

MEMORANDUM

K rozhodování o zajištění provozu systému elektronického mýtného v České republice

PRO: Ministerstvo dopravy České republiky (Dan Ťok)
Kocián Šolc Balašík, advokátní kancelář, s.r.o. (Martin Šolc, Sylvie Sobolová, Vlastimil Pihera)
OD: Pihera)
DATUM: 26. srpna 2016
POČET STRAN: 25

1. PŘEDMĚT MEMORANDA

1.1.1. Ministerstvo dopravy České republiky (dále jen „**Ministerstvo**“) v současné době rozhoduje, zda s ohledem na nastalé okolnosti má být za účelem zajištění provozu systému elektronického mýtného v období po 31. prosinci 2016 uzavřena smlouva se stávajícími provozovateli systému elektronického mýtného, v jejímž důsledku dojde k prodloužení závazku provozovat stávající systém elektronického mýtného, a to přímým jednáním v jednacím řízení bez uveřejnění.

1.1.2. V této souvislosti jsme byli požádáni o vypracování tohoto memoranda, jehož účelem je vymezit relevantní právní otázky, které je nutné v této situaci při takovém rozhodování zvažovat, a odpovědět na otázku, zda relevantní činitelé mohou za stávajícího stavu věci rozhodnout o takovém postupu i tehdy, pokud by hrozilo riziko, že jím dojde k porušení předpisů o zadávání veřejných zakázek.

2. SHRUTÍ ZÁVĚRŮ

Na základě informací, které jsme v této souvislosti od Ministerstva obdrželi, za předpokladů a s výhradami uvedenými níže a s výhradou skutečností nám neznámých, jsme došli k následujícím závěrům:

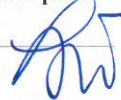
- (a) Pokud stát využije jednacího řízení bez uveřejnění a uzavře předmětnou smlouvu se stávajícími provozovateli systému elektronického mýtného, existuje vysoké riziko, že tento postup bude příslušnými orgány považován za porušení právních předpisů upravujících zadávání veřejných zakázek.
- (b) Členové Vlády ČR a ministr dopravy však jsou při výkonu své působnosti v rámci výkonu své funkce povinni svědomitě, účelně a hospodárně spravovat majetek státu, což zahrnuje i zákonem explicitně stanovenou prevenční povinnost. Prevenční povinnost ukládá těmto činitelům odvrátit újmu hrozící státu, je-li takové jednání přiměřené okolnostem, především pokud jeho následek není zjevně stejně závažný nebo ještě závažnější než újma, která se odvrací. Obsahem prevenční povinnosti pak

Kocián Šolc Balašík,
advokátní kancelář, s.r.o.
zapsaná v obchodním rejstříku
Městského soudu v Praze,
oddíl C, vložka 181837
IČO: 26739291, DIČ: CZ26739291

Sídlo:
110 00 Praha 1
Jungmannova 745/24
tel.: +420 224 103 316
fax: +420 224 103 234
www.ksb.cz

Pobočka:
360 09 Karlovy Vary
Závodní 391/96C
tel.: +420 353 225 996
fax: +420 353 227 781

Pobočka:
702 00 Ostrava
Československá 2227/7
tel.: +420 553 030 511
fax: +420 553 030 512



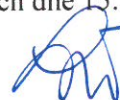
za splnění těchto podmínek může být i povinnost jednat tak, že stát poruší svoji právní povinnost vyplývající z právních předpisů upravujících zadávání veřejných zakázek.

- (c) Proto se domníváme, že přestože hrozí, že tímto postupem stát poruší předpisy upravující zadávání veřejných zakázek, jsou členové Vlády ČR a ministr dopravy povinni předmětnou smlouvu se stávajícími provozovateli systému elektronického mýtného uzavřít, pokud tím dojde k odvrácení podstatně vyšší újmy, než která by státu vznikla v případě, že by nebyl po 31. prosinci 2016 zajištěn provoz systému elektronického mýtného, pokud neexistuje jiný způsob, jak dosáhnout pro stát alespoň srovnatelného výsledku, a pokud bude tato smlouva uzavřena na dobu nezbytně nutnou pro to, aby mohl být další provoz systému elektronického mýtného zajištěn dodavatelem vybraným v otevřeném výběrovém řízení. Domníváme se, že v posuzovaném případě jsou zřejmě tyto podmínky splněny.
- (d) V takovém případě pak jsou podle našeho názoru splněny i podmínky krajní nouze podle § 28 trestního zákoníku, které vylučují protiprávnost, a tedy i trestní odpovědnost relevantních činitelů v souvislosti s uzavřením takové smlouvy na základě jednacího řízení bez uveřejnění. Naopak, neodvrátili-li by relevantní činitelé za daných okolností hrozící újmu státu, mohli by se dopustit trestného činu porušení povinnosti při správě cizího majetku.

3. PODKLADY

3.1.1. Při zpracování tohoto memoranda jsme vycházeli z následujících podkladů, které jsou buď dostupné z veřejných zdrojů anebo nám byly pro účely přípravy tohoto memoranda poskytnuty Ministerstvem:

- (a) Oznámení zadávacího řízení „Poskytování služeb a dodávek vybrané infrastruktury k realizaci projektu výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v ČR“ publikované na Centrální adrese pod evidenčním číslem VZ50010570, v opravném znění ze dne 24. srpna 2005 (dál jen „**Oznámení o zakázce**“);
- (b) Smlouva o dodávce systému výkonového zpoplatnění uzavřená mezi Českou republikou – Ministerstvem dopravy a společnostmi Kapsch TrafficCom AG, KAPSCH TELECOM spol. 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 také jako „**Společnosti ze skupiny Kapsch**“ nebo „**Dodavatel**“) dne 29. března 2006, ve znění níže specifikovaných dodatků (dále jen „**Smlouva o dodávce**“);
- (c) Smlouva o poskytování služeb souvisejících s provozem systému výkonového zpoplatnění vybraných pozemních komunikací v České republice uzavřená mezi Českou republikou – Ministerstvem dopravy a Společnostmi ze skupiny Kapsch dne 29. března 2006, ve znění níže specifikovaných dodatků (dále jen „**Smlouva o službách**“);
- (d) „Návrh na provedení změny č. 1“ uzavřený dne 8. června 2006;
- (e) Dodatek ke smlouvě o dodávce systému výkonového zpoplatnění a ke smlouvě o poskytování služeb souvisejících s provozem systému výkonového zpoplatnění vybraných pozemních komunikací v České republice uzavřený mezi Českou republikou – Ministerstvem dopravy a Společnostmi ze skupiny Kapsch dne 15. prosince 2006;



- (f) Dodatek ke smlouvě o dodávce systému výkonového zpoplatnění uzavřený mezi Českou republikou – Ministerstvem dopravy a Společnostmi ze skupiny Kapsch dne 27. prosince 2007;
- (g) Dodatek o rozhraní pro telematické aplikace ke smlouvě o dodávce systému výkonového zpoplatnění pozemních komunikací uzavřený mezi Ředitelstvím silnic a dálnic ČR (dále jen „**ŘSD**“)¹ a Společnostmi ze skupiny Kapsch dne 27. prosince 2007;
- (h) Dodatek o dodávce implementace rozhraní pro budoucí propojení se systémem výkonového zpoplatnění na silnicích 1., 2. a 3. třídy ke smlouvě o dodávce systému výkonového zpoplatnění pozemních komunikací uzavřený mezi ŘSD a Společnostmi ze skupiny Kapsch dne 27. prosince 2007;
- (i) Dodatek o dodávce zařízení pro provozní informace ke smlouvě o dodávce systému výkonového zpoplatnění pozemních komunikací uzavřený mezi ŘSD a Společnostmi ze skupiny Kapsch dne 14. září 2009;
- (j) Znalecký posudek z oboru kybernetika, odvětví výpočetní technika č. 896/12/2016 zpracovaný znalcem Ing. Jiřím Bergerem dne 15. dubna 2016 (dále jen „**Znalecký posudek Berger**“);
- (k) Znalecký posudek č. 11/2016 pro ověření technických důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění v rámci zajištění provozu Systému elektronického mýtného po roce 2016 zpracovaný znaleckým ústavem A-Consult plus, spol. s r.o., znalecký ústav dne 22. dubna 2016 (dále jen „**Znalecký posudek ACP**“);
- (l) Právní stanovisko – Zadání veřejné zakázky na provoz elektronického mýtného v jednacím řízení bez uveřejnění – zpracované Advokátní kanceláří Dáňa, Pergl & Partneři dne 10. května 2016;
- (m) Právní stanovisko zpracované Becker a Poliakoff, s.r.o., advokátní kancelář dne 3. května 2016; a
- (n) Odůvodnění veřejné zakázky „Zajištění provozu Systému elektronického mýtného po roce 2016“ (dále jen „**Nová zakázka**“), které bylo schváleno usnesením Vlády České republiky ze dne 11. července 2016 č. 640.

4. RELEVANTNÍ PRÁVNÍ PŘEDPISY

4.1.1. Pro účely tohoto memoranda jsou relevantní zejména následující právní předpisy:

- (a) zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**SZVZ**“);
- (b) zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZVZ**“);
- (c) zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“);

¹ Dle poskytnutých informací ŘSD s účinností ke dni 14. prosince 2007 vstoupilo zčásti do práv a povinností České republiky – Ministerstva dopravy ze Smlouvy o dodávce, a to na základě Smlouvy o převodu práva hospodaření k majetku Etapy 1 systému výkonového zpoplatnění a o převodu některých práv a povinností ze Smlouvy o dodávce ze dne 14. prosince 2007.

- (d) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „**Směrnice 2014/24**“);
- (e) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2014 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „**Směrnice 2004/18**“);
- (f) Smlouva o fungování Evropské unie (dále jen „**SFEU**“);
- (g) zákon č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o majetku ČR**“);
- (h) zákon č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o pozemních komunikacích**“);
- (i) zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník;
- (j) Ústava České republiky;
- (k) usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti Ústavního pořádku České republiky (dále jen „**Listina základních práv a svobod**“);
- (l) nařízení vlády č. 240/2014 Sb., o výši časových poplatků, sazeb mýtného, slevy na mýtném a o postupu při uplatnění slevy na mýtném;
- (m) Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/52/ES o interoperabilitě elektronických systémů pro výběr mýtného ve Společenství (dále jen „**Směrnice o interoperabilitě**“);
- (n) zákon č. 236/1995 Sb., o platu a dalších náležitostech spojených s výkonem funkce představitelů státní moci a některých státních orgánů a soudců a poslanců Evropského parlamentu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o platech ústavních činitelů**“);
- (o) zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákoník práce**“); a
- (p) zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“).

5. VÝCHOZÍ SKUTKOVÝ STAV

5.1.1. Při zpracování tohoto memoranda jsme vycházeli z následujících informací poskytnutých Ministerstvem:

Smlouvy se Společnostmi ze skupiny Kapsch

5.1.2. S ohledem na plánované zavedení systému elektronického mýtného v České republice, a to s účinností od 1. ledna 2007, zahájila dne 11. července 2005 Česká republika – Ministerstvo dopravy otevřené zadávací řízení na nadlimitní veřejnou zakázku „*Poskytování služeb a dodávek vybrané infrastruktury k realizaci projektu výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v ČR*“, evidenční číslo veřejné zakázky 50010570 (dále jen „**Původní veřejná**



zakázka“). Předpokládaná hodnota Původní veřejné zakázky činila celkem 16 mld. Kč, přičemž předpokládaná hodnota předmětu plnění dle Smlouvy o dodávce činila 5 mld. Kč a předpokládaná hodnota předmětu plnění dle Smlouvy o službách 11 mld. Kč při poskytování předmětných služeb v období o délce 10 let.

