



UOHSP0006TNA

62 Ca 47/2007-111



ČESKÁ REPUBLIKA

Úřad pro ochranu třída Kpt. Jarr
Došlo: 24-02-2008
Číslo:
Přílohy:

Oschur

# ROZSUDEK

## JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Jaroslava Tesáka, Ph.D. a soudců JUDr. Jaroslavy Skoumalové a JUDr. Ing. Viery Horčicové, v právní věci žalobce **Statutární město Zlín**, se ve Zlíně, Nám. Míru 12, právně zastoupeného JUDr. Petrem Balcarem, advokátem se sídlem v Praze 5, E. Peškové 15, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28.08.2007, č.j. R102/2007/02-06798/2007/310-Hr,

### t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R102/2007/02-06798/2007/310-Hr, ze dne 28.8.2007, **se zrušuje** a věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný je povinen nahradit na nákladech řízení žalobci částku 10.568,-Kč do 30-ti dnů od právní moci tohoto rozsudku, k rukám JUDr. Petra Balcara, advokáta se sídlem v Praze 5, E. Peškové 15.

### O d ů v o d n ě n í :

Žalobou podanou u Krajského soudu v Brně dne 16.10.2007 se žalobce domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28.08.2007, č.j. R102/2007/02-06798/2007/310-Hr, jakož i jemu předcházejícího rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18.4.2007, č.j. S395/2006-03528/2007/540-RP.

Žalobce považuje napadené rozhodnutí za nezákonné a je přesvědčen, že byl napadeným rozhodnutím ve smyslu § 65 odst. 1 s.ř.s. zkrácen na svých právech. Podle názoru žalobce byl v napadeném rozhodnutí jeho postup při zadávání veřejných zakázek nesprávně posouzen jako protiprávní jednání, které mohlo podstatně ovlivnit hodnocení nabídek.

pokračování

62 Ca 47/2007

Vedle toho je žalobce přesvědčen, že i kdyby bylo napadené rozhodnutí věcně správné v rozsahu týkajícím se naplnění skutkové podstaty správních deliktů podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon“), pak byl zcela nesprávný způsob, jakým byla za spáchání těchto deliktů vyměřena sankce, která je zcela nepřiměřená, a žalobce se domáhá, aby od ní bylo ve smyslu § 65 odst. 3 s.ř.s. upuštěno nebo aby byla snížena.

Žalovaný je ve smyslu ustanovení § 69 s.ř.s. správním orgánem, který ve věci rozhodl v posledním stupni. Napadené rozhodnutí vydal předseda žalovaného, ten však není samostatným správním úřadem a není nadán samostatnou procesní subjektivitou, odlišnou od subjektivity Úřadu. Žalobce proto podává žalobu proti Úřadu, to však nemění nic na tom, že žaloba směřuje proti poslednímu rozhodnutí ve věci, tj. proti shora uvedenému rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu.

Žalobci je však známa i odlišná rozhodovací praxe shora nadepsaného soudu, který zaujal v poslední době názor, podle kterého směřuje-li žaloba proti rozhodnutí vydanému v posledním stupni správního řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže, pak soud sice musí být připraven přijmout jak žalobní označení „rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže vydané ve II. stupni správního řízení“, tak „rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže“, za žalovaného však soud musí v souladu s ust. § 69 s.ř.s. považovat předsedu Úřadu, který je funkčně příslušným správním orgánem rozhodovat v posledním (ve druhém) stupni správního řízení, a to i tehdy, pokud byl v žalobě jako žalovaný označen Úřad (např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29.5.2007, čj. 62 Ca 20/2006-65). S ohledem na tento právní názor žalobce pro vyloučení pochybností upřesňuje, že má zájem žalovat ten správní orgán, který rozhodoval v posledním (druhém) stupni řízení a ponechává na soudu, aby si sám vyhodnotil, zda je předseda správním úřadem se samostatnou procesní subjektivitou či nikoli.

Předseda rozhodoval o rozkladu žalobce jako orgán druhého stupně, proti jeho rozhodnutí se již ve smyslu ust. § 91 správního řádu nelze dále odvolat, a žalobce tedy podáním rozkladu vyčerpal všechny řádné opravné prostředky (ustanovení § 68 písm. a) s.ř.s.).

Důvody, pro něž považuje žalobce napadené rozhodnutí za nezákonné (žalobní body), jsou konkretizovány níže v části III této žaloby. Návrh výroku rozsudku je obsažen v části IV této žaloby.

Žalobci nejsou známy žádné další osoby, které by byly napadeným rozhodnutím přímo dotčeny na svých právech nebo které by mohly být přímo dotčeny jeho zrušením, a které by tedy připadaly v úvahu jako osoby zúčastněné na tomto řízení ve smyslu ustanovení § 34 odst. 1, 2 a § 71 odst. 1 písm. b) s.ř.s.

Žalobce nesouhlasí s tím, že by jeho výše uvedeným postupem při omezování počtu zájemců v užším řízení došlo k porušení zákona a tím i k naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona. Žalobce se domnívá, že tento postup nebyl v rozporu se zásadou transparentnosti, a to z dále uvedených důvodů.

Ačkoli není pojem „transparentnost“ (stejně jako většina obecných zásad) zákonem blíže specifikován, lze mít za to, že k jeho naplnění slouží především splnění následujících předpokladů v průběhu zadávacího řízení:

- náležité uveřejnění způsobu, jakým bude zadavatel v zadávacím řízení postupovat;
- dodržení tohoto předem uveřejněného postupu;

- pořizování písemných záznamů dokumentujících postup zadavatele, které umožní seznámit se s tím, jak zadavatel postupoval;
- opatření rozhodnutí zadavatele odůvodněním.

Žalobce je přesvědčen, že výše uvedeným požadavkům beze zbytku dostál. Informace o tom, že omezování počtu zájemců v užším řízení proběhne losováním, ve všech případech uvedl v oznámení o zahájení zadávacího řízení (a v souladu s tím také následně postupoval), z každého losování byl pořizen písemný záznam o jeho průběhu a žalobce stejně tak vždy splnil i povinnost informovat zájemce o odmítnutí z důvodu omezování počtu i s odůvodněním (tj. splnil požadavky uvedené v § 40 odst. 1 a 2 a § 43 odst. 2 zákona).

Jak bylo uvedeno, byla pro účely losování zřízena rozhodnutím Rady města Zlína tříčlenná komise pro losování složená z pracovníků žalobce, přičemž šlo o pracovníky z různých úseků v rámci jeho organizační struktury. Kromě vymezení pravidel pro složení této komise žalobce rovněž stanovil komisi povinnost zaznamenávat průběh losování formou písemných protokolů. Jak argumentoval žalobce již během správního řízení, jednalo se o systémové opatření, které mělo za cíl zavést do procesu losování řád a omezit prvek nahodilosti a libovůle. Složení z pracovníků z různých úseků organizační struktury zadavatele mělo rovněž za cíl zajistit účinnější kontrolu procesu losování, byť se jednalo o kontrolní mechanismus interní povahy.

Předseda v napadeném rozhodnutí výše uvedený pohled žalobce zcela odmítá. Připouští sice, že žalobce tímto opatřením zřejmě opravdu vyloučil prvek libovůle a nahodilosti, nicméně to považuje za zcela irelevantní z pohledu transparentnosti losování - zastává názor, že v podstatě stejnou funkci by mohla plnit komise nahodile složená ze zaměstnanců na nejrůznějších stupních organizační struktury.

Úřad tedy pokládá (z pohledu naplnění principu transparentnosti) a priori za nedostatečnou jakákoli interní opatření zadavatele, neboť tato nemohou — narozdíl od veřejné či nezávislé kontroly - eliminovat možnost zadavatele manipulovat výsledky losování.

Žalobce s výše uvedenými závěry nesouhlasí. Podle jeho názoru je třeba z pohledu posuzování transparentnosti hodnotit odlišně stav, kdy zadavatel postupuje při losování nahodile, nekonsistentně a bez předem stanovených pravidel od situace, kdy usnesením orgánu města (které se zveřejňuje) ustanoví vícečlenný orgán, určí pravidla pro jeho složení a stanoví povinnost průběh losování písemně zdokumentovat (a kdy následně podle takto stanovených pravidel postupuje). Žalobce souhlasí s tím, že tento mechanismus sice nemůže vyloučit manipulaci losování stoprocentně, nicméně to samé lze říci i o losování za účasti notáře.

Z argumentace Úřadu vyplývá, že jeho odmítání interního kontrolního mechanismu losování a trvání na nezávislé kontrole losování vychází z presumovaného (nebo, řečeno slovy předsedy Úřadu, „hypotetického“) zájmu zadavatele ovlivnit výsledek losování. Žalobce sice souhlasí s tím, že za dostatečnou záruku transparentnosti zadávání veřejných zakázek nelze považovat „samoregulaci“ a automatickou tendenci zadavatelů k hospodárnému vynakládání veřejných prostředků a žalovanému lze dát za pravdu i v tom, že přirozenou součástí dozorové funkce Úřadu je pochybovat, zda zadavatelé postupovali v souladu se zákonem či nikoli. Podle názoru žalobce však žalovaný v daném případě při presumování zájmu komise ovlivnit losování již nepřisuzuje zadavateli sklon chybovat (což je legitimní), nýbrž vlastně latentní sklon podvádět. Předpokládat (být v hypotetické rovině) manipulaci u komise pro losování

pokračování

62 Ca 47/2007

ustanovené ustanovením Rady města znamená de facto předpokládat, že se tři pracovníci z rozdílných úseků organizační struktury žalobce budou ve vzájemné shodě podílet na úmyslné nezákonné (či dokonce trestné) činnosti. Takovéto podezření (byť v hypotetické rovině) jde podle názoru žalobce nad rámec výše uvedených legitimních pochybností Úřadu o postupu zadavatele a není namístě.

