



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Milana Procházky a soudců JUDr. Viktora Kučery a JUDr. Petra Polácha v právní věci žalobce: **statutární město Karlovy Vary**, se sídlem Moskevská 21, Karlovy Vary, zast. Mgr. Lucíí Oršulovou, advokátkou se sídlem Jánský vršek 13, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 12. 4. 2013, č. j. ÚOHS-R166/2012/VZ-6499/2013/310/PSe, ve věci správního deliktu zadavatele (žalobce),

t a k t o :

- I.** Rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 12. 4. 2013, č. j. ÚOHS-R166/2012/VZ-6499/2013/310/PSe, **se z r u š u j e** a věc **se v r a c í** žalovanému zpět k dalšímu řízení.
- II.** Žalovaný **j e p o v i n e n** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení v celkové výši 11 228 Kč do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám zástupkyně žalobce Mgr. Lucie Oršulové, advokátce se sídlem Jánský vršek 13, Praha 1.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

Žalobce se podanou žalobou domáhal zrušení v záhlaví označeného rozhodnutí předsedy žalovaného (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým byl zamítnut jeho rozklad a potvrzeno rozhodnutí žalovaného ze dne 29. 5. 2012, č. j. ÚOHS-S57/2011/VZ-11329/2011/540/PVé (dále jako „prvostupňové rozhodnutí“), kterým bylo rozhodnuto, že se žalobce, jakožto zadavatel, dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění rozhodném pro projednávanou věc (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), za což mu byla podle § 120 odst. 2 písm. a) téhož zákona uložena pokuta ve výši 500 000 Kč.

Uvedených správních deliktů se měl žalobce dopustit tím, že nedodržel postup stanovený § 21 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách a i) veřejnou zakázku „*Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino*“ a ii) veřejnou zakázku „*Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena, s.r.o.*“ zadal na základě jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a), resp. § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, aniž byly splněny podmínky pro použití tohoto druhu zadávacího řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uzavřel smlouvu (dodatky ke smlouvě).

Dne 20. 12. 2006 byla uzavřena smlouva o dílo mezi žalobcem a společnostmi SYNER, s.r.o., BAU-STAV, společnost s ručením omezeným a METROSTAV a.s. na stavbu Výstavního, sportovně kulturního a kongresového centra Karlovy Vary v ceně přes 1 mld. Kč. K této smlouvě bylo dle správního spisu uzavřeno celkem 41 dodatků. Pro nyní projednávanou věc jsou podstatné dodatky č. 2 a 32. Dodatkem č. 2, který byl podepsán dne 21. 9. 2007, byl původní předmět díla doplněn o stavbu označenou jako „*Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino*“, dodatkem č. 32, uzavřeným dne 2. 2. 2009 pak o stavbu označenou jako „*Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena, s.r.o.*“.

V případě veřejné zakázky „*Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino*“ žalovaný zkonstatoval, že zákon sice umožňoval v případě dodatečných stavebních prací a za splnění zákonem stanovených podmínek využít s odkazem na ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona o veřejných zakázkách pro jejich zadání jednací řízení bez uveřejnění. Rozsah a charakter dodatečných stavebních prací, které toto ustanovení umožňuje zadavateli zadat původnímu zhotoviteli stavby, je však nutné při volbě způsobu zadání stavebních prací nutných k dokončení stavebního díla vnímat jako specifický a zákonem omezený. Při aplikaci předmětného ustanovení zákona je jednou ze zásadních podmínek ta okolnost, že potřeba takovýchto dodatečných stavebních prací vznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností a tyto dodatečné stavební práce jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací. Potřeba stavebních prací vyplývající z plnění této veřejné zakázky nevznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností (možnost začlenění kina byla dle žalovaného dojednána se zadavatelem a ten ji odsouhlasil) a tyto dodatečné stavební práce nebyly nezbytné pro provedení původních stavebních prací (úprava pro kino nebyla součástí předmětu plnění původní veřejné zakázky). Zadavatel tak kumulativně nenaplnil podmínky uvedené v ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona o veřejných

zakázkách. Ve vztahu k veřejné zakázce „*Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena, s.r.o.*“ pak právně-technické prostředí smlouvy nenaplnilo znaky technických či uměleckých důvodů, důvodů ochrany výhradních práv vybraného uchazeče nebo důvodu vyplývajících ze zvláštního právního předpisu, tzn., že ani v tomto případě zadavatel nesplnil podmínky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění, a sic podmínky uvedené v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.

