



**Ing. Petr Rafaj**

předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže



UOHSX009FPBO

Č. j.: ÚOHS-V0039/2017/SO-07186/2017/441/MLr

V Brně dne 20. 3. 2016

### **Vyrozumění o vyřízení stížnosti podle § 175 odst. 1 správního řádu**

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) bylo dne 8. 2. 2017 doručeno podání z téhož dne obecně prospěšné společnosti Kverulant.org o.p.s., IČO 28925165, se sídlem Pražská 1148/59, 102 00 Praha 10, (dále jen „**stěžovatel**“), zastoupené Mgr. Adriánem Čechem, advokátem společnosti Advokátní kancelář Čech Hromek Pleskač, s.r.o., se sídlem Vinohradská 30, 120 00 Praha 2. Podání je označeno jako „*Stížnost proti postupu správního orgánu*“ (dále jen „**stížnost**“) a dále „*Žádost stěžovatele o uplatnění opatření proti nečinnosti podřízeného správního orgánu*“.

Stěžovatel brojí proti přípisu Úřadu č. j. ÚOHS-P1812/2016/VZ-00133/2017/551/DBo ze dne 3. 1. 2017, ve kterém Úřad stěžovateli po prošetření jeho podnětu sdělil, že neshledal důvody pro zahájení správního řízení, protože v takovém řízení by nebylo možné shledat odpovědnost zadavatele – hlavního města Prahy, IČO 00064581, se sídlem Mariánské nám. 2, 110 01 Praha 1 (dále jen „**zadavatel**“) – za spáchání správního deliktu, a dále, že již zanikla odpovědnost zadavatele za případné spáchání správního deliktu podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“).

**Po prošetření skutečností uvedených ve stížnosti jsem shledal stížnost nedůvodnou, neboť Úřad postupoval v souladu s právními předpisy. Neshledal jsem tak žádného důvodu pro opatření k nápravě.**

### **Shrnutí dosavadního průběhu a stížní námitky**

1. Dne 7. 6. 2016 obdržel Úřad „*Opakovaný podnět k výkonu dohledu nad orgánem veřejné správy*“ stěžovatele z téhož dne. Úřad na základě tohoto podnětu prověřil postup zadavatele týkající se uzavření Dodatku č. 1 ze dne 22. 1. 2009 (dále jen „**Dodatek č. 1**“) společností JCDecaux, Městský mobiliář, spol. s r.o., IČO 45241538, se sídlem Rohanské nábřeží 678/25, Karlín, 186 00 Praha 8, ke smlouvě č. D/39/4901/06 o výstavbě,

provozování a reklamním využití městského mobiliáře uzavřené dne 14. 11. 1994 uzavřené mezi společnostmi JCDecaux International, 17 rue Soyer, 92523 Neuilly Cedex, Francouzská republika a zadavatelem.

2. Úřad stěžovateli sdělil v přípisu č. j. ÚOHS-P1812/2016/VZ-00133/2017/551/DBo ze dne 3. 1. 2017, že neshledal důvody pro zahájení správního řízení, protože v takovém řízení by nebylo možné shledat odpovědnost zadavatele za spáchání správního deliktu. Úřad svůj závěr odůvodnil tím, že dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti ZZVZ, a že je nutno ve smyslu čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod posoudit jednání zadavatele podle příznivější úpravy v ZZVZ, ve kterém došlo ke zkrácení lhůty, po jejímž uplynutí dojde k zániku odpovědnosti zadavatele za správní delikt.
3. Úřad rovněž uvedl, že v šetřeném případě ke spáchání správního deliktu mohlo dojít dne 22. 1. 2009 a objektivní lhůta dle § 270 odst. 3 ZZVZ uplynula dne 22. 1. 2014, a proto odpovědnost zadavatele za případné spáchání správního deliktu zanikla.

