



UOHSX00COB2Z

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0141/2019/VZ-28841/2019/322/DJa

Brno 21. října 2019

V řízení o rozkladu ze dne 6. 8. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne obviněným –

- **město Varnsdorf**, IČO 00261718, se sídlem Nám. E. Beneše 470, 407 47 Varnsdorf, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 31. 5. 2019 JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem, ev. č. ČAK 11323, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j.ÚOHS-S0149/2019/VZ-19913/2019/542/MKd ze dne 22. 7. 2019, vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, obviněným v souvislosti s veřejnou zakázkou s názvem „**Nájem systémů pro měření rychlostí na pozemních komunikacích včetně příslušného software pro správu a zpracování přestupků**“, která byla zadávána jako veřejná zakázka malého rozsahu a na kterou byla na základě výzvy k podání nabídky ze dne 3. 8. 2017 uzavřena s dodavatelem Water Solar Technology Ltd., registrační číslo 7113037, se sídlem Manchester, 6 Bexley Square, M3 6BZ, Spojené království Velké Británie a Severního Irska, odštěpný závod Water Solar Technology Ltd. - branch, organizační složka, IČO 29041643, se sídlem Bořivojova 878/35, 130 00 Praha 3, dne 20. 9. 2017 smlouva o nájmu měřicích zařízení,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0149/2019/VZ-19913/2019/542/MKd ze dne 22. 7. 2019,

**r u š í m**

a věc

**v r a c í m**

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> k doзору nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, jakož i k projednání přestupků podle zákona, včetně ukládání pokuty za jejich spáchání, obdržel dne 28. 2. 2019 podnět k prošetření postupu obviněného – město Varnsdorf, IČO 00261718, se sídlem Nám. E. Beneše 470, 407 47 Varnsdorf, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 31. 5. 2019 JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem, ev. č. ČAK 11323, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4 (dále jen „**zadavatel**“ nebo „**obviněný**“) v souvislosti s veřejnou zakázkou s názvem „Nájem systémů pro měření rychlostí na pozemních komunikacích včetně příslušného software pro správu a zpracování přestupků“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), která byla zadávána jako veřejná zakázka malého rozsahu (dále jen „**VZMR**“) a na kterou byla na základě výzvy k podání nabídky ze dne 3. 8. 2017 (dále jen „**výzva**“) uzavřena dne 20. 9. 2017 smlouva o nájmu měřicích zařízení (dále jen „**smlouva o nájmu**“) s vybraným dodavatelem Water Solar Technology Ltd., registrační číslo 7113037, se sídlem Manchester, 6 Bexley Square, M3 6BZ, Spojené království Velké Británie a Severního Irska, odštěpný závod Water Solar Technology Ltd. - branch, organizační složka, IČO 29041643, se sídlem Bořivojova 878/35, 130 00 Praha 3 (dále jen „**vybraný dodavatel**“).

---

<sup>1</sup> Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 27 písm. a) zákona v návaznosti na § 273 zákona.

2. Z článku 3. „PŘEDMĚT ZAKÁZKY“ výzvy vyplývá, že obviněný určil předmět plnění veřejné zakázky následovně: nájem systémů pro měření rychlostí na pozemních komunikacích a k tomu příslušný software pro správu a zpracování přestupků (zjištěných s využitím těchto zařízení městskou policií) a zároveň podpora či zajištění činností - zajištění povolení pro instalaci měřicích zařízení, instalace měřicích zařízení a metrologické ověření zařízení (primární i periodické), zprovoznění měřicích zařízení pro práci městské policie a proškolení pracovníků městské policie pro práci se zařízeními, zavedení IS správy přestupků z automatizovaného měření do prostředí obviněného, zpřístupnění IS správy přestupků z automatizovaného měření pro vybrané uživatele z řad městské policie a správního orgánu obviněného, uživatelská podpora pracovníků městské policie a správního orgánu obviněného v rámci práce s IS správy přestupků z automatizovaného měření (v minimálním rozsahu 1 MDs/měsíc), legislativní maintenance IS správy přestupků z automatizovaného měření, řešení problémů s provozem IS správy přestupků z automatizovaného měření a měřicích zařízení ve smyslu opravy chyb a nefunkčnosti systému jako celku včetně profylaxe systému a pravidelného servisu měřicích zařízení.
3. Ve lhůtě pro podání nabídek obviněný obdržel celkem 2 nabídky, přičemž dne 8. 9. 2017 rozhodl na základě kritéria nejnižší nabídkové ceny o výběru nabídky vybraného dodavatele, s nímž uzavřel smlouvu o nájmu.
4. V bodě 2.1 článku 2. smlouvy o nájmu je uvedeno, že předmětem smlouvy je závazek pronajímatele „i. instalovat a pronajmout Nájemci tři zařízení pro měření rychlosti na pozemních komunikacích (dále „Měřicí zařízení“), která jsou podrobně specifikována v Příloze č. 1, ii. poskytnout a integrovat software pro správu a zpracování přestupků z automatizovaného měření (dále „SDP“) do prostředí Nájemce, přičemž požadavky na software a rozsah integrací jsou podrobně specifikovány v Příloze č. 2, iii. průběžně poskytovat (i) výpočetní výkon a diskový prostor pro chod SDP (zabezpečené datové centrum včetně potřebných licencí operačních systémů a databází, (ii) uživatelskou podporu, (iii) legislativní maintenance a (iv) servisní služby (dále vše společně jako „Služby“), které jsou podrobně specifikovány v Příloze č. 3, a iv. poskytnout další služby související se zajištěním instalace a provozu Měřicích zařízení a SDP, které jsou specifikovány níže v této Smlouvě.“.
5. V bodě 4.1 článku 4. smlouvy o nájmu se uvádí, že „[o]dměna Pronajímatele za Předmět plnění je sjednána následovně: Pronajímatel má nárok na částku 300,- Kč bez DPH za každé jedno měření, přičemž jedním měřením se rozumí automatické (...) předání takových dat o jednom měření z Měřicího zařízení do SDP, která splňují provozní parametry nastavené Nájemcem pro detekci přestupků (...) a obsahují veškerá data (...) o měření (...) umožňující následné vyhodnocení a řešení přestupku překročení maximální povolené rychlosti na úrovni městské policie a správního orgánu v souladu s platnými právními předpisy (...). Pronajímatel bude Odměnu za měření krát počet měření (dle parametrů shora) účtovat souhrnně za každý jeden ukončený kalendářní měsíc (...) počínaje měsícem, ve kterém bude spuštěn produkční provoz měřicího zařízení a požadovaného SW (SDP).“.
6. V bodě 4.5 článku 4. smlouvy o nájmu je mimo jiné uvedeno, že „[n]ájemce se zavazuje hradit Odměnu měsíčně zpětně na základě doručené faktury (...) s tím, že výše Odměny, tj. fakturované částky v příslušném měsíci bude stanovena Pronajímatelem na základě výpočtu uvedeného v článku 4.1 této Smlouvy“.

7. V bodě 7.1 článku 7. smlouvy o nájmu se uvádí, že „[t]ato Smlouva je uzavřena na dobu 24 měsíců ode dne jejího podpisu oběma Smluvními stranami“. V bodě 7.2 je dále uvedeno, že „[t]ato Smlouva se ukončuje automaticky v případě, že fakturované Odměny dosáhnou v souhrnu částky 1.000.000 Kč“.
8. Na profilu zadavatele dostupném na internetové adrese [https://zakazky.varnsdorf.cz/contract\\_\\_55.html](https://zakazky.varnsdorf.cz/contract__55.html) obviněný uvedl, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 1 000 000 Kč bez DPH.
9. Na základě smlouvy vystavil dne 14. 8. 2018 vybraný dodavatel obviněnému fakturu č. 181052 za 59 793 změřených přestupků na částku 17 937 900 Kč bez DPH.