Žalobce podal proti prvostupňovému rozhodnutí rozklad, který byl předsedou žalovaného zamítnut. Výše uvedené závěry tak byly v napadeném rozhodnutí potvrzeny.

II. Obsah žaloby

Ve své žalobě žalobce nejprve stručně zrekapituloval předchozí procesní vývoj celé věci. Napadenému rozhodnutí, stejně jako tomu prvostupňovému, žalobce vytýkal nezákonnost spočívající v nesprávném právním posouzení věci, pokud jde o závěr, že žalobce naplnil skutkovou podstatu správního deliktu. Dále rovněž namítal i nezákonnost výroku o pokutě.

V první části žaloby žalobce upozornil, že § 90 odst. 1 ZVZ (myšlen zákon č. 40/2004, Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „zákon o veřejných zakázkách z roku 2004“) stanovil, že úkon, který odporuje tomuto zákonu nebo jej obchází anebo se přiči dobrým mravům, je od počátku neplatný. Jestliže bylo konstatováno, že omezení uchazečů v zadávacím řízení proběhlo v rozporu se zákonem – viz dřívější řízení vedené pod č. j. S169/2007-16992/2007/540-AS, jehož správnost byla posléze potvrzena nadřízeným orgánem, jakož i Krajským soudem v Brně a Nejvyšším správním soudem (pod sp. zn. 1 Afs 45/2010, pozn. zdejšího soudu) – a bylo tedy neplatné, je neplatný i úkon navazující, tedy původní smlouva o dílo ze dne 20. 12. 2006. Neplatnost této smlouvy pak znamenala i nemožnost uzavřít k této smlouvě platný dodatek. Byla-li tedy původní smlouva o dílo absolutně neplatná, dodatky k této smlouvě byly rovněž uzavřeny neplatně, a to s účinky *ex tunc*. Nahlíží-li se na dodatky k původní smlouvě „jakoby nevznikly“, pojmový znak „*uzavření smlouvy*“ skutkové podstaty správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tak nemohl být naplněn. Žalovaný proto podle žalobce nesprávně právně posoudil rozhodnou právní otázku a jeho rozhodnutí jako nezákonné nemůže obstát. Poukazoval-li žalovaný na dřívější stanovisko žalobce o bezvadnosti smlouvy na hlavní plnění, nelze přehlížet, že toto bylo učiněno za předchozího vedení žalobce, nehledě na to, že toto tvrzení je bezpředmětné, neboť neplatnost smlouvy plyne již ze zákona.

Ve vztahu k uložené sankci pak žalobce uplatnil tři dílčí námitky. Jednak již podle něj uložená pokuta nemohla plnit preventivní funkci, neboť žalobce přijal nápravná opatření a účelu sankce tak dostál. Dle žalobce bylo žádoucí upustit od uložení pokuty, nebo ji určit v nižší výši.

Další dílčí námitkou byla otázka souběhu jednotlivých deliktů žalobce. Žalobce namítal, že žalovaný vůbec nezohlednil souběh deliktů spočívajících v uzavření původní smlouvy na hlavní plnění a uzavření dodatku č. 2, neboť k uzavření dodatku č. 2 došlo dne 21. 9. 2007 a k vyhlášení rozhodnutí za první delikt došlo až dne 26. 9. 2007. Údajný správní delikt

spočívající v uzavření dodatku č. 2 byl tak k prvnímu deliktu spočívajícímu v uzavření původní smlouvy na hlavní plnění ve vícečinném souběhu, když oba správní delikty předcházely vyhlášení rozhodnutí ze dne 26. 9. 2007. O souběh přitom dle žalobce půjde bez ohledu na to, kdy sbíhající delikty vyšly najevo a není ani rozhodné, zda o nich bylo vedeno společné řízení. Tuto skutečnost ale žalovaný při ukládání pokuty nezohlednil. Místo toho nesprávně uzavřel, že delikty odpovídající nezákonnému postupu, jehož důsledkem bylo uzavření dodatků č. 2 a dodatku č. 32, který byl uzavřen až dne 2. 2. 2009, jsou sbíhajícími delikty, za něž ukládá souhrnný, resp. úhrnný trest odpovídající pokutě 500 000 Kč.

