



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců JUDr. Radimy Gregorové, Ph.D. a Mgr. Petra Šebka v právní věci **žalobce: Statutární město Zlín**, se sídlem nám. Míru 12, Zlín, zastoupeného JUDr. Petrem Balcarem, advokátem se sídlem E. Peškové 15, Praha 5, proti **žalovanému: Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28. 8. 2007, č. j. R102/2007/02-06798/2007/310-Hr,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28. 8. 2007, č. j. R102/2007/02-06798/2007/310-Hr, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení o žalobě ve výši 10 640,- Kč, a to do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám JUDr. Petra Balcara, advokáta se sídlem E. Peškové 15, Praha 5.
- III. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 5. 12. 2008, č. j. 62 Ca 47/2007-111.

Odůvodnění:

Žalobou podanou včas u Krajského soudu v Brně se žalobce domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28. 8. 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, případně upuštění od uložení pokuty nebo alespoň jejího snížení.

I. Podstata věci

Rozhodnutím ze dne 28. 8. 2007, č. j. R 102/2007/02-06798/2007/310-Hr, předseda žalovaného zamítl rozklad žalobce a v celém rozsahu potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 18. 4. 2007, č. j. S 395/2006-03528/2007/540-RP, kterým byla žalobci jakožto zadavateli veřejných zakázek uložena pokuta ve výši 3 000 000,- Kč za spáchání správních deliktů podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách (dále též „ZVZ“), v procesu zadávání veřejných zakázek specifikovaných ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

V případě veřejných zakázek: „17. ZŠ – výměna oken a zateplení fasády II. část“, „10. ZŠ – GO budovy školy, křídlo A, B“, „3. ZŠ – rekonstrukce školního hřiště“, „Kongresové centrum Zlín, inženýrské sítě“, „Dům pokojného stáří, Zlín – Jižní svahy“, „Stavební úpravy bytového domu Zlín Losky č.p. 2426“, „Stavební úpravy bytového domu Obeciny č.p. 3121“, „Výměna oken a opravy lodžii, I. segmentový dům Zlín, Jižní Svahy“, „ZOO a zámek Lešná Zlín, tropická Amazonie“, „Výměna rozvodů ÚT v bytovém domě Tř. T. Bati č.p. 1276“, „Malá scéna Zlín – rekonstrukce část B a C“, „Rekonstrukce a přístavba objektu Zálešná V/4069 (judo)“ a „Oprava hydroizolací stěn, stropu a podlah podzemních garáží G-18, Jižní svahy“ bylo zjištěno porušení § 25 odst. 1 ZVZ, které bylo spatřováno v tom, že omezení počtu zájemců losem nebylo transparentní, neboť losování nebylo prováděno za přítomnosti notáře ani na něho nebyli pozváni všichni zájemci. V případě naposled uvedené zakázky („Oprava hydroizolací stěn, stropu a podlah podzemních garáží G-18, Jižní svahy“) shledal žalovaný i porušení § 39 odst. 2 ZVZ, neboť žalobce odmítl zájemce proto, že neoznačil obálku se žádostí o účast názvem zakázky a nápisem „neotevírat“, přestože tento zájemce splnil kvalifikaci.

II. Shrnutí procesních stanovisek účastníků

Žalobce se v úvodu žaloby zabývá tím, proč označil za žalovaného Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, přestože žaluje rozhodnutí jeho předsedy. Dále uvádí, že napadená rozhodnutí považuje za nezákonná a uloženou pokutu za zcela nepřiměřenou. Při zadávání předmětných veřejných zakázek prováděl v užším řízení omezení počtu zájemců na základě losování. Losování bylo vždy zmíněno v oznámení zadávacího řízení a prováděla je stálá komise zřízená pro tento účel na základě usnesení Rady města Zlína ze dne 11. 4. 2005. Tuto komisi tvořil primátor nebo jeho náměstek, tajemník nebo vedoucí příslušného odboru a vedoucí Odboru právního nebo vedoucí Odboru realizace investičních akcí. O každém losování byl pořízen zápis popisující jeho průběh a výsledky. Takový postup považuje žalobce za souladný se

zásadou transparentnosti. K jejímu naplnění je totiž třeba splnění následujících předpokladů: náležité uveřejnění způsobu, jakým bude zadavatel v zadávacím řízení postupovat; dodržení tohoto postupu; pořizování písemných záznamů dokumentujících postup zadavatele, které umožní seznámit se s tím, jak zadavatel postupoval, a opatření rozhodnutí zadavatele odůvodněním. Těmto všem požadavkům žalobce dostál.

Komise pro losování byla složená z pracovníků žalobce z různých úseků v rámci jeho organizační struktury. Cílem jejího zřízení bylo zavést do procesu losování řád a omezit prvek nahodilosti a libovůle. Složení z pracovníků z různých úseků mělo za cíl též zajistit účinnější kontrolu losování, byť se jednalo o kontrolu interní. Žalobce nesouhlasí s názorem žalovaného, že z hlediska zajištění transparentnosti jsou *a priori* nedostatečná jakákoli interní opatření zadavatele, neboť tato nemohou — narozdíl od veřejné či nezávislé kontroly - eliminovat možnost zadavatele manipulovat výsledky losování. Žalobce souhlasí s tím, že jím vytvořený mechanismus sice nemůže vyloučit manipulaci losování stoprocentně, to samé lze však říci i o losování za účasti notáře. Kategorický požadavek žalovaného na existenci nezávislé či veřejné kontroly losování považuje žalobce za požadavek 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 výslovně (jak je tomu např. u zákona č. 202/1990 Sb., o loteriích).

Podle žalobce také není správný přístup žalovaného, který přisuzuje zadavateli latentní sklon podvádět. Podezření, že se tři pracovníci z rozdílných úseků budou ve vzájemné shodě podílet na úmyslné nezákonné činnosti (být v hypotetické rovině), jde podle názoru žalobce nad rámec legitimních pochybností žalovaného. Žalobce také zajistil u každé z přezkoumávaných zakázek zdokumentování průběhu losování formou písemného protokolu. Přestože tento protokol nemá povahu veřejné listiny, neboť byl sepsán komisí pro losování, není žádný důvod pro to, aby mu byla *a priori* přisuzována nedostatečná důkazní hodnota. ZVZ totiž žádnou kvalifikovanou formu zaznamenání průběhu losování nepředepisoval. Mezi protokolem o průběhu losování a notářským zápisem není z materiálního hlediska zásadní rozdíl, neboť oba pouze zachycují průběh losování. Se žalovaným nelze souhlasit v tom, 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. Argument, že narozdíl od notáře se u pracovníků zadavatele 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. Žalovaný přitom nepřináší žádné přesvědčivé argumenty, proč by se tímto způsobem mělo na pracovníky zadavatele pohlížet. Úvahám o nekorektním způsobu losování či manipulaci přitom neodpovídá fakt, že každá z přezkoumávaných zakázek byla přidělena jinému subjektu.

Pokud jde o porušení § 39 odst. 2 ZVZ, tak ani toho se žalobce nedopustil. Žalobce je přesvědčen, že jeho požadavek na označení obálky se žádostí o účast byl odůvodněný a neodporoval zákonu. Tento požadavek nastavil proto, aby zabránil otevření obálky dříve než při společném otevírání a tím se vyhnul i možným spekulacím, zda nebylo některým zájemcům umožněno dodatečně doplňovat chybějící doklady o prokázání kvalifikace. Podle žalobce šlo o jednu ze zadávacích podmínek ve smyslu § 17 ZVZ, která byla řádně uveřejněna 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. Žalobce tedy vůči zájemci UNIBAU, a. s. nepostupoval diskriminačně.