Žalobce se proto domnívá, že jím přijaté řešení, tj. vytvoření systému interní kontroly prostřednictvím ustavení komise pro losování, je možné objektivně považovat za mechanismus, který v dostatečné míře eliminoval možnost manipulace výsledků losování.

Kategorický požadavek Úřadu na existenci nezávislé či veřejné kontroly losování proto považuje žalobce za požadavek, který jde nad rámec zákona a nad rámec toho, co je nezbytné pro zajištění transparentnosti. Pokud by veřejná či nezávislá kontrola byla skutečně pro proces omezování počtu zájemců nezbytná, zákonodárce by tento požadavek vyjádřil výslovným zákonným požadavkem (jak je tomu například u zákona č. 202/1990 Sb., o loteriích, který jednak výslovně stanoví veřejnost losování a rovněž nezbytnou účast státního dozoru a v určitých případech i notáře při losování), nikoli pouze obecně formulovaným požadavkem na dodržení zásady transparentnosti.

Jak již žalobce opakovaně argumentoval během správního řízení, splnil řádně povinnosti, které ve vztahu k losování výslovně upravoval zákon, tj. povinnost provádět výběr jen ze zájemců, kteří prokázali splnění kvalifikace (§ 40 odst. 1 zákona), povinnost uvést kritéria, podle nichž bude výběr prováděn, v oznámení zadávacího řízení (§ 40 odst. 1, § 43 odst. 2 zákona), jakož i povinnost písemně informovat zájemce o odmítnutí z důvodu omezování počtu spolu s odůvodněním (§ 40 odst. 2 zákona).

Vedle splnění výše uvedených povinností žalobce také zajistil u každé z přezkoumávaných zakázek zdokumentování průběhu losování formou písemného protokolu. Z každého losování, které v přezkoumávaných zakázkách konalo, tedy existuje dokument, ze kterého se lze dozvědět, jak losování probíhalo. Žalovaný tuto skutečnost nezpochybňuje, nicméně vzhledem ke skutečnosti, že tento zápis pořídila komise složená z pracovníků zadavatele (tj. nikoli nezávislý subjekt), nepovažuje tento dokument za postačující. Zdůrazňuje, že případný zápis pořizovaný notářem (jehož úlohou je podle žalovaného dosvědčit, že losování proběhlo transparentně) má povahu veřejné listiny, které svědčí presumpce správnosti ve smyslu ustanovení § 134 občanského soudního řádu, což neplatí u zápisu pořizovaného komisí pro losování, který proto nelze s notářským zápisem srovnávat.

Žalovaný souhlasí s tím, že protokoly o losování pořizované komisí pro losování nejsou veřejnými listinami a nesvědčí jim presumpce správnosti. Na druhou stranu však zde není žádný důvod pro to, aby k těmto protokolům bylo přistupováno s „presumpcí nesprávnosti“, tedy aby jim byla a priori byla přisuzována nedostatečná důkazní hodnota, neboť zákon v daném případě žádnou kvalifikovanou formu zaznamenání průběhu losování nepředepisoval.

Jestliže žalobce v rozkladu porovnával zápisy z losování pořizované komisí s notářskými zápisy, měl tím na mysli to, že oba uvedené dokumenty z obsahového hlediska zaznamenávají určitý děj, a z tohoto pohledu (tj. z hlediska materiálního, nikoli formálního) mezi nimi není zásadní rozdíl, neboť oba pouze zachycují průběh losování. Se žalovaným nelze souhlasit v tom směru, že úkolem notáře je dosvědčit, že losování proběhlo transparentně, neboť úkolem notáře není skutkové děje hodnotit, nýbrž pouze osvědčovat. Žalovaný má pravdu v tom směru, že pokud by se v průběhu losování vyskytly okolnosti svědčící o jeho manipulaci, měl by je notář v zápisu zaznamenat. To samé by však měli učinit i členové komise pro losování v protokolu pořizovaném z losování. Argument, že narozdíl od notáře se u pracovníků zadavatele

pokračování

62 Ca 47/2007-113

nelze spolehnout na to, že by tak učinili (neboť jsou „závislí“ na zadavateli), není podle názoru žalobce správný, jelikož vychází z výše zmíněného předpokladu, že pracovníkům zadavatele je třeba a priori přisuzovat hypotetickou tendenci manipulovat výsledky losování nebo případně být s eventuální manipulací srozuměni. Žalobce však nepřináší žádné přesvědčivé argumenty, proč by se tímto způsobem mělo na pracovníky zadavatele pohlížet. V daném případě, kdy bylo losování prováděno kolektivním orgánem složeným z pracovníků z různých složek organizační struktury žalobce, by navíc bylo třeba tuto tendenci přisuzovat současně všem členům komise pro losování.

Žalobce je s ohledem na výše uvedené přesvědčen, že protokoly dokumentující průběh losování je třeba považovat za věrohodný způsob zdokumentování průběhu losování. Jak již uvedl v rámci rozkladu, úvahám o nekorektním způsobu losování či manipulaci přezkoumávaných zakázek neodpovídá fakt, že každá z přezkoumávaných zakázek byla přidělena jinému subjektu. Rovněž porovnáním výsledků losování v předmětných zakázkách je možné se přesvědčit o tom, že při losování nehrály roli jiné faktory nežli náhoda a žádný ze zájemců nebyl protežován.

Žalobce je přesvědčen, že zavedl mechanismus, který objektivně zajišťoval regulérní průběh losování, a v jeho postupu proto nelze spatřovat naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle 102 odst. 1 písm. b) zákona. V souvislosti s omezováním počtu zájemců dostal všem povinností, které zákon výslovně upravoval (tedy povinností vyplývajícím z § 40 odst. 1 a 2 a § 43 odst. 2 zákona). Jím zavedený mechanismus kontroly losování měl povahu systémového opatření, nebyl nahodilý a zajišťoval i zdokumentování průběhu losování způsobem, který nelze považovat a priori nevěrohodný jen proto, že nemá podobu veřejné listiny. Z toho, že šlo o interní proces žalobce a nikoli externí či nezávislý dozor, porušení zásady transparentnosti bez dalšího dovozovat nelze.

Žalobce je nadále přesvědčen, že jeho požadavek na označení obálky se žádostí o účast byl odůvodněný a neodporoval zákonu. Šlo o jednu ze zadávacích podmínek ve smyslu 17 zákona, kterou žalobce řádně uveřejnil v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Všichni zájemci měli možnost se s touto podmínkou seznámit a označit obálky v souladu s požadavkem uvedeným v oznámení. Není tedy možné říci, že by zadavatel vůči zájemci UNIBAU, a.s. postupoval diskriminačně.

Ačkoli je žalobce přesvědčen o tom, že se spáchání správních deliktů nedopustil, má za to, že kdyby byl závěr Úřadu v tomto směru správný, pak Úřad zcela zásadně pochybil při stanovení sankce za tyto správní delikty.

Žalobce v tomto směru Úřadu vytýká konkrétně následující pochybení:

- naprosto nedostatečné odůvodnění výše uložené sankce, které způsobuje nepřezkoumatelnost rozhodnutí v této části;
- dvojitá přičítání téže skutečnosti k tíži žalobce;
- nezohlednění okolností svědčících ve prospěch žalobce při vyměřování pokuty;
- použití kumulativního principu namísto principu absorpčního při ukládání sankce.

Důsledkem výše uvedených pochybení bylo vyměření pokuty ve výši, která je naprosto nepřiměřená charakteru porušení zákona spatřovaného žalovaným a okolnostem, za nichž k tomuto porušení (pokud by jednání žalobce vůbec bylo možné považovat za porušení zákona) došlo.

Na námitky žalobce týkající se nedostatečného zdůvodnění výše pokuty reagoval žalovaný v napadeném rozhodnutí argumentací, že ustanovení § 105 odst. 1 zákona sice stanoví Úřadu povinnost zabývat se určitým okruhem faktorů, které mají či mohou být rozhodné při úvahách o výši sankce, avšak tato hlediska musí vzít Úřad v úvahu nikoli jednotlivě, ale musí se nimi zabývat komplexně, nikoli je vytrhávat ze vzájemných souvislostí a posuzovat je samostatně, jak to činí žalobce. Podle žalovaného se uvedená hlediska u každého případu projevují individuálně a v rozdílné míře a rozdílném poměru, a je proto přirozené, že určité hledisko má na stanovení výše uložené pokuty podstatný význam, zatímco jiné se například vůbec nepoužije. Podle žalovaného byly při vyměřování pokuty okolnosti případu zohledněny v jejich vzájemné provázanosti, přičemž v odůvodnění Úřad vyjmenoval skutečnosti, které byly pro určení pokuty zásadní, a to především závažnost zjištěných správních deliktů („závažné následky spáchání správních deliktů na transparentnost výběru nejvhodnější nabídky“), s tím, že na druhé straně Úřad zmínil zásadní hledisko ve prospěch zadavatele, a to že zadavatel přistoupil k losování za účasti notáře.

