



UOHSX00CROIT

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0142/2019/VZ-28843/2019/322/PJe

Brno 21. října 2019

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

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

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0148/2019/VZ-19905/2019/542/MCi ze dne 22. 7. 2019 vydanému v řízení o přestupku zahájeném dne 15. 4. 2019 z moci úřední, ve věci možného spáchání přestupku ve smyslu § 268 odst. 1 písm. a) citovaného zákona obviněným v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky s názvem „**Nájem systémů pro měření rychlostí na pozemních komunikacích včetně příslušného software pro správu a zpracování přestupků**“ v jednacím řízení bez uveřejnění, jehož oznámení o výsledku zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 10. 2018 pod ev. č. Z2018-033013 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 9. 2018 pod ev. č. 2018/S 187-422914,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0148/2019/VZ-19905/2019/542/MCi ze dne 22. 7. 2019

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Postup před zahájením řízení o přestupku

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), který je podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹), příslušný k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 24. 2. 2019 podnět k prošetření postupu obviněného – město Varnsdorf, IČO 00261718, se sídlem Nám. E. Beneše 470, 407 47 Varnsdorf, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 31. 5. 2019 JUDr. Vilémem Podešvou, LLM, advokátem, ev. č. ČAK 11323, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4 (dále jen „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“) – při zadávání veřejné zakázky s názvem „Nájem systémů pro měření rychlostí na pozemních komunikacích včetně příslušného software pro správu a zpracování přestupků“ v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen „**JŘBU**“), jehož oznámení o výsledku zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 10. 2018 pod ev. č. Z2018-033013 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 9. 2018 pod ev. č. 2018/S 187-422914 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Na základě skutečností obsažených v podnětu vyzval Úřad obviněného přípisem ze dne 12. 3. 2019, č. j. ÚOHS-P0080/2019/VZ-07327/2019/542/MKd, k zaslání dokumentace o zadávacím řízení a písemného vyjádření k obsahu podnětu včetně podrobného odůvodnění užití JŘBU a sdělení o způsobu stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Dne 22. 3. 2019 obdržel Úřad dokumentaci o zadávacím řízení a rovněž vyjádření obviněného.

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, ve vztahu k posouzení zadávacího řízení na veřejnou zakázku se jedná o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení, v daném případě ve smyslu ustanovení § 67 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona. Ve vztahu k posouzení odpovědnosti za přestupek a určení druhu a výměry sankce, resp. správního trestu se jedná o znění zákona účinné ke dni spáchání přestupku (v šetřeném případě k datu uzavření smlouvy na veřejnou zakázku), ledaže by pro zadavatele byla nová právní úprava výhodnější. Ve vztahu k postupu v řízení o přestupku se jedná o znění zákona účinné ke dni zahájení řízení o přestupku.

3. Ve svém vyjádření ze dne 22. 3. 2019 obviněný uvedl k důvodům pro použití JŘBU následující. V souvislosti s předcházející veřejnou zakázkou malého rozsahu na měření rychlosti uzavřel obviněný s vybraným dodavatelem Water Solar Technology Ltd., registrační číslo 7113037, se sídlem Manchester, 6 Bexley Square, M3 6BZ, Spojené království Velké Británie a Severního Irska, odštěpný závod Water Solar Technology Ltd. - branch, organizační složka, IČO 29041643, se sídlem Bořivojova 878/35, 130 00 Praha 3 (dále jen „**vybraný dodavatel**“), dne 20. 9. 2017 smlouvu o nájmu měřicích zařízení, která byla limitována částkou 1 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty (dále jen „**původní smlouva**“). K překročení uvedené částky pak došlo dle vyjádření obviněného již během prvních týdnů provozu měřicího zařízení kvůli velkému množství zaznamenaných dopravních přestupků, s nimiž obviněný původně nepočítal. Obviněný tak musel dle svého tvrzení vzniklou naléhavou situaci řešit, aby zajistil bezpečnost a plynulost silničního provozu, neboť údajně bylo zjištěno, že instalované zařízení má pozitivní vliv na omezení nehodovosti v měřených úsecích. Obviněný tedy přistoupil k použití JŘBU údajně z důvodu krajně naléhavých okolností, které nemohl dle svého vyjádření předvídat a ani je nezpůsobil, když nemohl dodržet lhůty pro standardní zadávací řízení. Obviněný dále tvrdí, že smlouva uzavřená na základě JŘBU (pozn. smlouva o nájmu měřicích zařízení ze dne 12. 9. 2018 uzavřená s vybraným dodavatelem; dále jen „**smlouva na veřejnou zakázku**“) byla uzavřena pouze na dobu nezbytně nutnou, tedy do ukončení nadlimitního zadávacího řízení, jež ihned zahájil. Obviněný upozorňuje, že v rámci JŘBU nemohl oslovit jiného než dosavadního poskytovatele služby z důvodu zajištění kontinuálního průběhu fungování systému měření a zamezení finanční ztráty, která by mohla plynout z odinstalování a nového instalování a zprovoznění systému. Současně obviněný dle svého tvrzení vymezil podmínku, že v rámci JŘBU může vybraný dodavatel nabídnout pouze cenu nižší či rovnu současné ceně, čímž zajistil finanční úsporu. Ke stanovení předpokládané hodnoty obviněný uvedl, že vzhledem k nejasné délce doby, na kterou měla být smlouva na základě JŘBU uzavřena, a tedy k nepředvídatelnému množství přestupků, přistoupil k vyčíslení ceny formou předpokládané hodnoty za jeden změřený přestupek.
4. Vzhledem k tomu, že z předložených materiálů získal Úřad pochybnosti o tom, zda obviněný při zadávání předmětné veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, a zda nespáchal přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, zahájil v této věci správní řízení z moci úřední.