Poslední dílčí námitkou pak bylo upozornění na zjevně nepřiměřenou výši uložené pokuty, a to jak vzhledem k rozpočtu města, tak i aplikační praxi žalovaného, když se výše pokuty až na výjimečné případy pohybuje řádově v desítkách tisíc korun. To dokazuje i skutečnost, že v dřívějším řízení byla za předmětné plnění přesahující 1 mld. Kč uložena stejná pokuta jako v nyní posuzované věci, kde plnění odpovídalo částce 77 930 571 Kč.

S ohledem na vše výše uvedené proto žalobce závěrem navrhl, aby krajský soud napadené rozhodnutí, jakož i rozhodnutí prvostupňové, zrušil, popřípadě aby napadené rozhodnutí změnil tak, že se prvostupňové rozhodnutí potvrzuje co do výroku I. a výrok II. se zrušuje, popřípadě se uložena pokuta snižuje na 10 000 Kč.

III. Vyjádření žalovaného

Žalovaný nejprve stručně zrekapituloval námitky uplatněné v žalobě, k nimž předně odkázal na závěry vyplývající z napadeného rozhodnutí.

K námitce upozorňující na neplatnost obou předmětných dodatků a z toho vyplývající nemožnosti naplnění všech znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách žalovaný uvedl, že žalobce zcela přehlédl, že otázka delikttní odpovědnosti je vázána na odlišné skutečnosti, než je existence či neexistence určitého závazku, a sice delikttní jednání. Delikttním jednáním lze uzavřít smlouvu jak platnou tak neplatnou. Neexistence soukromoprávního závazku dle žalovaného nevypovídá nic o neexistenci jeho jednání, jímž smlouvy (dodatky) uzavřel za účelem plnění předmětů veřejných zakázek. Žalovaný doplnil, že plnění předmětů předmětných veřejných zakázek získala a v zásadě také uhradil. Právní názor žalobce se navíc zcela vymyká jeho postoji ve vyjádření ze dne 29. 3. 2011, kdy uváděl, že původní smlouva je platná.

K bodům týkajícím se výše pokuty a preventivní funkce uložené pokuty žalovaný uvedl, že okolnostmi spáchání správního deliktu ve smyslu § 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách se žalovaný zabýval a vyhodnotil je přezkoumatelným a správným způsobem. Nelze přehlédnout závěr předsedy žalovaného, že náprava následující po naplnění skutkové podstaty správního deliktu může mít vliv toliko na akcentaci preventivní funkce při ukládání pokuty, přičemž k tomuto vlivu žalovaný již dostatečně přihlédl.

K námitce týkající se souběhu jednotlivých deliktů žalovaný uvedl, že dle § 89 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění rozhodném pro projednávanou věc (dále jen „správní řád“) se k vadám řízení, o nichž nelze mít důvodně za to, že by mohly mít vliv na

soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě jeho správnost nepřihlíží. Žalobce dle žalovaného zcela přehlíží, že i kdyby napadené, resp. prvostupňové rozhodnutí takovou vadou trpělo, tato vada nemohla mít vliv na jeho správnost a zákonnost sankce. V tomto případě je totiž nerozhodné, zda byla pokuta za správní delikt spočívající v uzavření dodatku č. 2 absorbována do pokuty za správní delikt spočívající v uzavření smlouvy na hlavní plnění, nebo zda byla absorbována do pokuty za správní delikt spočívající v uzavření dodatku č. 32. Ve výsledku by totiž tato pokuta byla absorbována vždy.

IV. Posouzení věci krajským soudem

Napadené rozhodnutí žalovaného krajský soud přezkoumal v řízení podle části třetí, hlavy II, dílu 1, § 65 a násl. zákona č. 150/2002 Sb. soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s.ř.s.“) v mezích uplatněných žalobních bodů, ověřil přitom, zda rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (ex offio), a vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodnutí žalovaného správního orgánu, přičemž dospěl k závěru, že žaloba je důvodná. O věci samé přitom krajský soud rozhodl v souladu s § 51 odst. 1 s.ř.s. bez nařízení jednání, neboť účastníci řízení shodně uvedli, že s projednáním věci bez nařízení jednání souhlasí.