K výše uvedené argumentaci žalovaného obsažené v napadeném rozhodnutí žalobce uvádí především to, že ji považuje za velmi vágní, nepřesvědčivou a nereagující na podstatu námitek obsažených v rozkladu. Stěžejní námitkou žalobce bylo, že prvostupňové rozhodnutí neobsahuje dostatek argumentů, které by umožnily pochopit, proč byla vyměřena pokuta v dané výši. Objasnění důvodů, na nichž Úřad založil své správní uvážení vedoucí k uložení pokuty v rekordní výši, věnoval Úřad na str. 16 prvostupňového rozhodnutí jediný odstavec, ve kterém uvádí, že „z hlediska přiměřenosti sankce orgán dohledu konstatuje, že nelze pominout závažné následky spáchání správních deliktů na transparentnost výběru nejvhodnější nabídky ve třinácti případech veřejných zakázek o finančním objemu přesahujícím 400 mil. Kč“. Dále v tomto odstavci prvostupňového rozhodnutí uvádí, že bere v úvahu okolnost, že po zjištění výkladové praxe Úřadu přistoupil žalobce k losování za účasti notáře a rovněž uzavírá, že vzhledem k rozpočtovým příjmům žalobce uložená pokuta neohroží jeho hospodaření.

Na základě uvedených konstatování Úřadu lze však podle žalobce jen stěží posoudit, jakým způsobem byla zmíněná hlediska rozhodná pro stanovení výše pokuty posuzována a vyhodnocena (resp. zda se jejich hlubšímu zvážení a vyhodnocení vůbec Úřad při ukládání pokuty věnoval). Pokud jde o použitou formulaci „závažné následky spáchání správních deliktů na transparentnost výběru nejvhodnější nabídky“, na kterou odkazuje i napadené rozhodnutí, považuje ji žalobce za velice mlhavou a nepřiliš srozumitelnou. Podle názoru žalobce lze tuto formulaci podle kontextu, v jakém je použita, objektivně chápat tak, že závažnost byla vyhodnocena jako vysoká. Je proto podle něj překvapivé, pokud z napadeného rozhodnutí (odst. 33 na str. 14) naopak vyplývá, že je nedůvodné dovozovat, že Úřad vyhodnotil závažnost pochybení žalobce jako velmi vysokou. Rozhodnutí Úřadu tedy neumožňuje spolehlivě zjistit ani to, jaký závěr vlastně Úřad učinil při posuzování základního východiska rozhodného pro výměru pokuty (tj. míry závažnosti porušení). Naprosto pak absentují jakékoli bližší úvahy, kterými se Úřad při posuzování závažnosti řídil. Již z tohoto důvodu je rozhodnutí Úřadu (co do stanovení pokuty) nepřezkoumatelné, neboť z něj není možné zjistit, jakými úvahami byl správní orgán veden při stanovení pokuty v dané výši.

Pokud jde o zohlednění skutečnosti, že žalovaný po zjištění výkladového stanoviska Úřadu přistoupil k losování za účasti notáře, tedy další hledisko, které vzal žalovaný podle svých slov při stanovení sankce v úvahu, i zde chybí jakákoli informace o tom, jak byla tato skutečnost zohledněna, a to především v poměru k ostatním skutečnostem rozhodným pro uložení sankce. Žalobce v této souvislosti uvádí, že danou okolnost považuje za zcela zásadní a v případě, pokud by jeho postup byl skutečně vyhodnocen jako objektivně nesplňující

požadavek transparentnosti, pak tato skutečnost měla být při vyměřování sankce brána v potaz zásadním způsobem (viz blíže část 3.3 níže).

Jak je uvedeno výše, žalovaný v napadeném rozhodnutí kromě jiného argumentuje, že hledisky rozhodnými pro určení výše pokuty je třeba se zabývat komplexně, nikoli je vytrhávat ze vzájemných souvislostí a posuzovat je samostatně, jak to činí zadavatel. Žalobci sice není zřejmé, v jakém směru se dopustil „vytrhávání jednotlivých hledisek ze vzájemných souvislostí“, nicméně dává žalovanému za pravdu v tom, že rozhodná hlediska je třeba posoudit komplexně a ve vzájemné souvislosti. To však není dost dobře možné, pokud tomuto komplexnímu hodnocení nepředchází srozumitelné vyhodnocení jednotlivých hledisek. Podle názoru žalobce zde Úřad zaměňuje komplexní hodnocení s paušálními a zkratkovitými závěry, které nejsou podloženy přezkoumatelnými dílčími úvahami. Jak již žalobce uváděl v rámci svého rozkladu, závěr o závažnosti deliktního jednání musí vycházet z konkrétních skutečností pojících se ke konkrétnímu případu. Paušální závěr, který učinil žalovaný, proto není podle názoru žalobce akceptovatelný a nelze jej považovat ani za žalovaným proklamované komplexní hodnocení.

V obecné rovině lze rovněž souhlasit i s tím, že hlediska určující výměru pokuty se u každého případu projevují individuálně, v rozdílné míře či rozdílném poměru, a jsou tedy logicky v různé intenzitě uplatňována při stanovení sankce. Právě proto je však nezbytné trvat na tom, aby správní orgán v každém individuálním případě tato hlediska pečlivě posuzoval a aby závěry, k nimž v tomto směru dospěje, jasně, srozumitelně a dostatečně detailně formuloval. V daném případě se tak však nestalo a z prvostupňového rozhodnutí lze jen stěží dovodit, v jaké míře a v jakém vzájemném poměru se v posuzovaném případě jednotlivá hlediska uplatnila.

Žalobce již v rámci rozkladu Úřadu vytýkal, že se v odůvodnění blíže nezabýval dalšími hledisky vyjmenovanými v ustanovení § 105 odst. 1 zákona, tj. okolnostmi, za nichž k jím spatřovanému porušení zákona došlo, způsobem, jakým se jej měl žalobce dopustit a následky, které postup žalobce způsobil. Tuto skutečnost považuje žalobce (mimo jiné s přihlédnutím k závěrům judikatury citované v rámci rozkladu) za další závažné pochybení Úřadu při vyměřování sankce.

Žalobce je totiž přesvědčen, že i kdyby snad jeho postup bylo možné vyhodnotit jako formálně naplňující skutkové znaky správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona, pak existují skutečnosti, v jejichž světle je uložena pokuta naprosto nepřiměřená. Úřad tyto okolnosti nijak nezohlednil, resp. pokud je nějakým způsobem zohlednil, není z napadeného rozhodnutí zřejmé, jaký mělo jejich zhodnocení vliv na výši pokuty.

S ohledem na výše uvedené se žalobce pro případ, že soud nepřisvědčí jeho argumentaci o nenaplnění skutkové podstaty správních deliktů, domáhá ve smyslu ustanovení § 65 odst. 3 s.ř.s. upuštění od uložení sankce či případně jejího zmírnění. Důvody opravňující k tomuto postupu žalobce podrobně rozvádí v dalším textu této žaloby.

Zadavatel je na základě výše uvedeného přesvědčen, že rozhodnutí Úřadu v části stanovící výši pokuty je nesprávné a nezákonné, jelikož:

- Rozhodnutí Úřadu o uložení pokuty objektivně neumožňuje zjistit, jaké konkrétní úvahy vedly Úřad k uložení pokuty ve stanovené výši. Z obsahu rozhodnutí (jak prvostupňového tak i napadeného rozhodnutí) nelze jednoznačně určit, jak byla

- vyhodnocena závažnost porušení a není možné z něj vůbec dovodit ani to, v jaké míře a v jakém vzájemném poměru se uplatnila jednotlivá hlediska rozhodná pro vyměření pokuty. Napadené rozhodnutí je proto v části týkající se stanovení pokuty nepřezkoumatelné a jako takové nemůže obstát.
- Tím, že žalovaný odůvodňuje výši pokuty skutečností, že jednání žalobce mělo závažný dopad na transparentnost („nelze pominout závažné následky spáchání správních deliktů na transparentnost výběru nejhodnější nabídky“), přičítá žalobci k tíži skutečnost, která zároveň vedla k naplnění skutkové podstaty správního deliktu.
- Úřad se blíže nezabýval dalšími hledisky vyjmenovanými v ustanovení 105 odst. 1 zákona, zejména okolnostmi, za nichž mělo k tvrzenému porušení zákona dojít a následky, které toto údajné porušení vyvolalo. Žalobce se domnívá, že z jeho postupu byla vždy patrná snaha dodržet zákon, včetně zásady transparentnosti při losování, což dokládá i reakce žalobce na zjištění výkladové praxe Úřadu. V rámci správního řízení se rovněž nevyskytlo nic, co by nasvědčovalo tomu, že jednání žalobce způsobilo vážné následky. Vzhledem ke skutečnosti, že se proti postupu žalobce a jeho rozhodnutím dotčení zájemci nebránili podáním námitek, lze důvodně usuzovat, že nepocíťovali závažná porušení svých práv. Ve světle uvedených okolností se žalobce domnívá, že v případě, kdy bude shledáno, že svým jednáním formálně naplnil skutkovou podstatu správních deliktů, je splněn předpoklad pro upuštění od sankce nebo alespoň pro její snížení.
- Při vyměřování pokuty Úřad nesprávně postupoval podle kumulativního principu namísto použití absorpční zásady, kterou je třeba při trestání sbíhajících se správních deliktů v daném případě použít. Toto pochybení je dalším faktorem, který vedl k uložení zcela nepřiměřené pokuty.