II. Průběh správního řízení

5. Zahájení řízení o přestupku oznámil Úřad obviněnému přípisem ze dne 15. 4. 2019, č. j. ÚOHS-S0148/2019/VZ-10822/2019/542/MKd, ve kterém seznámil obviněného se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí.
6. Správní řízení bylo zahájeno podle § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o přestupcích**“), ve spojení s § 248 zákona dne 15. 4. 2019, tj. dnem, kdy bylo oznámení o zahájení řízení o přestupku doručeno obviněnému.

III. Napadené rozhodnutí

7. Dne 22. 7. 2019 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0148/2019/VZ-19905/2019/542/MCi (dále jako „**napadené rozhodnutí**“). Rozhodnutí bylo obviněnému doručeno téhož dne.

8. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad vyslovil, že obviněný se při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že porušil pravidlo pro zadávání veřejných zakázek stanovené v § 63 odst. 5 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v JŘBU, aniž by prokázal splnění podmínek pro použití JŘBU uvedených v § 63 odst. 5 zákona, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dne 12. 9. 2018 uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu na veřejnou zakázku.
9. Úřad uvedl zejména následující argumenty. Obviněný dle Úřadu uvedl, že krajně naléhavou okolnost spatřoval v nutnosti kontinuálního zajištění bezpečnosti a plynulosti silničního provozu i po ukončení původní smlouvy o nájmu měřicích zařízení. Tuto okolnost obviněný dle Úřadu označil za důvod pro použití JŘBU rovněž v písemné zprávě zadavatele ze dne 25. 9. 2018 i v oznámení o výsledku zadávacího řízení uveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 10. 2018. Ve svém vyjádření ze dne 25. 4. 2019 se dle Úřadu obviněný nově dovolává také nutnosti zajistit pokračující průběh fungování systému měření a zpracování dat z měřicích zařízení z důvodu nemožnosti migrace dat do jiného systému, v důsledku čehož by musel veškerá dosud naměřená a vybraným dodavatelem fakturovaná data odepsat a nemohl by přistoupit k vymáhání pokut za zaznamenané přestupky. Úřad k tomu uvedl, že existenci určitého prvku naléhavosti spočívajícího ve snaze zajistit bezpečnost dopravy na svém území ze strany obviněného nerozporuje, neboť je nepochybně jeho oprávněným zájmem přijímat opatření přispívající ke snížení nehodovosti na dopravních komunikacích. Obviněný však dle názoru Úřadu neprokázal, z jakého důvodu vyhodnotil případné ukončení měření rychlosti na pozemních komunikacích v důsledku ukončení původní smlouvy o nájmu měřicích zařízení za situaci krajní naléhavosti, za niž je obecně považován takový krizový stav, který vznikl v důsledku okolností způsobených zejména vyšší mocí a který vyžaduje okamžité řešení. Dle Úřadu není zřejmé, jaká konkrétní krizová situace měla v důsledku přerušování měření rychlosti nastat. Obviněný své tvrzení nepodložil relevantními podklady, například statistickým vyhodnocením vlivu dosavadního měření rychlostí na změnu počtu dopravních nehod, z nichž by bylo možné prokazatelně dovodit tvrzení zásadní pozitivní vliv na omezení nehodovosti.
10. Úřad dodal, že k ukončení původní smlouvy o nájmu měřicích zařízení došlo nikoli náhle, ale z důvodu, který byl smlouvou výslovně předpokládán, byť obviněnému nemuselo být dopředu zřejmé kdy a zda tento moment nastane, a to vyčerpáním určeného finančního limitu. Obviněný tak dle názoru Úřadu zcela jistě mohl a měl být připraven na veškeré nutné kroky spojené s ukončováním původní smlouvy.
11. K argumentu obviněného, že krajní naléhavost spatřoval rovněž v nutnosti zajistit plynulost systému měření rychlosti a zpracování dat z měřicích zařízení, aby tak údajně neztratil možnost vymáhat pokuty za několik desítek tisíc přestupků, které byly již v systému zaznamenány a vybraným dodavatelem fakturovány, k nimž by dle svého tvrzení nemohl bez vybraného dodavatele získat potřebná data pro účely vedení přestupkového řízení, uvedl Úřad zejména následující. Dle Úřadu neuvedení tohoto argumentu v žádném z dokumentů souvisejících s předmětnou veřejnou zakázkou a jeho dodatečné uplatnění až v pozdějších vyjádřeních obviněného vzbuzuje pochybnosti o jeho skutečném vlivu na rozhodování obviněného o použití JŘBU. Úřad dále z obsahu smlouvy ze dne 20. 9. 2017 dovodil, že konkrétní počty měření započitatelných do fakturace mohly vycházet až z počtu přestupků ověřených městskou policií na základě zpracování dat o „možných“ přestupcích, přičemž