## II. Napadené rozhodnutí

10. Dne 22. 7. 2019 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0149/2019/VZ-19913/2019/542/MKd (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I. rozhodl, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v souvislosti s veřejnou zakázkou porušil pravidlo pro zadávání veřejných zakázek stanovené v § 2 odst. 3 zákona, když předmětnou nadlimitní veřejnou zakázku zadal v důsledku nesprávně stanovené předpokládané hodnoty mimo zadávací řízení a nezadal ji v nadlimitním režimu podle části čtvrté zákona, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele, a uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu o nájmu.
11. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 400 000 Kč.
12. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč.
13. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že obviněným popsaný průzkum trhu nelze s přihlédnutím k jeho nedostatkům (viz body 90. až 94. odůvodnění napadeného rozhodnutí) pokládat za řádně provedený tak, aby mohl být považován za důvěryhodný a relevantní podklad pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Úřad dále uvedl, že pokud by totiž obviněný z deklarováného průzkumu trhu při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky skutečně vycházel, muselo by mu být nejpozději v okamžiku obdržení, resp. otevření nabídek dodavatelů, tj. 17. 8. 2017 zřejmé, že k překročení stanovené předpokládané hodnoty může dojít již zhruba po třech měsících (viz bod 98. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Dle Úřadu bylo zjevné, že odhad obviněného neodpovídal reálnému stavu, když konečná fakturovaná částka překročila obviněným stanovený limit (1 000 000 Kč) během pouhých tří měsíců téměř osmnáctkrát, a dosáhla tedy částky 17 937 900 Kč, tudíž se nemohlo jednat o VZMR. Úřad dále konstatoval, že postup obviněného mohl ovlivnit výběr dodavatele, neboť nelze vyloučit možnost, že pokud by obviněný postupoval při zadávání veřejné zakázky v zákonem stanoveném režimu, mohl obdržet další (výhodnější) nabídky od jiných dodavatelů. Dle Úřadu se obviněný svým postupem vyhnul obsáhlejší povinností pro zadávání veřejné zakázky dle zákona, čímž narušil hospodářskou soutěž (ať již potenciálně, či reálně), a to bez ohledu na to, zda k tomuto došlo úmyslně či nikoliv.

14. Úřad tak shledal, že se obviněný dopustil přestupku, jak je ve výroku I. napadeného rozhodnutí definován, za což mu uložil pokutu ve výši 400 000 Kč. Před uložením pokuty si Úřad ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 5 zákona. Úřad dospěl k závěru, že v posuzovaném případě odpovědnost obviněného za přestupek nezanikla, tudíž přihlédl k okolnostem, za kterých byl přestupek spáchán, k jeho následkům a způsobu spáchání. Úřad též ověřil, že v posuzovaném případě není přestupek obviněného v souběhu s žádnými dalšími přestupky. Rovněž Úřad přihlédl i k ekonomické situaci obviněného. Dále Úřad uložil povinnost uhradit náklady řízení.

### III. Námitky rozkladu

15. Dne 6. 8. 2019 byl Úřadu proti napadenému rozhodnutí doručen rozklad obviněného z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo obviněnému doručeno dne 22. 7. 2019. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

#### *Námitky obviněného týkající se stanovení předpokládané hodnoty*

16. Obviněný uvádí, že měl v úmyslu sjednat pouze krátkodobý smluvní vztah, od počátku připravoval předmět VZMR jako pilotní projekt a bylo nejisté, zda bude po ukončení tohoto projektu v měření přestupků pokračováno. Dle obviněného krátkodobost projektu vyplývá ze smlouvy o nájmu, ve které byla doba plnění sjednána do naplnění finančního limitu ve výšce 1 000 000 Kč. K tomu obviněný uvádí, že ačkoliv byla smlouva o nájmu sjednaná na 24 měsíců, tak reálná doba plnění byla limitována sjednaným finančním rozsahem, po jehož naplnění došlo automaticky k ukončení smlouvy o nájmu. Proto obviněný odmítá tvrzení Úřadu v bodu 97. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že stanovení předpokládané hodnoty je „čistě formalistické“ a stanovení maximální hranice pouze „alibistické konstatování“. Dle obviněného „*definování předmětu plnění cestou maximální hodnoty plnění je zcela standardní smluvní nástroj, který vyjadřuje vůli stran zavázat se pouze do určitého finančního limitu.*“. Obviněný se tak neztotožňuje s názorem Úřadu, že měl stanovit předpokládanou hodnotu formou pevně stanovené částky na dobu 24 měsíců, neboť obviněný měl v úmyslu odebírat plnění pouze v určitém rozsahu, a to po dobu, která bude k naplnění tohoto rozsahu potřebná.

17. Obviněný je přesvědčen, že Úřad měl stanovení limitní částky zohlednit jako polehčující okolnost při stanovení výše pokuty.

#### *Námitky obviněného ohledně průzkumu trhu*

18. Obviněný má za to, že k přípravě VZMR přistupoval svědomitě a na základě průzkumu trhu dospěl k takovému výslednému očekávanému průměrnému počtu přestupků za měsíc, jenž dle jeho tvrzení vedl k přesvědčení, že bude možné v rámci finančního limitu realizovat testovací měření po dobu 3 měsíců. V této souvislosti obviněný zmiňuje, že si zvolil finanční limit pouze do poloviny maximálního zákonného limitu ve smyslu § 27 písm. a) zákona, aby si vytvořil dostatečnou rezervu pro případ neočekávaného nárůstu, a aby tak zabránil případnému porušení zákona. Podle názoru obviněného Úřad k této skutečnosti jako k polehčující okolnosti nepřihlédl.

19. Obviněný nesouhlasí s výtkou Úřadu týkající se výběru jiných zadavatelů pro účely provedení průzkumu trhu. Obviněný je přesvědčen, že správně oslovil města podobná městu Varnsdorf z hlediska velikosti a hustoty provozu, přičemž však podotýká, že ideálně srovnatelné město

z hlediska velikosti, sociálního složení obyvatelstva a umístění na trojmezí tří států neexistuje. Obviněnému není zřejmé, z čeho Úřad dovodil, že průzkum trhu byl obviněným proveden povrchně.

20. Obviněný zdůrazňuje, že připravoval VZMR, tedy nejméně formalizovaný postup v rámci výjimky ze zákona, tudíž zvolené metody průzkumu odpovídaly tomuto neformálnímu postupu a minimální výši předpokládané hodnoty. Obviněným získané výsledky potvrzovaly záměr realizovat VZMR, tedy neměl důvody hledat další zdroje informací pro stanovení předpokládané hodnoty. Podle názoru obviněného nebylo možné reálný počet přestupků zjistit ani s vynaložením veškeré myslitelné péče obviněného Úřad tak nepřihlížel k tomu, zda bylo reálně zjistit tento budoucí vývoj s dostatečnou mírou přesnosti.
21. Obviněný má za to, že Úřad nezohlednil polehčující okolnost, že obviněný provedl průzkum trhu a že byl přestupek spáchán v důsledku zcela nepředvídaného nárůstu naměřených pokut oproti referenčním městům, tedy v důsledku objektivně nepředvídané okolnosti.