5.1.3. Jako nejvhodnější nabídka na Původní veřejnou zakázku byla vybrána společná nabídka Společností ze skupiny Kapsch, s nimiž byly dne 29. března 2006 za účelem realizace předmětu Původní veřejné zakázky uzavřeny Smlouva o dodávce a Smlouva o službách (společně dále jen „**Smlouvy s Kapsch“**).

5.1.4. Na základě Smlouvy o dodávce se Společnosti ze skupiny Kapsch zavázaly dodat České republice – Ministerstvu dopravy za úplatu systém elektronického mýtného představovaný mikrovlnným systémem výkonového zpoplatnění využívající infrastrukturu mýtných bran, (dále jen „**Stávající mikrovlnný systém“**). Na základě Smlouvy o službách se pak Společnosti ze skupiny Kapsch zavázaly poskytovat České republice – Ministerstvu dopravy služby, které spočívají především v zajišťování nepřetržitého a bezporuchového provozu Stávajícího mikrovlnného systému (dále jen „**Služby“**).

5.1.5. Smlouva o službách byla původně uzavřena na pět let, nicméně Česká republika – Ministerstvo dopravy uplatnila své právo dle článku 4.3 přílohy č. 1 Smlouvy o službách, čímž došlo k prodloužení doby poskytování Služeb o dalších pět let, tedy až do 31. prosince 2016. Právní vztah se společností Kapsch založený Smlouvami o dodávce a službách tedy skončí, nebude-li sjednáno jinak, dne 31.12.2016.

Výběr mýtného po 31. prosinci 2016

5.1.1. Usnesením vlády České republiky (dále jen „**Vláda ČR“**) č. 919 ze dne 4. prosince 2013 k rozvoji Systému elektronického mýtného v České republice – Koncepti zpoplatnění pozemních komunikací v České republice, bylo Ministerstvu uloženo připravit technicko-organizační řešení budoucího systému výkonového zpoplatnění pozemních komunikací po roce 2016. Na základě ekonomicko-technické analýzy Ministerstvo vyhodnotilo jako nejvhodnější řešení vyhlásit na dodávku systému elektronického mýtného pro toto období otevřené a technologicky neutrální zadávací řízení, které by umožnilo uchazečům nabídnout variantu využívající prvků Stávajícího mikrovlnného systému.

5.1.2. Pro účely rozhodování o dalším postupu byl Ministerstvem počátkem roku 2015 vypracován dokument Koncept přípravy Systému elektronického mýtného po roce 2016, který shrnuje hlavní důvody pro řešení formou technologicky neutrálního zadávacího řízení. Mimo jiné se v něm konstatuje následující: „*Jakékoliv zadávací řízení na provoz stávajícího systému, resp. na provoz mýtného systému, jenž bude na stávajícím mýtném systému být jen částečně spočívat, je právně a technicky nemožné bez (i) předchozího zajištění podpory stávajícího provozovatele v přechodném období a (ii) dřívějšího nabytí autorských práv (dřívějšího než s koncem roku 2016) minimálně v rozsahu možnosti zpřístupnění softwaru a aktuální technické dokumentace mýtného systému třetím osobám před skončením účinnosti smlouvy. Současně je zapotřebí tuto aktuální technickou dokumentaci mýtného systému získat.*“

5.1.3. Svým usnesením č. 282 ze dne 15. dubna 2015 Vláda ČR (mimo jiné) vzala materiál Koncept přípravy Systému elektronického mýtného po roce 2016 na vědomí a schválila přípravu otevřeného technologicky neutrálního zadávacího řízení. Ministerstvu se však v následující době nepodařilo dosáhnout dohody se Společnostmi ze skupiny Kapsch, která by mu umožnila získat jednak práva k softwaru a technické dokumentaci Stávajícího mikrovlnného systému jednak součinnost ze strany Společností ze skupiny Kapsch v rozsahu nezbytném pro vyhlášení takového technologicky neutrálního řízení před 31. prosincem 2016.

- 5.1.4. Usnesením č. 693 ze dne 26. srpna 2015 vláda ČR mimo jiné uložila ministrovi dopravy vykonat neprodleně všechny nezbytné úkony tak, aby zadávací řízení pro uzavření smlouvy na provoz Stávajícího mikrovlnného systému na dobu tří let bylo zahájeno v co možná nejkratší době.
- 5.1.5. Usnesením č. 188 ze dne 9. března 2016 vláda ČR mimo jiné konstatovala, že nebyly splněny úkoly plynoucí z jejích usnesení č. 282 a č. 693 z předcházejícího roku, a současně vzala na vědomí nový Časový harmonogram přípravy Systému elektronického mýtného po roce 2016 vyplývající z Ministerstvem předložené změny koncepce pro zajištění výběru mýtného od 1. ledna 2017. Předkládací zpráva pro vládu ČR vypracovaná Ministerstvem přitom popisuje podstatu změny koncepce takto: „Pro řešení výkonového zpoplatnění v období od 1. ledna 2017 bude upuštěno od přípravy a realizace otevřeného (užšího) zadávacího řízení na tříletý provoz stávajícího SEM a bude se stávajícím dodavatelem služeb prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, prodloužena smlouva o službách na dobu 3 let. Smlouva bude prodloužena nejdéle do doby plného zahájení provozu nového Systému elektronického mýtného, který bude dodán a provozován nově vybraným dodavatelem služeb v rámci otevřeného zadávacího řízení, v němž nebude preferována žádná technologie používaná pro identifikaci vozidla na zpoplatněné síti pozemních komunikací.“ Předmětné usnesení vlády ČR odůvodňuje takové rozhodnutí tím, že „[t]ímto postupem chce vláda minimalizovat škody, které by státu mohly vzniknout z důvodu nevýběru mýtného od 1. ledna 2017“.
- 5.1.6. Ve Znaleckých posudcích ACP a Berger z dubna 2016 se uvádí, že z technického hlediska není možné dosáhnout kontinuálního a plynulého provozu Stávajícího mikrovlnného systému po 31. prosinci 2016 jiným odborně způsobilým dodavatelem, než Společnostmi ze skupiny Kapsch.
- 5.1.7. Usnesením č. 640 ze dne 11. července 2016 vláda ČR schválila odůvodnění veřejné zakázky Zajištění provozu Systému elektronického mýtného po roce 2016 a uložila ministrovi dopravy zajistit zahájení zadávacího řízení pro tuto veřejnou zakázku.

Aktuální faktický stav a dostupná řešení

- 5.1.8. Stát, resp. Ministerstvo nemá v současné době k dispozici žádné jiné fakticky realizovatelné řešení, jak zajistit provoz elektronického systému výběru mýtného po 1. 1. 2017, než zajistit pokračování provozu Stávajícího mikrovlnného systému.
- 5.1.9. Obecně existují dvě technické varianty řešení systému elektronického mýtného – satelitní systém a mikrovlnný systém využívající infrastruktury mýtných bran.
- 5.1.10. Z technického, hospodářského ani politického hlediska neexistují důvody, které by odůvodňovaly pochybnosti o možnosti využití Stávajícího mikrovlnného systému pro výběr elektronického mýtného v dalších obdobích, a to ani s ohledem na rozsah předpokládaného zpoplatnění silniční sítě. Neexistují ani důvody, pro které by bylo provozování satelitního systému v podmínkách České republiky možno považovat za jednoznačně výhodnější, než provozování mikrovlnného systému.
- 5.1.11. Převzetí provozování Stávajícího mikrovlnného systému jiným provozovatelem, než jsou Společnosti ze skupiny Kapsch, je možné pouze za předpokladu, že nový provozovatel bude mít přístup a práva k nemotným statkům (dokumentaci, software a databázím) týkajícím se Stávajícího mikrovlnného systému (dále jen „**Potřebná dokumentace**“), přičemž Česká republika ani jiná osoba odlišná od Společnosti ze skupiny Kapsch nemá ani nebude mít před 1. lednem 2017 právo přístupu nebo využití Potřebné dokumentace.



- 5.1.12. Mezi státem a Společnostmi ze skupiny Kapsch nebyly sjednány podmínky postupu při převzetí Stávajícího mikrovlnného systému jiným provozovatelem a nevyplyvá z nich povinnost Společností ze skupiny Kapsch k poskytnutí součinnosti v dostatečném rozsahu. Stát není v současné době schopen žádnými právními prostředky bez součinnosti Společností ze skupiny Kapsch zajistit dokumentaci, databáze a software nezbytné pro vyhlášení výběrového řízení zahrnujícího variantu využití Stávajícího mikrovlnného systému nově vybraným provozovatelem.
- 5.1.13. Nadto výše dlužného mýtného je určována za pomoci palubních jednotek, které vyrábí, dodávají a repasují vybrané Společnosti ze skupiny Kapsch. Momentálně je v provozu více jak 860 000 těchto palubních jednotek, přičemž do dnešního dne nebyly palubní jednotky jiného výrobce než Společností ze skupiny Kapsch otestovány z hlediska jejich kompatibility ani funkčnosti se Stávajícím mikrovlnným systémem. Povinnosti vybraných Společností ze skupiny Kapsch ve vztahu k výrobě, repasování, opravám apod. palubních jednotek skončí společně s účinností Smlouvy o službách.
- 5.1.14. Situace se do určité míry změní teprve okamžikem uplynutí doby, na niž je Smlouva o službách uzavřena (tedy 1. ledna 2017), neboť v okamžiku uplynutí této doby vzniká České republice právo na získání přístupu i práv k Potřebné dokumentaci. Ke stejnému datu vzniká státu právo na převod movitých věcí tvořících součást Stávajícího mikrovlnného systému. Teprve získání přístupu a práv k Potřebné dokumentaci umožní Ministerstvu zahájit přípravu technologicky neutrálního zadávacího řízení, které by zahrnovalo též variantu převzetí (celého nebo části) Stávajícího mikrovlnného systému novým provozovatelem.
- 5.1.15. Převzetí provozování Stávajícího mikrovlnného systému třetí osobou po získání Potřebné dokumentace je reálně možné a na trhu existují subjekty odlišné od společností skupiny Kapsch, které by byly schopny a ochotny takové plnění poskytnout. Nemůže tedy nastat situace, že by provozování stávajícího systému mohly zajistit pouze Společnosti ze skupiny Kapsch.
- 5.1.16. Ministerstvo bude od 1. ledna 2017 schopné připravit a vyhlásit (a skutečně připraví a vyhlásí) otevřené technologicky neutrální zadávací řízení na provoz systému elektronického mýtného a následně uzavřít smlouvu o provozu systému elektronického mýtného s takto vybraným dodavatelem nejpozději od 1. ledna 2020, přičemž současně nelze očekávat, že by taková smlouva mohla být uzavřena výrazně dříve. V případě přípravy a realizace zadávacího řízení, které by umožňovalo pouze zavedení systému nového (ať již satelitního či s mýtnými branami), lze vzhledem k možnosti zahájit přípravu ihned možno v současné době předpokládat zkrácení o maximálně jeden rok.