Dále žalobce nesouhlasí se stanovením sankce, která je vyměřena ve výši naprosto nepřiměřené. Žalovaný navíc výši pokuty nedostatečně odůvodnil a jeho rozhodnutí je tak v této části nepřezkoumatelné. Podle žalobce je žalovaný v rámci svého správního uvážení povinen výši pokuty odůvodnit tak, aby bylo zřejmé, podle jakých měřítek byla tato výše určena, jaké konkrétní následky byly porušením ZVZ způsobeny a jakým způsobem a za jakých okolností k deliktu došlo. Těmto požadavkům však žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí nedostal. V rozhodnutí druhostupňovém se omezil pouze na „vágní“ a neurčitou argumentaci, aniž by vyvrátil žalobcovo tvrzení o absenci dostatečného zdůvodnění výše pokuty. Formulaci „závažné následky spáchání správních deliktů na transparentnost výběru“ považuje žalobce za velice mlhavou a „ne zcela srozumitelnou“. Žalobce ji chápe tak, že byla závažnost porušení vyhodnocena jako vysoká. Nerozumí pak, jak je možné, aby v bodě 33 druhostupňového rozhodnutí bylo uvedeno, že „je nedůvodné dovozovat, že Úřad vyhodnotil závažnost pochybení žalobce jako velmi vysokou“. Z rozhodnutí tak není ani zřejmé, jak žalovaný vyhodnotil míru závažnosti porušení ZVZ. Naprosto pak absentují jakékoli bližší úvahy, kterými se žalovaný při posuzování této závažnosti řídil. Rovněž není zřejmé, jak byla zohledněna skutečnost, že žalobce po zjištění výkladového stanoviska žalovaného přistoupil k losování za účasti notáře.

Žalobce souhlasí se žalovaným, že hlediska pro stanovení výše pokuty je třeba posoudit komplexně a ve vzájemné souvislosti. To však není dost dobře možné, pokud tomuto komplexnímu hodnocení nepředchází srozumitelné vyhodnocení všech jednotlivých hledisek. Ta je totiž žalovaný povinen pečlivě posuzovat a závěry, k nimž v tomto směru dospěje, musí jasně, srozumitelně a detailně formulovat. V daném případě se tak ale nestalo. Hodnocení závažnosti porušení ZVZ v případě veřejné zakázky „Oprava hydroizolací stěn, stropu a podlah podzemních garáží G -18 Jižní svahy“ přitom chybí úplně.

Žalobce dále namítá, že žalovaný odůvodňuje výši pokuty skutečností, že jednání žalobce mělo závažný dopad na transparentnost, neboť uvádí, že „nelze pominout závažné následky spáchání správních deliktů na transparentnost výběru nejvhodnější nabídky“. Přičítá tak žalobci k tíži skutečnost, která zároveň vedla k naplnění skutkové podstaty správního deliktu. Tutéž okolnost tak přičítá k tíži žalobce dvakrát.

Podle názoru žalobce se žalovaný také blíže nezabýval dalšími hledisky vyjmenovanými v § 105 odst. 1 ZVZ. Mezi okolnosti vztahující se ke způsobu omezení počtu zájemců, k nimž měl žalovaný přihlédnout, patří skutečnost, že v rozhodné době ZVZ nestanovil žádná konkrétnější pravidla pro omezení počtu zájemců ani pro to, jak naplnit zásadu transparentnosti. ZVZ totiž vůbec neuváděl, že by při losování měla být zajištěna nezávislá kontrola a tento požadavek začal být dovozován až z rozhodovací praxe žalovaného. Žalobce přitom naplnil veškeré povinnosti požadované ZVZ pro omezení počtu zájemců (stanovil objektivní metodu omezení, tuto metodu uveřejnil a písemně oznámil nevylosovaným zájemcům, že došlo k jejich odmítnutí a rovněž důvod tohoto odmítnutí). Žalobce tedy vždy jednal tak, aby zákon neporušil a vyvinul snahu o zajištění zásady transparentnosti. Výše uložené pokuty tak odporuje § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, tj. zásadě, že přijaté řešení má odpovídat okolnostem daného případu.

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 nepocit'ovali závažná porušení svých práv. Navíc výsledky jednotlivých zadávacích řízení žádné manipulaci nenasvědčují, neboť v každém z nich zvítězil jiný zájemce. Žalovaný ostatně ve svém rozhodnutí žádný konkrétní dopad žalobcova jednání neuvádí.

Při vyměřování pokuty žalovaný dále nesprávně postupoval podle kumulativního principu (sečetl totiž ceny všech zakázek a z této výše pak počítal horní hranici pro uložení pokuty) namísto použití absorpční zásady, kterou je třeba aplikovat při trestání více deliktů v jednom řízení. K tomu poukazuje na § 12 odst. 2 zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích. Žalobce má narozdíl od žalovaného za to, že se uvedené ustanovení analogicky aplikuje i na daný případ (k tomu poukazuje na rozhodnutí Vrchního soudu v Praze sp. zn. 6 A 226/95 a 6 A 216/93, dostupné v Aspi, a rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 6 As 57/2004). Žalobce tedy navrhuje správní rozhodnutí obou stupňů zrušit, případně od uložení pokuty upustit nebo její výši snížit.

V doplnění žaloby podaném dne 31. 10. 2007 žalobce poukázal dále na to, že není pravdivé tvrzení předsedy žalovaného, že se při ukládání pokuty neodchýlil od své dlouholeté praxe, a že výše pokuty nevybočuje z pokut běžně ukládaných. Žalobce poukazuje na zprávu o tom, že žalovaný uložil statutárnímu městu Karlovy Vary za „neprůhledné losování“ pokutu 500 000,- Kč při zadávání veřejné zakázce v objemu 1,1 mld. Kč. Žalobce přitom z videozáznamu tohoto losování, který shlédl v televizi, dovozuje, že se nejednalo o porušení se závažností nižší, než jaká byla shledána v jeho případě. Poukázal také na další rozhodnutí žalovaného o uložení pokuty, jejíž výše byla rovněž procentuelně výrazně nižší než v případě žalobce. Jednalo se o pokutu v částce 500 000,- Kč uloženou Ministerstvu práce a sociálních věcí při zadávání veřejné zakázky v hodnotě 500 mil. Kč, kterou zadalo v rozporu se ZVZ v jednacím řízení bez uveřejnění. Rozhodnutí i článek z webových stránek žalovaného žalobce v kopiích dokládá. Žalobce také konkretizoval tvrzení, že v daném případě k žádné

manipulaci nedocházelo, neboť většina dodavatelů se účastnila vícero zakázek (např. POZIMOS, a. s., SMO, a. s., SKANSKA, a. s.), přičemž v některých případech jednotliví dodavatelé uspěli a zakázka jim byla přidělena a v některých byli odmítnuti z důvodu omezování počtu.

Žalovaný ve svém vyjádření s podanou žalobou nesouhlasí a navrhuje její zamítnutí. Poukazuje na to, že prvek nahodilosti při výběru členů losovací komise, který se žalobce snažil vyloučit tím, že sestavil jednu losovací komisi, by transparentní průběh samotného losování nijak neovlivnil. Naopak podle žalovaného by prvek nahodilosti při výběru losujících 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, narozdíl od osoby, která je dlouhodobě deklarována jako stálý člen této komise. Dále poukazuje na objektivní odpovědnost zadavatele za zajištění transparentního prostředí při zadávání veřejné zakázky. V daném případě žalobce tuto povinnost nesplnil, neboť neumožnil nezávislou a objektivní kontrolu losování. Není úkolem žalovaného zkoumat, zda toto porušení ZVZ (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. Žalovaný zdůrazňuje, že se v napadených rozhodnutích vůbec nezabývá ani nepresumuje úmysly členů komise porušit zákon.

