

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
třída Kpt. Jaroše 7
604 55 Brno

k rukám Ing. Petra Rafaje, předsedy Úřadu

k č.j. ÚOHS-P1812/2016/VZ-00133/2017/551/DBo

V Praze dne 8. února 2017

Naše značka: 2089/2013/JCD/Če/Sch

Stěžovatel: Kverulant.org o.p.s.

IČ: 28925165, se sídlem: Praha 10, Pražská 1148, PSČ 10200

právně zastoupený: Mgr. Adriánem Čechem, advokátem advokátní kanceláře Čech Hromek Pleskač, s.r.o., se sídlem Vinohradská 30, 120 00 Praha 2 – Vinohrady
(podepsáno elektronicky)

Stížnost proti postupu správního orgánu

Žádost stěžovatele o uplatnění opatření proti nečinnosti podřízeného správního orgánu

Podáno elektronickou poštou na adresu el. podatelny soudu: posta@compet.cz

Podepsáno zaručeným elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu

I. Úvod

1. Sdělením vašeho Úřadu o výsledku šetření ze dne 3.1.2017 byl stěžovatel vyrozuměn o tom, že ani napodruhé Úřad neshledal důvody pro zahájení správního řízení ve věci možného spáchání správního deliktu při uzavření Dodatku č. 1 ze dne 22.1.2009 (dále jen „Dodatek č. 1“), který uzavřelo Hlavní město Praha coby zadavatel se společností JCDecaux, Městský mobiliář, spol. s r.o. jako dodavatelem, ke Smlouvě o výstavbě, provozování a reklamním využití městského mobiliáře uzavřené dne 14.11.1994 (dále jen „Smlouva“).
2. Úřad se rozhodl správní řízení nezahájit, jelikož podle jeho přesvědčení ve vztahu k možnému správnímu deliktu ze dne 22.1.2009 uplynula pětiletá objektivní lhůta, nově stanovená v ust. § 270 odst. 3 zákona č.

134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „ZVZ“), pročež již odpovědnost zadavatele za případné spáchání správního deliktu zanikla.

3. Nezbytnost aplikace tohoto nového ustanovení zkracujícího dobu promlčení deliktů z 10 let na 5, které se stalo součástí právního řádu až dne 1.10.2016 - tedy více než sedm let po šetřeném správním deliktu, tři a půl roku poté, co se Úřad poprvé dozvěděl o možném deliktním jednání zadavatele, a téměř čtyři měsíce poté, co stěžovatel svůj prvotní podnět doplnil o jeho další možnou právní kvalifikaci – stěžovatel odůvodňuje výjimkou z jinak obecného zákazu retroaktivity právních norem, podle které platí, že pozdějšího zákona (nežli toho, který byl účinný v době spáchání deliktu) lze použít, jestliže je to pro pachatele příznivější.
4. Možnost použití této výjimky na zde projednávaný případ Úřad dovozuje z čl. 40 odst. 6 Listiny ve spojení se závěrem rozsudku NSS ze dne 27.10.2014, č.j. 6 A 126/2002, podle kterého lze tento postup aplikovat též v řízeních o sankci za správní delikty.
5. Úřad z tohoto rozsudku NSS cituje následující pasáž:

*„[ú]stavní záruka vyjádřená v článku 40 odst. 6 in fine Listiny základních práv a svobod a spočívající v přípustnosti trestání podle nového práva, jestliže je taková úprava pro pachatele výhodnější, platí i v řízení o sankci za správní delikty. Ve svých důsledcích znamená, že rozhodnutí, které za účinnosti nového práva ukládá trest podle práva starého, se musí ve svých důvodech vypořádat s otázkou, **zda nové právo vůbec převzalo staré skutkové podstaty, a pokud ano, zda tresty za takové delikty ukládané jsou podle nového práva mírnější nebo přísnější než podle práva starého**. Rozhodnutí, které se s touto otázkou vůbec nevypořádá a zcela ji pomine, je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů“.*

II.