Žalobní námitky lze rozdělit na námitky napadající naplnění všech znaků skutkové podstaty předmětného deliktu, tedy otázku viny a na námitky napadající zákonnost udělené sankce, a to jednak z důvodu nesprávného posouzení souběhu jednotlivých správních deliktů žalobce a jednak z důvodu nepřiměřené výše sankce a otázky preventivní funkce sankce.

IV.a) K naplnění všech znaků skutkové podstaty

Žalobce v první řadě namítal neplatnost uzavření dodatků č. 2 a 32, z čehož dovozoval, že se na ně hledí, jako by uzavřeny nebyly. Nemohlo tedy dojít k naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, která mimo jiné hovoří i o „uzavření smlouvy“ s vítězným uchazečem. O této žalobní námitce uvažil krajský soud následovně. Tvrzení žalobce, že předmětné dodatky jsou neplatné, vycházelo z toho, že původní smlouva na hlavní plnění ze dne 20. 12. 2006 je neplatná, jelikož v zadávacím řízení došlo k porušení zákona. Zákon o veřejných zakázkách z roku 2004 (za použití § 158 zákona o veřejných zakázkách) v § 90 odst. 1 skutečně stanovil, že „(Z)adavatel nesmí učinit úkon, který svým obsahem nebo účelem odporuje tomuto zákonu nebo jej obchází anebo se přičí dobrým mravům. Takový úkon je od počátku neplatný.“ Názor žalobce o neplatnosti původní smlouvy je proto představitelný. Otázkou neplatnosti původní smlouvy a z ní vyplývající neplatnosti obou předmětných dodatků se však krajský soud blíže nezabýval, neboť dospěl k závěru, že pro odpovědnost za správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách je tato otázka irelevantní. K tomuto závěru dospěl na základě následujících důvodů.

V první řadě je nutné konstatovat, že zákon o veřejných zakázkách v § 120 odst. 1 písm. a) hovoří o tom, že „(Z)adavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82“. Zákon tak

nestanovil coby kritérium platnost či neplatnost uzavřené smlouvy, ale skutečnost jejího uzavření. Dle krajského soudu je potřeba na pojem „uzavře smlouvu“ pohlížet jako na faktické konání zadavatele a nikoli formálně-právní optikou předpisů občanského či obchodního práva. Přestože veřejné a soukromé právo na sobě samozřejmě nejsou zcela nezávislé, nelze dovozovat, že k jednání spočívajícímu v uzavření předmětných dodatků vůbec nedošlo. Ostatně to, že se na absolutně neplatné smlouvy s účinky *ex tunc* hledí „jakoby nevznikly“ není nic jiného než pouhá právní fikce, jež nemůže zcela zakrýt faktické uzavření smlouvy (dodatku).

Výklad předložený žalobcem je chybný i z toho důvodu, že odpovědnost za správní delikt by závisela na platnosti smlouvy jako takové a nikoli na jejím faktickém uzavření. Smlouva přitom mohla být neplatná z více důvodů, a to důvodů ležících i zcela mimo zákon o veřejných zakázkách z roku 2004. V důsledku by tato odpovědnost mohla záviset např. i na dovolání se neplatnosti jednou ze stran smlouvy v případě relativní neplatnosti podle § 40a již zrušeného zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku. Výklad předložený žalobcem by pak mohl zcela absurdně znamenat, že pokud se jedna ze stran neplatnosti nedovolá, zadavatel bude za správní delikt plně odpovídat. Pokud by se však jedna ze stran neplatnosti dovolala, zadavatel již odpovídat nebude, neboť taková smlouva je neplatná rovněž *ex tunc*.