Pokud jde o vyloučení uchazeče kvůli tomu, že neoznačil obálku se žádostí o účast v užším řízení nápísem „neotevírat“, žalovaný zdůrazňuje, že k vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení mohou zadavatelé přistupovat pouze na základě ZVZ. Je proto nepřípustné, aby zadavatel nad rámec zákona libovolně stanovoval další požadavky, jejichž nesplnění posléze hodlá sankcionovat vyloučením uchazeče či odmítnutím jeho žádosti. Žalovaný připomíná obecnou zásadu, podle níž jsou subjekty veřejného práva (mezi které se řadí i zadavatelé veřejných zakázek) oprávněny činit pouze to, co jim zákon výslovně umožňuje. Požadavek zadavatele na označení obálky tak lze sice respektovat jako organizační opatření, avšak nelze na něj pohlížet jako na zadávací podmínku, jejíž nesplnění může být důvodem pro odmítnutí žádosti.

K uložené pokutě žalovaný uvádí, že byla uložena pouze ve výši 14,3 % maximální možné výše a jedná se tedy o pokutu nízkou. Podle žalovaného se výše pokuty neodvíjí primárně od závažnosti spáchaného deliktu, ale je odvozována z ceny veřejné zakázky, při jejímž zadávání se zadavatel deliktu dopustil. Žalovaný nesouhlasí se žalobcem, že byla závažnost zjištěných pochybení shledána jako vysoká, a poukazuje na to, že v žalobcem citované části věty zdůrazňoval především vysoký počet zakázek, ve kterých závažně pochybil, a vysoký objem finančních prostředků, který tyto zakázky představují. Dále uvádí, že porušení zásady transparentnosti je 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 zohledňována při úvahách o výši sankce. Tvrzení žalobce, že žalovaný k jeho tíži dvakrát přičetl tutéž skutečnost, tak není důvodné.

K odůvodnění výše pokuty žalovaný uvádí, že v napadeném rozhodnutí označil dvě základní okolnosti, které při rozhodování o výši sankce zohlednil – a to, 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...“. Požadavek, aby žalovaný v odůvodnění 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, považuje žalovaný za neodůvodněně přehnaný a jeho akceptování by vedlo „k nesmyslnému, nadbytečnému a i nepřehlednému vypočítávání skutečností nesouvisejících s konkrétním případem“. Žalovaný dále poukazuje na to, že žalobcem zmíněná rozhodnutí s nižší pokutou byla vydaná po právní moci napadeného rozhodnutí a že se tedy jedná o námitku irelevantní. Navíc to byla rozhodnutí účelově vybraná, neboť žalobce opomíjí případy, kdy byla uložena pokuty vyšší.

Žalobce podal k vyjádření žalovaného repliku, v níž uvedl, že jeho výklad pojmu „transparentnost“ byl legitimní a neodporoval žádnému ustanovení právního předpisu. Poukázal také na rozhodnutí Ústavního soudu ČR ze dne 13. 9. 2007, sp. zn. I. ÚS 643/06, podle něhož je třeba volit ten výklad, který co nejméně zasahuje do základních lidských práv a svobod. Výklad žalovaného je podle žalobce v rozporu s citovaným rozhodnutím. Žalobce má za to, že kontrolu nestrannosti losování může zajistit i zadavatel, neboť v rámci zadávacího řízení mezi sebou soupeří dodavatelé a zadavatel stojí mimo tohoto soupeření. Podle žalobce se žalovaný také nevypořádal s tím, zda žalobcův postup vzbuzuje pochybnosti o jeho pravých důvodech, zda byl s dostatečným předstihem znám potenciálním uchazečům, zda učinil postup losování nečitelným nebo nepřehledným, případně jestli existuje možnost zpětné kontroly, tak jak uvádí Krajský soud v Brně ve svém rozhodnutí ze dne 14. 5. 2007, sp. zn. 31 Ca 166/2005.

Podle žalobce nelze zužovat absorpční princip zakotvený v § 12 odst. 2 zákona o přestupcích pouze na situace při jednočinném souběhu. Podle tohoto ustanovení, které je třeba použít i na trestání jiných správních deliktů než přestupků, je aplikace absorpční zásady podmíněna pouze dvěma podmínkami: identitou pachatele a identitou řízení. Obě tyto podmínky byly v daném případě splněny. Identita jednání zákonem stanovena není a nevyplývá ani z judikatury Nejvyššího správního soudu. V rozhodnutí ze dne 22. 9. 2005, č. j. 6 As 57/2004-54 (publikováno pod č. 772/2006 Sb. NSS), bylo použití absorpční zásady připuštěno při jakémkoli souběhu správních deliktů. Obdobně pak judikoval zmíněný soud i v rozsudcích ze dne 7. 4. 2006, č. j. 6 As 19/2005-52, ze dne 18. 10. 2006, č. j. 6 As 63/2005-63, nebo ze dne 23. 9. 2005, č. j. 6 As 8/2005-66.

Žalobce dále poukazuje na to, že správní uvážení nelze ztotožňovat s libovůlí a žalovaný se proto musí při stanovení výše pokuty zabývat všemi faktory, které připadají v úvahu. Ustanovení § 105 ZVZ pak určuje minimální okruh okolností, ke kterým při rozhodování o výši sankce žalovaný přihlédnout musí. Postup, kdy tak neučiní, je podle žalobce neakceptovatelný a zakládá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí (poukazuje k tomu na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2007, č. j. 4 As 64/2005-59). Dále žalobce polemizuje se žalovaným ve vztahu k výkladu jednotlivých vět týkajících se odůvodnění výše pokuty. Žalobce má přitom za to, že se výše sankce má primárně odvíjet od závažnosti deliktu a nikoli od ceny veřejné zakázky. Cena zakázky určuje horní mez správního uvážení, nicméně není určujícím kritériem pro jeho konkretizaci. Na závěr žalobce uvádí, že rozhodnutí ve věci Ministerstva práce a sociálních věcí nebylo vydáno po právní moci napadeného rozhodnutí, navíc otázka dat vydání jednotlivých rozhodnutí nemá žádný vliv na to, že takovým způsobem žalovaný ve své správní praxi rozhodoval. Žalobce setrval na svém požadavku zrušit napadená rozhodnutí, případně využít moderačního práva ve smyslu § 78 odst. 2 s. ř. s. Na náhradu nákladů řízení požadoval částku 11 424,-Kč za čtyři úkony právní služby (převzetí věci, žaloba, její doplnění a replika) spolu s režijními paušály a DPH.

III. Předchozí soudní řízení

Zdejší soud již o dané žalobě jednou rozhodoval, a to rozsudkem ze dne 5. 12. 2008, č. j. 62 Ca 47/2007 – 111, kterým zrušil rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 28. 8. 2007, č. j. R102/2007/02 06798/2007/310-Hr, jako nepřezkoumatelné, neboť dovodil, že v rozhodnutí absentují jakékoliv bližší úvahy, kterými se žalovaný řídil při posuzování závažnosti správního deliktu za účelem určení výše sankce.

Proti tomu však podal žalovaný kasační stížnost a Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 8. 10. 2009, č. j. 7 Afs 107/2009 – 166, zmíněný rozsudek krajského soudu jako nepřezkoumatelný zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Zdejší soud pak zavázal k tomu, aby se řádně vypořádal se všemi žalobními námitkami.

IV. Podstatné skutečnosti

Ze správního spisu vyplynulo, že rozhodnutím ze dne 18. 4. 2007 byla žalobci jakožto zadavateli 13 veřejných zakázek uložena pokuta ve výši 3 000 000,- Kč za spáchání správních deliktů podle § 102 odst. 1 písm. b) ZVZ.

