



DÁŇA, PERGL & PARTNEŘI

Advokátní kancelář

Právní stanovisko

**Zadání veřejné zakázky na provoz systému elektronického
mýtného v jednacím řízení bez uveřejnění**

**Česká republika – Ministerstvo dopravy
se sídlem Nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12,
110 00 Praha 1 – Nové Město**

V Praze dne 10. května 2016

I. **Vymezení zadání**

K posouzení a zodpovězení nám byla položena následující otázka:

- Byla-li znaleckým posudkem vedle dalších skutečností konstatována technická nemožnost, aby stávající (mýtný) systém převzal jiný než stávající dodavatel, jsou naplněny zákonné důvody pro využití zadávacího řízení podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů?

II. **Popis situace**

Česká republika – Ministerstvo dopravy, se sídlem Nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha 1 – Nové Město (dále jen „**Klient**“) uzavřela s Konsorciem společností Kapsch (dále jen „**Kapsch**“) dne 29. března 2006, smlouvu, jejímž předmětem je vybudování a provozování mikrovlnného mýtného systému v České republice (dále jen „**Smlouva**“), přičemž doba trvání Smlouvy byla sjednána do data 31. prosince 2016. S ohledem na blížící se datum vypršení Smlouvy je Klient nucen zajistit řádný výběr mýtného po tomto datu, tedy ode dne 1. ledna 2017. Usnesením vlády České republiky č. 693 ze dne 26. srpna 2015 bylo Klientovi uloženo vykonat úkony směřující k zahájení zadávacího řízení na provoz stávajícího systému elektronického mýtného pro období let 2017 – 2019 v co nejkratší době. Klient tedy započal s přípravou užšího zadávacího řízení na provoz systému elektronického mýtného, k jehož provedení ovšem byla nutná součinnost Kapsch, jakožto stávajícího dodavatele služeb.

Klientovi se ani po několikaměsíčním jednání nepodařilo dosáhnout dohody o potřebné součinnosti s Kapsch, což mělo za následek nemožnost realizace užšího zadávacího řízení na systém elektronického mýtného. Kapsch byla ochotna poskytnout Klientovi podporu v zadávacím řízení pouze za podmínky poskytnutí garance ze strany Klienta, že Kapsch nebude vyloučena ze zadávacího řízení, jinak Klient nahradí škodu z toho vzniklou, což byly pro Klienta nepřijatelné podmínky.

Dále byl Klient upozorněn na bezpečnostní rizika související se zpřístupněním dokumentace systému elektronického mýtného případným uchazečům. Vzhledem ke skutečnosti, že Klient, jakožto zadavatel, nedisponuje potřebnou technickou znalostí předmětu zadávacího řízení, byl nucen upustit od záměru provedení užšího zadávacího řízení.

S ohledem na předejití možné škody způsobené aktivní hrozbou nevybírání mýtného po vypršení Smlouvy přistoupil Klient k řešení spočívajícím v zadání zakázky na poskytování dodávek a služeb spojených s provozem systému elektronického mýtného v jednacím řízení bez uveřejnění. Vzhledem ke specifikům předmětu zadávacího řízení se pro Klienta jako v nastalé situaci nejlepší řešení jeví prodloužení Smlouvy s Kapsch, což Klientovi potvrdil i znalecký posudek č. 896/12/2016 ze dne 15. dubna 2016 vypracovaný znalcem Ing. Jiřím Bergerem (dále jen „**znalecký posudek**“).

III. Prameny

Zpracovatel tohoto právního rozboru vycházel při jeho zpracování zejména z následujících pramenů:

- Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES
- R. Jurčík: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, 4. vydání, 2016
- M. Šebesta a kol.: Zákon o veřejných zakázkách s komentářem, 2006
- Znalecký posudek č. 896/12/2016 ze dne 15. dubna 2016 vypracovaný znalcem Ing. Jiřím Bergerem
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. ledna 2013
- Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S109/2009/VZ-12160/2014/521/VST ze dne 9. června 2014
- Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. VZ/S074/05-152/2593/05-PR ze dne 7. června 2005
- Rozhodnutím Komise č. 2009/750/ES ze dne 6. října 2009

IV. Právní posouzení

Jednací řízení bez uveřejnění je výjimečný způsob zadání veřejné zakázky, kdy je veřejná zakázka zadána sice podle zákona v zadávacím řízení (v jednacím řízení bez uveřejnění), ale vzhledem k povaze tohoto řízení je omezena (či ve většině případů použití jednacím řízení bez uveřejnění vyloučena) hospodářská soutěž o takovou veřejnou zakázku, zadávaná veřejná zakázka je ve většině případů použití jednacím řízení bez uveřejnění zadávaná přímo z ruky jednomu dodavateli z důvodu zvláštních okolností, které jsou dány buď podmínkami vzniklými v souvislosti se zadávanou veřejnou zakázkou, anebo jsou takové okolnosti dány přímo předmětem veřejné zakázky.

Podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění jsou vymezeny taxativním způsobem v § 23 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „**zákon o veřejných zakázkách**“) a zadavatel nese důkazní břemeno, že podmínka pro použití jednacím řízení pro jednací řízení bez uveřejnění byla splněna. Jednací řízení bez uveřejnění je tedy určeno jen pro výjimečné případy jako krajní prostředek zadání veřejné zakázky.

Ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách opravňuje zadavatele k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění v případě, že 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 – jde o případ, kdy je objektivně a beze vší pochybnosti prokázáno, že předmět veřejné zakázky může být realizován pouze jedním dodavatelem z důvodu specifčnosti (zvláštnosti) předmětu plnění veřejné zakázky či zvláštních okolností, za nichž je zadáván (jde o specializované veřejné zakázky). Tato úprava vychází z čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ESD ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „**směrnice**“), která měla zajistit účinnější ochranu

hospodářské soutěže při zohlednění potřeb speciální právní úpravy v některých specifických případech.

K výše uvedenému je rovněž nutné zdůraznit skutečnost, že v souladu s odbornou literaturou není požadavek existence jediného možného dodavatele vztahován pouze na území jednoho státu, nýbrž globálně, tato podmínka je v daném případě splněna, jak vyplývá i ze znaleckého posudku.

Dále je potřebné posoudit, zda je v posuzovaném případě splněna podmínka technických důvodů, na základě kterých může být zakázka splněna pouze jedním dodavatelem. Zákon o veřejných zakázkách ani směrnice ovšem neobsahují vysvětlení, co se zmíněnými technickými důvody rozumí a k dispozici nejsou ani žádná výkladová stanoviska příslušných orgánů, záleží tedy vždy na posouzení příslušného orgánu, přičemž opět zdůrazňujeme, že zadavatel nese důkazní břemeno v případě nutnosti prokázat nezbytnost tohoto postupu. Vzhledem k tomu je vhodnější držet se spíše restriktivního výkladu tohoto pojmu. Komentářová literatura vyjadřuje názor, že takovým technickým důvodem může být např. požadavek zadavatele na zajištění kompatibility plánovaného plnění s majetkem, jímž zadavatel disponuje, pokud je tento požadavek odůvodněn technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo vyšší náklady na straně zadavatele nebo riziko nefunkčnosti již pořízeného majetku. Tento názor vychází z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. 1. 2013, který k tomuto uvádí: „*Rovněž technické důvody, mohou spočívat např. v požadavku zadavatele na zajištění kompatibility, v požadavku odůvodněném také technickými okolnostmi, pro které by plnění od jiného dodavatele vyvolalo nepochybně vyšší náklady nebo značné riziko nefunkčnosti již pořízeného plnění (zde informačního systému). Důvodem pro aplikaci tohoto ustanovení je skutečný a prokazatelný stav technické neslučitelnosti či provozních problémů, které by vznikly z důvodu změny dodavatele.*“

Dále je vhodné zmínit stanovisko Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“), který ve svém rozhodnutí sp. zn. S109/2009/VZ-12160/2014/521/VST ze dne 9. června 2014 uvádí: „*Úřad dále podotýká, že důvody pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění musejí být důvody objektivními a nezávislými na vůli zadavatele.*“ Dále lze z dosavadní rozhodovací praxe ÚOHS, uvést např. rozhodnutí č.j. VZ/S074/05-152/2593/05-PR ze dne 7. června 2005 ve kterém úřad vyjádřil názor, že se technickými důvody ve smyslu výše uvedeného ustanovení nerozumí vyšší náklady, prodloužení termínu realizace nebo komplikace s plněním zakázky.

Dílčí závěr: S ohledem na neexistenci ustanovení definujících zmíněné „technické důvody“ tedy nelze předem odhadnout, jak ÚOHS posuzovaný případ posoudí.