obviněný ve svém vyjádření ani netvrdil, že by vybraný dodavatel byl oprávněn fakturovat obviněnému odměnu za taková měření, u nichž by nedošlo ze strany oprávněných osob z městské policie k validaci přestupku. Dle Úřadu tak nebylo možné dojít k jinému závěru, než že se obviněný nemůže v této souvislosti dovolávat hrozby ztráty dat, za něž by přesto musel vybranému poskytovateli uhradit odměnu.

12. Pro případ, že se uvedená námitka obviněného o znepřístupnění dat měla vztahovat k technické nemožnosti migrace dat o již validovaných přestupcích ze software poskytovaného vybraným dodavatelem do jiného systému, uvedl Úřad, že obviněný mohl dle názoru Úřadu již při uzavírání původní smlouvy přistoupit ke smluvnímu ošetření té předvídatelné situace, že po případném automatickém ukončení smlouvy mohou být v systému zaznamenány a případně i již validovány přestupky, které však by obviněný již vzhledem k nemožnosti přístupu do systému či migraci dat do jiného systému nemohl řešit, čehož se nyní sám dovolává. Tím, že tak obviněný neučinil, vytvořil pro sebe dle Úřadu v rámci předcházející veřejné zakázky bezdůvodně právní stav, který vykazuje charakteristické znaky závislosti na vybraném dodavateli.
13. Úřad doplnil, že nelze připustit jakékoliv snahy obviněného směřující k ospravedlnění porušení normativního rámce pro zadávání veřejných zakázek s vysvětlením, že je takový proces nyní nutný pro pokračování v postupech mu uložených jinými právními předpisy, zvláště pak pokud se obviněný do takové schizmatické situace dostal vlastním přičiněním.
14. Úřad se zabýval i otázkou, zda mohly být naplněny ostatní podmínky § 63 odst. 5 zákona a dospěl k závěru, že nikoliv. K argumentu obviněného, že odborně odhadl předpokládaný počet přestupků, ale ve skutečnosti bylo zaznamenáno za první měsíce fungování mnohonásobně větší množství přestupků, což však obviněný nemohl předvídat a ani tuto situaci nezpůsobil, uvedl Úřad, že obviněný konkrétně nespécifikoval, v důsledku jakých okolností k tomuto nesprávnému odhadu počtu přestupků došlo, respektive zda tyto okolnosti skutečně nastaly bez vlivu obviněného. Obviněný by dle Úřadu musel nezpochybnitelně prokázat, že okolnosti vedoucí k nesprávnému odhadu počtu přestupků nebyly skutečně způsobeny jeho chybným postupem či opomenutím při zadání předcházející veřejné zakázky, nýbrž nastaly z objektivních důvodů.
15. Dle Úřadu si obviněný při uzavírání smlouvy limitované částkou 1 000 000 Kč musel být vědom skutečnosti, že k ukončení předmětné smlouvy může teoreticky dojít kdykoli, resp. nenadále. Obviněný se tedy dle názoru Úřadu nemůže dovolávat toho, že danou situaci nemohl očekávat.
16. S ohledem na to, že obviněný dle Úřadu neprokázal důvody, pro něž by nebylo možné měření rychlosti přerušit a novou smlouvu uzavřít až na základě nového řádného zadávacího řízení, neprokázal dle Úřadu ani objektivní nemožnost dodržet lhůty pro zadání šetřené veřejné zakázky v některém z otevřenějších druhů zadávacího řízení jako jedné z podmínek pro použití JŘBU podle ustanovení § 65 odst. 3 zákona.
17. Výrokem II. napadeného rozhodnutí uložil Úřad obviněnému za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. pokutu ve výši 250 000 Kč.
18. Úřad uložil pokutu jako tzv. souhrnný trest analogicky podle trestního práva hmotného, přičemž uplatnil zásadu absorpce. Přitom Úřad zohlednil, že současně vydávaným

rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-S0149/2019/VZ vyslovil, že se obviněný dopustil dalšího přestupku. Úřad tento postup aplikoval s poukazem na rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 28/2009-62 a č. j. 6 As 245/2015-33.

19. Výrokem III. uložil Úřad obviněnému povinnost uhradit náklady řízení.

IV. Rozklad obviněného

20. Dne 6. 8. 2019 obdržel Úřad rozklad obviněného z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Napadené rozhodnutí bylo obviněnému doručeno dne 22. 7. 2019, obviněný tak podal rozklad v zákonné lhůtě.

21. Obviněný napadené rozhodnutí označuje číslem jednacím ÚOHS-S0148/2019/VZ-19905/2019/542/MKd, což předseda přikládá administrativnímu pochybení Úřadu, který uvedl na první straně napadeného rozhodnutí údaj „ÚOHS-S0148/2019/VZ-19905/2019/542/MCi“ a v záhlaví dalších stran rozhodnutí poté údaj „S0148/2019/VZ-19905/2019/542/MKd“. Jedinečným identifikátorem dokumentu je však číslo 19905, které je v obou případech stejné. Je tedy jasné, o které rozhodnutí se jedná.