### Stížní námítky

4. Stěžovatel namítá, že výjimku z obecného zákazu retroaktivity nelze aplikovat na institut promlčecí doby, protože délka promlčecí doby není znakem trestnosti činu ani ukládání trestu ve smyslu čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod. Stěžovatel brojí proti tomu, že aplikace pozdější právní úpravy postrádá oporu v právním řádu. Stěžovatel přitom odkazuje na náleznost pléna Ústavního soudu ze dne 21. 12. 1993, Pl. ÚS 19/93 a zdůrazňuje v nálezu závěr, že *„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“* a dále, že *„po jakou dobu může být čin, který je prohlášen za trestný stíhán nelze chápat jako předmět úpravy čl. 40 odst. 6 Listiny“*.
5. Dle stěžovatele čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod pouze normuje, že pachatele nelze trestat za něco, o čemž v době spáchání nemohl vědět, že je trestné, resp. jaký trest lze za takové jednání uložit. Stěžovatel konstatuje, že naopak zadavatel jako nositel veřejné moci v době uzavření Dodatku č. 1 věděl o svých povinnostech na úseku zadávání veřejných zakázek, a dále, že na tomto vymezení trestnosti a ukládání sankce se s účinností zákona o zadávání veřejných zakázek nic nezměnilo.
6. Stěžovatel namítá, že o podstatě nezákonného jednání zadavatele, a to z hledisek Úřadem ze zákona povinně sledovaných, se Úřad dozvěděl již v dubnu 2013, kdy stěžovatel podal podnět ze dne 9. 4. 2013.
7. Dle stěžovatele již tehdy nic Úřadu nebránilo v tom, aby jednání zadavatele řádně posoudil také podle zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„koncesní zákon“**). Otázkou možného porušení koncesního zákona se tak Úřad zabýval poprvé až po více než třech letech. Stěžovatel uvádí, že doba šetření opakovaného podnětu ze dne 27. 5. 2016 vyvolává pochybnosti o tom, zda Úřad nevyčkával s vyřízením podnětu na dobu účinnosti ZZVZ tak, aby mohl použít dle stěžovatele účelový argument o nutnosti použití pozdější právní úpravy a správní řízení pro údajný zánik odpovědnosti zadavatele nezahájit.

## Právní posouzení stížnosti

8. V daném případě jsem shledal, že stěžovatel je ve smyslu § 175 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), oprávněn se jejím prostřednictvím bránit proti namítanému postupu Úřadu, neboť správní řád neposkytuje jiný prostředek ochrany, kterým by se mohl stěžovatel bránit. Nelze zejména uplatit řádný ani mimořádný opravný prostředek, protože stěžovatel nebrojí proti rozhodnutí. Není tedy žádných pochyb, že stěžovatel uplatnil stížnost ve smyslu § 175 správního řádu.
9. Vzhledem k tomu, že úředně oprávněné osoby, které by jinak stížnost vyřizovaly a které jsou zároveň pověřeny vyřízením podnětu ze dne 7. 6. 2016, jsou vyloučeny z projednávání a rozhodování věci podle § 14 správního řádu, projednal jsem a rozhodl o stížnosti v souladu se správním řádem a vnitřními předpisy Úřadu.

### *K námitkám k nesprávné aplikaci pozdější právní úpravy*

10. K námitce stěžovatele o neaplikovatelnosti čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod na daný případ uvádím, že je nedůvodná.
11. Úřad ve smyslu § 248 odst. 3 ZZVZ projednává správní delikty a ukládá sankce za jejich spáchání. Tuto pravomoc upravoval rovněž neúčinný zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „**zákon o veřejných zakázkách**“). V čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod je upraveno, že trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán, a dále, že pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější.
12. Tyto ústavní zásady je nutno aplikovat v odvětví trestního práva a rovněž ve správních řízeních, ve kterých jsou projednávány správní delikty Úřadem. Judikatura Ústavního soudu a Nejvyššího správního soudu dovodila, že Úřad je povinen při projednávání správních deliktů aplikovat zásady trestního práva i pro účely správního práva trestního. V této souvislosti se sluší odkázat právě na závěry Nejvyššího správního soudu v rozsudku č. j. 2 As 9/2008 – 77 ze dne 13. 6. 2008, dle kterého *„Jakkoliv totiž Listina výslovně hovoří pouze o trestných činech, stejně jako český překlad Mezinárodního paktu o občanských a politických právech, podle ustálené judikatury českých soudů a mezinárodních soudních orgánů, stejně jako podle převažujících doktrinárních názorů, lze aplikovat zásady trestního práva i pro účely správního práva trestního. V současné doktríně sice existují i názory odmítající použití analogie v případě norem správního práva trestního v otázce posuzování viny a trestu (srovnej Průcha, Petr, Správní právo. Obecná část. Brno: Doplněk, 2007, s. 115), nicméně většina autorů se na přípustnosti takového použití analogie (za předpokladu, že jde o analogii ve prospěch pachatele) shodne (viz Eliáš, Karel, „Obdoba poznámky k analogii v právu“, Právník č. 2/2003; Hendrych, Dušan a kol. 2006. Správní právo. Obecná část. Praha: C. H. BECK, s. 411-414; Sládeček, Vladimír, Obecné správní právo, 2004, Praha: ASPI, s. 129-131, 149-153). Toto stanovisko potvrzuje i judikatura Ústavního soudu a Nejvyššího správního soudu (viz např. nálezy Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 611/01 a II. ÚS 192/05, in: <http://nalus.usoud.cz>; obdobně viz rozsudky zdejšího soudu sp. zn. 6 A 126/2002, 2 A 1018/2002-OL-29 a 2 As 69/2003).“*