*Námítky obviněného směřující k domnělému úmyslnému jednání*

22. Dle názoru obviněného Úřad už od počátku podsouvá obviněnému, že neměl v úmyslu respektovat sjednaný maximální finanční limit 1 000 000 Kč. Obviněný se důrazně ohraduje proti závěru Úřadu, že ke spáchání přestupku došlo vědomě a úmyslně, k němuž Úřad dospěl na základě předpokládané výše výdajů na smlouvu o nájmu měřicích zařízení ve výši 3 000 000 Kč dle rozpočtu obviněného na rok 2018. Obviněný uvádí, že návrh rozpočtu pro něj není závazný a tedy považuje tento argument Úřadu za irelevantní, stejně jako skutečnost, že bez výhrad fakturu vystavenou vybraným dodavatelem na částku mnohonásobně překračující sjednaný limit proplatil, neboť byl dle svého tvrzení vázán smlouvou. Obviněný má za to, že Úřad měl považovat za polehčující okolnost tu skutečnost, že ke spáchání přestupku nedošlo úmyslně, nýbrž v důsledku nedostatečné připravenosti smluvních ujednání pro případ nepředvídatelného počtu přestupků (tedy „nešikovnosti“ obviněného).

**Závěr rozkladu**

23. Obviněný navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení o přestupku zastavil.

**IV. Doplnění rozkladu**

24. Dne 28. 8. 2019 Úřad obdržel od zadavatele doplnění k rozkladu. V doplnění rozkladu obviněný zejména shrnuje a opakuje argumenty uvedené již v rozkladu. Obviněný mimo jiné uvádí, že se do situace překročení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a stanoveného limitu pro vyčerpání odměny dle smlouvy o nájmu obviněný nedostal žádným porušením zákona (nastavením obchodních podmínek, špatně určenou předpokládanou hodnotu nebo špatně určeným odhadovaným počtem přestupků). Dle obviněného jediným důvodem, proč fakturovaná částka překročila limit VZMR, byla skutečnost, kdy technickoprocením problémem, který nemohl nikdo předvídat, se obviněný dostal do situace, že nebylo možné získat relevantní data pro fakturaci (zjistit počet validních měření a toto fakturovat ze strany vybraného dodavatele). Obviněný je přesvědčen, že kdyby bylo technicky možné měřit počet validních měření, tak ihned první měsíc poskytované služby by obviněný zjistil, že jeho relevantní odhad validních měření byl nastaven nevhodně a smlouvu o nájmu by ukončil

v souladu s rozvazovací podmínkou při překročení stanoveného limitu. Dle obviněného mu nelze dávat za vinu, že zkolaboval technický systém, který měl fungovat a být kompatibilní s navrženým řešením, a proto ani nemohl porušit zákon. Obviněný má za to, že se Úřad tímto zásadním vlivem kolapsu IT systému v napadeném rozhodnutí nezabýval.

25. Dále obviněný uvádí, že přitěžující okolnost definovaná Úřadem tak, že mohly být obdrženy výhodnější nabídky od jiných dodavatelů, byla z velké části vyvrácena navazujícím nadlimitním výběrovým řízením, které za stejných podmínek vyhrál vybraný dodavatel. Obviněný je nadále přesvědčen, že jeho postup při stanovení předpokládané hodnoty VZMR byl zcela transparentní a zákonný.

#### V. Řízení o rozkladu

26. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

#### Stanovisko předsedy Úřadu

27. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 98 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „**zákon o přestupcích**“) přezkoumal správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí v plném rozsahu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
28. Tímto přezkumem bylo zjištěno, že napadené rozhodnutí je třeba zrušit. Ačkoliv je totiž napadené rozhodnutí v otázce, zda se obviněný dopustil přestupku, věcně správné a souladné se zákonem, při výměře správního trestu Úřad již pochybil, neboť nevedl společné řízení a neaplikoval zásadu absorpce („*poena maior absorbet minorem*“).

#### VI. K námitkám rozkladu

##### *K námitkám obviněného týkajících se stanovení předpokládané hodnoty*

29. Jedním ze základních úkonů, které musí každý zadavatel v rámci přípravy zadávacího řízení provést, je stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Správné stanovení předpokládané hodnoty je totiž nezbytné pro volbu druhu zadávacího řízení a následující řádné provedení zadávacího řízení, proto je nutné věnovat této části přípravy postupu zadavatele odpovídající pozornost. Předpokládanou hodnotu je třeba stanovit k okamžiku zahájení zadávacího řízení. Zadavatel je povinen (právě s poukazem na § 16 odst. 5 zákona) předpokládanou hodnotu, kterou si zadavatel stanovil na začátku přípravných prací, ještě k okamžiku zadávání VZMR ověřit. Lze tak říct, že zadavatel by měl vyhodnotit předpokládanou hodnotu dvakrát, tedy poprvé ve fázi rozhodnutí o zahájení zadávání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, a podruhé z důvodu ověření správnosti svého postupu k okamžiku zamýšleného uzavření smlouvy, jelikož v této době již zná veškeré proměnné pro zadání veřejné zakázky, zejména nabídkové ceny jednotlivých dodavatelů. Tedy právě

v tomto okamžiku musí předpokládaná hodnota odpovídat zákonným finančním limitům platným pro VZMR.

30. V posuzovaném případě obviněný stanovil předpokládanou hodnotu ve výši 1 000 000 Kč. Ve smyslu § 27 písm. a) zákona pak je zakázka s takovou předpokládanou hodnotou zakázkou malého rozsahu. Stanovení předpokládané hodnoty však nemůže být pouze formální, ale musí odpovídat realitě a zadavatel v tomto případě musí prokázat, že ji stanovil s řádnou péčí. *„Důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nese ten, kdo se jich dovolává, tj. zadavatel“* (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 13. 1. 2015, č. j. 62 Af 95/2013-74). Způsob, jakým může zadavatel stanovit předpokládanou hodnotu veřejné zakázky je popsán v § 16 zákona, přičemž v odstavci 5 téhož ustanovení je uvedeno, že se předpokládaná hodnota stanoví k okamžiku zahájení zadávacího řízení, nebo k okamžiku zadání veřejné zakázky, pokud nebyla zadána v zadávacím řízení. Zákonodárce zde zřetelně rozlišil okamžik, ke kterému je zadavatel povinen vyhodnotit správnost svého odborného odhadu. Je tomu tak proto, že v případě sporu bude přihlíženo i ke změnám, ke kterým dojde v době mezi přípravou veřejné zakázky a zadáním (například pohybu cen na trhu). Pokud by mělo dojít k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, která byla původně vyhodnocena jako VZMR, avšak průběh kontraktačního procesu směřuje ke vzniku závazku v hodnotě, která přesahuje finanční limit pro možnost jejího využití, musí zadavatel stanovit předpokládanou hodnotu k okamžiku uzavření smlouvy (viz. HERMAN, P; FIDLER, V a kol. Komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016, str. 43)
31. S ohledem na výše byl obviněný před uzavřením smlouvy o nájmu s vybraným dodavatelem povinen ověřit, zda cena obsažená ve smlouvě o nájmu spolu s výsledky provedeného průzkumu trhu a předpokládanou délkou trvání smlouvy o nájmu neatakuje reálné splnění zákonných limitů pro VZMR. Pokud by to obviněný učinil, pak již v okamžiku uzavření smlouvy o nájmu musel na základě všech již známých či odhadovaných proměnných dojít k závěru, že byť předpokládá plnění smlouvy o nájmu až na rok, pak i s počtem měření v jím dotazovaných městech dojde k překročení limitu 1 000 000 Kč pravděpodobně již po třech měsících. Současně je na zadavateli, aby si řádně nastavil pro takové případy i způsob ukončení smlouvy (jak bude pojednáno dále) a ostatní navazující skutečnosti, které mu umožňují kontrolovat a zajistit, aby nedošlo k překročení zákonných limitů pro VZMR z důvodu nepředpokládaného průběhu plnění. Obzvláště pokud sám tvrdí, že s takou zakázkou nemá zkušenosti a jde o pilotní projekt.
32. V této souvislosti uvádím závěry učiněné v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 23/2018 – 422 ze dne 19. 12. 2018, ve kterém soud uvedl, že *„v situaci, kdy zadavatel na základě nedostatečně podloženého odhadu předpokládaného příjmu koncesionáře dospěl k částce blízké se k limitní hranici pro koncesi malého rozsahu, i při zohlednění skutečnosti, že objem provolaných minut nelze v okamžiku zadání koncese stoprocentně předvídat, nemohl spolehlivě vyloučit, že předpokládaný příjem limitní hranici dle § 5 odst. 2 koncesního zákona překročí.“*
33. Rovněž z judikatury správních soudů vyplývá *„[m]á-li zadavatel pochybnosti o tom, zda předmět plnění představuje jednu či více samostatných veřejných zakázek či pokud se předpokládaná hodnota předmětu veřejné zakázky blíží či je na prahu hodnot podle § 12 zákona o veřejných zakázkách, měl by zvolit „přísnější“ způsob zadání, resp. posoudit takovou*