Námítky rozkladu

22. Obviněný namítá, že Úřad nevzal subjektivní stránku skutku v potaz ani v rámci posouzení otázky, zda byl přestupek spáchán, ani v otázce polehčujících okolností. Úřad obviněnému dle jeho názoru nedůvodně podsouvá, že jeho jednání bylo úmyslné. Napadené rozhodnutí je proto nesprávné, neboť nevychází ze zjištěného skutkového stavu, protože je i nezákonné.
23. Úřad dle obviněného zcela nedostatečně zohlednil jako polehčující okolnost, že obviněný provedl „standardní průzkum trhu“ směřující ke zjištění obvyklých poměrů výběru pokut u systémů měření rychlosti – dle názoru obviněného – v odpovídajících městech, a to ve Dvoře Králové nad Labem, v Kralupech nad Vltavou, v Říčanech u Prahy a v Turnově. Dle obviněného z tohoto průzkumu vyplynulo, že průměrný počet přestupků naměřený třemi měřicími zařízeními za měsíc je cca 964 přestupků.
24. Úřad dle obviněného dále nezohlednil jako polehčující okolnost, že přestupky byly spáchány v důsledku zcela nepředvídatelného nárůstu počtu naměřených pokut oproti referenčním městům, tedy v důsledku okolnosti, která byla do značné míry objektivní a obviněným neovlivnitelná.
25. Úřad dle obviněného v rámci rozhodování o výši sankce nedostatečně zohlednil polehčující okolnost, že ke spáchání přestupků došlo nikoliv úmyslem obviněného, ale v důsledku jeho „nešikovnosti“, když jím formulovaná smluvní ujednání byla nedostatečně připravena na zcela nepředvídatelnou okolnost v podobě enormního nárůstu počtu změřených dopravních přestupků oproti kvalifikovanému odhadu obviněného.
26. Úřad se dle obviněného dopouští logické chyby, když argumentuje, že k ukončení původní smlouvy došlo nikoliv náhle, ale z důvodu předpokládaného smlouvou, což má dle Úřadu náhlost vylučovat. Dle obviněného spolu otázka, zda byl důvod ukončení předpokládán smlouvou, a otázka, zda došlo k ukončení náhle, tedy překvapivě, spolu vůbec nesouvisejí. Enormní počet naměřených přestupků byl dle obviněného zcela nepředvídatelný, proto i ukončení smlouvy bylo nečekaně náhlé.

27. Obviněný je tak přesvědčen, že náhlé ukončení původní smlouvy, objektivně nepředvídatelné, postavilo obviněného do situace, kdy musel zajistit bezprostředně další provoz systému, a to jedině cestou JŘBU. K náhlosti vzniku tohoto stavu je dle obviněného třeba přihlížet jako k polehčující okolnosti.
28. Obviněný konstatuje, že Úřad zde rovněž zpochybňuje okolnosti, které měly být zohledněny jako polehčující. Touto okolností má být dle obviněného potřeba kontinuity smluvního vztahu s vybraným dodavatelem, aby mohla být dokončena všechna řízení o naměřených přestupcích.
29. Obviněný se dále ohrazuje proti výtce Úřadu, že povinnost zachovat plynulost měření nezmínil v odůvodnění JŘBU, ale až dodatečně v rámci správního řízení. Úřad dle obviněného musí respektovat, že obviněný logicky není profesionálem v oboru veřejných zakázek, proto nemusel vědět, že pro Úřad je nezbytné výslovně argumentovat a vysvětlit i takové okolnosti a skutečnosti, které vyplývají z obecného fungování státní správy, nebo jiných obecných pravidel, a jsou proto obecně považovány za notoriety.
30. Jako samostatnou polehčující okolnost by měl Úřad dle obviněného zohlednit rovněž skutečnost, že smluvní vztah založený na základě JŘBU byl založen objektivně pouze na velice krátkou, nezbytně dlouhou dobu necelých 3 měsíců a byl ukončen bezprostředně po úspěšné realizaci navazujícího řádného zadávacího řízení. Úřad by tedy dle obviněného měl přihlídnout k tomu, že obviněný stav krajní naléhavosti nijak nezneužíval, ale naopak aktivně usiloval o jeho co nejrychlejší odstranění, v čemž byl úspěšný.
31. Pokud jde o odůvodnění výroku o trestu, namítá obviněný, že není žádným způsobem uvedeno, jakým způsobem se institut souhrnného trestu promítl do výroku o pokutě, přičemž ani výše uvedených pokut v jejich obdobné procentní hladině nijak nenaznačuje, že by reálně byl uložen souhrnný trest.

Závěr rozkladu

32. Obviněný navrhl předsedovi Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušit a věc vrátit k novému projednání Úřadu.