Hrozící újma

- 5.1.17. Při zvážení všech dostupných technických variant řešení výběru elektronického mýtného, je nejvýhodnější zvážit jako jednu z alternativ i úplné nebo částečné převzetí Stávajícího mikrovlnného systému. Vyhlášení technologicky neutrálního zadávacího řízení zůstává i v současné době pro stát jednoznačně nejvýhodnějším řešením, a to i s ohledem na celkové náklady státu spojené se zajištěním provozu systému elektronického mýtného v dalších letech, a to především ve srovnání s alternativou, kdy by bylo vyhlášeno zadávací řízení na dodávku zcela nového systému elektronického mýtného.
- 5.1.18. Nezajištění kontinuálního a plynulého provozu systému elektronického mýtného po 31. prosinci 2016 by vedlo vzniku škod spočívajících:

- (a) v ušlém příjmu státu (Státního fondu dopravní infrastruktury) v rozsahu nejméně 7 miliard Kč ročně,



- (b) přesunu tranzitní dopravy z okolních zemí do České republiky, což může mít za následek zvýšenou nehodovost, nadměrnou zátěž na silnice a dálnice a znečištění ovzduší v důsledku vyššího výskytu méně ekologických vozidel, která jízdou přes území České republiky výrazně ušetří na mýtném, kterým by byla zatížena při průjezdu jinými státy;
- (c) nutnosti vyčlenit ze státního rozpočtu České republiky další prostředky na údržbu a opravy pozemních komunikací, než jaké jsou vyčleňovány nyní.

5.1.19. Jedinou dostupnou technickou alternativou provozu Stávajícího mikrovlnného systému od 1. ledna 2017 je v této chvíli přechod na papírové kupóny. Účinnost výběru mýtného při použití papírových kupónů by byla zřejmě výrazně nižší, přičemž výnosy mýtného vybíraného tímto způsobem odhaduje Ministerstvo jen na cca 2,5 – 3 mld. Kč ročně. Dosažení vyšší míry výnosnosti není vzhledem k podstatě fungování papírových kupónů možné, aniž by důsledky případných negativních dopadů do hospodářské a sociální situace v České republice představovaly ve svém důsledku pro stát větší újmu, než by byl případný vyšší výnos mýtného vybíraného tímto způsobem. Použití papírových kupónů namísto systému elektronického mýtného navíc v tuto chvíli neumožňuje zákon o pozemních komunikacích.

Záměr uzavřít smlouvu se skupinou Kapsch

5.1.20. V souladu s rozhodnutími Vlády ČR z března a července tohoto roku (odkazovanými výše) zamýšlí Ministerstvo uzavřít se Společnostmi ze skupiny Kapsch dohodu přímým zadáním v jednacím řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, tj. s odůvodněním, že z technických důvodů nelze tuto zakázku zadat jinému dodavateli. Předmětem této dohody (dále jen „**Přechodná dohoda**“) by mělo být zajištění provozu Stávajícího mikrovlnného systému v období od 1. ledna 2017 do doby ukončení konečného zadávacího řízení, nejpozději však do 31. prosince 2019. Cena těchto služeb nepřekročí cenu obvyklou s tím, že bude současně přezkoumána dvěma znaleckými posudky. Přechodná dohoda bude navíc obsahovat závazek Společností ze skupiny Kapsch provést implementaci Evropské služby elektronického mýtného do systému a zajištění součinnosti stávajícího dodavatele při přípravě a realizaci zadávacího řízení na projektového manažera a dodavatele nového systému elektronického mýtného a při přechodu na provozování systému nově vybraným dodavatelem a provozovatelem.

5.1.21. Předpokládaná hodnota zakázky spočívající v Přechodné dohodě bude činit až 7,35 mld. Kč (v případě maximálního tříletého provozu). K uzavření Přechodné dohody by mělo dojít v září nebo v říjnu 2016.

5.1.22. Uzavřením Přechodné dohody nebude nastolen ani prodloužen stav, kdy by v navazujícím období nebylo možno zadat zakázku na provozování elektronického systému výběru mýtného jiné osobě než Společnostem ze skupiny Kapsch.

6. PŘEDPOKLADY A VÝHRADY

6.1. Předpoklady

Pro účely zpracování tohoto memoranda vycházíme z následujících předpokladů:

6.1.1. Veškeré skutkové okolnosti a další východiska uvedená v části 5 tohoto memoranda jsou správné, pravdivé a v podstatných ohledech úplné.

6.1.2. Žádný z členů Vlády ČR ani jiná osoba ve vedení Ministerstva nemá osobní zájem na uzavření dohody se Společnostmi ze skupiny Kapsch a současně si není vědom žádné skutečnosti, která

by mohla být důvodem pro zpochybnění závěrů Ministerstva týkajících se otázky zajištění provozu výběru elektronického mýtného po 31. prosinci 2016.

- 6.1.3. Osoby podílející se na vypracování Znaleckých posudků ACP a Berger, podkladových materiálů předkládaných Vládě ČR a dalších zpráv a odborných expertíz, měly k dispozici veškeré relevantní informace, o něž požádaly, a Ministerstvo, ministr ani jiní členové vlády ČR nemají důvod pochybovat o jejich důvěryhodnosti, odbornosti, nezávislosti, ani o relevanci jejich závěrů.

6.2. Výhrady

- 6.2.1. V tomto memorandu neanalyzujeme ani se nijak nevyjadřujeme k jednáním či opomenutím, postupům či rozhodnutím státu, Ministerstva nebo jiných zúčastněných osob, k nimž došlo v minulosti, ale s ohledem na vymezené zadání se soustředíme výhradně na posouzení relevantních právních aspektů aktuálních rozhodnutí, která mohou být přijata v době vzniku tohoto memoranda či na právní jednání, kterou mohou být uskutečněna v budoucnosti.
- 6.2.2. V tomto memorandu se dále nezabýváme konkrétními postupy při zadávání jakýchkoli veřejných zakázek, ať již se jedná o jednacím řízení bez uveřejnění vedoucí k uzavření Přečasně dohody nebo budoucího otevřeného výběrového řízení na další provozování systému elektronického mýtného, a nečiníme tedy v tomto směru ani žádná doporučení.
- 6.2.3. Upozorňujeme, že předmětem našeho posuzování není věcná správnost jednotlivých tvrzení obsažených v dokumentech vypracovaných Ministerstvem, ve Znaleckých posudcích ACP a Berger, ani věcná odborná správnost úvah a závěrů Ministerstva nebo vlády ČR. Naše posuzování se omezuje pouze na otázku, zda jednotlivé kroky a úvahy mohou být dostatečné z hlediska požadavků kladených právním řádem na rozhodování jednotlivých činitelů v rámci výkonu jejich funkce. Neposuzujeme též obsah zadávací dokumentace, platnost, účinnost ani obsah Smluv s Kapsch nebo jiné smluvní dokumentace (a to ani z ekonomického, ani z právního hlediska).
- 6.2.4. Neověřovali jsme, ani blíže nezkoumali, správnost, pravdivost a úplnost jakýchkoli skutkových okolností a dalších východisek uvedených v části 5 tohoto memoranda. Vzhledem k velkému rozsahu podkladů a další dokumentace, kterou jsme měli k dispozici, jsme se vždy zabývali vždy jen těmi částmi jednotlivých dokumentů, které se nám jeví jako relevantní pro toto memorandum.
- 6.2.5. Neposuzujeme postupy a procesy v rámci Ministerstva a vlády ČR, především se nezabýváme otázkou působnosti jednotlivých činitelů, vnitřními předpisy úřadů a jejich dodržování.
- 6.2.6. Závěrem upozorňujeme, že předmět tohoto memoranda je právně velmi složitou problematikou, a proto nelze vyloučit odlišné závěry, které budou při posuzování věci zastávat Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, české soudy či instituce Evropské unie.

7. PRÁVNÍ POSOUZENÍ

7.1. Základní východiska

- 7.1.1. Podle § 22a odst. 1 zákona o pozemních komunikacích zajišťuje provoz systému elektronického mýtného Ministerstvo. Rozhodování o zajištění provozu systému elektronického mýtného tak spadá do působnosti Ministerstva, resp. ministra stojícího v jeho čele. Zásadní strategická rozhodnutí, jako je koncepce zajištění provozu výběru elektronického mýtného stejně jako odůvodnění významné veřejné zakázky (§ 156 odst. 3 ZVZ) však spadá do působnosti vlády ČR. Rozhodovací působnost ve vztahu k otázce zajištění provozu systému elektronického

mýtného po roce 2016 tak ultimátně sdílí členové vlády a ministr dopravy (dále též jen „příslušní činitelé“).

- 7.1.2. Při rozhodování o řešení této otázky musí příslušní činitelé přihlížet jednak k právním povinnostem státu, jednak k právním povinnostem kladeným na způsob výkonu jejich funkce. Zatímco v prvním případě je adresátem právních povinností stát, ve druhém případě jsou adresáty právních povinností oni sami. Právní posouzení musí tedy sledovat v podstatě dvě relevantní právní roviny – právní povinnosti vyplývající pro stát a právní povinnosti příslušných činitelů.
- 7.1.3. Ve vztahu k právním povinnostem státu jsou v daném případě relevantní především zákon o pozemních komunikacích a právní úprava zadávání veřejných zakázek. Zákon o pozemních komunikacích ve svém § 22 a následujících ustanovení předpokládá existenci funkčního systému elektronického mýtného. Zakládá tím současně i právní povinnost státu zajistit provoz takového systému, která tak ve svém praktickém důsledku směřuje vůči Vládě ČR a Ministerstvu jako příslušným orgánům státní správy. Vzhledem k tomu, že v daném případě by k zajištění provozu systému elektronického mýtného a ke splnění povinnosti státu vyplývající ze Zákona o pozemních komunikacích mělo dojít uzavřením Přechodné dohody, je nutné přihlížet k úpravě zadávání veřejných zakázek, která stanoví podmínky, za kterých může stát, coby veřejný zadavatel, takovou smlouvu uzavřít.
- 7.1.4. Na způsob rozhodování příslušných činitelů klade právní řád požadavky relativně nezávisle na konkrétní záležitosti, která je předmětem takového rozhodování, jejichž nedodržení vede k porušení právních povinností dotčených činitelů, resp. ke vzniku jejich povinnosti uhradit vzniklou újmu, případně též i k trestněprávním důsledkům. Konkrétní rozhodnutí příslušných činitelů tak musí reflektovat povinnosti státu právě optikou svých vlastních povinností, které lze označit jako povinnosti náležité péče.
- 7.1.5. V následující části tohoto memoranda se tedy nejprve věnujeme otázce právních povinností státu limitujících podmínky, za nichž stát může uzavřít Přechodnou dohodu, především riziku, že by takovým postupem mohlo dojít k porušení zákona. V další části memoranda se pak zabýváme obsahem povinností příslušných činitelů.
- 7.2. **K podmínkám a rizikům uzavření Přechodné dohody státem jako veřejným zadavatelem**
- 7.2.1. Ministerstvo, jako veřejný zadavatel ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 (a) ZVZ a § 4 odst. 1 (a) ZZVZ, je při uzavření smlouvy, jejíž podstatou je poskytnutí dodávek a služeb za úplaty (tedy při zadávání veřejné zakázky), povinen postupovat způsobem stanoveným v ZVZ (po 1. říjnu 2016 pak v ZZVZ).
- 7.2.2. Přechodná dohoda, jejímž obsahem má být prodloužení doby trvání stávajícího smluvního vztahu o nanejvýš tři roky, doplněné o závazek Společností ze skupiny Kapsch provést implementaci Evropské služby elektronického mýtného a závazek poskytnutí součinnosti při přípravě připravovaných zadávacích řízení, je ve své podstatě změnou Smluv s Kapsch. Aby Ministerstvo bylo oprávněno uzavřít Přechodnou dohodu přímo se Společnostmi ze skupiny Kapsch, muselo by se jednat buď o změnu nepodstatnou (která není považována za samostatnou veřejnou zakázku) nebo by musely být splněny předpoklady pro využití jednacního řízení bez uveřejnění.
- 7.2.3. Dříve, než se budeme podrobně věnovat otázce, zda by se mohlo jednat o některou z právě uvedených situací, ve kterých by uzavření Přechodné dohody bylo v souladu se zákonem, rádi bychom předeslali, že existují určité rozdíly mezi současnou právní úpravou změn závazků ze smluv na veřejné zakázky obsaženou v ZVZ a novou úpravou v ZZVZ. S ohledem na nejistotu, kdy bude Přechodná dohoda uzavřena a skutečnost, že dle přechodných ustanovení ZZVZ se

změny závazků ze smluv na veřejné zakázky zadané před účinností ZZVZ budou po 1. říjnu 2016 řídit právní úpravou obsaženou v ZZVZ, se zabýváme úpravou obsaženou v obou těchto předpisech.