veřejnou zakázku dle vyšší hranice prahové hodnoty, neboť tím se vyhne porušení zákona o veřejných zakázkách a případné sankci.“ (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29. 7. 2014, č. j. 29 Af 81/2012- 66). I když se výše citované rozsudky vztahují ke koncesi malého rozsahu v přechodí právní úpravě, lze tyto závěry vztáhnout i na nyní posuzovaný případ.

34. Lze tak říct, že pokud obviněný hodlal využít výjimku ze standardního zadávacího řízení a zadat VZMR mimo režim zákona, byl povinen oprávněnost tohoto postupu náležitě doložit a prokázat, že při stanovení předpokládané hodnoty postupoval v souladu se zásadami, na nichž zákon spočívá, s péčí řádného hospodáře a že svůj postup má náležitě podložen. Obviněný neprokázal, že by jim provedený průzkum trhu byl dostatečně pečlivý např. i proto, že nikde neuvedl, jak došel k předpokládanému počtu přestupků v jím uvedeném průzkumu trhu a jakou cenu na jedno měření v takovém výpočtu reflektoval.
35. V rozkladu obviněný argumentuje, že v posuzovaném případě šlo o pilotní projekt, a jeho krátkodobost ujednání vyplývá ze smlouvy o nájmu, neboť ta byla uzavřena na dobu 24 měsíců anebo do vyčerpání částky za poskytnuté služby ve výši 1 000 000 Kč bez DPH, a to podle toho, která podmínka nastane dříve. Tvrzení obviněného ohledně krátkodobosti projektu není pro daný případ relevantní, neboť i krátkodobé projekty mohou přesáhnout limity VZMR, k čemuž došlo právě i v tomto případě.
36. K dalšímu tvrzení obviněného ohledně způsobu stanovení předpokládané hodnoty uvádím, že Úřad v napadeném rozhodnutí nediktuje obviněnému, jakým způsobem si měl stanovit předpokládanou hodnotu, tedy zda formou pevně stanovené částky na dobu 24 měsíců, nebo formou úhrady pevně stanovené částky za každý zaznamenaný přestupek. Úřad pouze v bodu 89. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že se obviněným nastavenou předpokládanou hodnotou (viz bod 5. tohoto rozhodnutí) vystavil riziku nesprávného odhadu celkové konečné předpokládané hodnoty veřejné zakázky. K tomu uvádím, že obviněný měl nejpozději v okamžiku obdržení nabídek dodavatelů ještě přehodnotit svůj odhad, neboť z nabídky vybraného dodavatele zjistil skutečnou nabízenou cenu za jeden změřený přestupek, která činila 300 Kč bez DPH, a která byla následně sjednána ve smlouvě o nájmu (viz bod 4.1 článku 4. smlouvy o nájmu). Obviněný měl věnovat veškerou pozornost při stanovení předpokládané hodnoty nejenom k okamžiku přípravných prací, ale zejména k okamžiku zadání, resp. ke dni uzavření smlouvy na veřejnou zakázku. Z nabídky vybraného dodavatele vyšlo po matematickém výpočtu najevo, že k překročení částky 1 000 000 Kč bez DPH může dojít již zhruba po třech měsících od uzavření smlouvy o nájmu. Je tak evidentní, že odhadovaná cena za pronájem měřicího zařízení na 24 měsíců se již nejpozději k okamžiku zjištění nabídkové ceny jevila jako nereálná. Z toho důvodu Úřad dospěl k závěru, že obviněný stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky pouze „čistě formalisticky“.
37. Nad rámec toho uvádím, že tvrzení obviněného ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, že jde o „*plnění, které je měsíc, co měsíc, téměř stejné*“, je nepodložené. Každý měsíc může být naměřen měřicím zařízením vysoce rozdílný počet přestupků. Např. měsíc, kdy je měřicí zařízení nově nainstalováno v obci a řidiči o tomto měřicí zařízení ještě nemají povědomost, je větší pravděpodobnost, že se dopustí více přestupků jako v dalších následujících měsících po nainstalování toho zařízení, kdy si řidiči již budou dávat větší pozor na svoji rychlost. Anebo v měsíci, ve kterém jsou např. vánoční svátky je předpoklad zvýšeného provozu, tudíž možného zvýšení naměřených přestupků. Tvrzení obviněného, že se jedná o stejné plnění

každý měsíc, vyvrací další jeho tvrzení ohledně těžce dopředu odhadnutelné ceny veřejné zakázky (zde počet přestupků za měsíc). Obviněný při vědomí nepředvídatelnosti počtu přestupků mohl už z důvodu opatrnosti zadat veřejnou zakázku v zákonem vymezeném druhu zadávacího řízení.

