ideálně více znaleckých posudků, které existenci tzv. technické jedinečnosti potvrdí nebo vyvrátí. Využití znaleckého zkoumání pro účely ověření existence tzv. technické jedinečnosti je v praxi využívaným prostředkem pro potvrzení závěru, zda jsou podmínky pro využití JŘBU splněny či nikoli.

9

* * *

Věříme, že toto právní stanovisko odpovědělo na veškeré Vaše otázky v této věci. V případě jakýchkoli dalších dotazů nás, prosím, neváhejte kontaktovat. V případě Vašeho zájmu rádi poskytneme další informace k této věci.

Becker a Poliakoff, s.r.o.,
advokátní kancelář
U Prašné brány 1078/1
110 00 Praha 1
IČO: 25098039

Becker a Poliakoff, s.r.o., advokátní kancelář

IČ:25098039, DIČ: CZ25098039

Společnost je zapsána v obchodním rejstříku vedeném Městským soudem v Praze v oddíle C, vložka 155003. Becker a Poliakoff, s.r.o., advokátní kancelář je součástí mezinárodní sítě Becker & Poliakoff, P.A.