Porušení ZVZ shledal žalovaný ve všech 13 zakázkách v tom, že žalobce při omezení počtu zájemců losováním porušil zásadu transparentnosti zadávacího řízení, neboť losování probíhalo pouze za účasti tříčlenné komise složené z pracovníků žalobce. O losování byl vyhotoven zápis podepsaný všemi členy komise. Např. v případě veřejné zakázky „Dům pokojného stáří, Zlín- Jižní svahy“ je v tomto zápisu uvedeno, že do osudí byly vloženy žetony s čísly 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9 a 10 (za dohledu komise) a za přítomnosti komise byla z osudí vytažena následující čísla: 9, 4, 5, 8, 3. Dále bylo konstatováno, že kontrolou zbývajících žetonů bylo potvrzeno, že v osudí zbyly žetony s číslem 1, 2, 6 a 10.

O tom, že se losování v případě všech předmětných veřejných zakázek neúčastnil nikdo jiný, než členové zmíněné komise, která byla složena výhradně z pracovníků žalobce, není mezi účastníky sporu.

Pokud jde o veřejnou zakázku „Oprava hydroizolací stěn, stropu a podlah podzemních garáží G-18, Jižní svahy“ tak u ní shledal žalovaný vedle porušení zásady transparentnosti při losování i porušení § 39 odst. 2 ZVZ, neboť žalobce odmítl zájemce proto, že neoznačil obálku se žádostí o účast názvem zakázky a nápísem „neotevírat“, přestože tento zájemce splnil kvalifikaci. Ani o tom, že důvodem pro odmítnutí zájemce UNIBAU, a. s. podle § 39 odst. 2 ZVZ bylo právě neoznačení obálky se žádostí požadovanými nápisy, není skutkově sporu.

Výše uložené pokuty byla v prvostupňovém rozhodnutí odůvodněna na str. 15 a 16, kde bylo uvedeno, že výpočet horní hranice pokuty žalovaný učinil tak, že sečetl ceny jednotlivých veřejných zakázek, při nichž k jednotlivým deliktům žalobce došlo. Dále žalovaný odcitoval § 105 odst. 1 ZVZ a uvedl, že „z hlediska přiměřenosti sankce (...) nelze pominout závažné následky spáchání správních deliktů na transparentnost výběru nejvhodnější nabídky ve třinácti případech veřejných zakázek o finančním objemu přesahujícím 400 mil. Kč. Ve prospěch zadavatele orgán dohledu zvážil tu okolnost, že po zjištění výkladu příslušných ustanovení zákona, vysloveném orgánem dohledu ve správních rozhodnutích, přistoupil zadavatel k losování za účasti notáře. Z hlediska výše pokuty vzal orgán dohledu v úvahu také ekonomické poměry zadavatele, jehož rozpočtové příjmy převyšují ročně 1,5 mld. Kč (...) a uložená pokuta neohrozí jeho hospodaření“.

Ve druhostupňovém rozhodnutí byl postup žalovaného potvrzen jako správný a zákonný. Předseda poukázal na to, že žalovaný musí vzít v úvahu všechna hlediska zakotvená v § 105 odst. 1 ZVZ, nicméně nikoli jednotlivě, ale komplexně. Některé hledisko bude mít na stanovení výše pokuty podstatný vliv, zatímco jiné se nemusí použít vůbec. V daném případě žalovaný zmínil skutečnosti pro stanovení výše pokuty zásadní, a to závažnost zjištěných správních deliktů a jako okolnost ve prospěch zadavatele skutečnost, že přistoupil k losování za účasti notáře.

V. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále též „s. ř. s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s. ř. s.), přitom jde o žalobu přípustnou (zejména § 65, § 68 a § 70 s. ř. s.).

Soud napadené rozhodnutí přezkoumal v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s. ř. s.) a shledal, že žaloba je důvodná.

Va. Posouzení toho, kdo je žalovaným

Krajský soud - s ohledem na sdělení žalobce v úvodu žaloby - považuje za nezbytné předně vyjasnit otázku, kdo je v daném řízení žalovaným. Tuto otázku však postavil najisto již Nejvyšší správní soud, který např. ve svém rozsudku ze dne 12. 2. 2009, č. j. 7 AfS 87/2007-- 9 -, www.nssoud.cz, uvedl, že označovat jako

žalovaného předsedu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a nikoliv Úřad, je v rozporu s ustálenou judikaturou Nejvyššího správního soudu (srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 8. 2006, č. j. 4 As 57/2005 – 64, a ze dne 15. 1. 2004, č. j. 6 A 11/2002 – 26, dostupné na www.nssoud.cz). Poukázal na to, že „[v]ždy je třeba rozlišovat, proti jakému rozhodnutí je žaloba podávána a kdo je účastníkem řízení. V dané věci je nepochybné, že žaloba byla podaná proti rozhodnutí předsedy Úřadu, ale tato skutečnost nezakládá jeho pasivní legitimaci v řízení o žalobě. Předseda Úřadu není samostatným správním orgánem, ale pouze funkční složkou Úřadu, která mimo jiné přezkoumává v rozkladovém řízení rozhodnutí v případě, že Úřad vydal jako ústřední orgán státní správy správní rozhodnutí v I. stupni. Správní orgán rozhodující o rozkladu i správní orgán I. stupně představují stejný správní orgán vymezený zákonným rámcem jeho věcné příslušnosti. Rozdílné je pouze to, komu z hlediska vnitřního organizačního uspořádání správního orgánu zákon zakládá funkční příslušnost rozhodovat o rozkladu. Proto je žalovaným ve smyslu § 69 s. ř. s. Úřad, byť je žalobou napadáno rozhodnutí jeho předsedy (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 10. 2004, č. j. 5 Afs 16/2003 – 56, č. 534/2005 Sb. NSS)“.

Vb. Nesprávné právní posouzení transparentnosti losování

Žalobce namítá, že při losování zásadu transparentnosti neporušil, neboť provedení losování komisí složenou z jeho pracovníků a zápis, který tato komise vytvářela, je pro zajištění transparentnosti dostačující. S tímto názorem však zdejší soud nesouhlasí.

Podle § 40 odst. 1 ZVZ omezil-li zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení nebo v jednacím řízení s uveřejněním, provede výběr ze zájemců, kteří splnili kvalifikaci, podle kritérií stanovených v oznámení zadávacího řízení.

Ustanovení § 25 odst. 1 věta druhá ZVZ konstatuje, že v zadávacím řízení je zadavatel povinen dodržovat zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči s výjimkami uvedenými v § 87, zákazu diskriminace a transparentnosti.

Soud předně souhlasí se žalobcem, že ZVZ omezení počtu zájemců losem blíže neupravoval. Tato skutečnost však neznamená, že by bylo losování nepřípustné. ZVZ totiž na možnost zadavatele omezit počet zájemců pro účast v užším řízení pamatoval. Způsob tohoto omezení však ponechával na zadavateli, který byl povinen kriteria omezení počtu zájemců uvést v oznámení zadávacího řízení. Zadavatel byl také povinen se při omezení počtu zájemců řídit základními zásadami zadávacího řízení, tedy zásadou stejného zacházení se všemi zájemci, zásadou nediskriminace a zásadou transparentnosti. Pokud jde o posledně uvedenou zásadu, tak ta má zajistit, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Transparentním postupem pak soud chápe takový postup, který nevzbuzuje pochybnosti o tom, že zadavatel jedná regulérně. Naopak,

jak již zdejší soud uvedl například ve svém rozhodnutí ve věci sp. zn. 31 Ca 166/2005, požadavek transparentnosti není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány „*takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.*“

Postup žalobce, který v oznámení stanovil, že omezení zájemců bude provedeno losem, tak nebyl v rozporu se ZVZ, neboť řádně oznámil, jakým způsobem dojde k omezení počtu zájemců, a rovněž označený způsob odpovídal základním zásadám zadávacího řízení. Losování, které je prováděno řádně, je totiž jistě dostatečně nediskriminační i transparentní. Zajištění toho, aby veškeré kroky prováděné v zadávacím řízení (a tedy i losování) nepůsobily netransparentně, je přitom vždy na zadavateli příslušné veřejné zakázky. Ten tak měl v daném případě zabezpečit, aby losování probíhalo „férově“, aby jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti a aby řádný průběh losování byl dostatečně jasně kontrolovatelný.