Žalovaný ve svém vyjádření uvedl, že žalobce se v žalobě vyjadřuje k samotnému meritornímu zjištění žalovaného, podle kterého žalobce jako zadavatel nesplnil povinnost dle § 25 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) a nepostupoval transparentně při omezování počtu zájemců o účast v užším řízení losem u celkem třinácti veřejných zakázek. Žalobce opakuje, že v zájmu transparentnosti ustanovil tříčlennou komisi pro losování, aby tak z losování vyloučil prvek nahodilosti a libovůle.

K tomu uvádí, že stejně jako v řízení o rozkladu žalobce opět žádným způsobem nedokládá ani nezdůvodňuje, jak by prvek nahodilosti při výběru členů losovací komise mohl ohrozit transparentní průběh samotného losování. V této souvislosti je jistě účelné si uvědomit, že jedinou úlohou předmětné komise je provést losování, které již ze své podstaty je procesem nahodilého výběru předem neidentifikovaného losu, přičemž samotný úkon losování může provést v zásadě kdokoli. Je možno dokonce i říct, že prvek nahodilosti při výběru losujících by mohl mít i pozitivní vliv na transparentní průběh zadávání, neboť u osoby, která není dopředu informována, že bude členem losovací komise, lze bezpochyby mnohem snáze vyloučit možnost jakéhokoliv hypotetického ovlivňování, než u osoby, která je dlouhodobě deklarována jako stálý člen této komise, opakovaně se procesu losování účastní, a tedy je hypoteticky větší pravděpodobnost jejího ovlivňování ze strany zájemců o veřejné zakázky.

Žalobce cituje závěry žalovaného, že komise složená pouze ze zástupců zadavatele nemůže být dostatečnou zárukou transparentního průběhu zadávacího řízení (stejně jako zápis



pořízený takovou komisí), neboť existuje důvodný předpoklad, že pověření zástupci budou hájit zájmy zadavatele, což podstatným způsobem snižuje objektivitu losování, v němž zcela absentuje prvek veřejné kontroly nad jeho průběhem. Tyto závěry pak žalobce interpretuje v tom smyslu, že závěry žalovaného (byt' vyjádřené v hypotetické rovině) předpokládají manipulaci u komise pro losování, a tedy de facto předpokládají, že tři pracovníci z rozdílných úseků organizační struktury žalobce se budou ve vzájemné shodě podílet na úmyslné nezákonné (či dokonce trestné) činnosti. Takové podezření pak dle názoru žalobce jde nad rámec legitimních pochybností žalovaného o postupu zadavatele a není na místě, stejně jako dle názoru žalobce neexistuje žádný důvod přistupovat s „presumpcí nesprávnosti“ i k zápisu pořízenému touto komisí. Žalovaný dle názoru žalobce nepřináší žádné přesvědčivé argumenty, proč by měla být pracovníkům zadavatele a priori přisuzována hypotetická tendence manipulovat výsledky losování nebo eventuálně být s případnou manipulací srozuměni.

K tomu uvádí, že povinností zadavatele dle § 25 odst. 1 zákona je mimo jiné i zajistit transparentní prostředí při zadávání veřejné zakázky a to rovněž ve fázi snižování počtu uchazečů pro užší řízení. Odpovědnost zadavatele za splnění této povinnosti je pak odpovědností objektivní, a proto pokud se dopustí porušení této povinnosti, je zcela irrelevantní zkoumat subjektivní stránku jeho konání, tedy zda tak učinil úmyslně, nedopatřením, z neznalosti zákona, či z jiným důvodů. V šetřené případě žalobce jako zadavatel povinnost dle § 25 odst. 1 zákona nesplnil, neboť nemožnil nezávislou a objektivní kontrolu nad průběhem losování, jak bylo podrobně odůvodněno v napadených rozhodnutích. Dopustil se tak porušení zákona, které mohlo mít vliv na hodnocení nabídek, a tedy se jedná o správní delikt podle § 102 odst. 1 zákona, za který byl žalovaný povinen podle § 102 odst. 2 zákona uložit pokutu. K výroku o spáchání správního deliktu tedy postačí zjištění, že zadavatel postupoval netransparentně. Není a ani nemůže být úkolem žalovaného zkoumat, zda porušení zákona na straně zadavatele (existence netransparentního prostředí) vedla i k dalšímu nezákonnému jednání, tedy zda např. členové komise pro losování „zneužili“ tohoto netransparentního prostředí a skutečně se dopustili manipulace s výsledky losování, neboť takové vyšetřování je v pravomoci orgánů činných v trestním řízení, nikoliv žalovaného. Žalovaný považuje za důležité v této souvislosti zdůraznit, že v napadených rozhodnutích se vůbec nezabývá ani nepresumuje úmysly konkrétních osob — pracovníků zadavatele a členů komise pro losování, porušit zákon, porušit jiné právní předpisy či se dokonce dopustit jakékoli trestné činnosti. Interpretace napadených rozhodnutí žalobcem je v tomto směru zcela nesprávná. Proto i námitka žalobce, že žalovaný o této domněle presumované „nezákonné“ činnosti členů komise nepřináší žádné argumenty, je zcela nedůvodná, neboť meritum právních zjištění žalovaného spočívá v posouzení postupu žalobce jako zadavatele, jak bylo uvedeno výše.

Žalobce v žalobě dále obhajuje svůj postup v případě veřejné zakázky „Oprava hydroizolací stěn, stropu a podlah podzemních garáží G — 18, Jižní svahy“, kdy vyloučil uchazeče kvůli tomu, že neoznačil obálku s žádostí o účast v užším řízení nápisem „neotvírat“. Žalobce považuje svůj požadavek na označení obálky za jednu ze zadávacích podmínek ve smyslu § 17 zákona, přičemž se jedná dle jeho názoru o požadavek odůvodněný, neodporující zákonu a legitimní nejen z důvodu přehlednosti, ale i z důvodu zajištění transparentnosti a rovnosti uchazečů.

K této žalobní námitce obecně uvádí, že úkony zadavatelů, kterými je uchazeči zcela znemožněno dále se ucházet o veřejnou zakázku, jako např. odmítnutí žádosti o účast v užším

řízení či vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení, je nutno považovat za velmi závažný zásah do práv zájemců či uchazečů o veřejnou zakázku. Zadavatelé jsou proto oprávněni takto postupovat pouze na základě zákona. Je proto nepřípustné, aby zadavatel nad rámec zákona libovolně stanovoval další požadavky, jejichž nesplnění posléze hodlá sankcionovat vyloučením uchazeče či odmítnutím jeho žádosti. O to výrazněji to pak platí v případě požadavků ryze formálního charakteru. Žalovaný má za to, že v této souvislosti je třeba připomenout obecnou zásadu veřejného práva, podle které jsou subjekty veřejného práva (mezi které se bezesporu řadí i zadavatelé veřejných zakázek) oprávněny činit pouze to, co jim zákon výslovně umožňuje. Požadavek zadavatele na označení obálky tak lze sice respektovat jako pořádkové organizační opatření, avšak nelze na něj pohlížet jako na zadávací podmínku, jejíž nesplnění může být důvodem pro odmítnutí žádosti. V dalším pak plně odkazují na odůvodnění napadených rozhodnutí žalovaného.

Žalobce však ve své žalobě především namítá pochybení žalovaného při stanovení sankce, jejíž výše je dle názoru žalobce zcela nedostatečně odůvodněna, žalovaný dvakrát přičetl k tíži žalobce tutéž skutečnost, nezohlednil skutečnosti svědčící ve prospěch žalobce a použil kumulativní princip namísto absorpčního, při ukládání sankce.

Ve vztahu k tvrzení žalobce, že pokuta byla uložena v nepřiměřené výši, která neodpovídá dlouhodobé rozhodovací praxi žalovaného ani závažnosti zjištěného porušení zákona, uvádím, že žalobce ve své argumentaci zcela přehlíží skutečnost, že výše uložené sankce se neodvíjí primárně od závažnosti spáchaného správního deliktu, ale především a hlavně je přímo odvozována od ceny veřejné zakázky, při jejímž zadávání se zadavatel správního deliktu dopustil. Pokud se tedy v šetřeném případě jeví žalobci uložena pokuta jako velmi vysoká, či snad dokonce „rekordní“, je tomu tak především z důvodu mimořádně vysokého souhrnného finančního objemu všech veřejných zakázek, které byly v rámci správního řízení přezkoumávány a ze kterého se odvozoval základ pro výpočet pokuty ve smyslu § 102 odst. 2 zákona. Argumentace žalobce popírající domnělou mimořádnou závažnost jeho pochybení je tak z velké části nadbytečná, když vzhledem k relativní výši pokuty pouhých 14,3 % z maximální možné částky, která činí cca 21 mil. Kč, lze v šetřeném případě hovořit o nízké pokutě. Tato skutečnost tak nejpádněji popírá tvrzení žalobce, že žalovaný při rozhodování o výši sankce přičetl některé skutečnosti zadavateli k tíži vícekrát, či že nezohlednil všechny skutečnosti svědčící ve prospěch žalobce jako zadavatele.