38. K formulacím ve smlouvě o nájmu se Úřad správně vyjádřil v bodě 100. odůvodnění napadeného rozhodnutí, ve kterém uvedl, že obviněný ve smlouvě o nájmu dostatečně nezajistil automatické ukončení smlouvy o nájmu ihned po přečerpání částky 1 000 000 Kč. V článku 7. v bodě 7.2 smlouvy o nájmu je uvedeno, že *„[t]ato Smlouva se ukončuje automaticky v případě, že fakturované Odměny dosáhnou v souhrnu částky 1.000.000 Kč“*.
39. Z tohoto smluvního ustanovení vyplývá, že k zániku závazků ze smlouvy dochází tím, že je **vyfakturována** částka dosahující výše 1 000 000 Kč. Tuto podmínku nepochybně splňuje i taková faktura, kterou je fakturována částka vyšší. Podmínkou ukončení smluvního vztahu tedy není fakt, že vybranému dodavateli vznikne podle hmotného práva pohledávka ve výši 1 000 000 Kč, ale že je tato pohledávka vybraným dodavatelem vyfakturována. Mimo jiné to znamená, že pokud vinou technického nebo lidského faktoru nedojde k fakturaci relevantních měření, smlouva automaticky nezanikne. Předmětné ujednání tak nemá dostatečný preventivní účinek, neboť neznamená, že naměřením přestupků, které by znamenalo přesažení sjednaného limitu odměny, by smluvní vztah zanikl. Je k tomu třeba ještě splnění dalších podmínek, tedy zejména že se vybraný dodavatel od obviněného dozví (tedy z dat zpřístupněných prostřednictvím integrovaného software pouze městské policii Varnsdorf), že bylo učiněno příslušné relevantní měření, a že vybraný dodavatel svoji odměnu skutečně vyfakturuje. Pokud k tomu nedojde, není splněna podmínka pro automatický zánik smluvního vztahu, který tak trvá dál. Pokud se tedy obviněný snažil zamezit překročení limitu VZMR, nezvolil k tomu efektivní prostředek. Jelikož si obviněný smluvní podmínky nenastavil dostatečně obezřetně, aby vyčerpáním částky 1 000 000 Kč byla smlouva o nájmu automaticky ukončena, čímž se dostal se do situace, kdy zaplatil téměř osmnáctkrát více, než si původně ve smlouvě o nájmu stanovil. Proto zde není prostor přemýšlet o polehčující okolnosti, že obviněný nastavil předpokládanou hodnotu v limitní částce nebo, že nastavil předpokládanou hodnotu pouze do poloviny finančního limitu.
40. Dále nelze souhlasit s tvrzením obviněného v doplnění rozkladu, že se Úřad nezabýval v napadeném rozhodnutí technickým kolapsem IT systému. Úřad tuto skutečnost správně považoval za nerelevantní a nic neměnicí na skutečnosti, že byl postupem obviněného porušen zákon. V bodě 100. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že mu není zřejmé, *„proč obviněný vázal začátek fakturace na spuštění produkčního provozu, nezakomponoval do zadávacích podmínek resp. podmínek výběrového řízení požadavek na spuštění obou částí předmětu plnění současně coby podmínky fakturace.“*. Z této citace napadeného rozhodnutí je zřejmé, že zde (ani ze žádného jiného bodu odůvodnění napadeného rozhodnutí) neplyne, že by Úřad obviněnému dával za vinu, že zkolaboval technický systém. Úřad pouze upozornil na tu skutečnost, že obviněný zformuloval smluvní podmínky neobezřetně, když připustil, aby samotné měření bylo spuštěno dříve, než byl do provozu uveden software sloužící ke zpracování měření.
41. Pokud jde o námitku kolapsu softwarového řešení, resp. toho, že fakturovaná částka překročila limitu VZMR z důvodu technicko-procesního problému, je třeba ji posuzovat v souvislosti s tím, co obviněný uvedl ve svém vyjádření ze dne 14. 6. 2019. Tam obviněný

mimo jiné uvádí: „(...) systém pro automatizované měření je složen ze dvou základních částí. První část je vlastní měřící zařízení, v němž je technologie, která kódovaně zaznamenává naměřené přestupky. Tyto záznamy jsou následně přenášeny do druhé základní součásti systému, a to do software, který měl být integrován do stávajícího informačního systému zadavatele. **Data, která jsou získaná první částí systému v rámci měření, jsou zakódovaná, přičemž z důvodu dodržení povinností zadavatele vyplývajících z právních předpisů mohou být tato data zpřístupněna prostřednictvím integrovaného software pouze městské policii Varnsdorf. Vybraný dodavatel tak k těmto datům nemá přístup.** (...) Přestože montáž a zprovoznění obou částí systému bylo prováděno současně, tak první část zařízení, tj. **zařízení, které měří a kódovaně zaznamenává přestupky, bylo ověřeno a zprovozněno dne 26. 4. 2018. Od té doby se v paměťové jednotce zařízení ukládaly v zakódované podobě zjištěné přestupky bez možnosti jejich dekódování, tedy bez možnosti určení počtu a také bez možnosti určení validity měření.** Tato uložená data přitom v souladu se smlouvou a právními předpisy byly oprávněny přijmout pouze osoby z řad městské policie, pouze tyto byly oprávněny dekódovat měření a určit počty měření a především určit, zda jde o měření validní, a tedy započitatelná do fakturace za poskytnuté systémy a služby spojené s údržbou systémů. Tento postup přitom šlo uskutečnit pouze prostřednictvím integrovaného software, tedy druhou částí systému. (...) Souběžně s instalací měřících zařízení probíhala instalace softwarové části systému a integrace na ostatní systémy radnice (...) **přes veškerou snahu zadavatele se nepodařilo úspěšně předmětnou integraci dokončit ve stejném termínu jako instalaci měřících zařízení.** (...) Bez řádné integrace, díky níž by došlo k plnému zprovoznění software pro dekódování a zpřístupnění dat, nebylo možné software ze strany města převzít, a již realizovaná data vyhodnotit. (...) I přes veškerou snahu zadavatele, jehož možnosti však byly omezené, se kompletní propojení všech nutných systému podařilo nejdříve v červenci 2018. (...) **S ohledem na data získaná průzkumem trhu nemohl zadavatel jakkoli predikovat, že zpoždění s integrací software v řádu 2 až 3 měsíců bude mít tak zásadní důsledky na celkový objem plnění.** Zadavatel totiž nemohl předpokládat, že počty přestupků na měřících zařízeních budou mnohonásobně větší, než na jiných obdobných zařízeních u jiných měst.“ (pozn. zvýraznění doplněno předsedou).

42. Z uvedeného je zjevné, že ačkoliv reálná hodnota veřejné zakázky závisela na počtu reálně naměřených přestupků, obviněný dopustil, aby nastala situace, že měření přestupků započne, ale obviněný zároveň nebude mít přístup k informaci o počtu reálně naměřených přestupků. Nastavení podmínek přístupu obviněného k informacím o naměřených přestupcích muselo být obviněnému známo při sjednávání transakce. Vznik této situace byl plně v dispozici obviněného. Obviněný si měl ideálně nejprve ověřit, že jeho systémy jsou kompatibilní s dodávaným softwarovým řešením, a až teprve poté přistoupit ke zprovoznění měřícího zařízení. Takto by se vyhnul situaci, že mu mimo jeho kontrolu vzniknou závazky k úhradě odměny za relevantní měření. Spuštění měřícího zařízení bez současné možnosti zjistit, kolik relevantních měření bylo učiněno, bylo od obviněného neprozíravé.
43. Pokud jde o námitku, že nelze technicky zajistit migraci dat o naměřených přestupcích jinak než prostřednictvím vybraného dodavatele, pak je třeba uvést následující. Je na zadavateli, aby ošetřil, že bude mít potřebná data o naměřených přestupcích k dispozici v takovém formátu a čase, aby mohl podle požadavků kladených na něj právními předpisy vést řádně řízení o přestupku. Vedle toho je rovněž na zadavateli, aby při realizaci veřejného zadávání pečoval o zachování hospodářské soutěže o veřejnou zakázku a o hospodárné nakládání

s veřejnými prostředky (k tomu lze odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 4. 2012, č. j. 62 Af 61/2010-332).