V daném případě však žalobce této povinnosti nedostál. Soud se totiž ztotožňuje se žalovaným v tom, že v případě, kdy je losování prováděno pouze za účasti pracovníků zadavatele, neboť zadavatel nikoho dalšího nepřizval, a jediným výstupem z tohoto losování je zápis sepsaný těmito pracovníky, nelze takové losování považovat za dostatečně transparentní. Soud tím samozřejmě nedovozuje, že by pracovníci žalobce nějakým způsobem ovlivňovali losování nebo tak chtěli činit, nicméně takové losování, kterého se neúčastní kromě zadavatele nikdo jiný nebo o němž není vyhotoven např. videozáznam, pak není kontrolovatelné. Přítomnost nikoho jiného, než pracovníků zadavatele, totiž může vzbuzovat pochybnosti o tom, jak takové losování probíhá. Pokud pak o losování není pořízen jiný záznam, než ten, jenž vyhotovili pracovníci zadavatele, kteří losování prováděli, nelze tyto pochybnosti zpětnou kontrolou losování vyvrátit. Existence pochybností je přitom při losování, které je postaveno na náhodném vytažení několika zájemců, a které je prováděno „za zavřenými dveřmi“, zcela oprávněná. Zadavatel tak svým postupem znemožnil provedení kontroly losování a právě to způsobuje porušení zásady transparentnosti. Protokol o průběhu losování, sepsaný samotnými losujícími, totiž logicky nemůže pochybnosti o jejich řádném postupu nijak vyvrátit. Ty by mohly být vyvráceny např. právě videozáznamem, který by zaznamenával řádný průběh losování, nebo účastí jiné osoby, než zadavatelových pracovníků, která by řádnost losování mohla potvrdit.

Soud se tak ztotožňuje se žalovaným, že žalobce měl k losování přizvat všechny zájemce o danou veřejnou zakázku, jichž se losování týkalo, případně si pořídit videozáznam losování, eventuálně uskutečnit losování za účasti notáře. Zde se však soud ztotožňuje se žalobcem, že ani přítomnost notáře nezaručí vždy transparentnost losování. Příkladem toho je pokuta uložená žalovaným statutárnímu městu Karlovy Vary právě za porušení zásady transparentnosti losování, které se konalo za účasti notáře. Závěr o tom, že přes přítomnost notáře byla zásada transparentnosti při losování porušena, byl zdejším soudem potvrzen rozsudkem ze dne 19. 1. 2010, sp. zn. 62 Ca 31/2008. Podle názoru soudu je tedy nejvhodnějším způsobem zajištění transparentnosti losování, pokud jsou k losování přizváni všichni zájemci (jak ostatně

požaduje nyní účinný zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v § 61 odst. 4 a § 66 odst. 4). Je-li navíc o losování vyhotoven ještě videozáznam, neměla by pak být zpětná kontrola takového losování jakkoli ztížena.

Jak je uvedeno výše, v daném případě nebyl žalobce postižen za to, že by bylo při losování nějak manipulováno, ale za to, že znemožnil kontrolu toho, zda při losování zadavatel jednal regulérně. Znemožnění této kontroly tak snižuje objektivitu daného losování, jak správně uvádí žalovaný. Soud přitom nesouhlasí se žalobcem, že by skutečnost, že v každé z posuzovaných veřejných zakázek zvítězil jiný uchazeč, měla vyloučit jakékoli možné pochybnosti o tom, že losování proběhlo řádně. Podle soudu tato skutečnost o ničem takovém nevypovídá, neboť ovlivnit losování by bylo přece teoreticky možné právě i tím směrem, aby v každé zakázce vyhrál jiný zájemce (aniž by soud hodlal v tomto směru jakkoli spekulovat).

Námítka žalobce, že pokud ZVZ nestanoví, že je třeba nezávislé a nestranné kontroly losování, není taková kontrola třeba, je podle názoru soudu lichá. Pokud ZVZ o losování vůbec nehovořil, logicky nemohl ani stanovit, jak takové losování má probíhat a ani jak má vypadat jeho kontrola. Tato absence v něm však nemá na shora uvedené žádný vliv. ZVZ jednoznačně stanovil, že při všech úkonech zadavatele v zadávacím řízení je třeba dodržet zásadu transparentnosti. Losování, jako způsob omezení počtu zájemců, bylo úkonem zadavatele a i při něm je tedy třeba dodržet zásadu transparentnosti. Jak soud uvedl výše, tuto zásadu určitým způsobem vyložil, přičemž žalobcův postup, který znemožnil kontrolu losování, jejímu splnění neodpovídá. Soud tedy uzavírá, že tuto žalobcovu námitku důvodnou neshledal.

Vc. Odmítnutí zájemce

Rovněž pokud jde o otázku odmítnutí zájemce z důvodu, že neoznačil obálku se žádostí žalobcem požadovanými nápisy, tak se soud ztotožňuje se žalovaným, že takové pochybení nelze postihovat odmítnutím zájemce podle § 39 odst. 2 ZVZ, a to bez ohledu na to, zda takový požadavek žalobce v oznámení zadávacího řízení uvedl či nikoli.

Podle § 39 odst. 2 druhé věty ZVZ musí být zadavatelem odmítnuti ti zájemci, kteří podali žádost o účast v užším řízení, a nesplnili kvalifikaci.

Co se rozumí splněním kvalifikace je pak jednoznačně uvedeno v § 30 odst. 2 ZVZ. Toto ustanovení, které je taxativní, uvádí, že splněním kvalifikace se rozumí: a) splnění základních kvalifikačních kritérií stanovených v § 31, b) splnění dalších kvalifikačních kritérií stanovených zadavatelem, jimiž zadavatel vymezí odpovídající úroveň finanční, ekonomické a technické způsobilosti dodavatele a zabezpečení jakosti podle druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky, c) prokázání oprávnění k podnikání, včetně předložení výpisu z obchodního rejstříku či jiné evidence ne starší než 90 dnů, má-li v ní být uchazeč nebo zájemce zapsán podle zvláštních právních předpisů; a d) prokázání odborné způsobilosti nebo členství v určité profesní organizaci, je-li pro plnění veřejné zakázky vyžadována podle zvláštních právních předpisů.

Základní kvalifikační kritéria pak podle § 31 odst. 1 ZVZ splňuje uchazeč nebo zájemce: a) který není v likvidaci, b) proti kterému v uplynulých 3 letech nebyl prohlášen konkurs nebo konkurs nebyl zrušen pro nedostatek majetku, c) který nemá v evidenci daní zachyceny daňové nedoplatky, d) který nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin nebo došlo k zahlazení odsouzení trestného činu, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání, jde-li o fyzickou osobu; jde-li o právnickou osobu, musí tuto podmínku splňovat statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu, vedoucí organizační složky zahraniční právnické osoby nebo statutárním orgánem pověřený zástupce, e) který nemá nedoplatek na pojistném a na penále na veřejné zdravotní pojištění, nebo na pojistném a na penále na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti, s výjimkou případů, kdy bylo povoleno splácení ve splátkách a není v prodlení se splácením splátek.