13. Namítá-li stěžovatel, že promlčecí doba není rozhodující pro posouzení trestnosti činu, pak tato námitka je nedůvodná, protože dle soudní praxe i literatury je nutno pojmem „trestnost činu“ chápat „*souhrn všech podmínek, za nichž závisí výrok o vině a trestu, tedy včetně podmínky promlčení. Z uvedeného vyplývá, že v rámci posuzování trestnosti činu je nezbytné také zjišťovat, zda nedošlo k zániku této trestnosti, a to mimo jiné i z důvodu promlčení činu (...)* S ohledem na skutečnost, že úprava podmínek promlčení trestního stíhání patří do komplexu otázek trestní odpovědnosti, je třeba posoudit otázku, zda je určitý trestný čin promlčen či nikoli, i z hlediska časové působnosti trestního zákona podle zásad uvedených (...) v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práva svobod.“ (viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 2. 2002 sp. zn. 7 Tz 44/2002).
14. Úřad tedy aplikuje zásady trestního práva pro účely správního práva trestního, a proto je povinen při posouzení odpovědnosti za správní delikty zabývat se také tím, zda případný pozdější zákon je pro zadavatele jako pachatele příznivější. Pro zadavatele je použití nového a pozdějšího zákona příznivější, jestliže jeho ustanovení skýtají výsledek pro zadavatele příznivější než právo dřívější, a to včetně těch ustanovení pozdějšího zákona, které upravují promlčecí dobu.
15. Úřadu tak nelze ničeho vytknout, když posuzoval jednání zadavatele podle právní úpravy pozdější, kterou shledal pro zadavatele příznivější. Správní soudy dlouhodobě podávají Úřadu ve svých rozsudcích podrobné instrukce o nezbytnosti posoudit, zda pozdější právní úprava je pro zadavatele jako pachatele správního deliktu příznivější (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 68/2011 - 99 ze dne 21. 3. 2012), a to i v otázce promlčecí doby např. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 9/2015 - 136 ze dne 6. 1. 2017, dle kterého „*po vydání napadeného rozhodnutí nabyla účinnosti nová právní úprava, jež je nepochybně pro žalobce příznivější, a sice v otázce objektivní lhůty, s jejímž uplynutím odpovědnost za správní delikt zaniká, nově pětileté, která platí i nyní (...), musí k ní zdejší soud přihlížet.*“.
16. Následně stěžovatel předkládá konstrukci o tom, že pro aplikaci čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod je rozhodná vědomost zadavatele jako pachatele o svých povinnostech podle zákona o veřejných zakázkách. Tato námitka je nedůvodná, neboť nemá oporu v právních předpisech. Ústavní princip upravený v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod se aplikuje bez ohledu na to, zda zadavatel v době svého jednání věděl nebo nevěděl o protiprávnosti jednání.
17. K odkazu stěžovatele na nález pléna Ústavního soudu Pl. ÚS 19/93 ze dne 21. 12. 1993 uvádím, že závěry tohoto nálezu nelze aplikovat na předmětné posouzení Úřadu. Otázkou, kterou se Ústavní soud zabýval, bylo, do jaké míry čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod znemožňuje pozdější procesní úpravu, spočívající v dodatečném umožnění běhu promlčecích lhůt v těch zvláštních případech, kdy to minulý politický režim znemožňoval. Ústavní soud v předkládaném případě posuzoval ústavnost ustanovení § 5 zákona č. 198/1993 Sb., o protiprávnosti komunistického režimu a odporu proti němu, v důsledku kterého se podmínky promlčení se zpětnou působností zpřísnily. Jedná se tedy o případ odlišný, neboť základem posouzení byla zpětná účinnost právního předpisu v neprospěch pachatele, nikoliv aplikace příznivějšího a pozdějšího právního předpisu ve prospěch pachatele.

18. Výše uvedený náleží tak nelze na daný případ aplikovat, přičemž odkazují na jiný náleží Ústavního soudu (II. ÚS 192/05 - 2 ze dne 11. 7. 2007), dle kterého *„Opomenutí zabývat se tím, zda nová právní úprava správního deliktu není pro stěžovatelku příznivější, je rovněž zásahem do jejího práva na spravedlivý proces“*. Úřad tak postupoval v souladu s právními předpisy a plně respektoval právo zadavatele na spravedlivý proces.