S ohledem na blízkost správního práva trestního a trestního práva (k tomu srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2007, č. j. 8 As 17/2007 - 135, publikovaný pod č. 1338/2007 Sb. NSS) krajský soud podpůrně odkazuje i na názory trestněprávní doktríny a soudní praxe, konkrétně na komentář k ust. § 255 odst. 2 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „trestní zákoník“), ve kterém se výslovně konstatuje, že „(T)restní odpovědnost podle § 255 odst. 2 TrZ není vyloučena, je-li smlouva, kterou pachatel uzavřel nebo k jejímuž uzavření dal popud, podle předpisů občanského nebo obchodního práva neplatná.“ (in Šámal, P. a kol. *Trestní zákoník*, 2. vydání, Praha: C.H.Beck, 2012, s. 2614). Uvedený názor vychází z rozsudku Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 11. 11. 1998, sp. zn. 3 To 148/98, podle kterého „(I) když z hlediska občanskoprávního šlo skutečně o absolutní neplatnost smlouvy, je třeba z hlediska trestní odpovědnosti obžalované poukázat na to, že uvedená smlouva byla uzavřena a bylo z ní i plněno, aniž by si smluvní strany uvědomovaly její formální nedostatky a bylo jim známo, že jde o právní úkon absolutně neplatný. S ohledem na to by bylo absurdní i tvrdit, že jenom z tohoto důvodu by nepřicházela v úvahu trestní odpovědnost obžalované.“

V nyní projednávané věci přitom byly původní smlouva na hlavní plnění, jakož i oba předmětné dodatky bezpochyby uzavřeny, aniž by si smluvní strany uvědomovaly jejich možnou neplatnost. Ostatně byl to sám žalobce, který ještě ve svém vyjádření ze dne 29. 3. 2011 uváděl, že původní smlouva je platná a není tedy důvod pochybovat o platnosti dodatků uzavřených k této smlouvě. Skutečnost, jaké bylo v této době složení vedení žalobce, je v této souvislosti bezvýznamná, stejně jako je bezvýznamné složení vedení žalobce v době spáchání správního deliktu. Žalobce, jako veřejnoprávní korporace, má nepochybně svou vlastní právní subjektivitu. Jednání žalobce je jednáním žalobce bez ohledu na složení rady či zastupitelstva.

Krajský soud tedy uzavírá, že i kdyby byly oba dodatky skutečně neplatné, neměla by tato skutečnost vliv na odpovědnost žalobce za správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Tato námitka je tedy nedůvodná.

IV.b) K souběhu správních deliktů

Další námitkou žalobce byla otázka souběhu jednotlivých deliktů žalobce. Žalobce namítal, že žalovaný vůbec nezohlednil souběh deliktů spočívajících v uzavření původní smlouvy na hlavní plnění a uzavření dodatku č. 2, neboť k vyhlášení rozhodnutí za první delikt došlo až 26. 9. 2007. Místo toho nesprávně uzavřel, že delikty odpovídající nezákonnému postupu, jehož důsledkem bylo uzavření dodatků č. 2 a 32 jsou sbíhajícími delikty, za něž ukládá souhrnný trest.

Krajský soud předně konstatuje, že zákon o veřejných zakázkách ani správní řád výslovně neupravují případ souběhu správních deliktů, otázku úhrnného či souhrnného trestu ani uplatnění zásady absorpce. Zákon č. 200/1990 Sb., o přestupcích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o přestupcích“) hovoří v § 57 odst. 1 o vedení společného řízení, jestliže se pachatel dopustil více přestupků, které je příslušný projednávat též orgán. V § 12 odst. 2 zákona o přestupcích je pak vyjádřena zásada absorpce ovládající ukládání sankcí za více přestupků s tím, že za více přestupků téhož pachatele projednaných ve společném řízení se uloží sankce podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejpřísněji postižitelný. Přestože se právní úprava zákona o přestupcích vztahuje přímo jen na přestupky a nikoli tzv. jiné správní delikty a přestože je tato úprava neúplná, je nepochybné, že zásada absorpce se uplatní v oblasti správního práva trestního jako celku. V této souvislosti lze ostatně znovu odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2007, č. j. 8 As 17/2007 - 135, publikovaný pod č. 1338/2007 Sb. NSS), podle kterého se trestnost správních deliktů řídí obdobnými principy jako trestnost trestných činů. Ve vztahu k řešené otázce souběhu správních deliktů pak lze odkázat zejména na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 6. 2009, č.j. 1 As 28/2009 – 62, kde Nejvyšší správní soud dovodil, „že při trestání správních deliktů tímž správním orgánem se přiměřeně uplatní principy ovládající souběh trestných činů.“ Tento rozsudek se sice vztahoval na oblast přestupků, nicméně jeho závěry jsou v podstatné míře zobecnitelné i na jiné správní delikty.