Svou domněnku, že závažnost zjištěných pochybení zadavatele byla žalovaným „vyhodnocena jako vysoká“, dovozuje žalobce především z citace na str. 16 prvostupňového rozhodnutí žalovaného. Závěry žalobce jsou však nesprávnou interpretací napadeného rozhodnutí, když žalobce nevhodně vytrhává výrok žalovaného z celkového kontextu rozhodnutí. Žalovaný předmětným citovaným výrokiem „z hlediska přiměřenosti sankce orgán dohledu konstatuje, že nelze pominout závažné následky spáchání správních deliktů na transparentnost výběru nejvhodnější nabídky ve třinácti případech veřejných zakázek o finančním objemu přesahujícím 400 mil. Kč“ akcentuje především vysoký počet zakázek, ve kterých zadavatel závažně pochybil, a mimořádně vysoký objem finančních prostředků, který tyto zakázky představují. Tato skutečnost je zjevná již z toho, že pokud by žalovaný v předmětné citaci chtěl primárně specifikovat míru závažnosti zjištěného pochybení (případně označit tuto závažnost jako „vysokou“, jak se domnívá žalobce), vyjadřoval by se pouze k charakteru pochybení a nepřipomínal by cenu zakázek a jejich počet, když tyto údaje jsou pro čistě právní hodnocení charakteru pochybení nepodstatné. Adjektivum „vysoké“, závažnosti tak žalobce dovozuje z předmětné citace zcela svévolně a nikoliv s ohledem na celý kontext interpretovaného souvětí.

Žalobce rovněž namítá, že žalovaný zohlednil skutečnost netransparentního postupu při provádění losování k tíži žalobce dvakrát, a to jednak jako součást skutkové podstaty spáchání správního deliktu, a dále pak i jako přitěžující okolnost při úvahách o výši uložené sankce. K této argumentaci se již žalovaný vyjadřoval v rámci napadeného druhostupňového rozhodnutí, a zde proto pouze opakuje, že je zcela jistě myslitelná různá intenzita a míra následků každého jednání zadavatele, a tedy i různá intenzita závažnosti každého zjištěného porušení zákona, a to ve škále od nezávažné intenzity či nulové závažnosti, až po velmi vysokou či mimořádnou závažnost. Porušení povinností dle § 25 odst. 1 zákona se zadavatel obecně může dopustit více způsoby (např. ve fázi snižování počtu zájemců, při otevírání obálek s nabídkami, při hodnocení nabídek, apod...), přičemž nelze očekávat, že každý z těchto možných způsobů dosahuje při vzájemném srovnání vždy stejné míry závažnosti.

V šetřeném případě je tak porušení zásady transparentnosti samo o sobě jedním z definičních znaků spáchání správního deliktu, avšak míra závažnosti konkrétního pochybení s definicí správního deliktu nesouvisí a je samostatnou skutečností, která je žalovaným zohledňována při úvahách o výši sankce. Tvrzení žalobce, že žalovaný k jeho tíži dvakrát přičítal tutéž skutečnost, proto není důvodné, neboť vychází z nesprávného ztotožnění dvou odlišných, byť úzce spolu souvisejících skutečností.

Žalobce v žalobě rovněž napadá údajné nedostatečné a nepřezkoumatelné odůvodnění výše uložené pokuty, když mu nejsou zřejmé skutečnosti, ke kterým žalovaný při svých úvahách přihlížel a vliv těchto skutečností na konečné rozhodnutí o výši sankce.

K tomu uvádí, že žalovaný v napadeném rozhodnutí označuje dvě základní okolnosti, které zohlednil při rozhodování o výši sankce, a to skutečnost, že se na jedné straně jedná o závažná pochybení zadavatele, a je proto třeba pokutu uložit, a na druhé straně pak skutečnost svědčící ve prospěch zadavatele, že zadavatel v době rozhodování již prováděl losování za přítomnosti notáře a tedy není třeba výrazně akcentovat preventivní charakter uložené pokuty. Jako poslední skutečnost pak žalovaný posuzoval, zda uložená pokuta nemůže být pro žalobce likvidační. Žádné další skutečnosti či okolnosti ovlivňující jeho úvahy o výši sankce žalovaný nezohledňoval, neboť je zřejmé, že pokud ano, rovněž by je zmínil v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Požadavek žalobce, aby žalovaný v odůvodnění rozhodnutí vždy vyjmenoval všechny skutečnosti, které potenciálně mohly ovlivnit jeho úvahy o výši sankce a u každé vždy uvedl, zda ji v konkrétním případě zohlednil či nikoliv, je neodůvodněně přehnaný a jeho akceptování by vedlo k nesmyslnému, nadbytečnému a i nepřehlednému vypočítávání skutečností nesouvisejících s konkrétním případem, navíc takový výčet by z logiky věci nemohl být nikdy zcela úplný a vyčerpávající. Ve svém důsledku by taková forma stanovení výše pokuty výrazně deformovala možnost správního uvážení, která žalovanému náleží ze zákona. To stejné lze konstatovat i u požadavku žalobce, aby žalovaný v odůvodnění rozhodnutí vždy přesně kvantifikoval, v jakém rozsahu se konkrétní hledisko podílelo na celkové úvaze žalovaného. Požadavek žalobce budí dojem, že by měl žalovaný stanovit jakýsi „sazebník“ a každé polehčující či přitěžující okolnosti přiřadit závaznou procentuální váhu, kterou se tato bude podílet na výši uložené pokuty. Stanovení takových hodnot je již prima facie zcela nereálné, neboť správní uvážení by v takovém případě bylo zužováno na jakýsi aritmetický součet vážených hodnot jednotlivých subjektivních a výrazně individualizovaných skutečností. Jakkoli se exaktně matematická metoda může jevit jako maximálně přezkoumatelná, žalovaný je přesvědčen, že ji nelze slepě aplikovat do správního řízení pro účely správního uvážení ohledně výše ukládané sankce. Žalovaný má za to, že

odůvodnění výše uložené sankce je řádné a dostatečné, když přehledně uvádí ty skutečnosti, ze kterých žalovaný při svém rozhodování vycházel.

Žalobce svou argumentaci v tomto bodě doplnil dne 5.11.2007 a poukazuje na rozhodnutí žalovaného vydaná po právní moci napadeného rozhodnutí, přičemž poukazuje na to, že žalovaný v odkazovaných případech uložil nižší pokuty, ačkoli se zadavatelé v těchto případech dopustili obdobného porušení zákona jako žalobce. K tomu uvádím, že zákonnost napadeného rozhodnutí je nutno posuzovat pouze z pohledu skutečností, které existovaly v době rozhodování žalovaného a z toho důvodu je tedy odkaz žalobce na pozdější rozhodovací činnost žalovaného irelevantní. Pro úplnost pak znovu opakuji, že každý případ zadání veřejné zakázky má své specifické okolnosti a nelze proto bez dalšího zevšeobecňovat výsledky jednoho správního řízení a přenášet je na další. Argumentaci žalobce lze rovněž vytknout účelovost, když úmyslně opomíjí ty případy v rozhodovací praxi žalovaného, kdy pokuta za „obdobné pochybení byla s ohledem na specifické okolnosti případu uložena vyšší, než v šetřeném případě zadání veřejné zakázky žalobcem.

V další části žaloby pak žalobce pouze téměř doslovně opisuje argumentaci jím podaného rozkladu, a proto plně odkazují na odůvodnění napadených rozhodnutí žalovaného, která se s touto argumentací dostatečně vypořádávají.

Ze všech shora uvedených důvodů proto navrhuje podanou žalobu zamítnout.

Žalobce ve své replice uvedl, že Úřad při ukládání sankce za více správních deliktů projednávaných v témže řízení vychází (srov. bod 38. napadeného rozhodnutí) z nepřipustně zužujícího výkladu ust. § 12 odst. 2 zák. č. 200/1990.Sb., o přestupcích v platném znění (dále jen „přestupkový zákon“), když možnost použití absorpčního principu zužuje na absorpci při jednočinném souběhu.

Úřad rovněž ve svém rozhodnutí uvedl, že otázka aplikace § 12 odst. 2 přestupkového zákona při ukládání sankcí za jiné správní delikty je sporná. Jak vyplývá z judikatury uvedené již ve správní žalobě ze dne 15.10.2007 a judikatury uvedené níže v tomto podání, tato otázka ve skutečnosti nikterak sporná není a Nejvyšší správní soud zastává konstantně názor o nutnosti aplikace absorpčního principu i při ukládání sankcí za jiné správní delikty.