#### *K námitkám k nečinnosti Úřadu*

19. Stěžovatel namítá, že o podstatě nezákonného jednání zadavatele, a to z hledisek Úřadem ze zákona povinně sledovaných, se Úřad dozvěděl již v dubnu 2013, kdy stěžovatel podal prvotní podnět. Dle stěžovatele již tehdy nic Úřadu nebránilo v tom, aby jednání zadavatele řádně posoudil také podle koncesního zákona.
20. Stěžovatel ve svém podnětu ze dne 8. 4. 2013 uvedl podezření o tom, že zadavatelem byl při uzavření smlouvy sledován záměr vyhnout se povinnosti postupovat v režimu zákona o veřejných zakázkách, a informace o tom, že byl uzavřen Dodatek č. 1, avšak v opakovaném podnětu ze dne 27. 5. 2016 poprvé uvedl Úřadu svá podezření o porušení koncesního zákona, jestliže zadavatel uzavřel Dodatek č. 1. Stěžovatel v podnětu ze dne 8. 4. 2013 rovněž požádal Úřad, aby mu v zákonné lhůtě sdělil výsledek svého šetření.
21. V podnětu stěžovatele ze dne 8. 4. 2013 nebylo žádným způsobem výslovně uvedeno, že má Úřad prošetřit jednání zadavatele při uzavření Dodatku č. 1 i z hlediska koncesního zákona. Úřadu tak nelze vytýkat, že po obdržení prvotního podnětu ze dne 8. 4. 2013 nezaslal stěžovateli výsledek šetření jednání z hlediska koncesního zákona ve smyslu § 42 správního řádu, jelikož takový důvod stěžovatel v prvotním podnětu neuvedl a Úřad nebyl povinen se s ním vypořádat tak, jak konstatuje judikatura Krajského soudu v Brně (např. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 A 81/2014 - 184 ze dne 26. 9. 2016, dle kterého *„Obsahuje-li tedy podnět tvrzení, z nichž podatel dovozuje, že je namíste správní řízení zahájit (tak jako tomu bylo v daném případě), je nezbytné, aby se správní orgán ve sdělení, že správní řízení zahajovat nebude, alespoň rámcově věcně vypořádal se všemi důvody, které podatel v podnětu k zahájení řízení uvedl. Pouze takový postup správního orgánu je podle zdejšího soudu souladný se zásadou dobré správy.“*
22. Námitka stěžovatele je však nedůvodná, neboť poté, co stěžovatel obdržel výsledek šetření opakovaného podnětu ze dne 3. 1. 2017, nelze učinit opatření k nápravě ve smyslu § 175 odst. 6 správního řádu a přihlídnout tak k době uplynulé mezi obdržením prvotního podnětu a sdělením Úřadu ze dne 3. 1. 2017 právě při posouzení jednání zadavatele. Za současného právního stavu je Úřad povinen vždy aplikovat § 270 odst. 3 ZZVZ jako pozdější a příznivější právní úpravu i na jednání zadavatele, ke kterému došlo za účinnosti jiné právní úpravy.
23. Stěžovatel dále namítá, že doba šetření opakovaného podnětu ze dne 27. 5. 2016 vyvolává pochybnosti o tom, zda Úřad nevyčkával s vyřízením podnětu na dobu účinnosti ZZVZ tak, aby mohl použít dle stěžovatele účelový argument o nutnosti použití pozdější právní úpravy a správní řízení tak pro údajný zánik odpovědnosti zadavatele nezahájit.

24. K tomu uvádím, že úmyslné vyčkávání Úřadu na nabytí účinnosti ZZVZ (tedy na 1. 10. 2016) je ze strany stěžovatele pouhou spekulací, navíc tato konstrukce stěžovatele je v rozporu s legislativním vývojem ustanovení o promlčecí době v rozhodných právních předpisech.
25. Úprava promlčecí doby ve stejném znění jako v § 270 odst. 3 ZZVZ byla totiž obsažena již v zákoně o veřejných zakázkách, tedy před 1. 10. 2016. V § 121 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, ve znění novely č. 40/2015 Sb., účinné od 6. 3. 2015, bylo upraveno, že *„Odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm ne zahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.“* Úprava počátku běhu lhůt a jejich délka byla tak shodně upravena již před 1. 10. 2016, a proto námitka stěžovatele o úmyslném vyčkávání Úřadu je lichá.

S pozdravem

**Obdrží:**

Mgr. Adrián Čech, Advokátní kancelář Čech Hromek Pleskač, s.r.o., Vinohradská 30, 120 00 Praha 2 – Vinohrady, datové schránky: efbv4wh