Trestněprávní doktrína uvádí, že „souběhem (konkurencí) nazýváme případ, kdy pachatel spáchal dva nebo více trestných činů dříve, než byl pro některý z nich odsouzen, tj. než byl za takový čin vyhlášen odsuzující rozsudek soudem prvního stupně, nebo dříve, než byl obviněnému doručen trestní příkaz.“ (In JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. Vyd. 2. Praha: Leges, 2010, s. 324). Uvedené samozřejmě platí za podmínky, že rozsudek později nabyt právní moci a že o něm neplatí fikce neodsouzení. Pro trestání sbíhajících se trestných činů pak jako základ platí zásada absorpce. Přesněji řečeno hovoříme o absorpci trestních sazeb, tedy že trestní sazba mírnější je absorbována tou trestní sazbou, která je u sbíhajících se trestných činů nejpřísnější. Jedná se o zvýhodněný postih souběhu, a tudíž o úpravu příznivější pro pachatele (srov. JELÍNEK, Jiří. *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. Vyd. 2. Praha: Leges, 2010, s. 407).

V daném případě žalobce více skutky, konkrétně třemi, naplnil skutkovou podstatu téhož deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Všechny skutky spočívaly v nedodržení zákonného postupu a následném uzavření smlouvy. K prvnímu skutku došlo dne 20. 12. 2006, kdy byla uzavřena původní smlouva na hlavní plnění. Žalobce byl za tento skutek uznán vinným prvostupňovým rozhodnutím žalovaného ze dne 26. 9. 2007, č.j. S169/2007-16992/2007/540-AS, o čemž mezi stranami není sporu. Před tímto datem, konkrétně tedy 21. 9. 2007, došlo k uzavření dodatku č. 2 a tím k naplnění skutkové podstaty uvedeného správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Ke spáchání tohoto správního deliktu tak došlo dříve, než žalovaný jakožto správní orgán I. stupně vydal (obdoba vyhlásil) své rozhodnutí, tím spíše dříve než toto rozhodnutí bylo doručeno. Optikou trestního práva se v případě uvedených správních deliktů jednalo o vícečinný souběh stejnorodý, za který by byl udělen úhrnný, resp. souhrnný trest (srov. § 43 trestního zákoníku).

Z prvostupňového rozhodnutí se podává, že ke spáchání prvního skutku a uloženému trestu za něj nebylo vůbec přihlédnuto. Byl posuzován souběh druhého a třetího deliktu a na tyto byla aplikována výše zmíněná absorpční zásada. Tyto delikty však v souběhu nebyly, neboť k uzavření dodatku č. 32, a tedy k naplnění skutkové podstaty dalšího správního deliktu došlo až dne 2. 2. 2009. Uzavření tohoto dodatku tak nemohlo být v souběhu se správním deliktem spočívajícím v uzavření dodatku č. 2.

Žalovaný ve svém vyjádření uvádí, že zásadní je skutečnost, že k aplikaci zásady absorpce v projednávaném případě došlo, a že uvedené pochybení nemohlo mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Dle názoru krajského soudu je však nepochybné, že uložená pokuta ve výši 500 000 Kč byla mimo jiné odůvodněna i tím, že došlo ke spáchání dvou správních deliktů, které však vůbec v souběhu nebyly. Tato skutečnost tudíž nemůže představovat přitěžující okolnost. Případnou přitěžující okolností by mohla být recidiva žalobce, o té se však prvostupňové rozhodnutí nehovoří. Za stejně zásadní je potřeba považovat i tu skutečnost, že žalovaný při ukládání sankce vůbec nepřihlédl k sankci již uložené za správní delikt spočívající v uzavření původní smlouvy na hlavní plnění. Krajský soud se v rozporu se žalovaným domnívá, že za situace, kdy sankce za správní delikt spočívající v uzavření dodatku č. 2 sice byla absorbována sankcí přísnější, nicméně bez toho, aby bylo přihlédnuto k již udělené sankci za sbíhající se delikt, nelze uloženou pokutu považovat za zákonnou.