*K námitkám obviněného ohledně průzkumu trhu*

44. K tvrzení obviněného v rozkladu, že od počátku připravoval VZMR jako pilotní projekt, a tedy neměl s obdobnými veřejnými zakázkami žádné zkušenosti, uvádím, že Úřad v bodě 90. odůvodnění napadeného rozhodnutí k vítuje postup obviněného, když přistoupil k průzkumu trhu s ohledem na nedostatek zkušeností s obdobnými veřejnými zakázkami.
45. V této souvislosti uvádím závěr z rozsudku Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) č. j. 10 As 192/2017 – 54 ze dne 5. 9. 2018: „*Nemůže stěžovatele omlouvat, že prozatím neměl s provozem poptávaných zařízení zkušenosti. Bylo jeho odpovědností jako zadavatele, aby rozsah této potřeby zjistil například průzkumem trhu nebo pokud by se skutečně jednalo o velmi specifické plnění, u něž by nebyl schopen tyto okolnosti zjistit předem, aby použil jiný druh zadávacího řízení, než otevřené řízení.*“. I když byl závěr v tomto rozsudku učiněn ve vztahu předchozí právní úpravě, lze ho analogicky vztáhnout i na současnou právní úpravu obsaženou v zákoně, neboť povinnost zadavatele stanovit předpokládanou hodnotu veřejné zakázky řádně jsou obdobné. Z důvodu, že šlo o zadání veřejné zakázky mimo režim zákona, měl obviněný ke stanovení předpokládané hodnoty přistupovat s veškerou opatrností, aby měl jistotu, že nepřekročí finanční limit pro VZMR. Je to právě zadavatel, kdo nese odpovědnost za způsob zadání veřejné zakázky.
46. Jak bylo výše uvedeno, obviněný provedl průzkum trhu, Úřad však v napadeném rozhodnutí učinil závěr o jeho povrchním provedení, což doložil i několika argumenty (viz body 90 - 98. odůvodnění napadeného rozhodnutí). V daném případě však není natolik zásadní to, kterých měst se obviněný v rámci průzkumu trhu dotazoval, ale jak i takto získané informace vyhodnotil. Úřad totiž při posuzování skutkového stavu vycházel jednak z neobezřetně nastavených smluvních podmínek, z údajů z průzkumu trhu, který předložil obviněný ve svém vyjádření ze dne 25. 4. 2019 a z údajů nabídky vybraného dodavatele, a dospěl k závěru, že v okamžiku obdržení nabídky vybraného dodavatele muselo být podle propočtů provedených na základě průzkumu trhu obviněnému zřejmé, že k překročení částky 1 000 000 Kč může dojít již zhruba po třech měsících měření (viz tabulka 98. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Obviněný tak mohl ještě v tomto okamžiku zjistit, že jeho odhad předpokládané hodnoty je nepřesný, a následně obviněný tak mohl upustit od zadání veřejné zakázky mimo režim zákona a zadat ji v standardním zadávacím řízení. Stěžejním tak pro Úřad byla ta skutečnost, že i když obviněný provedl průzkum trhu, vůbec na něj nehleděl a nevycházel ani z ceny uvedené v nabídce vybraného dodavatele a s rizikem, že po velmi krátké době může být překročena předpokládaná hodnota ve výši 1 000 000 Kč, zadal veřejnou zakázku mimo režim zákona, při současném nastavení smluvních podmínek, které nezaručovaly, že má dostatečně pod kontrolou, že limit pro VZMR nebude překročen.

*K námitkám obviněného směřující k domnělému úmyslnému jednání*

47. Za stanovení předpokládané hodnoty, z čehož pak vyplývá použití příslušného druhu zadávacího řízení, je odpovědný zadavatel. Rovněž zadavatel nese odpovědnost za zákonný průběh zadávacího řízení (zadavatel má i při zadání zakázky mimo režim zákona jako VZMR povinnost dodržet základní zásady uvedené v § 6 zákona). Úřad nemusel zkoumat, zda obviněný konal úmyslně při stanovování předpokládané hodnoty v rozporu

se zákonem či se pouze svou „nešikovností“ dostal do jeho rozporu. Přestupky dle zákona nejsou založeny na odpovědnosti za zavinění (úmysl či nedbalost), ale jsou koncipovány na objektivní odpovědnosti za následek, přičemž tak případné jednání z úmyslu nebo nedbalosti nemá na posouzení zákonnosti jednání obviněného žádný vliv. Úřad v bodě 106. odůvodnění napadeného rozhodnutí správně uvedl, že bez ohledu na to, zda postupoval úmyslně, či nikoli, došlo k porušení zákona.

48. Pokud jde o tvrzení obviněného, že návrh rozpočtu ve výši 3 000 000 Kč v souvislosti se smlouvou o nájmu měřících zařízení na rok 2018 nebyl pro něj závazný, tak k tomu uvádím, že Úřad ani netvrdil v napadeném rozhodnutí, že by obviněného tento rozpočet zavazoval. Úřad však zdůrazňuje tu skutečnost, že při tvorbě rozpočtu obviněný očekává výdaje ve výši 3 000 000 Kč na pronájem měřících zařízení, avšak již při stanovení předpokládané hodnoty počítal pouze s hodnotou 1 000 000 Kč. Obviněný při tvorbě rozpočtu musel mít alespoň okrajovou povědomost o tom, kolik výdajů bude potřeba pro nájem měřících zařízení, tedy nějaké základní informace jako např. kolik stojí pronájem měřícího zařízení nebo kolik takových zařízení by chtěl v obci nainstalovat. Nesrovnalost mezi částkou očekávaných výdajů na pronájem a stanovenou předpokládanou hodnotou nemohla zůstat Úřad bez povšimnutí a obviněný tuto nesrovnalost nijak nevysvětlil.
49. Vzhledem k výše uvedenému shrnuji, že výrok I. napadeného rozhodnutí je věcně správný, avšak při výměře správního trestu Úřad pochybil, neboť nevedl společné řízení a nesprávně aplikoval zásadu absorpce, jak bude odůvodněno níže.

## VII. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání

50. Dne 22. 7. 2019 Úřad vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0148/2019/VZ-19905/2019/542/MCi, které úzce souvisí s napadeným rozhodnutím. Po ukončení smlouvy o nájmu se obviněný snažil dle svého tvrzení o kontinuální zajištění bezpečnosti a plynulosti silničního provozu. Proto veřejnou zakázku se stejným předmětem jako v nyní posuzovaném případě zadal v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu krajně naléhavé okolnosti. Úřad i v tomto případě shledal, že se obviněný dopustil přestupku. Úřad však v bodě 124. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že v nyní projednávaném případě není přestupek obviněného v souběhu se žádnými dalšími přestupky. Jak bude odůvodněno níže, tento závěr Úřadu není správný. V dalších odstavcích bude vysvětleno, proč za oba přestupky nelze v tomto konkrétním případě nelze uložit souhrnný trest a proč je potřebné vést společné řízení.
51. Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“) v ustanovení § 43 upravuje trestání sbíhajících se trestných činů. Uvedené ustanovení stojí na zásadách absorpce („*poena maior absorbet minorem*“ – „přísnější trest pohlcuje mírnější“) a asperace („*poena maior cum exasperatione*“ – „přísnější trest se zostřením“). Odstavec 1 citovaného ustanovení upravuje institut úhrnného trestu, odstavec 2 potom institut trestu souhrnného.
52. Úhrnný trest spočívá v tom, že soud odsuzuje pachatele za dva nebo více trestných činů, přičemž mu uloží úhrnný trest podle toho ustanovení, které se vztahuje na trestný čin z nich nejpřísněji trestný, což představuje projev zásady absorpce. Jde-li o vícečinný souběh většího počtu trestných činů, může soud pachateli uložit trest odnětí svobody v rámci trestní sazby, jejíž horní hranice se zvyšuje o jednu třetinu. To představuje projev zásady asperace. Úhrnný

trest se ukládá v jednom řízení. K tomu lze odkázat na komentářovou literaturu: „*Předpokládá se zde spáchání nejméně dvou trestných činů jedním pachatelem, o nichž se rozhoduje buď v tomtéž trestním řízení (ukládá se úhrnný trest podle § 43 odst. 1), nebo postupně ve dvou samostatných trestních řízeních (ukládá se souhrnný trest podle § 43 odst. 2).*“ (PÚRY, František in: Šámal, P. a kol. Trestní zákoník, 2. vydání, Praha: C. H. Beck, 2012, 3614 s. Komentář k § 43.).