- 7.2.4. Platí přitom, že ZZVZ je v otázce posuzování změn závazků ze smluv na veřejné zakázky systematictější, jasnější a ve výsledku o něco příznivější. To znamená, že i kdyby byla Přechodná dohoda uzavřena před tím, než ZZVZ nabude účinnosti, může nastat situace, že orgán dohledu bude v případném řízení o spáchání správního deliktu nucen v souladu se základními principy správního trestání aplikovat ZZVZ, neboť se jedná o pozdější příznivější úpravu.

Přechodná dohoda jako nepodstatná změna

- 7.2.5. Dle stávající právní úpravy, konkrétně ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ, zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou se považuje taková změna, která by

- (a) rozšířila předmět veřejné zakázky,
- (b) za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů,
- (c) za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo
- (d) měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.

- 7.2.6. Dle ustanovení § 222 odst. 1 ZZVZ podobně platí, že: „*není-li dále stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákona*“.

- 7.2.7. Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je dle ustanovení § 222 odst. 3 ZZVZ považována primárně taková změna, která by:

- (a) umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně;
- (b) měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele; nebo
- (c) vedla k **významnému** rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.

- 7.2.8. Za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se pak dle ustanovení § 222 ZZVZ výslovně nepovažují mimo jiné následující změny smluv na plnění veřejné zakázky:

- (a) uplatnění vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek podle ustanovení § 100 odst. 1 ZZVZ²;
- (b) bagatelní změny, tedy změny, které nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejichž hodnota je v souhrnu:
 - (i) nižší než finanční limit pro nadlimitní zakázku; a současně

² Viz ustanovení § 222 odst. 2 ZZVZ.



- (ii) nižší než 10 % původní hodnoty zakázky;³
 - (c) dodatečné služby od dodavatele původní veřejné zakázky, které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, pokud jsou nezbytné a změna v osobě dodavatele:
 - (i) není možná z ekonomických anebo technických důvodů spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými zadavatelem v původním zadávacím řízení;
 - (ii) by způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů a
 - (iii) hodnota dodatečných (...) služeb (...) nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bylo provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce;⁴
 - (d) změna,
 - (i) jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat,
 - (ii) nemění celkovou povahu veřejné zakázky a
 - (iii) hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku.⁵
- 7.2.9. Pro úplnost uvádíme, že změny zmiňované v § 222 odst. 5 a 6 ZZVZ jako změny nepodstatné jsou v současné právní úpravě (ZZVZ) uvedené mezi změnami, které se mohou zadávat v jednacím řízení bez uveřejnění, a tudíž implicitně zřejmě za změny podstatné. Této skutečnosti nicméně s ohledem na povinnost orgánu dohledu aplikovat v případném správním řízení pozdější příznivější úpravu, nepřikládáme velký význam a zabýváme se primárně ZZVZ (tedy pozdější příznivější úpravou).
- 7.2.10. Předpokládáme, že v případě Přechodné dohody nejsou splněny pojmové znaky žádné z nepodstatných změn výslovně uvedených v § 222 ZZVZ (a výše citovaných), a to především proto, že jsou překročeny limity předpokládané hodnoty změny (ať již samostatně či v celkovém součtu již realizovaných změn), nejedná se o změnu výslovně vyhrazenou a její potřebu při náležité péči bylo možno v minulosti předvídat.
- 7.2.11. Výčet nepodstatných změn v § 222 ZZVZ je však pouze demonstrativní a otázkou, zda Přechodná dohoda představuje podstatnou změnu závazku ze smluv se Společnostmi ze skupiny Kapsch, je tedy třeba posuzovat na základě toho, zda jsou naplněny pojmové znaky podstatné změny, jak jsou uvedeny v definici obsažené v ustanovení § 222 odst. 3 ZZVZ, či nikoliv.
- 7.2.12. Aby se jednalo o změnu nepodstatnou:
- (a) nesmí uzavření Přechodné dohody měnit ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch Společností ze skupiny Kapsch,

³ Viz ustanovení § 222 odst. 4 ZZVZ.

⁴ Viz ustanovení § 222 odst. 5 ZZVZ.

⁵ Viz ustanovení § 222 odst. 6 ZZVZ

- (b) zohlednění Přechodné dohody v zadávacích podmínkách původní veřejné zakázky by nesmělo znamenat možnost účasti jiných dodavatelů, a
- (c) Přechodná dohoda nesmí mít za následek významné rozšíření předmětu původní veřejné zakázky.

7.2.13. Z poskytnutých informací vyplývá, že ke změně ekonomické rovnováhy by dojít nemělo, neboť cena bude cenou obvyklou, jejíž přiměřenost bude ověřena znaleckými posudky. Uzavření Přechodné dohody by nemělo mít za následek ani to, že chystaná veřejná zakázka na výběr nového provozovatele systému bude moci být zadána pouze Společností ze skupiny Kapsch.

7.2.14. Dále nepředpokládáme, že zahrnutí Přechodné dohody do původních zadávacích podmínek by znamenalo změnu, která by umožnila účast dalších uchazečů, kteří se nemohli ucházet již o Původní zakázku.

7.2.15. Otázkou tedy zůstává, zda Přechodná dohoda bude mít za následek významné rozšíření předmětu Původní veřejné zakázky. Zde máme za to, že po formální stránce (zejména při pohledu na předpokládanou hodnotu změny závazku a maximální dobu jeho trvání) se změna jako podstatná jeví, nicméně současně by bylo možno argumentovat, že po materiální stránce se o podstatnou změnu nejedná. Pokud je totiž situace taková, že je od samého počátku:

- (a) předpokládáno, že Česká republika (Ministerstvo) bude či alespoň může chtít dodaný systém rozvíjet a provozovat i po zániku závazků ze stávajících smluv,
- (b) nereálné se domnívat, že by Česká republika (Ministerstvo) sama byla schopna provozování systému po uplynutí doby, na niž byly smlouvy uzavřeny, zajistit,
- (c) smlouva koncipována způsobem, který si fakticky vynucuje existenci Přechodné dohody k tomu, aby byla zajištěna kontinuita při provozování systému a bylo možno vyhlásit řádné zadávací řízení na poskytování služeb v navazujícím období, a
- (d) pokud je současně trvání Přechodné dohody omezeno na dobu nezbytně nutnou k ukončení zadávacího řízení,

pak by bylo možno situaci posoudit i tak, že závazky z Přechodné dohody byly v podstatné části implicitní a nevyhnutelnou součástí závazků z původních Smluv s Kapsch (tak, jak byly uzavřeny), a že Přechodnou dohodu tudíž nelze považovat za podstatnou změnu, pro jejíž zadání by bylo nezbytné uskutečnění zadávacího řízení.

7.2.16. Pokud by orgán dohledu v budoucnu vytýkal Ministerstvu, že samo způsobem zadání Původní zakázky zavinilo, že je nyní nezbytné zadat na přechodné období zakázku Společností ze skupiny Kapsch, pak by tímto současně potvrdil domněnku, že nutnost uzavření Přechodné dohody vznikla již v okamžiku uzavření původních Smluv s Kapsch, a byla tudíž jejich inherentní součástí. Uzavření Přechodné dohody by pak bylo pouhým formálním stvrzením v minulosti založeného aranžmá. To platí tím spíše, pokud výběr mytného prostřednictvím stávajícího systému nelze na přechodnou dobu zajistit jinak.

7.2.17. Dovolujeme si nicméně vyjádřit obavy, že přístup českého orgánu dohledu a případně i orgánů EU může být spíše formalistický. Tomu může nasvědčovat i česká a unijní judikatura, která existuje ve vztahu k výhrazeným změnám závazků ze smluv, jež vyžaduje, aby byly předem vyhrazené změny při původním zadání jasně definované. Kupříkladu v případě 340/02, *Evropská komise v. Francie*, byla Soudním dvorem EU odmítnuta možnost zadat zakázku na druhou fázi přípravy projektu na úpravu čistírny odpadních vod na základě pouhé výhrady této možnosti v oznámení zakázky týkajícího se první fáze.

7.2.18. Podobně v rozsudku Krajského soudu v Brně č.j. 30 Af 78/2013-148 ze dne 21.12.2015 se uvádí:

„Možnost změny smlouvy sice byla ve smlouvě výslovně předvídána, avšak bez detailních pravidel pro její využití, které nebylo závislým na jasně stanovených a objektivních okolnostech. Smlouva shora popsanou změnu struktury plnění vůbec nepředvíдалa, byla v tomto ohledu velmi vágní a odvislá od nabídky dodavatele – limitovaného toliko cenou a technickými parametry a ničím jiným. A skutečnost, že dodavatel svého (opčního práva učinit takovou nabídku využil, vedlo nejen ke změně struktury původního plnění a jednotlivých cen, ale též ke změně doby z doby neurčité na dobu určitou v délce 6 let, jež byla navíc dodatkem č. 2 změněna na 9 let. Lze tedy shrnout, že uzavřením dodatku č. 2 ve výsledku došlo k takové změně, která nebyla původní smlouvou předvídána a která svojí intenzitou zasáhla do struktury původního plnění, jeho cenového rozdělení i doby plnění, a to vše v souvislosti s novou nabídkou dodavatele. Za dané situace tedy dle přesvědčení krajského soudu není pochyb o tom, že se ve výsledku nejednalo přípustnou změnu smlouvy, nýbrž o novou veřejnou zakázku, která původní veřejnou zakázku následovala.“

7.2.19. Nicméně otázku závažnosti změny závazku je vždy nutno posuzovat na podkladě konkrétních skutkových okolností. Nelze tedy vyloučit, že by orgán dohledu mohl posoudit Přechodnou dohodu jako nepodstatnou změnu závazku ze stávajících smluv se Společnostmi ze skupiny Kapsch, i když riziko opačného závěru je ve věci vysoké.

7.2.20. Pokud se Ministerstvo rozhodne uzavřít Přechodnou dohodu na základě přesvědčení, že se jedná o nepodstatnou změnu Smluv s Kapsch (a tudíž změnu, kterou není třeba zadávat postupem dle ZVZ či ZZVZ), doporučovali bychom, aby i tak raději postupovalo cestou zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění (tedy nikoliv zcela mimo zadávací řízení), neboť procesní úprava dle ZZVZ je pro případ uskutečnění jednacího řízení bez uveřejnění výhodnější (k tomu viz níže 7.2.52), než v případě, že by došlo k zadání zcela mimo zadávací řízení. Tato úprava by se však použila pouze tehdy, pokud by zadávání zakázky bylo zahájeno po 1. říjnu 2016.