Na tomto závěru nemůže ničeho změnit to, že o sbíhajících se správních deliktech žalobce nebylo vedeno společné řízení, ani absence výslovné právní úpravy v příslušných předpisech správního práva. V již citovaném rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 6. 2009, č.j. 1 As 28/2009 – 62 se k tomu uvádí, že „*pro trestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale naopak je zcela nezbytné použití absorpční zásady, tedy vzájemné posouzení veškerých souvisejících trestních sazeb.*“ Nejvyšší správní soud pak pokračuje: „*(J)e zřejmé, že pro důsledné použití ustanovení trestního zákona o souhrnném trestu (tedy současné zrušení výroku o trestu uloženém pachateli dřívějším rozhodnutím) chybí dostatečný právní základ, nicméně není důvodu, proč by se uvedené principy nemohly s řádným odůvodněním všech souvislostí a sousledností aplikovat, tedy proč by správní orgán neměl při ukládání následného trestu přihlížet k trestům uloženým dříve za sbíhající se přestupky.*“ Žalovanému tedy nic nebránilo, aby o sbíhajícím se správním deliktu

spočívajícím v uzavření dodatku č. 2 rozhodl až v nyní přezkoumávaném řízení vedeném současně i o správním deliktu spočívajícím v uzavření dodatku č. 32. Při ukládání sankce však měl rozlišit sankci ukládanou za správní delikt spočívající v uzavření dodatku č. 2, u které měla být aplikována zásada absorpce a sankci za správní delikt spočívající v uzavření dodatku č. 32.

IV.c) K naplnění preventivní funkce uložené sankce a její nepřiměřené výši

Žalobce rovněž namítal, že sankce již nemohla plnit preventivní a že byla zjevně nepřiměřená. K těmto námitkám krajský soud konstatuje, že vzhledem k výše uvedenému je vypořádání těchto námitek předčasné, neboť tak jako tak bude o výši pokut opětovně rozhodováno. Ve zcela obecné rovině však lze k těmto námitkám uvést následující.

Žalobce tedy jednak namítal, že sankce již nemohla plnit preventivní funkci, neboť žalobce již přijal nápravná opatření a účelu sankce tak dostal. Dle žalobce bylo žádoucí upustit od uložení pokuty, nebo ji určit v nižší výši. K této námitce krajský soud uvádí, že výše sankce je výsledkem uvážení správního orgánu s přihlédnutím k okolnostem stanoveným zákonem tak, aby uložena sankce nevybočila ze zákonných mantinelů a současně plnila své funkce. V této souvislosti hovoříme zejména o funkci preventivní a represivní. Funkci represivní přitom žalobce ve své argumentaci zcela pominul. Pominul rovněž i to, že v případě preventivní funkce hovoříme o prevenci individuální a generální. Nejde tedy o pouhé odrazení pachatele správního deliktu od dalšího deliktního jednání, ale ve vztahu ke zbytku společnosti je jeho smyslem odstrašení i posilování právní jistoty v tom smyslu, že překračování zákona je vždy trestáno. Výši pokuty tak nelze redukovat jen na otázku prevence individuální, a tedy pouhé nápravy žalobce, byť tuto funkci žalovaný při výměře pokuty zjevně akcentoval.

K závěrečné námitce žalobce, že uložena pokuta je zjevně nepřiměřená pak krajský soud uvádí, že o pokutě, která dosahuje zanedbatelné části ročního rozpočtu žalobce, a která nedosahuje ani čtvrtiny možné horní hranice dovozené žalovaným (byť s ohledem na bod IV.b odůvodnění tohoto rozsudku nesprávně) ve výši takřka 4 mil. Kč, lze zřejmě jen stěží hovořit o zjevně nepřiměřené výši pokuty. Blíže se však touto otázkou krajský soud nezabýval, neboť o výši pokuty bude nutné opětovně rozhodnout. Pouze pro úplnost ještě krajský soud doplňuje, že ukládaná sankce musí bezpochyby odpovídat aplikační praxi žalovaného a nemůže se tak svou výší vymykat sankcím ukládaným v jiných, obdobných případech; Tím spíše by pak měl žalovaný přistupovat obdobně k ukládání sankcí témuž zadavateli. Uložení stejné sankce ve vztahu k plněním, jejichž výše se diametrálně liší (v tomto případě 1 mld. Kč oproti 77 mil. Kč) však může být odůvodněno jinými okolnostmi případu, např. spácháním více skutků, opakovaným spácháním téhož správního deliktu apod., a proto nelze bez dalšího automaticky hovořit o nepřiměřené vysoké pokutě.