Z uvedeného tak vyplývá, že ZVZ jednoznačně taxativním výčtem definuje, co se rozumí „splnění kvalifikace“, a tedy prokázání jakých skutečností může zadavatel v rámci splnění kvalifikace po zájemcích (uchazečích) požadovat. Požadavek na označení obálky, byť jej lze v určitém ohledu považovat za rozumný a oprávněný, však pod žádné písmeno § 30 odst. 2 ZVZ nespadá. Tuto skutečnost ostatně žalobce ani netvrdí. Zřejmě se však domnívá, že pokud tento požadavek uvedl do oznámení o zadávacím řízení, měl možnost jeho nesplnění sankcionovat odmítnutím zájemce podle § 39 odst. 2 ZVZ. S tímto závěrem však soud souhlasit nemůže. Jak již poukázal výše, požadavky na splnění kvalifikace jsou taxativně uvedeny v § 30 odst. 2 ZVZ a pouze prokázání skutečností zde uvedených lze v rámci splnění kvalifikace požadovat. Pokud by žalobce v oznámení požadoval skutečnosti další, nejednalo by se o prokázání kvalifikace, a to bez ohledu na to, jak by je označil. Zájemce, který by nesplnil tyto další požadavky (nespadající pod § 30 odst. 2 ZVZ), by tak nemohl být pro nesplnění kvalifikace odmítnut. Ustanovení § 39 odst. 2 ZVZ totiž umožňuje odmítnout pouze ty zájemce, kteří nesplnili kvalifikaci - tedy požadavky zadavatele podle § 30 odst. 2 ZVZ. Ostatně § 30 odst. 3 ZVZ uvádí, že v oznámení zadávacího řízení, zadavatel uvede „požadavky na splnění kvalifikace podle odstavce 2“. Z toho je zřejmé, že pouze tyto požadavky, tj. vyjmenované v § 30 odst. 2 ZVZ, je zadavatel oprávněn jako kvalifikační požadavky v oznámení zadávacího řízení uvádět.

Žalobce tedy nepostupoval v souladu se ZVZ, pokud zájemce, který neoznačil obálku tak, jak žalobce v oznámení zadávacího řízení požadoval, odmítl podle § 39 odst. 2 ZVZ. Názor žalovaného je tedy v tomto bodě v souladu se zákonem.

Soud přitom vážil, zda pro popsané pochybení při označování obálky s nabídkou neměl být dodavatel v postavení zájemce odmítnut podle jiného ustanovení ZVZ, než učinil žalobce. Pokud by tomu tak bylo, nemohlo by být toto jednání žalobce považováno za delikt podle § 102 odst. 1 písm. b) ZVZ, neboť by se nejednalo o porušení ZVZ, které by mohlo podstatně ovlivnit hodnocení nabídek. Žádné takové ustanovení ZVZ, podle něhož by bylo možno v daném případě odmítnout zájemce, který řádně neoznačil obálku s nabídkou, však soud nenalezl.

Vd. Výše pokuty

Pokud jde o výši pokuty, tak žalobce předně namítá, že rozhodnutí žalovaného je v tomto ohledu nepřezkoumatelné, neboť se žalovaný nevypořádal se všemi hledisky, které měl při výpočtu pokuty zohlednit. Tuto námitku zdejší soud shledal důvodnou.

Podle § 105 odst. 1 ZVZ 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.

Jak zdejší soud konstantně uvádí ve svých rozhodnutích (např. v rozsudku ze dne 3. 11. 2009, sp. zn. 62 Ca 93/2008), stanovení výše pokuty je výsledkem správního uvážení žalovaného. Je-li rozhodnutí vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece správního orgánu, je povinností správního orgánu předepsané volné úvahy užít; to znamená, že se správní orgán musí zabývat všemi hledisky, která jsou pro posouzení konkrétní výše pokuty nezbytná (zákonem předepsaná), nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti.

Soud ze správních rozhodnutí zjistil, že žalovaný při odůvodnění výše pokuty pouze konstatoval maximální výši pokuty, která žalobci podle jeho názoru hrozila (5 % ze součtu cen všech 13 veřejných zakázek, při nichž žalobce správní delikty spáchal) a dále to, 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“. Poukázal také na to, že žalobce přistoupil k losování za účasti notáře, což považoval za polehčující okolnost a dále na to, že pokuta neohrozí hospodaření žalobce, neboť jehož rozpočtové příjmy převyšují ročně 1,5 mld. Kč. Skutečnost, že při stanovení výše pokuty byly zohledněny pouze tyto skutečnosti a žádné jiné ostatně potvrdil i ve svém vyjádření k žalobě.

V daném případě tedy žalovaný ze zákonem (§ 105 odst. 1 ZVZ) výslovně požadovaných kritérií (závažnost správního deliktu, způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán), zmínil pouze „závažné následky správních deliktů na transparentnost výběru nejvhodnější nabídky“. Tyto následky však vůbec blíže nekonkretizoval. Pokud uvádí celkový objem finančních prostředků všech veřejných zakázek a jejich počet, nepochybně se jedná o okolnosti pro stanovení výše pokuty důležité, nikoli však o následek správních deliktů. Soud má také za to, že žalovaný přezkoumatelným způsobem nezohlednil ani „závažnost správních deliktů“. Z výše citované věty soud získal obdobný dojem jako žalobce, a to, že žalovaný žalobcovy správní delikty porušující transparentnost považuje za závažné. Je proto s podivem, že v odůvodnění druhostupňového rozhodnutí žalovaný uvádí, že se žalobce mylí, pokud se domnívá, že vyhodnotil závažnost jeho pochybení jako velmi vysokou. Jestliže pak již žalovaný neuvádí, o jak závažné delikty se tedy podle jeho názoru jednalo, nemůže soud považovat vypořádání se s touto okolností za dostatečné.

Pokud pak žalovaný uvedl, že přihlédl k výši žalobcových příjmů a k tomu, aby pokuta nebyla pro žalobce likvidační, lze poukázat na to, že větu, kterou tak učinil, by bylo podle názoru soudu možno použít k odůvodnění téměř jakékoli výše pokuty.

Z judikatury Nejvyššího správního soudu přitom vyplývá, že jakkoliv má správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je vázán základními principy správního rozhodování (viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 6. 2005, č. j. 8 As 5/2005 - 53, nebo ze dne 27. 3. 2008, č. j. 4 As 51/2007-68, oba dostupné na www.nssoud.cz). Mezi tyto principy pak jistě patří i úplnost, resp. dostatečná odůvodněnost rozhodnutí správního orgánu, která v konečném důsledku vyvolá i jeho přesvědčivost podle § 3 odst. 4 správního řádu. Správní orgán tak při rozhodování o výši pokuty musí zohlednit všechny skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádat a přesvědčivě odůvodnit, ke které okolnosti přihlédl, a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty. Výše uložené pokuty tak musí být v každém rozhodnutí zdůvodněna způsobem, který nepřipouští rozumné pochyby o tom, že právě taková výše pokuty odpovídá konkrétním okolnostem individuálního případu.