Možnost uzavření Přechodné dohody v jednacím řízení bez uveřejnění

7.2.21. Dalšími situacemi, kdy je veřejný zadavatel oprávněn uzavřít smlouvu přímo s vybraným dodavatelem, jsou případy, u nichž ZVZ, resp. ZZVZ, umožňuje využít cestu jednacího řízení bez uveřejnění (dále také jako „JŘBU“).

7.2.22. Rádi bychom předeslali, že ZZVZ je systematičtější v tom směru, že u nepodstatných změn závazků ze smluv na veřejné zakázky nevyžaduje provedení žádného zadávacího řízení, zatímco ZVZ u některých typů změn, které ZZVZ považuje za nepodstatné, umožňuje, resp. vyžaduje provedení JŘBU. Relevantní bude právní úprava platná v době zahájení JŘBU. Pokud by tedy Ministerstvo uzavíralo Přechodnou dohodu po 1. říjnu 2016, vztahovat se na jeho postup bude ZZVZ.

7.2.23. JŘBU představuje výjimečný postup pro zadání veřejné zakázky, neboť reálně vylučuje jakoukoli soutěž o veřejnou zakázku.⁶

7.2.24. JŘBU mohou veřejní zadavatelé využít pouze tehdy, pokud uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout ve standardním zadávacím řízení, tzn. otevřeném řízení či v závislosti na splnění podmínek v užším řízení, jednacím řízení bez uveřejnění, soutěžním dialogu atd.⁷

⁶ Viz rozsudek Krajského soudu v Brně č.j. 31 Af 54/2012-443 ze dne 9. dubna 2013.

⁷ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 5 Afs 43/2012-54 ze dne 11. ledna 2013.

- 7.2.25. Využití JŘBU je dále podmíněno naplněním některého z taxativně vymezených důvodů předvídaných v ustanovení § 23 ZVZ, resp. ustanovení § 63 a násl. ZZVZ. Uvedené důvody navíc musí být vykládány restriktivně.⁸
- 7.2.26. Důkazní břemeno ohledně prokázání naplnění některého z důvodů předvídaných v ustanovení § 23 ZVZ, resp. § 63 a násl. ZZVZ, přitom nese zadavatel.⁹
- 7.2.27. Dle § 23 odst. 4 ZVZ může zadat zadavatel veřejnou zakázku v JŘBU tehdy, jestliže
- (a) 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, nebo
 - (b) veřejnou zakázku je nezbytné zadat v krajně naléhavém případě, který zadavatel svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat, a z časových důvodů není možné zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení.
- 7.2.28. Důvodu podle § 23 odst. 4 písm. (a) ZVZ pak odpovídá důvod pro použití JŘBU dle § 63 odst. 3 ZZVZ, podle nějž zadavatel může použít jednací řízení bez uveřejnění, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť
- (a) předmětem plnění veřejné zakázky je jedinečné umělecké dílo nebo výkon,
 - (b) z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž, nebo
 - (c) je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví.
- 7.2.29. Podmínky podle písm. b) a c) jsou splněny pouze tehdy, jestliže nelze využít jiného postupu a zadavatel současně nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž.
- 7.2.30. Důvodu podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. (b) ZVZ odpovídá důvod dle ustanovení § 63 odst. 5 ZZVZ, podle nějž zadavatel může postupovat cestou JŘBU také tehdy, pokud je to nezbytné v důsledku krajně naléhavé okolnosti, kterou zadavatel nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil, a nelze dodržet lhůty pro otevřené řízení, užší řízení nebo jednací řízení s uveřejněním.
- 7.2.31. Dle § 23 odst. 7 ZVZ v jednacím řízení bez uveřejnění může zadavatel zadat veřejnou zakázku na služby rovněž v případě, jestliže jde o
- (a) dodatečné služby, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku okolností, které **zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat**, a tyto dodatečné služby jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací nebo pro poskytnutí původních služeb, a to za předpokladu, že
 - (b) dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby budou zadány témuž dodavateli
 - (c) dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, nebo ačkoliv je toto oddělení technicky či ekonomicky

⁸ Viz rozsudek Soudního dvora EU C-199/85, *Komise v. Itálie* nebo např. rozsudek Soudního dvora EU ve spojených věcech C-20/01 a 28/01, *Komise v. Německá republika*.

⁹ Viz rozsudek Krajského soudu v Brně č.j. 31 Af 54/2012-443 ze dne 9. dubna 2013.

možné, jsou dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky, a

- (d) v případě veřejného zadavatele celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 30 % ceny původní veřejné zakázky, nebo

- 7.2.32. Právě uvedený důvod je v modifikované podobě v § 222 odst. 6 ZZVZ považován za nepodstatnou změnu smlouvy, kde se vůbec JŘBU ani žádné jiné zadávací řízení nemusí použít. S ohledem na to, že podmínkou použití tohoto důvodu je skutečnost, že se jedná o změnu nepředvídatelnou, což o Přechodné dohodě nelze zřejmě říci, tento důvod nepovažujeme za použitelný.
- 7.2.33. Krom výše citovaných obsahuje jak ZVZ, tak ZZVZ ještě další důvody, které však z důvodu jejich irelevance pro posouzení možnosti uzavřít Přechodnou dohodu neuvádíme.
- 7.2.34. Jelikož Ministerstvo zamýšlí uzavřít Přechodnou dohodou s odkazem na ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, resp. § 63 odst. 3 ZZVZ, soustředili jsme se v rámci tohoto memoranda primárně na splnění podmínek vyplývajících z předmětného ustanovení ZVZ a ZZVZ. Jedná se koneckonců o jediný důvod, u něhož není jeho aplikovatelnost jednoznačně vyloučena.
- 7.2.35. Vzhledem k tomu, že nám není známo, že by v právě posuzovaném případě: (i) umožňoval zvláštní předpis uzavření Přechodné dohody v JŘBU bez dalšího a že by (ii) byly Společnosti ze skupiny Kapsch držiteli jakýchkoli relevantních uměleckých práv, zaměřili jsme se na existenci „technických důvodů“, a „důvodů ochrany výhradních práv“ ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ a § 63 odst. 3 ZZVZ (dále společně jen „**technické důvody**“).
- 7.2.36. Ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ je transpozicí čl. 31 odst. 1 písm. b) Směrnice 2004/18. Uvedená směrnice bohužel nikde v rámci svého textu blíže nerozvádí charakter podmínek použití jednacího řízení bez uveřejnění. S ohledem na výše uvedené jsme se tedy zaměřili na to, jak technické důvody vnímá rozhodovací praxe Soudního dvora EU (dále jen „**SDEU**“), správních soudů a Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“).
- 7.2.37. Z rozhodovací praxe uvedených institucí pak vyplývá, že 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. Rovněž technické důvody, které má citované ustanovení na mysli, 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. Důvodem pro aplikaci tohoto ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ je skutečný a prokazatelný stav technické neslučitelnosti či provozních problémů, které by vznikly z důvodu změny dodavatele.¹⁰
- 7.2.38. Prokázání existence důvodů pro aplikaci ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ není z obecného hlediska vázána pouze na předložení listiny ve formě dokladu (např. ochranná známka, užitný vzor, patent, licence), ale tyto objektivní důvody musí skutečně existovat, podmínky pro aplikaci citovaného ustanovení zákona musí být naplněny fakticky.¹¹
- 7.2.39. Zadavatel je oprávněn postupovat cestou JŘBU dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ pouze tehdy, pokud „stav exkluzivity“ svým jednáním nevytvořil, když opačný závěr by byl zcela v rozporu se smyslem a účelem zásad ve smyslu ustanovení § 6 odst. 1 ZVZ, na kterých je

¹⁰ Viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 43/2012-54 ze dne 11. ledna 2013.

¹¹ Viz např. rozhodnutí Úřadu č.j. S37/2010/VZ-5895/2010/540/LZA/VKU ze dne 4. dubna 2012.

právní úprava veřejných zakázek postavena. Konkrétně pak Nejvyšší správní soud v dané souvislosti uvedl, že:

„(...) 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 situaci dostupnými prostředky změnit)“¹²; a

„(...) institut jednacího řízení bez uveřejnění nelze využít, pokud zadavatel stav exkluzivity způsobí sám svým předchozím jednáním“.¹³

7.2.40. Obdobně pak judikoval i SDEU ve věci C-385/02 *Komise Es. V. Itálie*, v němž SDEU dospěl k závěru, že okolnosti, které opodstatňují použití jednacího řízení bez uveřejnění, nesmí být v žádném případě způsobené zadavatelem.

7.2.41. Z rozhodovací praxe tedy vyplývá, že ve vztahu k přípustnosti zadání nové zakázky cestou JŘBU dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ je třeba zkoumat naplnění následujících podmínek:

- (a) prokazatelné existence skutečných technických důvodů, které zapříčiňují, že zakázku je schopen plnit pouze určitý dodavatel; a
- (b) objektivní existence uvedených technických důvodů – nesmí ji vyvolat zadavatel svým jednáním.

7.2.42. Právě uvedenou rozhodovací praxi je přitom třeba zohlednit i při interpretaci § 63 odst. 3 ZZVZ. Výše uvedené závěry jsou dokonce výslovně reflektovány ve Směrnici 2014/24, která nahradila s účinností od 18. dubna 2016 Směrnici 2004/18 a sice v bodě 50 preambule a čl. 32 odst. 2 písm. b), které nově uvádí, že:

„S ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednací řízení bez uveřejnění (...) mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvidat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. (...) Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak k použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení. (...)“

7.2.43. Z poskytnutých informací vyplývá, že s velkou pravděpodobností existují skutečné technické důvody, které zapříčiňují, že Přechodnou dohodu (resp. dohodu o provozování Stávajícího mikrovlnného systému od 1. 1. 2017) lze uzavřít pouze se Společnostmi ze skupiny Kapsch.¹⁴

¹² Viz např. rozsudek č.j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. ledna 2013.

¹³ Viz např. rozsudek č.j. 1 As 256/2015-95 ze dne 12. května 2016.

¹⁴ Pro úplnost nicméně dodáváme, že ověření existence předmětných Technických důvodů v právě posuzovaném případě přesahuje naši odbornost, jakož i předmět tohoto memoranda.

- 7.2.44. Obáváme se však, že v právě posuzovaném případě nebude splněna druhá podmínka, a sice aby existence technických důvodů byla objektivní. V právě posuzovaném případě totiž byla existence technických důvodů z podstatné části zapříčiněna způsobem, jakým Česká republika – Ministerstvo vymezila obchodní podmínky Původní veřejné zakázky.
- 7.2.45. Podobně i existenci důvodu dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. b) ZVZ vylučujeme v zásadě z obdobných důvodů, jaké shledal Úřad v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0809,0812/2015/VZ-00608/2016/533/HKu/HČi ze dne 6. ledna 2016 (ve vztahu k veřejné zakázce „Služby technicko-organizačního poradce pro ESVZ“ uveřejněnou ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. října 2015 pod ev. č. 524777), tedy že zadavatel krajně naléhavou situací svým jednáním sám způsobil.