Podle §12 odst. 2 přestupkového zákona se za více přestupků téhož pachatele projednaných ve společném řízení uloží sankce podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejpřísněji postížitelný.

Z citovaného ustanovení jednoznačně vyplývá, že aplikace absorpční zásady je podmíněna pouze dvěma podmínkami: identitou pachatele a identitou řízení. Podmínka identity pachatele pak v daném případě splněna bezpochyby byla. Identitu řízení uznal a založil sám Úřad, když čtrnáct domnělých pochybení žalobce (kde navíc nešlo ve všech případech o stejné porušení zákona - viz vyloučení zájemce v rámci zakázky „Oprava hydroizolací stěn, stropu a podlah podzemních garáží G — 18, Jižní svahy“), projednával v jednom řízení a uložil za ně jednu sankci.

Žalovaný pak v napadeném rozhodnutí nad rámec zákona stanovuje podmínku třetí, a to identitu jednání (skutku). Pro tento přístup však chybí jakákoli opora v zákoně. Žalobce považuje za nutné znovu připomenout, že souladu s čl. 1 a dále čl. 2 odst. 3 Ústavy na poli veřejného práva mohou státní orgány činit pouze to, co jim zákon výslovně umožňuje. Není tedy možné podmínit použití absorpční zásady další, v zákoně nestanovenou podmínkou. Žalobce znovu připomíná, že při výkladu norem veřejného práva musí státní moc postupovat

v souladu se zásadou *in dubio pro libertate* (srov. např. náleží Ústavního soudu ze dne 13.9.2007, sp.zn. I. ÚS 643/06, dostupný na [www.concourt.cz](http://www.concourt.cz), srov. dále např. nálezy sp.zn. III. ÚS 667/02 ze dne 11.3.2004, Sb. n. u., sv. 32, str. 383 či sp.zn. I. ÚS 621/02, ze dne 19.8.2004 in Sb. n. u., Sv. 34, str. 209).

Úřad ve Svém rozhodnutí uvedl, že nemožnost použití zásady absorpce pro Správní delikty v jiném než jednočinném souběhu vychází z judikatury Nejvyššího správního soudu. Tento závěr však není správný. V rozhodnutí ze dne 22.9.2005, č.j. 6 As 57/2004-54 (publikováno pod. č. 772/2006 Sb. NSS), které již bylo zmiňováno v žalobě ze dne 15.10.2007, byla možnost použití absorpční zásady připuštěna při jakémkoliv souběhu správních deliktů [ „Sbíhající se delikty jsou tak postiženy pouze trestem stanoveným pro nejtěžší z nich, což při stejných sazbach pokut znamená, že správní orgán posoudí závažnost deliktu a úhrnný trest uloží podle sazby za nejzávažnější z těchto deliktů“, srov. dále právní větu tohoto rozhodnutí ve Sbírce rozhodnutí NSS, kde bylo přímo uvedeno, že: „III. Při souběhu více správních deliktů (zde: vícečinný souběh) je analogické použití zásady absorpční ( § 12 odst. 2 zákona ČNR č. 200/1990 Sb., O přestupcích) přípustné, nestanoví-li příslušný právní předpis jinak.“]. Obdobné principy vyslovil Nejvyšší správní soud např. v rozsudku ze dne 7.4.2006, č.j. 6 As 19/2005-52, dostupný na [www.nssoud.cz](http://www.nssoud.cz) Tento rozsudek se týkal situace, kdy se prodejce potravin dopustil několika typově odlišných pochybení (např. porušil zákaz uvádět do oběhu potraviny klamavě označené, povinnost vyřadit neprodleně z oběhu potraviny neodpovídající požadavkům na jakost), která byla zjištěna při jedné kontrole a projednána v jednom řízení. Srov. dále např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18.10.2006, č.j. 6 As 63/2005-63 (dostupný na [www.nssoud.cz](http://www.nssoud.cz)), který se týkal umístění osmi reklamních zařízení na pěti různých sloupech veřejného osvětlení, čímž došlo ke spáchání 16 různých správních deliktů, a kde byla možnost použití absorpční zásady rovněž připuštěna. Nutnost aplikace absorpční zásady u souběhu správních deliktů obecně je dále vyjádřena i v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 23.9.2005, č.j. 6 As 8/2005-66 (dostupný na [www.nssoud.cz](http://www.nssoud.cz)).

Není tedy vůbec relevantní, zda se v daném případě jednalo o vícečinný nebo jednočinný souběh, neboť § 12 odst. 2 přestupkového zákona aplikovatelný i v případě ukládání sankcí za správní delikty mezi těmito formami souběhu nerozlišuje. Jak judikoval Nejvyšší správní soud: „Podstata absorpce totiž tkví v absorpci sazeb (přísnější trest pohlcuje mírnější). Sbíhající se delikty jsou tak postiženy pouze trestem stanoveným pro nejtěžší z nich (úhrnným trestem). Použití této zásady tedy má místo při stanovení konkrétní výměry úhrnné sankce, což nic nemění na tom, že žalobce bude uznán vinným ze spáchání více správních deliktů; stěžovatel v napadeném rozhodnutí II. stupně tvrdí, že žalobce spáchal několik správních deliktů v jednočinném souběhu; toto tvrzení z výroku správních rozhodnutí vůbec nevyplývá, o jednočinném souběhu má Nejvyšší správní soud značné pochybnosti, spíše by v posuzované věci šlo o souběh vícečinný, nicméně tato pochybnost není pro posuzovanou věc zásadní.“ (podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 7.4.2006, č.j. 6 As 23/2005-66, dostupný na [www.nssoud.cz](http://www.nssoud.cz))

Žalovaný ve svém vyjádření uvádí, že v napadeném rozhodnutí označuje dvě základní okolnosti, které zohlednil při rozhodování o výši sankce, a to skutečnost, že se na jedné straně jedná o závažná pochybení žalobce, a je proto třeba pokutu uložit, a na druhé straně pak skutečnost svědčící ve prospěch žalobce, neboť v době rozhodování již prováděl losování za přítomnosti notáře. Jako poslední pak správní orgán posuzoval, jestli uložená pokuta nemůže být pro žalobce likvidační. Žalovaný dále uvedl, že „žádné další skutečnosti či okolnosti ovlivňující jeho úvahy o výši sankce nezohledňoval, neboť je zřejmé, že pokud ano, rovněž by je zmínil v odůvodnění napadeného rozhodnutí“. Konstatoval, že požadavek žalobce, aby v

odůvodnění svého rozhodnutí vždy vyjmenoval všechny skutečnosti, které potenciálně mohly ovlivnit jeho úvahy o výši sankce a u každé vždy uvedl, zda ji v konkrétním případě zohlednil či nikoliv, je neodůvodněně přehnaný. Takový postup by ve svém důsledku podle žalovaného deformoval možnost správního uvážení.

K těmto úvahám žalobce především uvádí, že postoj žalovaného je v naprostém rozporu s principy správního uvážení. Správní uvážení podle názoru žalobce nelze ztotožňovat s libovůlí. Jak např. konstatoval Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí ze dne 27. 7. 2006, č.j. 2 Afs 207/2005-55: „*Základní pohled na správní uvážení musí být proto v moderním právním státě nutně restriktivní, či, chceme-li, „podezřivý“ v tom smyslu, aby se správní uvážení nestalo zástěrkou pro aplikaci nelegitimních (a ostatně zpravidla i protiprávních, a proto vágně a neupřimně formulovaných) kritérií. „, Jak dále tentýž soud judikoval v jiném rozhodnutí: „Nejvyšší správní soud nadto podotýká, že požadavek srozumitelnosti a náležitosti odůvodnění je tím více na místě, jestliže se jedná o rozhodnutí v oblasti správního trestání a nadto o rozhodnutí správního orgánu druhého stupně.“ (podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 26.9.2007, č.j. 6 As 2/2007-95, dostupný na [www.nssoud.cz](http://www.nssoud.cz)).*

Povinností správního orgánu je proto zabývat se všemi faktory, které připadají v úvahu. Navíc výsledek těchto úvah musí být z jeho rozhodnutí jasně seznatelný. Ustanovení § 105 ZVZ pak stanoví minimální okruh okolností, ke kterým při rozhodování o výši sankce správní orgán přihlédnout musí. Podle tohoto ustanovení se při určení výše pokuty přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Je zřejmé (a žalovaný to ve svém vyjádření dokonce sám přiznává), že toto zákonné ustanovení v průběhu správního řízení respektováno nebylo. Správní orgány se v rozporu s výslovným ustanovením zákona nevěnovaly např. otázce následků tvrzených správních deliktů (za následek tvrzeného správního deliktu nelze považovat pouhé uvedení objemu vynaložených veřejných prostředků). Tento postup je neakceptovatelný a zakládá nepřezkoumatelnost předmětných rozhodnutí. Jak vyslovil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 31.5.2007, č.j. 4 As 64/2005-59 (dostupný na [www.nssoud.cz](http://www.nssoud.cz)): „*Jinými slovy, Nejvyšší správní soud nemůže odhlédnout od toho, že správní orgány se podrobně nezabývaly všemi hledisky, které jim zákon předkládá pro stanovení výše sankce, jakož ani neodůvodnily, jaký význam jim přiřadily při stanovení konečné výše sankce. Správní odůvodnění výše sankce je tak podle Nejvyššího správního soudu zcela nedostatečné a mělo být soudem jako takové posouzeno.*“