Hlavní stížnostní důvod – promlčecí doba nepatří mezi znaky trestnosti ve smyslu čl. 40 odst. 6 Listiny

6. **Stěžovatel proti postupu Úřadu především namítá, že jej nelze aplikovat ve vztahu k institutu promlčecí doby deliktů pachatele správního deliktu.**
7. Jak totiž vyplývá i ze shora citované pasáže rozsudku NSS, kterou stěžovatel pro účely tohoto podání zvýraznil, ona výjimka z obecného zákazu retroaktivity právních norem použitelná ve vztahu k pachateli deliktu, se zabývá pouze tím, které delikty (tedy které skutkové podstaty, resp. typy jednání) lze stíhat, a tudíž neupravuje otázku, jak dlouho lze tyto činy stíhat.
8. Závěr vyjádřený NSS v tomto rozsudku tak pouze logicky navazuje na již dříve judikovaný nálezný pléna Ústavního soudu ze dne 21.12.1993, Pl. ÚS 19/93, jehož podstatné části cituje stěžovatel takto:

*„Článek 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod vymezuje a omezuje předmět zákazu zpětné účinnosti zákona ve dvou směrech, a to: a) pokud jde o **"trestnost činu"**, a b) pokud jde o **"ukládání trestu"**.*

***Trestnost činu** se podle české trestně-právní nauky rozumí možnost být pro trestný čin stíhán, uznán vinným a potrestán. Základem trestní odpovědnosti je trestný čin, který je definován **přesným popisem jeho znaků a též tzv. materiálním znakem, totiž nebezpečností činu pro společnost**. Jde o vyjádření principu: "nullum crimen sine lege", resp. "sine culpa".*

Pokud jde o "ukládání trestu" vychází čl. 40 odst. 6 Listiny z terminologie trestního práva, obsažené v trestním zákoně z 29. 11. 1961 č. 140 Sb. ve znění pozdějších předpisů zejména v oddílu druhém: "Obecné zásady pro ukládání trestů" (§ 31 a násl. trestního zákona). Ukládáním trestu se rozumí stanovení druhu trestu jakož i výměra trestu u těch druhů trestu, které jsou odstupňovány. Tím je

vyjádřena trestně-právní zásada: "nulla poena sine lege". Článek 40 odst. 6 Listiny tím zřetelně nepřipouští retroaktivitu zákona pokud jde o vymezení trestnosti a výše trestu.

Listina základních práv a svobod není normou trestního práva, ale vyjímá z různých právních oblastí určité zásady, které pokládá za základní, a proto hodné zvýšené právní ochrany. V článku 40 odst. 6 nemá proto na mysli nic více, než co říká, totiž, že vymezení jednotlivých trestných činů a jejich trestnosti, jež se podle trestního zákona provádí **určením charakteristických znaků a stupně společenské nebezpečnosti jednotlivých činů**, nemůže být "ex post", po spáchání činu následně měněno v neprospěch pachatele. Stejný požadavek vznáší i pro vymezení a stanovení výše trestu. Pouze v tomto smyslu a tomto rozsahu formuluje věta druhá odst. 6 zákaz retroaktivity zákona (srov. text: "pozdějšího zákona se použije...).

Otázka procesních předpokladů trestní stíhatelnosti vůbec a tím spíše otázka promlčení nepatří v České republice ani v jiných demokratických státech do oblasti těch základních práv a svobod principiální povahy, jež jsou podle článku 3 Ústavy součástí ústavního řádu resp. ústavního pořádku České republiky a tím nahrazují v jiných ústavách obvyklou kapitolu ústavy o základních právech a svobodách.

Argument, že je promlčení institutem hmotného práva trestního není pro posouzení věci podstatný nejen proto, že je trvalým předmětem sporu trestně-právní dogmatiky a v některých jiných demokratických státech je chápán převážně jako procesně-právní institut, ale především proto, že Ústava ani Listina základních (a ne jiných) práv a svobod neřeší detailní otázky trestního práva, nýbrž stanoví nesporné a základní konstitutivní principy státu a práva vůbec. Listina základních práv a svobod v čl. 40 odst. 6 se zabývá tím, které trestné činy lze principiálně stíhat (totiž ty, jež byly vymezeny zákonem v době, kdy byl čin spáchán) a neupravuje otázku, jak dlouho lze tyto činy stíhat.