V. Doplnění rozkladu

33. Podáním ze dne 28. 8. 2019 obviněný rozklad doplnil o další argumentaci.
34. V doplnění rozkladu se obviněný ohradil proti závěru Úřadu, že se do situace porušení zákona dostal sám tak, že špatně a nesprávně realizoval odhad počtu přestupků. Dle obviněného jediným důvodem, proč fakturovaná částka překročila limit zakázky malého rozsahu, byla skutečnost, kdy technicko-procesním problémem, který nemohl nikdo předvídat, se obviněný dostal do situace, že nebylo možné získat relevantní data pro fakturaci (zjistit počet validních měření a toto fakturovat ze strany dodavatele). Obviněný tvrdí, že kdyby bylo technicky možné měřit počet validních měření, tak ihned první měsíc poskytované služby by obviněný zjistil, že jeho relevantní odhad validních měření byl z důvodu anomálie lokace nastaven nevhodně a smlouvu by ukončil v souladu s rozvazovací podmínkou při překročení stanoveného limitu. Obviněnému dle jeho názoru nelze klást za vinu fakt, že zkolaboval technický systém.

35. Obviněný připouští, že na tuto skutečnost selhání informačního systému nebyl obviněný připraven v obchodních podmínkách a nepředpokládal, že by taková situace, kdy několik měsíců bude aktivní měřicí zařízení, ale nebude možné zjistit počet validních měření k fakturaci, a tedy fakturovat poskytované služby, mohla nastat. Obchodní podmínky nemohly předvídat veškeré možné situace a obchodní podmínky v tomto případě odpovídaly i velikostí zakázky a tomu, že se jednalo o pilotní projekt. Obviněný se odvolává na to, že stanovil pouze formu obchodních podmínek, které měli uchazeči zpracovat do svých návrhů smluv.
36. Obviněný má za to, že se Úřad dostatečně nevypořádal s jeho argumentací k použití JŘBU.
37. Obviněný má jednak za to, že správnost odhadu přestupků prokázal Úřadu dostatečně, jednak za to, že odhad přestupků není relevantní skutečností pro potenciální porušení zákona.
38. Obviněný se ohrazuje vůči názoru Úřadu, že neprokázal dostatečně okolnosti ztráty dat v případě, že by zadával zakázku v jiném typu řízení než v JŘBU.
39. Dle obviněného technický důvod, v jehož důsledku neexistuje hospodářská soutěž, je spojen s krajně naléhavou okolností, což je dle jeho názoru situace, kdy nikdo jiný než vybraný dodavatel nemůže technicky zajistit migraci a vyhodnocení již získaných dat. Dle obviněného migrace dat nebyla reálně možná, a obviněný by tak musel veškerá získaná data odepsat a neřešit desetitisíce přestupků. Neřešení přestupků by dle obviněného vedle ke zvýhodnění některých přestupců.
40. Obviněný poukázal na to, že v rámci nadlimitního výběrového řízení vyhrál stejný subjekt jako u šetřeného JŘBU. Správný výpočet pokuty dle obviněného musí vycházet ze základu potenciální újmy v případě, že by bylo i JŘBU vyhlášeno v režimu nadlimitním. Tato potenciální hypotetická újma na straně zadavatele může být dle obviněného pouze v dimenzi rozdílu mezi nabídkovou cenou jednoho validního měření vítězného uchazeče u JŘBU (290,- Kč) a cenou druhého nejlevnějšího dodavatele u nadlimitní veřejné zakázky (289,- Kč) vynásobenou počtem validních měření. S ohledem na výše uvedené, především pak na skutečnost totožného vítěze jak u JŘBU, tak i u zakázky nadlimitní, nelze dle obviněného tvrdit skutečnosti tak, jak jsou definovány Úřadem v odstavci 12 a následujících (na straně 23) napadeného rozhodnutí.

VI. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

42. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech předseda podle § 89 odst. 2 správního řádu ve spojení s § 98 odst. 1 přestupkového zákona přezkoumal soulad výroků napadeného rozhodnutí

a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i jeho správnost v plném rozsahu.

43. Tímto přezkumem bylo zjištěno, že napadené rozhodnutí je třeba zrušit. Ačkoliv je totiž napadené rozhodnutí v otázce, zda se obviněný dopustil přestupku, věcně správné a souladné se zákonem, při výměře správního trestu Úřad již v důsledku svého nesprávného procesního postupu pochybil. Nevedl totiž společné řízení, a proto nesprávně aplikoval zásadu absorpce („*poena maior absorbet minorem*“), neboť přitom přihlédl k přestupku, o němž ještě nebylo v okamžik vydání napadeného rozhodnutí pravomocně rozhodnuto, a analogicky aplikoval institut souhrnného trestu dle trestního práva na situaci, která analogická nebyla.

VII. K námitkám rozkladu

44. Nejprve se předseda zabýval námitkami rozkladu. Důvody, proč bylo přistoupeno ke zrušení napadeného rozhodnutí, jsou rozvedeny níže.