Žalobce dále znovu zdůrazňuje, že rozhodnutí žalovaného trpí vnitřním rozparem (a je z tohoto důvodu nepřezkoumatelné). V bodu 33. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad uvádí: „*Již z tohoto důvodu je tedy nedůvodné odvozovat od výše pokuty, že Úřad vyhodnotil závažnost pochybení jako velmi vysokou.*“. A contrario tedy lze dovodit, že Úřad konstatuje, že závažnost pochybení žalobce vysoká nebyla. Naproti tomu v bodu 37. předmětného rozhodnutí pak Úřad uvádí, že: „*V rámci odůvodnění výše uložené pokuty pak Úřad akcentoval závažné následky takového postupu zadavatele, tedy hodnotil, do jaké míry, byla transparentnost zadávacího procesu narušena, neboť je bezpochyby myslitelná různá míra a intenzita takového narušení, tedy různá míra závažnosti pochybení zadavatele, od kterého je pak nutno odvozovat výši následné sankce.*“ Uvedená formulace přitom podle žalobce budí dojem, že Úřad hodnotí závažnost jako vysokou. Ve svém vyjádření žalovaný uvedené argumentaci žalobce vytýká, že je založena na nesprávné interpretaci napadeného rozhodnutí a vytržení výroku žalovaného z celkového kontextu rozhodnutí. K tomu si žalobce dovoluje poznamenat, že odůvodnění výše pokuty se v rozhodnutí prvního stupně omezilo v podstatě

na jeden velmi kusý odstavec, a není proto zřejmé, o jakém kontextu zde žalovaný hovoří. Pokud jde o interpretaci věty „Z hlediska přiměřenosti sankce orgán dohledu konstatuje, že nelze pominout závažné následky spáchání správních deliktů na transparentnost výběru nejvhodnější nabídky ve třinácti případech veřejných zakázek o finančním objemu přesahujícím 400 mil. Kč“, je žalobce přesvědčen, že její formulace stěží umožňuje nezaujatému čtenáři spolehlivý a jednoznačný závěr o tom, co bylo vlastně bráno v potaz. Podle vyjádření žalovaného (viz strana 4 vyjádření) to tedy není primárně závažnost (kterou by žalobce očekával jako základní kritérium při výměře sankce) ani následek způsobený deliktem (ačkoli formulace slovo „následek“ obsahuje), nýbrž vysoký počet zakázek a jejich značný finanční objem. Toto zdůvodnění žalovaného však považuje žalobce za nepřesvědčivé. Žalobce se navíc dozvídá, že přívlástek „vysoká“ závažnosti deliktního přisuzuje svévolně, resp. že jeho argumentace popírající závažnost jeho jednání je nadbytečná, nicméně konkrétní hodnocení závažnosti ze strany Úřadu ani ve vyjádření nezaznívá, neboť podle žalovaného o ní sama o sobě dostatečně vypovídá relativní výše pokuty. Podle žalobce je zřejmé, že i tento přístup k výměře pokuty a jejímu odůvodnění je v naprostém rozporu s výše uvedenými principy formulovanými judikaturou.

Žalobce rovněž nesouhlasí s tím, že se má výše uložené sankce odvíjet primárně nikoli od závažnosti spáchaného deliktu, ale především a hlavně od ceny veřejné zakázky. Výše zakázky je nepochybně faktorem, který hraje při určení sankce významnou roli, nicméně v tom směru, že jde o údaj určující pro stanovení horní hranice sankční sazby. V rámci těchto mezí však musí být výměra pokuty provedena a zdůvodněna na základě zákonem stanovených hledisek. Jinými slovy, cena zakázky určuje horní mez správního uvážení, nicméně není určujícím kritériem pro jeho konkretizaci v takto stanovených mezích. Cenu zakázky by bylo teoreticky např. možné při správním uvážení zohlednit, pokud by v důsledku porušení zákona nastal konkrétní a zcela prokazatelný negativní následek spočívající v neefektivním vynaložení velkého objemu veřejných prostředků na danou zakázku, nicméně nic takového se v rozhodnutí Úřadu neobjevuje a (a to především) ani nevyplývá z okolností jednotlivých přezkoumávaných zakázek.

Úřad ve svém vyjádření uvádí, že žalobce v doplnění žaloby poukazuje na rozhodnutí žalovaného vydaná po právní moci napadeného rozhodnutí. Konstatuje, že zákonnost napadeného rozhodnutí je nutno posuzovat pouze z pohledu skutečnosti, které existovaly v době rozhodování žalovaného a z toho důvodu je tedy odkaz žalobce na pozdější rozhodovací činnost žalovaného irelevantní. Dále tvrdí, že každý případ zadání veřejné zakázky má specifické okolnosti a nelze proto bez dalšího zevšeobecňovat výsledky jednoho správního řízení a přenášet je na další.

Ani s tímto názorem Úřadu žalobce nemůže souhlasit. Principem fungování demokratické veřejné správy je právě určité „zevšeobecňování“ závěrů jednotlivých správních řízení, které se projevuje povinností správního úřadu respektovat vlastní správní praxi. Jak např. Nejvyšší správní soud judikoval: „*Jestliže se takováto praxe vytvořila, správní orgán se od ní nemůže v jednotlivém případě odchýlit, neboť takový jeho postup by byl libovůlí, která je v právním státě (viz čl. 1 odst. 1 Ústavy) nepřipustná. Ze zásady zákazu libovůle a neodůvodněné nerovného zacházení (viz čl. 1 věta první Listiny základních práv a svobod) vyplývá princip vázanosti správního orgánu vlastní správní praxí v případě, že mu zákon dává prostor pro uvážení pokud se taková praxe vytvořila*“ (podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 28.4.2005, č.j. 2 Ans 1/2005-57, dostupný na [www.nssoud.cz](http://www.nssoud.cz)).

pokračování

62 Ca 47/2007

Neobstojí ani argument Úřadu podle kterého nelze argumentovat rozhodnutími vydanými po právní moci napadeného rozhodnutí (nehledě na to, že tento argument neplatí ve vztahu k pokutě uložené Ministerstvu práce a sociálních věcí v řízení č. S 213/06). V doplnění uváděná rozhodnutí měla za úkol ilustrovat existující správní praxi při udělování sankcí v případech porušení zásady transparentnosti. Není proto rozhodné, zda byla vydána před nebo po právní moci napadeného rozhodnutí. Pokud by však soud dospěl k názoru, že správní praxe Úřadu byla v době vydání napadeného rozhodnutí odlišná a ve velmi krátké době se takto razantně změnila a přitom neshledá důvod pro zrušení napadeného rozhodnutí, dává žalobce soudu opět k uvážení možnost využití moderačního práva ve smyslu §78 odst. 2 s. ř. s.

Soud si dále od žalovaného vyžádal předložení kompletního spisového materiálu k věci se vztahujícího, jehož součástí jsou zejména napadená rozhodnutí, oznámení o zahájení správního řízení ze dne 22.12.2006, rozklad ze dne 7.5.2007 a předkládací zprávu ze dne 11.6.2007.

Krajský soud v Brně přezkoumal napadená správní rozhodnutí, jakož i řízení předcházející jejich vydání, a to v rozsahu jejich napadení žalobou (§ 71 odst. 1 písm. d) zák. č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního – dále jen s.ř.s., § 75 odst. 2 věta první s.ř.s.).

Žaloba je důvodná.

Na námitky žalobce týkající se nedostatečného zdůvodnění výše pokuty reagoval žalovaný v napadeném rozhodnutí argumentací, že ustanovení § 105 odst. 1 zákona sice stanoví Úřadu povinnost zabývat se určitým okruhem faktorů, které mají či mohou být rozhodné při úvahách o výši sankce, avšak tato hlediska musí vzít Úřad v úvahu nikoli jednotlivě, ale musí se nimi zabývat komplexně, nikoli je vytrhávat ze vzájemných souvislostí a posuzovat je samostatně, jak to čini žalobce. Podle žalovaného se uvedená hlediska u každého případu projevují individuálně a v rozdílné míře a rozdílném poměru, a je proto přirozené, že určité hledisko má na stanovení výše uložené pokuty podstatný význam, zatímco jiné se například vůbec nepoužije. Podle žalovaného byly při vyměřování pokuty okolnosti případu zohledněny v jejich vzájemné provázanosti, přičemž v odůvodnění Úřad vyjmenoval skutečnosti, které byly pro určení pokuty zásadní, a to především závažnost zjištěných správních deliktů („závažné následky spáchání správních deliktů na transparentnost výběru nejvhodnější nabídky“), s tím, že na druhé straně Úřad zmínil zásadní hledisko ve prospěch zadavatele, a to že zadavatel přistoupil k losování za účasti notáře.