53. Souhrnný trest rovněž slouží k potrestání sbíhajících se trestných činů, avšak používá se v situacích, kdy o některých sbíhajících se trestných činech již byl vyhlášen rozsudek v jiném trestním řízení, než je to, ve kterém se souhrnný trest ukládá. V takovém případě má soud ukládající souhrnný trest výrok předchozího rozsudku o trestu zrušit. Souhrnný trest se rovněž ukládá tak, aby reflektoval zásady absorpce a asperace, jak jsou upraveny v ustanovení o trestu úhrnném (§ 43 odst. 1 trestního zákoníku).
54. Ve zdejší případě Úřad zahájil obě řízení o přestupku, tedy zdejší řízení a řízení sp. zn. ÚOHS-0148/2019/VZ, ve stejný den (15. 4. 2019) a rovněž tak v obou řízeních ve stejný den (22. 7. 2019) vydal rozhodnutí. Úřad tedy o obou přestupcích rozhodoval a obě řízení vedl paralelně.
55. S ohledem na tento fakt není analogie s institutem souhrnného trestu případná. Institut souhrnného trestu totiž počítá s tím, že o některých sbíhajících deliktech již bylo vyhlášeno rozhodnutí. To ve zdejší případě nenastalo, neboť o všech zohledněných sbíhajících přestupcích bylo rozhodováno zároveň, byť nikoliv společným rozhodnutím. Úřad tedy trestní právo hmotné aplikoval analogicky nesprávně, neboť použil trestněprávní institut (tj. souhrnný trest), který dopadá na jiné situace než je ta, která nastala ve zdejší případě.
56. Zdejší situace se mnohem více podobá případům, kdy je ukládán úhrnný trest podle § 43 odst. 1 trestního zákoníku, tedy kdy je současně projednáváno více přestupků téhož pachatele, jak je tomu i ve zdejší případě. V těchto situacích však není třeba postupovat analogicky s trestním právem hmotným, protože zákon o přestupcích pro ně má výslovnou úpravu. Jmenovitě se jedná o ustanovení § 41 zákona o přestupcích, které upravuje trestání více přestupků téhož pachatele projednávaných ve společném řízení.
57. Předseda se dále zabýval otázkou, zda Úřad mohl postupovat podle § 41 zákona o přestupcích.
58. Podle § 41 odst. 1 zákona o přestupcích platí, že za dva nebo více přestupků téhož pachatele projednaných ve společném řízení se uloží správní trest podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejpřísněji trestný. Jsou-li horní hranice sazeb pokut stejné, uloží se správní trest podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejzávažnější.
59. Podle § 41 odst. 2 zákona o přestupcích platí, že jsou-li společně projednávány dva nebo více přestupků, správní orgán může uložit pokutu ve vyšší sazbě, a to tak, že horní hranice sazby pokuty za přestupek nejpřísněji trestný se zvyšuje až o polovinu, nejvýše však do částky, která je součtem horních hranic sazeb pokut za jednotlivé společně projednávané přestupky.
60. Ve zdejší případě jsou předmětem obou dotčených řízení o přestupku skutky téhož pachatele, jak vyžaduje § 41 odst. 1 zákona o přestupcích.
61. Zákonným předpokladem pro aplikaci ustanovení § 41 zákona o přestupcích je, že sbíhající přestupky jsou projednávány ve společném řízení. K zahájení společného řízení,

resp. ke spojení dotčených řízení o přestupku ve zdejších případech nedošlo. Předseda se proto zabýval otázkou, zda Úřad měl společné řízení vést či nikoliv.

62. Zákonná povinnost vést společné řízení dána není. Ustanovení § 88 odst. 1, které by jinak pro zdejší případ připadalo v úvahu, je totiž ustanovením § 270 zákona pro řízení o přestupku vedená Úřadem v oblasti zadávání veřejných zakázek vyloučeno.
63. Správní řád obsahuje úpravu institutu společného řízení v ustanovení § 140. Podle odstavce 1 tohoto ustanovení platí, že správní orgán může na požádání účastníka nebo z moci úřední usnesením spojit různá řízení, k nimž je příslušný, pokud se týkají téhož předmětu řízení nebo spolu jinak věcně souvisejí anebo se týkají týchž účastníků, nebrání-li tomu povaha věci, účel řízení anebo ochrana práv nebo oprávněných zájmů účastníků. Spojit řízení lze i v průběhu řízení za předpokladu, že tím nevznikne nebezpečí újmy některému z účastníků.
64. Z tohoto ustanovení vyplývá, že je na uvážení správního orgánu, zda řízení spojí do společného řízení či nikoliv. Lze odkázat na rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 13. 9. 2017, č. j. 9 A 337/2014 - 41: *„Předně je třeba zdůraznit, že již ze samotného znění shora citovaného ustanovení § 140 odst. 1 správního řádu jednoznačně plyne, že spojení více různých řízení, která se týkají téhož předmětu řízení nebo spolu jinak věcně souvisejí anebo se týkají téhož účastníka (týchž účastníků), není zákonem stanovenou povinností. Jedná se o dispozitivní oprávnění správního orgánu vést za určitých podmínek společné řízení. Na spojení více různých řízení, byť se týkají téhož účastníka (zde žalobce), není právní nárok, a je tedy na správním orgánu, zda ke spojení věcí přistoupí či nikoliv.“*. Obdobně lze odkázat na rozsudek NSS ze dne 12. 7. 2017 č. j. 6 As 116/2017 – 53: *„Nejvyšší správní soud proto jen stručně upozorňuje, že podle § 140 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, správní orgán může za určitých podmínek vést společné řízení, není to však jeho povinností.“*.
65. Následně bylo třeba zabývat se otázkou, zda obě ve zdejších případech dotčená řízení splňují předpoklady pro spojení do společného řízení, které vyplývají z § 140 odst. 1 správního řádu. Citované ustanovení tyto požadavky vymezuje tak, že spojit lze řízení, k nimž je správní orgán příslušný, pokud se týkají téhož předmětu řízení nebo spolu jinak věcně souvisejí anebo se týkají týchž účastníků, nebrání-li tomu povaha věci, účel řízení anebo ochrana práv nebo oprávněných zájmů účastníků. Spojit řízení lze i v průběhu řízení za předpokladu, že tím nevznikne nebezpečí újmy některému z účastníků.
66. Úřad je k vedení obou dotčených řízení věcně příslušný dle § 248 odst. 3 zákona. Místní i funkční příslušnost Úřadu je rovněž nepochybně dána.
67. Skutek stíhaný ve zdejším řízení o přestupku a skutek stíhaný ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0148/2019/VZ spolu věcně úzce souvisejí. První z uvedených skutků zahrnuje právě uzavření smlouvy o nájmu. Druhý z uvedených skutků zahrnuje uzavření smlouvy na veřejnou zakázku ze dne 12. 9. 2018. Účelem této smlouvy bylo dle obviněného zajištění jednak dalšího měření rychlosti pro dobu, než se mu podaří zadat navazující zakázku v otevřenější formě zadávacího řízení, jednak zajištění dispozice s již získanými daty. Závazky ze smlouvy o nájmu totiž zanikly na základě překročení finančního limitu odměny, což dle obviněného vedlo k riziku, že nebudou naplněny jeho výše uvedené potřeby. Druhý z uvedených skutků tedy sledoval účel překlenout určité mezidobí po zániku závazků

ze smlouvy první do uzavření smlouvy druhé. Vzájemná souvislost obou stíhaných skutků je tedy zřejmá.