V důsledku toho předpisy o promlčení a promlčecíchpromlčecích lhůtách, zejména ustanovení **po jakou dobu může být čin, který je prohlášen za trestný stíhán nelze chápat jako předmět úpravy čl. 40 odst. 6 Listiny**.

Listina v čl. 40 odst. 6 se zabývá tím, které trestné činy lze stíhat (totiž ty, jež byly vymezeny zákonem v době, kdy byl čin spáchán), **a neupravuje otázku, jak dlouho lze tyto činy stíhat.**"

9. Lze tedy uzavřít, že délka promlčecí doby deliktní odpovědnosti se neřadí mezi znaky „trestnosti činu“ ani „ukládání trestu“, jak je má na mysli čl. 40 odst. 6 Listiny, a proto **pouze normuje, že pachatele nelze trestat za něco, o čemž (z hlediska jasného vymezení charakteristických znaků a stupně společenské nebezpečnosti) v době spáchání nemohl vědět, že je trestné, resp. jaký trest lze za takové jednání uložit.**
10. **Takový stav však ve zde projednávané věci zcela jednoznačně nenastal. Zadavatel coby nositel veřejné moci v době uzavření Dodatku č. 1 dobře věděl o svých povinnostech na úseku zadávání veřejných zakázek, jakož i o hrozících následcích v případě jejich nedodržení. Na tomto vymezení „trestnosti“ ani „ukládání sankce“ se přitom s přijetím, resp. účinností ZVZ nic nezměnilo. Případná aplikace této pozdější normy tak oporu v právním řádu zcela jednoznačně postrádá.**

III.

Další stížnostní důvod – Úřad byl při šetření podnětu po značnou dobu nečinný

11. Jako další stížnostní důvod stěžovatel uvádí fakt, že Úřad svou dlouhodobou nečinností nynější polemiku ohledně možnosti použití ZVZ na jednání zadavatele z roku 2009 sám do značné míry vyvolal.

12. Jak stěžovatel uvedl výše, Úřad se o podstatě nezákonného jednání zadavatele, a to z hledisek Úřadem ze zákona povinně sledovaných, dozvěděl již v dubnu 2013 (a to z prvního podnětu stěžovatele ze dne 9.4.2013).
13. Přestože již tehdy Úřadu nic nebránilo v tom, aby jednání zadavatele řádně posoudil též z hlediska jeho případného nesouladu s koncesním zákonem (když otázka právního posouzení skutku je výlučnou povinností dozorového orgánu, nikoli podatele), neučinil tak.
14. Otázkou možného porušení koncesního zákona se tak Úřad poprvé (snad) zabýval až o více než tři roky později (k opakovanému podnětu stěžovatele ze dne 27.5.2016). Tedy stále za účinnosti koncesního zákona a před nabytím účinnosti ZVZ (v té době již nicméně přijatého).
15. Doba šetření tohoto posledního podnětu stěžovatele vyvolává pochybnosti o tom, zda Úřad s vyřízením nevyčkával až na dobu po nabytí účinnosti ZVZ, tedy na dobu po 1.10.2016, tak aby se mohl Úřad onen účelový argument o nutnosti použití pozdějšího, pro zadavatele výhodnějšího zákona, pokusit uplatnit a správní řízení o podezření ze spáchání správního deliktu zadavatele pro údajný zánik jeho odpovědnosti nezahájit.

IV. Návrh stěžovatele

16. S ohledem na vše shora uvedené stěžovatel žádá a navrhuje, aby předseda ÚOHS jako stížnostní orgán ve smyslu ust. § 175 správního řádu postup jemu podřízeného správního orgánu důkladně prověřil a bude-li tato stížnost shledána důvodnou, pak nechť učiní nezbytná opatření k nápravě a stěžovatele o výsledku prověření, jakož i přijatých opatřeních v zákonné lhůtě informoval.
17. Své výhrady, zejména stran nečinnosti Úřadu, též stěžovatel z opatrnosti uplatňuje jako žádost o opatření proti nečinnosti dle ust. § 80 odst. 3 správního řádu. Rovněž i ve vztahu k tomuto návrhu žádá být stěžovatel předsedou ÚOHS náležitě informován (o případně přijatých opatřeních dle § 80 odst. 4 správního řádu).

Kverulant.org o.p.s.
(podepsáno elektronicky)