K námitkám týkajícím se spáchání přestupku

45. Je nutno konstatovat, že námitkám rozkladu, resp. jeho pozdějšího doplnění nebylo možno přisvědčit, pokud jde o otázku, zda obviněný přestupek spáchal. Níže je podrobně rozvedeno, proč tomu tak je.
46. Klíčovou ve zdejších případech je otázka, zda byl obviněný oprávněn postupovat v JŘBU. Obviněný se totiž dovolával jednak důvodu k použití tohoto zadávacího postupu dle § 63 odst. 3 písm. b) a § 63 odst. 5 zákona.
47. Podle § 63 odst. 3 písm. b) zákona platí, že zadavatel může také použít jednacím řízení bez uveřejnění, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž.
48. Podle § 63 odst. 5 zákona platí, že zadavatel může použít jednacím řízení bez uveřejnění také, pokud je to nezbytné v důsledku krajně naléhavé okolnosti, kterou zadavatel nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil, a nelze dodržet lhůty pro otevřené řízení, užší řízení nebo jednacím řízení s uveřejněním.
49. Úřad správně a v souladu s právními předpisy uzavřel, že obviněný neprokázal splnění podmínek požadovaných těmito ustanoveními k použití JŘBU.
50. Pokud jde o námitku, že Úřad obviněnému podsouvá, že skutek spáchal úmyslně, konstatuje předseda, že pokud tak rozhodnutí obviněnému vyznívá, nepromítá se to nikterak do výrokové části rozhodnutí. Pro naplnění skutkové podstaty přestupku není ve zdejších případech zavinění rozhodující. V odůvodnění týkající se výroku o správním trestu Úřad neuvádí, že by zavinění obviněného zohlednil.
51. Nelze přisvědčit námitce obviněného, že náhlé ukončení původní smlouvy, byť by bylo objektivně nepředvídatelné, postavilo obviněného do situace, kdy musel zajistit bezprostředně další provoz systému, a to jedině cestou JŘBU.
52. Lze obecně souhlasit s tím, že dojde-li z objektivně nepředvídatelných důvodů k náhlému ukončení smlouvy na jednu veřejnou zakázku, může zadavatel za použití JŘBU překlenout období do uzavření smlouvy na novou veřejnou zakázku v otevřenější formě zadávacího

řízení. K tomu ostatně směřuje i ustanovení § 63 odst. 5 zákona, které podmiňuje použití JŘBU (vedle dalších podmínek) i určitou nezbytností, která vznikla v důsledku krajně naléhavé okolnosti, kterou zadavatel nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil, a zároveň s tím i nemožností dodržet lhůty pro otevřené řízení, užší řízení nebo jednací řízení s uveřejněním.

53. Ve zdejším případě však namítaná potřeba zajištění kontinuity provozu systému měření rychlosti nesplňuje podmínku nezbytnosti a v žádném případě ji nelze spojovat s krajně naléhavou okolností. Měření rychlosti vozidel v provozu na pozemních komunikacích není totiž obligatorním úkolem, který by místní samospráva byla zavázána plnit. Jedná se o úkol, který na sebe obviněný vzal dobrovolně. S poukazem na nutnost plnit dobrovolně převzaté úkoly nelze omlouvat porušení zákona.
54. Pokud jde o námitku, že s ohledem na provedený průzkum trhu nemohl obviněný předvídat reálný počet naměřených přestupků, a tedy ani rychlý zánik závazků z původní smlouvy, je tato námitka ve vztahu ke zdejšímu případu zcela bezpředmětná. Jak výše uvedeno, zajištění kontinuity provozu měření rychlosti nebylo ve vztahu k ustanovení § 63 odst. 5 zákona vůbec relevantní nezbytnou potřebou obviněného, proto je zcela nedůležité, jestli vznik takové potřeby mohl předvídat či nikoliv. Uvedená námitka tak nemá v otázce použití JŘBU žádnou relevanci.
55. Obviněný dále namítal, že k provedení tohoto průzkumu je třeba přihlížet jako k polehčující okolnosti. Tato námitka je rovněž nedůvodná. Zjišťování průměrného počtu přestupků, které by mohly být na území obviněného naměřeny, nemůže nijak přispět k ochraně zákonem chráněného zájmu (tj. zájmu na zajištění hospodářské soutěže o veřejnou zakázku), za jehož ohrožení je obviněný ve zdejším řízení o přestupku stíhán.
56. Obviněnému je třeba dát za pravdu v tom, že otázka, zda byl důvod ukončení předpokládán původní smlouvou, a otázka, zda došlo k ukončení náhle, tedy překvapivě, spolu nesouvisejí. Ukončení bylo podmíněno dosažením určitého limitu účtované odměny. Obviněný však konstantně tvrdí, že jej překvapilo nikoliv to, že závazky z původní smlouvy zanikly, ale kdy k tomu došlo.
57. Pokud jde o námitku kolapsu softwarového řešení, resp. toho, že fakturovaná částka překročila limit zakázky malého rozsahu z důvodu technicko-procesního problému, je třeba ji posuzovat v souvislosti s tím, co obviněný uvedl ve svém vyjádření ze dne 14. 6. 2019. Tam obviněný mimo jiné uvádí: „(...) systém pro automatizované měření je složen ze dvou základních částí. První část je vlastní měřicí zařízení, v němž je technologie, která kódovaně zaznamenává naměřené přestupky. Tyto záznamy jsou následně přenášeny do druhé základní součástí systému, a to do software, který měl být integrován do stávajícího informačního systému zadavatele. **Data, která jsou získaná první částí systému v rámci měření, jsou zakódovaná, přičemž z důvodu dodržení povinností zadavatele vyplývajících z právních předpisů mohou být tato data zpřístupněna prostřednictvím integrovaného software pouze městské policii Varnsdorf. Vybraný dodavatel tak k těmto datům nemá přístup.** (...) Přestože montáž a zprovoznění obou částí systému bylo prováděno současně, tak první část zařízení, tj. **zařízení, které měří a kódovaně zaznamenává přestupky, bylo ověřeno a zprovozněno dne 26. 4. 2018. Od té doby se v paměťové jednotce zařízení ukládaly v zakódované podobě zjištěné přestupky bez možnosti jejich dekódování, tedy bez možnosti určení počtu a také bez možnosti určení validity měření.** Tato uložená data přitom v souladu se smlouvou