V. Shrnutí a závěr

Prvou námitku vztahující se vůbec k naplnění skutkové podstaty v dané věci a tedy k otázce viny posoudil krajský soud jako nedůvodnou, neboť dospěl k závěru, že na pojem „uzavře smlouvu“ je nutné nahlížet jako na faktický úkon, který nemůže být zahlazen

působením právní fikce, podle které se na absolutně neplatné smlouvy hledí jako by uzavřeny nebyly. Jako nedůvodné posoudil krajský soud i námitky týkající se nepřiměřené výše uložené pokuty a toho, že uložená pokuta již nemohla plnit svou preventivní funkci.

Ve vztahu k námitce týkající se nezákonného posouzení souběhu jednotlivých deliktů zadavatele však již krajský soud dovedl nezákonnost rozhodnutí žalovaného a následně jeho předsedy, neboť žalovaný dovedl souběh správních deliktů řešených v tomto případě, přestože tyto v souběhu vůbec nebyly a naopak nepřihlédl k souběhu správního deliktu spočívajícího v uzavření dodatku č. 2 se správním deliktem spočívajícím v uzavření smlouvy na hlavní plnění, o němž již rozhodl.

S ohledem na uvedené proto krajský soud rozhodl podle § 78 odst. 1 s.ř.s. tak, že napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení (§ 78 odst. 4 s.ř.s.), ve kterém bude na předsedovi žalovaného, aby znovu rozhodl o výši ukládané sankce za oba nyní řešené správní delikty tak, že v případě správního deliktu spočívajícího v uzavření dodatku č. 2 přihlédne k tomu, že již uložil sankci za správní delikt spočívající v uzavření původní smlouvy na hlavní plnění, který byl s výše uvedeným deliktem ve vícečinném souběhu, a aby neukládal sankci za spáchání více správních deliktů, které však vůbec v souběhu nebyly. Krajský soud připomíná, že v dalším řízení je žalovaný v souladu s ust. § 78 odst. 5 s.ř.s. vázán právním názorem vysloveným ve zrušujícím rozsudku. Vzhledem k tomu, že výše uvedené může být napraveno v řízení o rozkladu, krajský soud současně nezrušil i prvostupňové rozhodnutí. Krajský soud nerozhodoval ani o žalobcem navržené moderaci uložené pokuty, neboť dovedl, že tato byla stanovena nezákonně a napadené rozhodnutí proto zrušil.

VI. Náklady řízení

O náhradě nákladů řízení krajský soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s.ř.s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce byl ve věci úspěšný (napadené rozhodnutí bylo zrušeno), a proto má právo na náhradu nákladů řízení.

Za důvodně, účelně vynaložené náklady vzal krajský soud zaplacený soudní poplatek ve výši 3 000 Kč (za žalobu, nikoli i za návrh na přiznání odkladného účinku žalobě, který byl zamítnut usnesením ze dne 12. 11. 2012, č. j. 30 Af 104/2012 – 2012) a dále náklady na tyto úkony právní služby: příprava a převzetí zastoupení (§ 11 odst. 1 písm. a) vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, ve znění pozdějších předpisů) a sepis žaloby (§ 11 odst. 1 písm. d) citované vyhlášky) po 3 100 Kč dle § 9 odst. 4 písm. d) citované vyhlášky. Za úkony právní služby jde tedy o částku 6 200 Kč, k níž je nutné připočíst hotové výdaje podle § 13 odst. 3 advokátního tarifu ve výši 2 x 300 Kč, což činí dohromady 6 800 Kč. Tato částka se dále zvyšuje o 21 % DPH, neboť zástupkyně žalobce je advokátkou ve společnosti, která soudu doložila, že je plátcem této daně. Celkové náklady řízení tak dosáhly výše 11 228 Kč.

P o u ě n í : Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 8. 10. 2015

Mgr. Milan Procházka, v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Jaroslava Předešlá