Dílčí závěr

- 7.2.46. S ohledem na výše uvedené skutečnosti, jakož i již ustálenou a výše zmiňovanou českou i unijní judikaturu, z níž vyplývá, že zadavatel se nemůže sám aktivně podílet na vytváření omezení, od nichž následně odvozuje možnost využití jednacího řízení bez uveřejnění, máme důvodné obavy, zda by Ministerstvo bylo skutečně schopno ustát důkazní břemeno ohledně naplnění podmínky dle § 23 odst. 4 ZVZ či § 63 odst. 3 ZZVZ. S ohledem na poskytnuté informace a předpoklady se obáváme, že spíše nikoliv.
- 7.2.47. Existuje určitá šance, že by orgán dohledu, případně správní soud, akceptoval argumentaci, že uzavřením Přechodné dohody dochází pouze k nepodstatné změně Smluv s Kapsch, nicméně riziko, že dospěje k opačnému právnímu závěru, je vysoké.

Rizika spojená s uzavřením Přechodné dohody v JŘBU či mimo zadávací řízení

- Řízení u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

- 7.2.48. Je třeba předeslat, že dle přechodných ustanovení § 274 ZZVZ se podle ZZVZ v řízení u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) postupuje pouze tehdy, pokud se týkají zadání veřejných zakázek podle ZZVZ. ZZVZ se tedy aplikuje tehdy, pokud bude Přechodná dohoda uzavřena po 30.9.2016.
- 7.2.49. V případě, že by Ministerstvo svým postupem při uzavírání Přechodné dohody porušilo ZVZ či ZZVZ, mohlo by dojít zejména k tomu, že
- (a) Úřad pro ochranu hospodářské soutěže jako orgán dohledu zahájí řízení z důvodu podezření ze spáchání správního deliktu, shledá v důsledku porušení ZVZ či ZZVZ spáchání správního deliktu ze strany Ministerstva, **uloží nápravné opatření v podobě zrušení výzvy k jednání či zadávacího řízení a pokutu do 10 % ceny dle Přechodné dohody** (či dvojnásobek v případě, že se jedná o recidivu),
 - (b) dotčený dodavatel podá proti volbě druhu zadávacího řízení či výzvě k jednání námitky a následně návrh na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu a Úřad **uloží nápravné opatření v podobě zrušení výzvy k jednání, zrušení zadávacího řízení či zakáže pokračování v postupu mimo zadávací řízení** (posledně uvedené možné pouze dle § 264 odst. 6 ZZVZ), a
 - (c) Úřad v některém z řízení uvedených pod písm. (a) a (b) **vydá předběžné opatření, kterým do doby ukončení řízení u Úřadu zakáže Ministerstvu uzavřít Přechodnou dohodu.**



7.2.50.

Co se týče možného **uložení zákazu plnění smlouvy**, využití tohoto nápravného opatření je v ZVZ **omezeno vcelku striktními podmínkami**, a to zejména následujícími:

- (a) toto opatření lze uložit jen k návrhu dotčené osoby (typický jiného dodavatele), návrh na uložení zákazu plnění smlouvy musí být doručen Úřadu do 30 kalendářních dnů ode dne, kdy zadavatel uveřejnil oznámení o uzavření smlouvy způsobem podle § 147 ZVZ s uvedením důvodu pro zadání veřejné zakázky bez uveřejnění oznámení zadávacího řízení, nejpozději však do 6 měsíců od uzavření této smlouvy.
- (b) zákaz plnění smlouvy lze dle ZVZ uložit jen tehdy, pokud se Ministerstvo dopustí:
 - (i) správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. c) ZVZ (tzn. neuveřejní oznámení o zahájení zadávacího řízení, ačkoliv bylo povinno), s výjimkou případů, kdy by uveřejnilo dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 146 odst. 2 ZVZ a postupovalo v souladu s § 82 odst. 1, § 110 odst. 6 a § 111 odst. 5 ZVZ (tedy respektovalo blokační lhůty vázané na podání námitek a návrhu na Úřad), nebo
 - (ii) správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ (tzn. porušilo postup stanovený zákonem) a současně spáchalo správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. d) ZVZ (tedy porušilo zákaz uzavření smlouvy stanovený předběžným opatřením).

7.2.51.

Jinými slovy, pokud Ministerstvo učiní dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu dle § 146 odst. 2 ZVZ a neuzavře Přechodnou dohodu v blokačních lhůtách dle § 82 odst. 1, § 110 odst. 6 a § 111 odst. 5 ZVZ, pak může Úřad uložit zákaz plnění Přechodné dohody jen tehdy, pokud by vydal předběžné opatření v podobě zákazu uzavřít Přechodnou dohodu, který by Ministerstvo uzavřením Přechodné dohody následně porušilo.

7.2.52.

Konečně je třeba říci, z materiálního hlediska je úprava obsažená v ZZVZ prakticky shodná. Jedinou výjimkou je možnost Úřadu uložit zákaz plnění smlouvy také tehdy, pokud zadavatel hodlal zadat zakázku mimo zadávací řízení a Úřad mu pokračování v tomto postupu zakázal dle § 264 odst. 7 ZZVZ.

7.2.53.

Z ustanovení § 118 odst. 3 a 4 ZVZ vyplývá, že Úřad návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy nevyhoví, pokud zadavatel prokáže, že existují důvody hodné zvláštního zřetele, spojené s veřejným zájmem¹⁵, které vyžadují pokračování plnění smlouvy. **Nová právní úprava obsažená v § 264 odst. 3 ZZVZ však použití této výjimky významně limituje, když úspěšným prokázáním existence důvodů hodných zvláštního zřetele lze dosáhnout nanejvýš toho, že se zákaz plnění smlouvy odloží o lhůtu stanovenou Úřadem, maximálně však o 12 měsíců počítaných od právní moci rozhodnutí Úřadu.**

7.2.54.

V dané souvislosti upozorňujeme na to, že dle ustanovení § 118 odst. 3 ZVZ, stejně jako dle ustanovení § 264 odst. 3 ZZVZ, ekonomický zájem na plnění smlouvy může být považován za důvod ve smyslu předchozího odstavce pouze za výjimečných okolností, kdy by přerušení

¹⁵ Z kontinuální rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářského zájmu přitom vyplývá, že Úřad při posuzování dané otázky přihlíží rovněž k tomu, že veřejný zájem je naplňován i prostřednictvím zadávání veřejných zakázek podle ZVZ. Na druhou stranu z nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 24/04 ze dne 28. července 2005 vyplývá, že je nutné vždy poměřovat jednotlivé zájmy a dát přednost nejzávažnějšímu veřejnému zájmu. Konkrétně pak Ústavní soud v předmětném nálezu uvedl, že: „veřejný zájem v konkrétní věci by měl být zjišťován v průběhu správního řízení na základě poměrování nejrůznějších partikulárních zájmů, po zvážení všech rozporů a připomínek. Z odůvodnění správního rozhodnutí pak musí zřetelně vyplynout, proč veřejný zájem převážil nad řadou jiných partikulárních zájmů. Veřejný zájem je třeba nalézt v procesu rozhodování.“



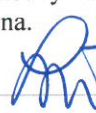
plnění smlouvy vedlo k nepřiměřeným okolnostem. Ekonomické zájmy přímo spojené s dotčenou zakázkou, zejména náklady vyplývající z prodlení při plnění zakázky, náklady spojené se zahájením nového zadávacího řízení, náklady spojené se změnou subjektu plnění zakázku a náklady spojené s právními povinnostmi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

- 7.2.55. Z ustanovení § 118 odst. 6 ZVZ (stejně jako z § 264 odst. 1 ZZVZ) vyplývá, že uložením uvedeného zákazu se smlouva na plnění veřejné zakázky stává neplatnou.¹⁶ Toto ustanovení je v rozporu se základními principy soukromého práva a je jej potřeba vykládat tak, že závazky ze smlouvy na plnění veřejné zakázky *ex tunc* zanikají. Pokud by Úřad postupoval dle § 264 odst. 3 a zákaz plnění odložil, závazky by zanikly pro nemožnost plnění uplynutím stanovené lhůty.
- 7.2.56. Pro úplnost uvádíme, že rozhodnutí Úřadu lze samozřejmě napadnout rozkladem k předsedovi Úřadu a následně správní žalobou ke Krajskému soudu v Brně. Žaloba nemá v principu odkladný účinek, nicméně o jeho přiznání lze na návrh žalobce přiznat, pokud by výkon nebo jiné následky rozhodnutí znamenaly pro žalobce nepoměrně větší újmu než jaká přiznáním odkladného účinku může vzniknout jiným osobám, a jestliže to nebude v rozporu s důležitým veřejným zájmem. V praxi Krajský soud v Brně těmto návrhům zpravidla příliš často nevyhovuje. Co se týče rozhodnutí ve věci samé, Krajský soud v Brně buď rozhodnutí Úřadu zruší nebo žalobu zamítne. Je rovněž v určitých případech oprávněn upustit od uloženého trestu či trest snížit.

Porušení závazků ze SFEU Českou republikou

- 7.2.57. Dalším rizikem spojeným s porušením ZVZ či ZZVZ je, že by současně došlo k porušení závazků České republiky vyplývajících ze SFEU, a to konkrétně v důsledku nerespektování ustanovení Směrnice 2014/24, u níž již uběhla transpoziční doba.
- 7.2.58. Nesprávná aplikace Směrnice 2014/24 ze strany českých orgánů by mohla vést k zahájení řízení pro porušení povinnosti ze SFEU Českou republikou ze strany Evropské komise (dále jen „Komise“) ve smyslu čl. 258 odst. 1 SFEU a případně následně k řízení před SDEU (na základě žaloby Komise). Uvedená rozhodnutí mají pouze deklaratorní charakter a neznamenají ještě žádnou materiální sankci pro členský stát. Stát je však povinen uhradit náklady soudního řízení. Teprve pokud členský stát nezačne v návaznosti na pravomocný deklaratorní rozsudek SDEU dodržovat právo EU, resp. nezjedná neprodleně nápravu předchozího porušení, může Komise v souladu s čl. 260 Smlouvy o fungování EU předložit věc SDEU opětovně, a to s návrhem na uložení sankce členskému státu. Součástí uvedeného návrhu Komise je pak i návrh požadované sankce za porušení práva EU. Pokud SDEU shledá, že členský stát navzdory předchozímu rozhodnutí SDEU stále ještě nedostál svým závazkům plynoucím z práva EU a toto právo stále porušuje, uloží členskému státu pokutu, a to od právní moci předchozího rozsudku SDEU do okamžiku, než začne členský stát své povinnosti dle práva EU řádně plnit a současně uloží členskému státu rovněž povinnost uhradit náklady soudního řízení.
- 7.2.59. Bude-li dodržen záměr připravit co nejdříve zadávací řízení na výběr nového provozovatele systému pro výběr mytného a Přechodná dohoda bude trvat maximálně tři roky, je poměrně nepravděpodobné, že by České republice byla uložena pokuta. Její výše je taktéž velmi nepředvídatelná, neboť se odvíjí od míry závažnosti, doby trvání, velikosti členského státu, atd. Nicméně platí, že pokuty bývají ukládány v takové výši, aby byly pro členský stát citelné, často navíc stoupají s délkou trvání porušení. Opět však platí, že v posuzovaném případě by k uložení

¹⁶ V dané souvislosti pro úplnost uvádíme, že z ustanovení § 118 odst. 6 ZVZ vyplývá, že smlouva na plnění veřejné zakázky se může stát z důvodu nedodržení postupu podle ZVZ neplatnou pouze v případech, kdy Úřad uložení zákaz její plnění v reakci na návrh některého z dodavatelů dle ustanovení § 114 odst. 2 ZVZ. Případná neplatnost smlouvy na plnění veřejné zakázky z jiných důvodů vyplývajících z občanského zákoníku však výše uvedeným není dotčena.



pokuty nemuselo dojít, a pokud ano, měla by zohledňovat veškeré aspekty porušení, včetně jeho jednorázového a časově omezeného charakteru.