Jak již konstatoval Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 27. 3. 2008, č. j. 4 As 51/2007-68, www.nssoud.cz, *„řádné odůvodnění ukládané sankce v případě správního trestání je základním předpokladem pro přezkoumatelnost úvahy, kterou byl správní orgán při svém rozhodování veden. Zohledněním všech hledisek, jež lze v konkrétní věci považovat za relevantní, pak určuje míru zákonnosti stanoveného postihu. (...) Jednotlivé logické kroky, které vedly správní orgán ke stanovení konkrétní výše pokuty, je přitom třeba formulovat precizně a jednoznačně, aby odůvodnění stanovené výše pokuty bylo přezkoumatelné.“* Podle citovaného rozsudku je rozhodnutí o uložení pokuty nepřezkoumatelné, je-li výše pokuty odůvodněna pouhou rekapitulací skutkových zjištění a konstatováním zákonných kritérií pro uložení pokuty, aniž by bylo zřejmé, zda a jakým způsobem byla tato kritéria hodnocena. Úvaha správního orgánu musí vést k hodnocení individuální povahy protiprávního jednání, přičemž zvažované okolnosti je třeba rozlišovat na přitěžující a polehčující a vždy je posuzovat z hlediska konkrétního dopadu na danou věc.

Podle názoru soudu se tak žalovaný ve svých rozhodnutích řádně nevypořádal se žádnou z okolností zakotvených v § 105 odst. 1 ZVZ, přestože se jedná o okolnosti, k nimž je žalovaný povinen přihlédnout vždy, a při odůvodnění výše pokuty se s každou vypořádat. Soud dále podotýká, že žalovaný zcela pominul, že pokuta byla ukládána i za správní delikt spočívající v porušení § 39 odst. 2 ZVZ.

V takové situaci není možné správní uvážení žalovaného vůbec přezkoumat, a to ani omezeným způsobem, který soudu přísluší, neboť z odůvodnění napadeného rozhodnutí nejsou vůbec zřejmé konkrétní úvahy, které vedly žalovaného k uložení pokuty v příslušné výši. Napadené rozhodnutí je tak z tohoto důvodu nepřezkoumatelné.

Vzhledem k uvedenému se soud nemohl zabývat námitkami, v nichž žalobce vytýkal žalovanému, že pokutu stanovil nepřiměřeně vysokou, neboť rozhodnutí žalovaného k tomu pro nedostatek odůvodnění nedává možnost. Ze stejného důvodu soud nemohl vážit případný moderační návrh, neboť není-li zřejmé, proč žalovaný stanovil pokutu v určité výši, nemůže soud posoudit, zda se jedná o pokutu ve výši zjevně nepřiměřené, jak požaduje § 78 odst. 2 s. ř. s.

Právě popsaná nepřezkoumatelnost však soudu nebrání vyslovit se k námitce týkající se analogického použití § 12 odst. 2 zákona o přestupcích (podle něhož se za více přestupků téhož pachatele projednaných ve společném řízení uloží sankce podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejprísněji postižitelný) v daném řízení. I v případě této námitky se pak soud ztotožnil s názorem a argumentací žalobcovou. Jak totiž žalobce správně podotýká, Nejvyšší správní soud se ve svých rozhodnutích k této otázce již jednoznačně vyslovil.

Mimo rozsudků, na něž odkazuje žalobce, se tak stalo např. v rozsudku ze dne 3. 12. 2008, č.j. 7 Afs 7/2008 – 204, www.nssoud.cz, kde uvedl, že „v souladu s ustálenou judikaturou Nejvyššího správního soudu, je nutné použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva ve správním trestání všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu“. Nejvyšší správní soud zde poukázal na některé svoje předchozí rozsudky, kde se k této otázce již shodně vyslovil (např. rozsudky ze dne 16. 4. 2008, č.j. 1 As 27/2008 – 67, www.nssoud.cz, nebo ze dne 31. 5. 2007, č.j. 8 As 17/2007 – 135, publikovaný pod č. 1338/2007 Sb. NSS). V naposled zmíněném rozsudku Nejvyšší správní soud zdůraznil, že „[v]ěcný rozdíl mezi trestnými činy a správními delikty bývá i velmi mlhavý, může být i výsledkem politického rozhodnutí („dekriminalizace“), a je běžné, že skutky trestané právním řádem jednoho státu nebo v určité době jako trestné činy jsou podle právního řádu jiného státu nebo v jiné době „pouze“ správními delikty a naopak. Pro ilustraci lze vzpomenout i někdy převrácený poměr u peněžitých sankcí: stamilionové pokuty, které hrozí za některé správní delikty, a více než desetinásobně přesahují možnou výměru peněžitého trestu podle trestního zákona. Také proto pro trestnost správních deliktů musí platit obdobné principy a pravidla jako pro trestnost trestných činů.“

Nejvyšší správní soud tedy dovodil, že „při trestání správních deliktů se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů“. Trestněprávní doktrína přitom uvádí, že souběh „je dán tehdy, jestliže se pachatel dopustil dvou nebo více trestných činů dříve, než byl pro některý z nich vyhlášen soudem prvního stupně odsuzující rozsudek za podmínky, že tento rozsudek později nabyl právní moci a že o něm neplatí fikce neodsouzení“ (viz Šámal, P., Půry, F., Rizman, S.: Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. Praha: C.H. Beck, 2004, s. 26).

Nejvyšší správní soud ve výše citovaném rozsudku ze dne 3. 12. 2008 poukázal též na předchozí judikaturu správních soudů vztahující se k ukládání sankcí v případě souběhu více deliktů. Již Vrchní soud v Praze v rozsudku ze dne 22. 12. 1995, č. j. 6 A

216/93-34, připustil analogické užití absorpční zásady zakotvené v § 12 odst. 2 zákona o přestupcích v případě, že jedno jednání či opomenutí právnické či fyzické osoby naplňuje zároveň skutkovou podstatu více deliktů současně (tedy v případě jednočinného souběhu), i při trestání jiných správních deliktů, než přestupků, pokud zvláštní zákon, podle něhož je trest ukládán, neobsahuje výslovnou úpravu. Vrchní soud zdůraznil, že „*správní orgán v uvedeném případě "vysloví vinu" za všechny sbíhající se delikty, ale sankci (pokutu) uloží ve výměře ustanovení vztahujícího se na ten ze sbíhajících se deliktů, který je nejpřísněji postižitelný (a pokud u sbíhajících se správních deliktů je stanovena sankce shodná, uloží jedinou sankci ve výměře podle některého z nich). Při úvaze o konkrétní výši sankce v rámci rozpětí pak přihlíží k tomu, že jednáním či opomenutím byla naplněna skutková podstata více deliktů, přičemž tato skutečnost obvykle zvyšuje závažnost sankcionovaného protiprávního jednání či opomenutí a projevuje se zpravidla přísnější sankcí (zásada absorpční). Není tedy možné stanovit pokuty za jednotlivé delikty a výslednou (celkovou) pokutu rovnající se součtu "dílkých pokut" podle kumulativní zásady (quod delicta, tot poenae)“.*

V rozhodnutí ze dne 29. 12. 1997, č. j. 6 A 226/95 – 22, pak Vrchní soud v Praze výše uvedené závěry vztáhl i na případy vícečinného souběhu. Zdůraznil, že pro upřednostnění zásady sčítací (kumulativní) nehovoří v případě mlčení zákonodárce žádný faktický ani právní důvod. Soud se tak přiklonil k užití zásady absorpční, přičemž „*jiná zásada ostatně v našem právu místo nemá; i ustanovení hmotného práva trestního (která jsou samozřejmě propracována do daleko větších detailů) vycházejí nejen z této zásady v případech obdobných, ale přizpůsobují jí důsledně i řešení souvisejících otázek (tresty úhrnné, tresty souhrnné, tresty další, § 35 a násl. tr. z.)“.*