*a právními předpisy byly oprávněny přijmout pouze osoby z řad městské policie, pouze tyto byly oprávněny dekódovat měření a určit počty měření a především určit, zda jde o měření validní, a tedy započitatelná do fakturace za poskytnuté systémy a služby spojené s údržbou systémů. Tento postup přitom šlo uskutečnit pouze prostřednictvím integrovaného software, tedy druhou částí systému. (...) Souběžně s instalací měřících zařízení probíhala instalace softwarové části systému a integrace na ostatní systémy radnice (...) **přes veškerou snahu zadavatele se nepodařilo úspěšně předmětnou integraci dokončit ve stejném termínů jako instalaci měřících zařízení.** (...) Bez řádné integrace, díky níž by došlo k plnému zprovoznění software pro dekódování a zpřístupnění dat, nebylo možné software ze strany města převzít, a již realizovaná data vyhodnotit. (...) I přes veškerou snahu zadavatele, jehož možnosti však byly omezené, se kompletní propojení všech nutných systému podařilo nejdříve v červenci 2018. (...) **S ohledem na data získaná průzkumem trhu nemohl zadavatel jakkoli predikovat, že zpoždění s integrací software v řádů 2 až 3 měsíců bude mít tak zásadní důsledky na celkový objem plnění.** Zadavatel totiž nemohl předpokládat, že počty přestupků na měřících zařízeních budou mnohonásobně větší, než na jiných obdobných zařízeních u jiných měst.“ (pozn. zvýraznění doplněno předsedou).*

58. Z uvedeného je zjevné, že ačkoliv reálná hodnota veřejné zakázky závisela na počtu reálně naměřených přestupků, obviněný dopustil, aby nastala situace, že měření přestupků započne, ale obviněný zároveň nebude mít přístup k informaci o počtu reálně naměřených přestupků. Nastavení podmínek přístupu obviněného k informacím o naměřených přestupcích muselo být obviněnému známo při sjednávání transakce. Vznik této situace byl plně v dispozici obviněného. Obviněný si měl ideálně nejprve ověřit, že jeho systémy jsou kompatibilní s dodávaným softwarovým řešením, a až teprve poté přistoupit ke zprovoznění měřícího zařízení. Takto by se vyhnul situaci, že mu mimo jeho kontrolu vzniknou závazky k úhradě odměny za relevantní měření. Spuštění měřícího zařízení bez současné možnosti zjistit, kolik relevantních měření bylo učiněno, bylo od obviněného neprozíravé.
59. Pokud jde o námitku, že nelze technicky zajistit migraci dat o naměřených přestupcích jinak než prostřednictvím vybraného dodavatele, pak je třeba uvést následující. Je na zadavateli, aby ošetřil, že bude mít potřebná data o naměřených přestupcích k dispozici v takovém formátu a čase, aby mohl podle požadavků kladených na něj právními předpisy vést řádně řízení o přestupku. Vedle toho je rovněž na zadavateli, aby při realizaci veřejného zadávání pečoval o zachování hospodářské soutěže o veřejnou zakázku a o hospodárné nakládání s veřejnými prostředky (k tomu lze odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 4. 2012, č. j. 62 Af 61/2010-332). K tomu účelu má zadavatel k dispozici široké spektrum otevřených forem zadávacích řízení. Naproti tomu v JŘBU je možnost uplatnění hospodářské soutěže podstatně omezena. Jedná-li v JŘBU zadavatel jen s jedním dodavatelem, je potom možnost uplatnění hospodářské soutěže i prakticky vyloučena. Je proto na odpovědnosti zadavatele, aby při zadávání veřejné zakázky postupoval vždy takovým způsobem, aby se vyhnul vytvoření stavu exkluzivity dodavatele (tj. stavu závislosti zadavatele na dodavateli), který implikuje potřebu zadávat navazující veřejné zakázky právě tomuto dodavateli. Pokud zadavatel vlastním postupem způsobí vznik stavu exkluzivity, nemůže se pak dovolávat této exkluzivity jako důvodu pro použití JŘBU.