7.3. K povinnostem příslušných činitelů

- 7.3.1. Primárním korektivem rozhodování příslušných činitelů je imperativ veřejného zájmu, jako základního cíle výkonu státní správy.¹⁷ Nelze pochybovat o tom, že provoz systému elektronického mýtného jako takový je v souladu s veřejným zájmem. To jednoznačně dokládá Zákon o pozemních komunikacích (srov. jeho § 22 a násl.), který ukládá Ministerstvu zajišťovat provoz takového systému. Neexistuje žádný jiný obecný veřejný zájem, který by hovořil proti další existenci takového systému, resp. odůvodňoval jeho pozastavení.
- 7.3.2. Jak vyplývá z výše uvedeného, jsou v daném případě příslušní činitelé vystaveni dilematu mezi (na jedné straně) rizikem, že v důsledku uzavření Přejícné dohody stát poruší zákon o veřejných zakázkách a ponese důsledky takového porušení popsané výše, a (na druhé straně) značnou majetkovou újmou a dalšími negativními důsledky, které nastanou, nebude-li zajištěn provoz systému elektronického mýtného od 1. 1. 2017, resp. budou výnosy státu z tohoto mýtného významně sníženy. Vyjdeme-li z toho, že existuje veřejný zájem na zachování provozu systému elektronického mýtného, musí příslušní činitelé dále zvažovat, zda zde není jiný veřejný zájem, jemuž by bylo nutné ustoupit, resp. který by bylo třeba upřednostnit. Takovým zájmem je především zájem na řádné správě majetku státu, který si v daném případě vynucuje rozvažování mezi případnými různě intenzivními dopady do majetkové sféry státu.
- 7.3.3. Příslušní činitelé jsou při svém rozhodování povinni respektovat základní povinnosti při hospodaření s majetkem státu upravené v zákoně č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, především povinnost využívat majetek státu „účelně a hospodárně k plnění funkcí státu a k výkonu stanovených činností“, pečovat o jeho zachování a chránit jej „před poškozením, zničením, ztrátou, odcizením nebo zneužitím“.¹⁸ Současně jsou svým slibem zavázáni k tomu, že budou svůj úřad vykonávat svědomitě.¹⁹
- 7.3.4. Zde lze podle našeho názoru analogicky odkázat na judikaturu Nejvyššího soudu, který dovodil²⁰, že starosta obce je nositelem zákonem uložené povinnosti opatrovat nebo spravovat cizí majetek. Tento závěr pak opřel o ustanovení § 38 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), podle kterého musí být majetek obce využíván účelně a hospodárně v souladu s jejími zájmy a úkoly vyplývajícími ze zákonem vymezené působnosti majetku obce a o kompetenční ustanovení § 103 odst. 3 až 5 obecního zřízení vymezující pravomoci starosty. Stejně tak soudy²¹ dovodily, že (opět s odkazem na § 38 obecního zřízení) mají obdobnou povinnost členové zastupitelstva, třebaže zákon o obcích výslovně neobsahuje ustanovení, podle kterého jsou právě členové zastupitelstva osobami, které mají povinnost využívat majetek obce účelně a hospodárně v souladu s jejími zájmy. Shodně pak též jsou ministři dopravy i ostatní členové vlády povinni v rámci výkonu své funkce spravovat majetek státu v intencích požadavků zákona o majetku České republiky.
- 7.3.5. Z hlediska vymezení právních povinností všech členů vlády má pak zásadní význam § 41 zákona 236/1995 Sb., o platu a dalších náležitostech spojených s výkonem funkce představitelů státní moci a některých státních orgánů a soudců a poslanců Evropského parlamentu. Podle tohoto ustanovení se odpovědnost za škodu způsobenou členy vlády při výkonu jejich funkce

¹⁷ Srov. § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, podle kterého správní orgán dbá, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem a aby odpovídalo okolnostem daného případu.

¹⁸ Srov. především § 14 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích.

¹⁹ Srov. čl. 69 odst. 2 Ústavy České republiky (zák. č. 1/1993 Sb.).

²⁰ Usnesení Nejvyššího soudu České republiky z 26. 2. 2014, sp. zn. 5 Tdo 77/2014.

²¹ Viz usnesení Nejvyššího soudu ze dne 19. 12. 2012, sp. zn. 5 Tdo 827/2012.

posuzuje podle pracovněprávních předpisů. Protože vznik povinnosti k náhradě škody vždy předpokládá porušení korespondující právní povinnosti, je tedy nutné podle pracovněprávních předpisů posuzovat i rozsah jejich povinností. Podle § 249 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, je zaměstnanec povinen si počínat tak, aby nedocházelo ke škodám na majetku, přičemž je-li k odvrácení hrozící škody třeba zákroku, je povinen zakročit, nebrání-li mu v tom důležitá okolnost nebo jestliže by tím nevystavil vážnému ohrožení sebe nebo ostatní zaměstnance, popřípadě osoby blízké. Nedodržení zásad obecné pracovněprávní prevence znamená porušení právní povinnosti.²² Podle § 251 zákoníku práce zaměstnanec neodpovídá za škodu, kterou způsobil při odvrácení škody hrozící zaměstnavateli, jestliže stav hrozící škody sám úmyslně nevyvolal a počínal si přitom způsobem přiměřeným okolnostem. Naopak, zaměstnanec, který nezakročil proti hrozící škodě, může být povinen podílet se na její náhradě.

- 7.3.6. Ministr dopravy i členové Vlády ČR jsou tedy při rozhodování o zajištění provozu systému elektronického mýtného povinni postupovat v souladu se svojí povinností řádně spravovat majetek státu, přičemž tato povinnost zahrnuje též prevenční povinnost. Hrozí-li státu škoda, jsou tito činitelé povinni škodu odvrátit, je-li takový postup možno považovat za přiměřený okolnostem²³, nebrání-li jim v tom důležitá okolnost a nevystaví-li tím sebe nebo jiného vážnému ohrožení²⁴. S odkazem na § 2906 občanského zákoníku (ve spojení s § 4 zákoníku práce) pak platí, že má-li být daný zásah přiměřený okolnostem, pak jeho následek nesmí být zjevně stejně závažný nebo ještě závažnější než škoda, která se odvrací.
- 7.3.7. Prevenční povinnost může mít podle okolností různý obsah. V této souvislosti je však na místě zdůraznit, že v situacích krajní nouze se stává obsahem prevenční povinnosti povinnost jednat v rozporu s jinou právní povinností (např. zasáhne do vlastnického práva třetí osoby použitím či zničením její věci), pokud jejím porušením dojde k zamezení vzniku škody. Porušení takové právní povinnosti má za následek vznik povinnosti k náhradě škody, již však zákon toho, kdo škodu odvracel, za určitých podmínek zbavuje. Obsahem prevenční povinnosti pak může být za splnění těchto podmínek i povinnost jednat tak, že stát poruší svoji právní povinnost vyplývající ze zákona.
- 7.3.8. Uvážíme-li výše uvedené, je zřejmé, že příslušní činitelé jsou při výkonu své působnosti povinni postupovat tak, aby předešli vzniku újmy státu spojené s absencí funkčního systému elektronického mýtného po 31. prosinci 2016, a (za předpokladu, že neexistuje jiná faktická možnost) to i pokud by tím na stát převzali riziko porušení povinností vyplývajících z právní úpravy veřejných zakázek, pokud by újma, která by státu mohla vzniknout v důsledku takového případného porušení, byla méně závažná, než újma spojená s absencí funkčního systému elektronického mýtného po 31. prosinci 2016, resp. újma spojená s nižšími výnosy z tohoto mýtného.
- 7.3.9. Z výše uvedených předpokladů vyplývá, že roční ztráta způsobená absencí funkčního systému elektronického mýtného dosahuje nejméně 7 miliard Kč ročně, resp. 4 miliardy Kč ročně, pokud by Ministerstvo nahradilo Stávající mikrovlnný systém systémem založeným na papírových kupónech (srov. čl. 5.1.18 a 5.1.19 tohoto memoranda). Tato újma by vznikala zřejmě po tři roky, tedy po dobu nezbytnou k uzavření smluv s novým dodavatelem na základě otevřeného výběrového řízení (srov. čl. 5.1.16 tohoto memoranda), tj. ve svém úhrnu by dosáhla minimálně cca 12 miliard Kč. Došlo-li by v souvislosti s uzavřením Přechodné dohody k porušení právních předpisů o zadávání veřejných zakázek, podstupuje stát riziko pokuty ve výši až stovek miliónů, přičemž ostatní opatření ze strany relevantních úřadů se jeví jako méně pravděpodobné s tím, že i pokud by tato patření byla přijata, nelze zřejmě předpokládat vznik větší újmy, než pokud by se nepodařilo zajistit provoz systému elektronického mýtného po 31. prosinci 2016. Ve vztahu

²² Bělina, M., Drápal, L. a kol.: Zákoník práce. Komentář. 2. vydání. Praha : C. H. Beck, 2015, s. 1020.

²³ Srov. § 251 odst. 2 zákoníku práce.

²⁴ Srov. § 249 odst. 2 zákoníku práce.

k případné pokutě udělené státu Úřadem navíc platí, že příjem z úhrady takové pokuty by byl ve svém důsledku příjmem státního rozpočtu, a proto stricto sensu nemůže pokuta představovat škodu vzniklou státu. Za výše uvedených předpokladů by pak podle našeho názoru byli příslušní činitelé v rámci své prevenční povinnosti povinni využít jednacího řízení bez uveřejnění za účelem uzavření Přechodné dohody, a to přes riziko možného porušení právních předpisů o veřejných zakázkách.