68. V obou dotčených řízeních o přestupku je rovněž jediným účastníkem tentýž obviněný. Obě řízení se tedy nepochybně týkají týchž účastníků.
69. Předseda neshledal, že by spojení řízení bránila povaha věci, účel řízení anebo ochrana práv nebo oprávněných zájmů účastníků či že by snad případným spojením řízení v jejich průběhu hrozilo nebezpečí újmy některému z účastníků.
70. Lze tedy uzavřít, že zde dotčená dvě řízení o přestupku je možno podle § 140 odst. 1 správního řádu spojit do společného řízení.
71. Předseda se následně zabýval otázkou, zda je vhodné a účelné obě řízení spojovat.
72. Je třeba konstatovat, že v případě trestání sbíhajících přestupků je třeba vždy uplatňovat zásadu absorpce. Naopak trestání podle zásady kumulace („*quot delicta, tot poenae*“ – „kolik deliktů, tolik trestů“) je nežádoucí. Ostatně, poukázal na to i NSS v Úřadem citovaném rozsudku ze dne 18. 6. 2009, č. j. 1 As 28/2009-62 (bod 33. odůvodnění rozsudku).
73. Jak bylo výše zdůvodněno, pokud Úřad současně projednává přestupky, které zároveň mají být zohledněny při uplatnění zásady absorpce, a kdy ještě o žádném z takto zohledňovaných přestupků nebylo vyhlášeno rozhodnutí, nemůže k aplikaci zásady absorpce použít analogicky souhrnný trest, protože projednávaná situace neodpovídá situacím, v nichž podle trestního práva hmotného souhrnný trest ukládá.
74. Ani analogické použití úhrnného trestu dle trestního zákoníku nepřipadá v úvahu, neboť analogii lze použít pouze tehdy, nedopadá-li na řešenou situaci příslušná právní úprava. Zákon o přestupcích však disponuje právní úpravou trestání sbíhajících přestupků, projednávaných současně. Tuto úpravu představuje právě ustanovení § 41 zákona o přestupcích. Toto ustanovení zohledňuje zásady absorpce a asperace.
75. Jiné ustanovení zohledňující při trestání souběhu přestupků zásadu absorpce, které by bylo aplikovatelné na uvedený případ, v zákoně o přestupcích předseda nenalézá. Rovněž tak neexistuje ani jiné analogicky aplikovatelné ustanovení trestního zákoníku či jiného předpisu.
76. Z výše uvedeného lze uzavřít, že vedení společného řízení a následná aplikace ustanovení § 41 zákona o přestupcích, je ve zdejší případě jediným způsobem, kterým lze zásadu absorpce při trestání sbíhajících přestupků aplikovat. Použití společného řízení, v němž bude aplikován trest podle § 41 zákona o přestupcích, je tak pro zdejší případ jednak možné, jednak i vhodné a účelné, protože spolu projednávané přestupky věcně souvisejí a stejně byly projednávány zcela paralelně. Použití společného řízení je ve zdejší případě navíc i nutné s ohledem na to, že při trestání sbíhajících přestupků zásada absorpce aplikována být musí a Úřad zároveň nemá k dispozici jiný institut, při jehož použití by tuto zásadu mohl zohlednit.
77. Ze všech výše uvedených důvodů je třeba uzavřít, že spojení obou dotčených řízení bylo ve zdejší případě vhodné a účelné, a vedle toho také nutné.
78. Vedení společného řízení sice podle § 140 odst. 1 je na uvážení správního orgánu, uvážení předsedy Úřadu jako nadřízeného správního orgánu však má vždy přednost před uvážením Úřadu jako podřízeného správního orgánu. Ve zdejší případě předseda shledal,



že bylo nutné obě dotčená správní řízení spojit do společného řízení a uložit trest podle § 41 zákona o přestupcích. Proto nyní předseda požaduje, aby tak při novém projednání věci Úřad učinil.

79. Z výše uvedených důvodů nemůže výrok napadeného rozhodnutí o trestu obstát. Podle § 41 zákona o přestupcích nelze vést společné řízení jen o otázce trestu, nýbrž je třeba je vést i celém předmětu řízení, tedy i o otázce viny. Proto bylo nutno napadené rozhodnutí jako celek zrušit a věc vrátit k novému projednání Úřadu.
80. Pro úplnost je třeba podotknout, že se Úřad nedopustil pouhého procesního pochybení bez vlivu na výsledek řízení. Při použití § 41 zákona o přestupcích je totiž na uvážení správního orgánu, zda uplatní vedle zásady absorpce i zásadu asperace. K té Úřad v napadeném rozhodnutí nikterak nepřihlížel, a to patrně z důvodu, že ji nelze analogicky aplikovat, neboť jde k tíži pachatele (srov. rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 22. 12. 1995 čj. 6 A 216/93-34: „*stejně tak ve správním trestání nepřichází bez výslovného zákonného poukazu v úvahu použití zásady asperační*“; citováno z beck-online.cz, právní informační systém). Předseda tímto nechce Úřadu jakkoliv podsouvat, že by měl zásadu asperace aplikovat. Nelze však přehlížet, že se Úřad svým nesprávným procesním postupem připravil o samotnou možnost uplatnit horní sazbu pokuty zvýšenou podle § 41 odst. 2 zákona o přestupcích. Úřad tedy při novém projednání věci možnost uplatnění zásady asperace zváží, jak mu v rámci jeho správního uvážení zákon o přestupcích umožňuje.
81. Předseda shrnuje, že Úřad správně a v souladu s právními předpisy posoudil otázku, zda se obviněný dopustil přestupku. Napadené rozhodnutí bylo však třeba zrušit z důvodu, že Úřad nepostupoval procesně správně, v důsledku čehož vyměřil správní trest postupem, který nebyl v souladu s právními předpisy. Úřad totiž nepřihlížel ke skutku stíhanému v jiném řízení o přestupku, který byl v souběhu se skutkem stíhaným ve zdejší řízení o přestupku. Správně měl Úřad postupovat tak, že by zdejší řízení o přestupku spojil do společného řízení se řízením sp. zn. ÚOHS-S0148/2019/VZ. Ze všech výše uvedených důvodů bylo třeba napadené rozhodnutí jako celek zrušit.
82. Při dalším projednání věci je Úřad vázán právním názorem předsedy, že obě dotčená řízení o přestupku je třeba spojit do společného řízení.

#### **VIII. Závěr**

83. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v rozporu se zákonem o přestupcích, když Úřad v napadeném rozhodnutí neaplikoval v rámci uložení pokuty zásadu absorpce, jsem dospěl k závěru, že jsou dány důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání Úřadem.
84. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal, že nastaly zákonné podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání, jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona nelze dále odvolat.

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží**

JUDr. Vilém Podešva, LL.M., advokát, ev. č. ČAK 11323, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o.,  
Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4

### **Vypraveno dne**

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