K uvedeným závěrům se pak přihlásil i Nejvyšší správní soud, např. v rozsudku ze dne 22. 9. 2005, č. j. 6 As 57/2004 - 54, publikovaném pod č. 772/2006 Sb. NSS, kde výslovně uvedl, že „*judikaturou ve správním soudnictví bylo (...) připuštěno užití analogie legis, pokud jde o případy reálné konkurence (vícečinného souběhu) správních deliktů při nedostatku speciální právní úpravy, tedy aplikaci tzv. absorpční zásady. Její podstata tkví v absorpci sazeb (tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Sbíhající se delikty jsou tak postiženy pouze trestem stanoveným pro nejtěžší z nich, což při stejných sazbách pokut znamená, že správní orgán posoudí závažnost deliktu a úhrnný trest uloží podle sazby za nejzávažnější z těchto deliktů (závažnost pak nutno posuzovat především s ohledem na charakter individuálního objektu deliktu, tedy, zájem, proti kterému delikt směřuje a k jehož ochraně je příslušné ustanovení především určeno)“.*

Ve výše citovaném rozsudku ze dne 3. 12. 2008, č.j. 7 Afs 7/2008 – 204, v němž Nejvyšší správní soud potvrdil aplikaci absorpční zásady i v případě souběhu deliktů podle zákona o ochraně hospodářské soutěže, bylo poukázáno na to, že při ukládání sankce podle absorpční zásady lze v rámci hodnocení závažnosti protiprávního jednání přihlídnout jako k přitěžující okolnosti i ke skutečnosti, že došlo ke spáchání více deliktů, ať již v jednočinném nebo vícečinném souběhu. Podle soudu tak lze zohlednit všechny chráněné zájmy, které byly porušeny či ohroženy a tato

metoda nepochybně umožňuje, aby takto udělená výsledná sankce měla dostatečně odrazující účinek. Nejvyšší správní soud dále zdůraznil, že si správní orgán nemůže počínat „*tak, že by přiřadil ke každému deliktu shodnou výši pokuty, jako kdyby o tomto deliktu rozhodoval samostatně a následně tyto částky sečetl. A to ani v případě, že by nepřekročil horní hranici zákonného rozpětí, neboť takový postup by odpovídal kumulativní metodě trestání za souběh deliktů, která je v daném případě nepřijatelná*“.

Z uvedených rozhodnutí tak jednoznačně plyne, že při souběhu více správních deliktů (a to ať už jednočinném či vícečinném) je analogické použití zásady absorpční (§ 12 odst. 2 zákona o přestupcích) přípustné, nestanoví-li příslušný právní předpis jinak. V daném případě byl žalobce v jednom řízení a rozhodnutí postižen za 14 správních deliktů, které spáchal ve vícečinném souběhu. ZVZ přitom neupravuje způsob, jakým má být v takovém případě při stanovení sankce postupováno, a je tak třeba analogicky použít § 12 odst. 2 zákona o přestupcích a stanovit trest podle ustanovení vztahujícího se na správní delikt nejpřísněji postižitelný.

V daném případě se u všech správních deliktů jednalo o delikty podle § 102 odst. 1 písm. b) ZVZ (právnická osoba nebo fyzická osoba, která je zadavatelem, se dopustí správního deliktu tím, že uzavře smlouvu s uchazečem vybraným tak, že při něm nedodržel postup stanovený ZVZ pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek). Za takový správní delikt se podle § 102 odst. 2 písm. a) ZVZ uloží pokuta do výše 5 % ceny zakázky. Jako delikt „nejpřísněji postižitelný“ ve smyslu § 12 odst. 2 zákona o přestupcích je tak třeba považovat ten z deliktů, který byl spáchán při zadávání veřejné zakázky s nejvyšší cenou. Pokud by byl totiž zadavatel trestán za jednotlivé delikty v samostatných řízeních, hrozila by mu za tento delikt nejvyšší pokuta.

Jestliže tedy žalovaný při stanovení horní hranice možné ukládané pokuty sečetl ceny všech zakázek, při nichž ke spáchání deliktů došlo, nepostupoval podle zásady absorpční, nýbrž kumulativní. Jeho postup tak nebyl v souladu se zákonem. Naopak podle zásady absorpční, kterou je třeba aplikovat i v daném řízení, měl horní hranici možné pokuty vypočítat pouze z ceny jedné zakázky, a to té, která byla nejvyšší.

VI. Závěr

Ze shora uvedených důvodů tedy soud shledal žalobu důvodnou, a proto napadené rozhodnutí jako nepřezkoumatelné pro vady řízení podle § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s. bez jednání zrušil a podle § 78 odst. 4 s. ř. s. vyslovil, že věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení. V něm je žalovaný vázán právním názorem zdejšího soudu vysloveným v tomto rozhodnutí (§ 78 odst. 5 s. ř. s.). Při stanovení horní hranice pokuty tak bude postupovat podle zásady absorpční a při rozhodování o výši pokuty zohlední všechna kritéria zakotvená v § 105 odst. 1 ZVZ, jakož i veškeré další skutečnosti, které výši pokuty mohou v konkrétním případě ovlivnit, řádně se s nimi v odůvodnění svého rozhodnutí vypořádá a přesvědčivě odůvodní, ke které okolnosti přihlédl a jaký vliv měla na konečnou výši pokuty.

Soud závěrem také dodává, že při stanovení výše pokuty je žalovaný též povinen respektovat zásadu legitimního očekávání a postupovat v souladu se svojí správní praxí tak, aby se výše uložené pokuty nedůvodně nevymykala pokutám uloženým za obdobné správní delikty obdobným zadavatelům.

Ke zrušení rozhodnutí vydaného v prvním stupni správního řízení soud důvody neshledal, neboť nápravy lze dosáhnout ve druhém stupni správního řízení.

VII. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení o žalobě se opírá o § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalobce byl ve věci úspěšný, a proto mu přísluší náhrada nákladů řízení proti neúspěšnému žalovanému. Z obsahu soudního spisu vyplývá, že žalobci vznikly náklady ve výši 2000 Kč za zaplacený soudní poplatek a dále náklady právního zastoupení spočívající v odměně advokáta za tři úkony po 2 100,- Kč společně se třemi režijními paušály po 300,- Kč – převzetí a příprava zastoupení, žaloba a replika, s navýšením o částku odpovídající DPH, to vše podle § 7, § 9 odst. 3 písm. f), § 11 odst. 1 písm. a) a d), § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytnutí právních služeb (advokátní tarif) a § 57 odst. 2 s. ř. s.; celkem tedy ve výši 10 640,- Kč.

Náklady na doplnění žaloby ze dne 31. 10. 2007 soud nepovažoval za účelně vynaložené, a proto jejich náhradu nemohl přiznat. Podle názoru soudu totiž žalobci nic nebránilo, aby skutečnosti, které uvedl v doplnění žaloby, napsal přímo v žalobě, neboť článek žalovaného, na který poukazuje, byl zveřejněn již 2. 10. 2007 a žalobu podal žalobce 15. 10. 2007.

Výrok o nákladech řízení o kasační stížnosti proti předchozímu rozsudku zdejšího soudu se rovněž opírá o § 60 odst. 1 s. ř. s. za použití § 110 odst. 2 věty první s. ř. s. V tomto řízení byl sice žalovaný formálně úspěšný, nicméně tento úspěch nijak neovlivnil to, že v řízení o žalobě (tj. ve věci) úspěšný nebyl. Náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti tak žalovanému přiznána nebyla. V daném řízení mu navíc ani žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly.

P o u ě n í : Proti tomuto rozhodnutí 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 prostřednictvím Krajského soudu v Brně. Podmínkou řízení o kasační stížnosti je povinné zastoupení stěžovatele advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něho jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2 a 4 s. ř. s.).

V Brně dne 26.ledna 2010

Za správnost vyhotovení:
Lucie Gazdová

JUDr. David Raus, Ph.D., v.r.
předseda senátu