- 7.3.10. Jinou důležitou okolností, které je nutné zvažovat v souvislosti s rozhodováním o zajištění provozu systému elektronického mýtného po roce 2016, je otázka, zda zvažovaný postup, kterým má být odvrácena hrozící újma, nebude ve výsledku v rozporu s jiným veřejným zájmem, než je zájem na ochraně majetku státu. Je tedy nutné zvažovat důsledky možného porušení zákona o veřejných zakázkách ze strany státu v širším kontextu veřejného zájmu. Zde je nutné vzít do úvahy smysl a účel zákona o veřejných zakázkách, které vyjadřují též veřejný zájem, který zákon sleduje. Podle důvodové zprávy k návrhu stávajícího zákona o veřejných zakázkách je cílem tohoto zákona „zejména zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Tohoto cíle je dosahováno především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy hrazené z veřejných prostředků byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.“²⁵
- 7.3.11. V tomto ohledu považujeme za zásadní, že v současné situaci nelze zorganizovat otevřené výběrové řízení na zajištění provozu systému elektronického mýtného po 31. prosinci 2016, na jeho základě vybrat dodavatele a uvést systém elektronického mýtného do provozu dříve, než do tří let. I pokud by tedy Přechodná dohoda nabyla uzavřena, stát by nemohl z takové hospodářské soutěže profitovat více, než pokud Přechodná dohoda uzavřena bude. Uvážíme-li hrozící rozsah škod a současně i nemožnost zajistit provozování systému elektronického mýtného po relevantní dobu jiným dodavatelem, pak nelze než uzavřít, že rozhodli-li by se příslušní činitelé nepodstupovat riziko porušení zákona o veřejných zakázkách a hrozící újmu státu tedy neodvrátit, vedlo by to k zcela opačnému výsledku, než který si klade za cíl zajistit zákon o veřejných zakázkách (tj. takové jednání by bylo z hlediska nakládání s veřejnými prostředky nevhodné, neefektivní a neúčelné). I pokud by tedy bylo využito jednacího řízení bez uveřejnění shledáno jako porušení zákona o veřejných zakázkách ze strany státu, je v této situaci rozhodnutí relevantních činitelů takto postupovat v souladu s veřejným zájmem, který sám zákon o veřejných zakázkách sleduje.
- 7.3.12. Domníváme se tak, že s výjimkou výše uvedených úvah nepřipadá v úvahu jiná důležitá okolnost a neexistuje ani žádné jiné vážné ohrožení relevantních činitelů, kteří se podílí na rozhodování o zajištění provozu systému elektronického mýtného po roce 2016, které by mohly odůvodňovat rozhodnutí v dané věci nekonat, resp. neodvrátit hrozící škodu postupem, který je sice spojen s rizikem porušení zákona, avšak jednoznačně odvrací podstatně větší újmu, jež státu hrozí v případě pasivity relevantních činitelů. Domníváme se tedy, že ministr dopravy i ostatní členové Vlády ČR mají za daných předpokladů při plnění povinností rozhodovat ve prospěch využití jednacího řízení bez uveřejnění za účelem uzavření Přechodné dohody po dobu nezbytně nutnou k tomu, aby mohlo být vypsáno standardní výběrové řízení.
- 7.4. **Trestněprávní aspekty**
- 7.4.1. V souvislosti s rozhodováním relevantních činitelů v posuzované věci je na místě věnovat pozornost též důsledkům, které může vyvolat v oblasti trestního práva, resp. případné trestní odpovědnosti relevantních činitelů. Je nutné si uvědomit, že základním znakem trestného činu je protiprávnost (§ 13 odst. 1 trestního zákoníku), přičemž tedy klademe-li si otázku, zda je určité jednání trestné, je nutné nejen posuzovat, zda byly naplněny znaky vymezující jednotlivé

²⁵ Důvodová zpráva k návrhu zákona o veřejných zakázkách z roku 2006, str. 113.

skutkové podstaty trestných činů, ale též zda tu není jiná právní okolnost, která vylučuje protiprávnost takového jednání, a tedy i posouzení daného jednání jako trestného činu.

- 7.4.2. Naší úvahu proto rozdělujeme do dvou komplementárních kroků, kdy v prvním kroku budou analyzovány formální znaky jednotlivých v úvahu přicházejících skutkových podstat trestných činů, které by případně mohly být v souvislosti s uzavřením Přechodné dohody spáchány, v druhém kroku se pak zabývá otázkou, zda v daném případě, jakkoli by mohly být některé z těchto formálních znaků naplněny, zde nejsou jiné okolnosti vylučující protiprávnost daného jednání.
- 7.4.3. Z hlediska znaků jednotlivých skutkových podstat lze zvažovat, zda by se relevantní činitelé mohli dopustit trestného činu porušování předpisů o pravidlech hospodářské soutěže podle § 248 odst. 2 ve spojení s odst. 4 trestního zákoníku. Tento trestný čin spáchá ten, kdo se při výkonu své funkce dopustí jednání, které má za následek, že povinná osoba poruší závazným způsobem závazná pravidla zadávacího řízení a mimo jiné tím opatří sobě nebo jinému neoprávněné výhody velkého rozsahu. Za škodu, příp. výhodu, velkého rozsahu se pak podle § 138 trestního zákoníku považuje částka 5 mil. Kč a vyšší.
- 7.4.4. Domníváme se, že formálně mohou být znaky tohoto trestného činu naplněny. Pokud stát využije jednacím řízení bez uveřejnění a uzavře Přechodnou dohodu, existuje vysoké riziko, že tento postup bude orgánem dohledu a potažmo orgány činnými v trestním řízení považován za závažné porušení právních předpisů upravujících zadávání veřejných zakázek. Současně pak v odměně, na kterou vznikne podle Přechodné dohody právo Společnostem ze skupiny Kapsch po dobu jejího trvání, lze spatřovat i neoprávněnou výhodu těchto společností, kterou jim relevantní činitelé tímto svým rozhodnutím ve svém důsledku fakticky opatřili.
- 7.4.5. Dále je třeba zvažovat, zda by uzavřením Přechodné dohody na základě jednacím řízení bez uveřejnění relevantní činitelé nemohli v jednočinném souběhu s trestným činem porušování předpisů o pravidlech hospodářské soutěže naplnit znaky skutkové podstaty trestného činu zneužití pravomoci úřední osoby podle § 329 trestního zákoníku. Lze argumentovat, že tímto postupem *vykonávají svojí pravomoc způsobem odporujícím jinému právnímu předpisu*, tj. ZVZ, případně ZZVZ, přičemž tímto současně opatřili jinému prospěch velkého rozsahu. Sporné však je, zda by v daném případě bylo možné dovodit, že relevantní činitelé takto postupovali právě s úmyslem opatřit Společnostem ze skupiny Kapsch tento prospěch. Domníváme se, že relevantní činitelé by mohli úspěšně namítat, že jejich rozhodování bylo vedeno úmyslem zabránit vzniku škody na straně státu, nikoli zajistit příjem Společnostem ze skupiny Kapsch (k tomu srov. níže). Pokud by se takový úmysl neprokázal, znaky tohoto trestného činu by nebyly naplněny.
- 7.4.6. Další skutkovou podstatou, které je v této souvislosti na místě věnovat pozornost, je trestný čin sjednání výhody při zadání veřejné zakázky podle § 256 trestního zákona. Podle tohoto ustanovení se trestného činu dopustí ten, *„kdo v souvislosti se zadáním veřejné zakázky, [...] v úmyslu způsobit jinému škodu nebo opatřit sobě nebo jinému prospěch zjedná některému dodavateli, [...] přednost nebo výhodnější podmínky na úkor jiných dodavatelů [...]“*.
- 7.4.7. Podle našeho názoru v posuzovaném případě zřejmě znaky tohoto trestného činu nebudou naplněny, protože uzavřením Přechodné dohody na základě jednacím řízení bez uveřejnění nedochází ke zvýhodnění Společností ze skupiny Kapsch na úkor kohokoli jiného. V daném případě totiž platí předpoklad, že od 1. ledna 2017 není žádný jiný dodavatel schopen zajistit provoz Stávajícího mikrovlnného systému a zajistit stávající výnosy ((příjmy) státu z tohoto provozu, a tedy ani nikomu jinému nemohla být daná zakázka zadána. Samotným uzavřením Přechodné dohody na základě jednacím řízení bez uveřejnění tedy nedošlo ke zvýhodnění Společností ze skupiny Kapsch; jejich „výhodná“ pozice byla dána již stavem, který existoval

před těmito případnými kroky. Současně by zřejmě nebylo možné dovodit na straně relevantních činitelů úmysl poskytnout Společnostem ze skupiny Kapsch jakýkoli prospěch.

- 7.4.8. Jak ostatně vyplývá již z předchozí části tohoto memoranda, za zásadní však v tomto ohledu považujeme, že i kdyby bylo dovozeno, že relevantní činitelé svým jednáním naplnili formální znaky skutkové podstaty jakéhokoli z výše zmíněných (nebo i jiného) trestného činu, byly by v daném případě dány okolnosti vylučující protiprávnost takového jednání, protože relevantní činitelé rozhodují o dalším postupu ve stavu krajní nouze.
- 7.4.9. Podle § 28 odst. 1 trestního zákoníku platí, že „[č]in jinak trestný, kterým někdo odvrací nebezpečí přímo hrozící zájmu chráněnému trestním zákonem, není trestným činem“. S odkazem na výše uvedenou argumentaci lze na tomto místě pouze shrnout, že v posuzovaném případě nemá stát k dispozici žádné jiné racionální řešení, jak zachovat provoz systému elektronického mýtného po 31. prosinci 2016, resp. jak zachovat stávající příjmy státu z tohoto provozu, než zajistit provoz Stávajícího mikrovlnného systému Společnostmi ze skupiny Kapsch. Pokud by nebyl zajištěn provoz systému elektronického mýtného po 31. prosinci 2016, utrpí stát velkou újmu (k tomu blíže srov. odst. 7.3.9 výše). Považujeme za nesporné, že majetek státu (v daném kontextu ohrožený ztrátou příjmů z elektronického mýtného) stejně jako zajištění plnění jeho funkcí orgánů státní správy (v daném případě ohrožené neplněním zákonné povinnosti zajistit provoz systému elektronického mýtného) jsou zájmy chráněnými trestním zákoníkem.
- 7.4.10. Podle § 28 odst. 2 trestního zákoníku „[n]ejde o krajní nouzi, jestliže bylo možno toto nebezpečí za daných okolností odvrátit jinak anebo způsobený následek je zřejmě stejně závažný nebo ještě závažnější než ten, který hrozil, anebo byl ten, komu nebezpečí hrozilo, povinen je snášet“. V posuzovaném případě však vycházíme z toho, že hrozící újmu způsobenou zastavením provozu systému elektronického mýtného nelze odvrátit jiným způsobem, přičemž následky spojené s případným porušením předpisů upravujících zadávání veřejných zakázek jsou podstatně méně závažné, než tato újma hrozící státu (k tomu srov. odst. 7.3.11 výše). Současně platí, že stát není povinen snášet újmu spočívající v nemožnosti inkasovat příjmy z provozu systému elektronického mýtného, naopak především ze zákona o pozemních komunikacích vyplývá naopak jeho povinnost zajistit jeho provoz (a tedy i relevantní příjem státního rozpočtu).
- 7.4.11. Pokud by se relevantní činitelé rozhodli Přejížděnou smlouvu neuzavřít, pak by podle našich předpokladů nebyl systém elektronického mýtného přibližně po dobu tří let vůbec provozován, resp. byl provozován systém výběru mýtného za použití papírových kupónů, neplnil by systém účinně svoji regulační funkci a stát by utrpěl újmu v důsledku výpadku příjmů z elektronického mýtného (blíže srov. odst. 7.3.9 výše). V takovém případě by bylo možné namítat, že relevantní činitelé porušili svoji prevenční povinnost (srov. odst. 7.3.8 výše), čímž se mohli dopustit trestného činu porušení povinnosti při správě cizího majetku ve smyslu § 220 trestního zákoníku. Tento trestný čin spáchá ten, kdo i nedbalostí „poruší podle zákona mu uloženou nebo smluvně převzatou povinnost opatrovat nebo spravovat cizí majetek, a tím jinému způsobí škodu“. Jak jsme již dovodili výše, jsou relevantní činitelé v rámci výkonu své funkce povinni svědomitě, účelně a hospodárně spravovat majetek státu a odvracet hrozící újmu (srov. odst. 7.3.3 a násl. výše). Tyto povinnosti mají charakter zákonem uložené povinnosti řádně spravovat majetek státu. Neuzavření Přejížděné dohody by pak zřejmě bylo posouzeno jako porušení těchto povinností, které by navíc v posuzovaném případě mělo za následek vznik škody velkého rozsahu (tedy škody vyšší jak 5 mil. Kč), a tedy by se mohlo jednat o kvalifikovanou, resp. nejzávažnější, podstatu tohoto trestného činu podle § 220 odst. 3 trestního zákona.

* * *