K výše uvedené argumentaci žalovaného obsažené v napadeném rozhodnutí žalobce uvádí především to, že ji považuje za velmi vágní, nepřesvědčivou a nereagující na podstatu námitek obsažených v rozkladu. Stěžejní námitkou žalobce bylo, že prvostupňové rozhodnutí neobsahuje dostatek argumentů, které by umožnily pochopit, proč byla vyměřena pokuta v dané výši. Objasnění důvodů, na nichž Úřad založil své správní uvážení vedoucí k uložení pokuty v rekordní výši, věnoval Úřad na str. 16 prvostupňového rozhodnutí jediný odstavec, ve kterém uvádí, že „z hlediska přiměřenosti sankce orgán dohledu konstatuje, že nelze pominout závažné následky spáchání správních deliktů na transparentnost výběru nejvhodnější nabídky ve třinácti případech veřejných zakázek o finančním objemu přesahujícím 400 mil. Kč“. Dále v tomto odstavci prvostupňového rozhodnutí uvádí, že bere v úvahu okolnost, že po zjištění výkladové praxe Úřadu přistoupil žalobce k losování za účasti notáře a rovněž uzavírá, že vzhledem k rozpočtovým příjmům žalobce uložená pokuta neohrozí jeho hospodaření.

Na základě uvedených konstatování Úřadu lze však podle žalobce jen stěží posoudit, jakým způsobem byla zmíněná hlediska rozhodná pro stanovení výše pokuty posuzována a



vyhodnocena (resp. zda se jejich hlubšímu zvážení a vyhodnocení vůbec Úřad při ukládání pokuty věnoval). Pokud jde o použitou formulaci „závažné následky spáchání správních deliktů na transparentnost výběru nejvhodnější nabídky“, na kterou odkazuje i napadené rozhodnutí, považuje ji žalobce za velice mlhavou a nepříliš srozumitelnou. Podle názoru žalobce lze tuto formulaci podle kontextu, v jakém je použita, objektivně chápat tak, že závažnost byla vyhodnocena jako vysoká. Je proto podle něj překvapivé, pokud z napadeného rozhodnutí (odst. 33 na str. 14) naopak vyplývá, že je nedůvodné dovozovat, že Úřad vyhodnotil závažnost pochybení žalobce jako velmi vysokou. Rozhodnutí Úřadu tedy neumožňuje spolehlivě zjistit ani to, jaký závěr vlastně Úřad učinil při posuzování základního východiska rozhodného pro výměru pokuty (tj. míry závažnosti porušení). Naprosto pak absentují jakékoli bližší úvahy, kterými se Úřad při posuzování závažnosti řídil. Již z tohoto důvodu je rozhodnutí Úřadu (co do stanovení pokuty) nepřezkoumatelné, neboť z něj není možné zjistit, jakými úvahami byl správní orgán veden při stanovení pokuty v dané výši.

Pokud jde o zohlednění skutečnosti, že žalovaný po zjištění výkladového stanoviska Úřadu přistoupil k losování za účasti notáře, tedy další hledisko, které vzal žalovaný podle svých slov při stanovení sankce v úvahu, i zde chybí jakákoli informace o tom, jak byla tato skutečnost zohledněna, a to především v poměru k ostatním skutečnostem rozhodným pro uložení sankce. Žalobce v této souvislosti uvádí, že danou okolnost považuje za zcela zásadní a v případě, pokud by jeho postup byl skutečně vyhodnocen jako objektivně nesplňující požadavek transparentnosti, pak tato skutečnost měla být při vyměřování sankce brána v potaz zásadním způsobem (viz blíže část 3.3 níže).

Jak je uvedeno výše, žalovaný v napadeném rozhodnutí kromě jiného argumentuje, že hledisky rozhodnými pro určení výše pokuty je třeba se zabývat komplexně, nikoli je vytrhávat ze vzájemných souvislostí a posuzovat je samostatně, jak to činí zadavatel. Žalobci sice není zřejmé, v jakém směru se dopustil „vytrhávání jednotlivých hledisek ze vzájemných souvislostí“, nicméně dává žalovanému za pravdu v tom, že rozhodná hlediska je třeba posoudit komplexně a ve vzájemné souvislosti. To však není dost dobře možné, pokud tomuto komplexnímu hodnocení nepředchází srozumitelné vyhodnocení jednotlivých hledisek. Podle názoru žalobce zde Úřad zaměňuje komplexní hodnocení s paušálními a zkratkovitými závěry, které nejsou podloženy přezkoumatelnými dílčími úvahami. Jak již žalobce uváděl v rámci svého rozkladu, závěr o závažnosti deliktního jednání musí vycházet z konkrétních skutečností pojících se ke konkrétnímu případu. Paušální závěr, který učinil žalovaný, proto není podle názoru žalobce akceptovatelný a nelze jej považovat ani za žalovaným proklamované komplexní hodnocení.

V obecné rovině lze rovněž souhlasit i s tím, že hlediska určující výměru pokuty se u každého případu projevují individuálně, v rozdílné míře či rozdílném poměru, a jsou tedy logicky v různé intenzitě uplatňována při stanovení sankce. Právě proto je však nezbytné trvat na tom, aby správní orgán v každém individuálním případě tato hlediska pečlivě posuzoval a aby závěry, k nimž v tomto směru dospěje, jasně, srozumitelně a dostatečně detailně formuloval. V daném případě se tak však nestalo a z prvostupňového rozhodnutí lze jen stěží dovodit, v jaké míře a v jakém vzájemném poměru se v posuzovaném případě jednotlivá hlediska uplatnila.

Žalobce již v rámci rozkladu Úřadu vytýkal, že se v odůvodnění blíže nezabýval dalšími hledisky vyjmenovanými v ustanovení § 105 odst. 1 zákona, tj. okolnostmi, za nichž k jím

pokračování

62 Ca 47/2007

spatřovanému porušení zákona došlo, způsobem, jakým se jej měl žalobce dopustit a následky, které postup žalobce způsobil. Tuto skutečnost považuje žalobce (mimo jiné s přihlédnutím k závěrům judikatury citované v rámci rozkladu) za další závažné pochybení Úřadu při vyměřování sankce.

Žalobce je totiž přesvědčen, že i kdyby snad jeho postup bylo možné vyhodnotit jako formálně naplňující skutkové znaky správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona, pak existují skutečnosti, v jejichž světle je uložena pokuta naprosto nepřiměřená. Úřad tyto okolnosti nijak nezohlednil, resp. pokud je nějakým způsobem zohlednil, není z napadeného rozhodnutí zřejmé, jaký mělo jejich zhodnocení vliv na výši pokuty.

S ohledem na výše uvedené se žalobce pro případ, že soud nepřisvědčí jeho argumentaci o nenaplnění skutkové podstaty správních deliktů, domáhá ve smyslu ustanovení § 65 odst. 3 s.ř.s. upuštění od uložení sankce či případně jejího zmírnění. Důvody opravňující k tomuto postupu žalobce podrobně rozvádí v dalším textu této žaloby.

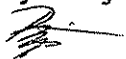
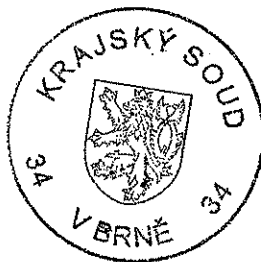
Soud tedy uzavírá, že napadené rozhodnutí je zatíženo procesní vadou s přímým vlivem na jeho zákonost. To je důvodem k jeho zrušení podle § 76 odst. 1 písm. c) ve spojení s § 78 odst. 1 s.ř.s., neboť tato vada byla žalobně namítána a žaloba je v této části důvodná, a k vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení podle § 78 odst. 4 s.ř.s. V dalším řízení nechť žalovaný s respektováním právního názoru soudu podle § 78 odst. 5 s.ř.s. napraví procesní pochybení, jak je soud shora uvedl, a za respektování výkladu k jednotlivým shora uvedeným ustanovením ZVZ věc posoudí a rozhodne.

Pokud jde o náklady řízení, o nich zdejší soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce byl ve věci úspěšný, proto má právo na náhradu nákladů proti žalovanému. V řízení před zdejším soudem vznikly žalobci náklady za zaplacený soudní poplatek ve výši 2 000,-Kč a prokázané náklady právního zastoupení za tři úkony právní služby po 2 100,- Kč společně se třemi režijními paušály po 300,- Kč, převzetí a příprava zastoupení, žaloba a replika, to vše podle § 11 odst. 1 písm. a) a d) a § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, ve znění pozdějších předpisů, celkem 7 200,- Kč a dále 19% DPH ve výši 1 368,-Kč, celkem tedy 10 568,-Kč včetně soudního poplatku. K náhradě nákladů řízení soud stanovil žalovanému přiměřenou lhůtu.

**P o u č e n í :** Proti tomuto rozhodnutí, které nabývá právní moci dnem doručení, je přípustná kasační stížnost za podmínek § 102 a násl. s.ř.s., kterou lze podat do dvou týdnů po jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu v Brně prostřednictvím Krajského soudu v Brně, a to ve dvou vyhotoveních. Podmínkou řízení o kasační stížnosti je povinné zastoupení stěžovatele advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2, 4 s.ř.s.).

V Brně dne 5. prosince 2008

Za správnost vyhotovení:  
Kristýna Pejčochová

JUDr. Jaroslav Tesák, Ph.D., v. r.  
předseda senátu