Systém elektronického mýtného jako předmět plnění vykazuje dle znaleckého posudku značná specifika, jak technická, tak i z pohledu vzájemné provázanosti jeho jednotlivých částí, které si v případě provozování jiným dodavatelem musí udržet svoji funkčnost v rámci celého systému. Dále by se případný jiný dodavatel musel v dostatečném předstihu seznámit s potřebnou dokumentací, což v daném případě již není možné z časového hlediska realizovat takovým způsobem, aby nedošlo k přerušení výběru mýtného po vypršení Smlouvy. Některé součásti systému jsou sice od systému jako celku oddělitelné a lze je tedy svěřit jinému dodavateli, ovšem z hlediska funkčnosti systému jako celku je takové řešení dle znaleckého posudku nevhodné i s ohledem na skutečnost, že v případě provozování systému jako celku jedním

smluvním partnerem platí generální garance na funkčnost celého systému. Dále je nutno poukázat na skutečnost, že dvě významné části systému, a to centrální systém a platební řešení, jsou provázány takovým způsobem, že jejich rozdělení by mělo zásadní vliv na funkčnost systému jako celku.

V posuzovaném případě je žádoucí položit si otázku, zde je případný jiný dodavatel schopen provozovat systém elektronického mýtného na stejné nebo lepší úrovni než dodavatel současný. Na základě výše uvedeného lze konstatovat, že technické předpoklady provozování systému v současné době splňuje pouze současný dodavatel, tím pádem by vzhledem ke všem výše uvedeným skutečnostem dochází k naplnění podmínky ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.

Zároveň je nutné zdůraznit, že Klient zvolil řešení zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění jakožto krajní řešení, kterým se snaží zabránit možným hospodářským škodám souvisejícím s nemožností vybírat od 1. ledna 2017 mýtné, v návaznosti na neúspěšnost jednání o poskytnutí součinnosti se společností Kapsch. Původním 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 tak postupuje v souladu se svými zákonnými povinnostmi.

Postoj společnosti Kapsch opravňuje Klienta ke zvolenému postupu i s ohledem na výše uvedený rozsudek Nejvyššího správního soudu, který rovněž uvádí: „*Ochrana výhradních práv připadá v úvahu zejména v situaci, kdy zadavatel získal v minulosti licenční oprávnění, které je nezbytné pro pořízení dalšího plnění, a dodavatel nemá vůli udělit autorskoprávní nebo jinou licenci jiné osobě, která by plnění mohla zadavateli poskytnout*“ V předmětném případě sice nejde o poskytnutí licenčního oprávnění či autorských práv, nicméně úroveň potřebné součinnosti společnosti Kapsch a potenciálního nového provozovatele elektronického mýtného systému je natolik podobná, že lze z výše uvedené konstatování soudu rovněž vycházet.

Dále považujeme za potřebné upozornit na povinnost zavedení tzv. Evropské služby elektronického mýtného na území České republiky stanovenou Rozhodnutím Komise č. 2009/750/ES ze dne 6. října 2009. Dle znaleckého posudku není současný systém připraven na propojení do Evropské služby elektronického mýtného a v zadávacím řízení by tedy měly být zohledněny i nezbytné úpravy současného systému vedoucí k jeho propojení se systémem Evropské služby elektronického mýtného.

V. **Závěr**

Dle názoru zpracovatele jsou ve výše nastíněné situaci z výše uvedených důvodů naplněny zákonné důvody pro využití zadávacího řízení podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

VI. Výhrady a doporučení

Při zpracování tohoto vyjádření jsme vycházeli z všeobecně známých poskytnutých informací. Advokátní kancelář nenes odpovědnost za úplnost poskytnutých informací a zdůrazňuje, že rozbor zpracovala právně a pouze z informací jí předložených.

Tento právní rozbor byl vypracován s ohledem na stav právního řádu České republiky platný ke dni jeho zpracování, resp. k dalším relevantním datům, s využitím pramenů ve stanovisku uvedených. Naše kancelář není odpovědna za případné pozdější změny v právní úpravě.

Advokátní kancelář nemůže garantovat, že se soud nebo jiný relevantní státní nebo evropský orgán v případném sporu nepřikloní k odlišnému či dokonce zcela opačnému právnímu názoru.

Předkládané vyjádření bylo zpracováno výhradně pro Klienta, Česká republika – Ministerstvo dopravy, a nesmí být bez výslovného písemného souhlasu advokátní kanceláře zpřístupněno jakékoli třetí osobě. Prosíme o pochopení, že udělením souhlasu k poskytnutí tohoto vyjádření třetí osobě nepřijímá advokátní kancelář žádnou odpovědnost ani závazek vůči takové třetí osobě.

V případě jakýchkoli nejasností, připomínek či dotazů se na nás neváhejte kdykoli s důvěrou obrátit.

Mgr. Jan Dáňa, advokát