60. Má-li se uvedená námitka obviněného vztahovat k technické nemožnosti migrace dat o již validovaných přestupcích ze software poskytovaného vybraným dodavatelem do jiného systému, a tedy k nemožnosti následného vedení přestupkového řízení mimo software pro správu a zpracování přestupků poskytovaného vybraným dodavatelem, pak nelze než uzavřít, že se obviněný do stavu exkluzivity skutečně dostal.
61. Pokud ona tvrzená nemožnost migrace dat spočívala v tom, že by vybraný dodavatel měl obviněnému data o naměřených přestupcích poskytnout ve formátu, který by obviněný nebyl schopen zpracovat, šlo by o hrubou nedůslednost obviněného při přípravě původní veřejné zakázky. Obviněný mohl počítat s tím, že nastane situace, kdy závazky z původní smlouvy zaniknou (např. naměřením určitého počtu přestupků, s čímž bude spojeno dosažení limitu 1 000 000 Kč odměny za provedená měření) a vybraný dodavatel ještě stále bude mít u sebe data o naměřených přestupcích, které obviněný nestihl za trvání závazků z původní smlouvy posoudit a projednat. Typicky to může být případ přestupků naměřených v posledních dnech trvání závazků z původní smlouvy. Odpovědný zadavatel musí takové riziko předvídat. Toto riziko může nastat bez ohledu na odhadovaný počet naměřených přestupků. Pokud se obviněný pro případ takové situace nevybavil kompatibilním software nebo si smluvně nezavázal vybraného dodavatele k poskytnutí dat o naměřených přestupcích ve formátu, který by obviněnému byl přístupný, způsobil si závislost na vybraném dodavateli sám a nemůže se toho nyní dovolávat.
62. Nedůslednost obviněného nelze hodnotit jako pouhou nešikovnost, ale naopak jako závažnou nedůslednost při přípravě původního zadávacího postupu, která v důsledku vedla k vytvoření stavu exkluzivity. Pokud obviněný nepomýšlel na to, zda bude po zániku závazků z původní smlouvy schopen zpracovat data o naměřených přestupcích bez součinnosti vybraného dodavatele, nepochybně nevyvíjel potřebnou péči k zachování možnosti uplatnění hospodářské soutěže o navazující veřejné zakázky.
63. Pokud jde o námitku, že Úřad nelyžpořádal dostatečně argumentaci obviněného ohledem oprávněnosti použití JŘBU, má předseda za to, že Úřad předložil ucelený argumentační systém, z něhož plynou odpovědi na zásadní otázky nastolené obviněným. Obviněný nikterak nespécifikuje, kterou konkrétní námitku měl Úřad ještě vypořádat.
64. Pokud jde o výhradu obviněného proti výtce Úřadu, že povinnost zachovat plynulost měření nezmínil v odůvodnění JŘBU, ale až dodatečně v rámci správního řízení, je třeba konstatovat, že údajná povinnost zachovat plynulost měření stejně není důvodem pro užití JŘBU. Je tedy bezpředmětné námitku vypořádat.

K námitkám týkajícím se výroku o trestu

65. Pokud jde o námitku obviněného, že není jasné, jakým způsobem se institut souhrnného trestu promítl do výměry pokuty, chápe ji předseda tak, že Úřad by měl dle názoru obviněného uvést, o jakou konkrétní částku upravil pokutu, kterou by jinak uložil, kdyby k uložení souhrnného trestu nepřistoupil. Tato námitka není důvodná. Výměra trestu je věcí uvážení správního orgánu. V odůvodnění výroku o uložení pokuty musí být uvedeno, ke kterým okolnostem bylo při výměře pokuty přihlédnuto. To splněno ve zdejších případech bylo. Popis, jakou konkrétní částkou byla ta která okolnost zohledněna, není zákonnou náležitostí takového odůvodnění.

66. Pokud jde o námitku obviněného, že při výměře pokuty by měly být reflektovány nabídkové ceny nabídnuté účastníky navazujícího nadlimitního zadávacího řízení, je třeba uvést, že nabídkové ceny nabídnuté v navazujícím nadlimitním řízení přímo nevypovídají ničeho o tom, jaké ceny mohly být obviněnému nabídnuty, kdyby v roce 2018 postupoval v jiné formě zadávacího řízení namísto použití JŘBU. Námitka proto není důvodná.
67. Pokud jde o námitku, že jako samostatnou polehčující okolnost by měl Úřad zohlednit rovněž skutečnost, že smluvní vztah založený na základě JŘBU byl založen objektivně pouze na velice krátkou, nezbytně dlouhou dobu necelých 3 měsíců a byl ukončen bezprostředně po úspěšné realizaci navazujícího řádného zadávacího řízení, je třeba uvést následující. Trestné jako přestupek je samo nezákonné použití JŘBU. Jako polehčující je třeba zohledňovat ty okolnosti, za kterých se obviněný nezákonného jednání dopustil. Skutečnost, za jak dlouhou dobu se podaří realizovat navazující nadlimitní řízení, nemohl obviněný hodnotit v době, kdy zadával veřejnou zakázku v JŘBU. Tato skutečnost mu proto nemůže při výměře trestu ulehčit.

VIII. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu

68. Předseda se nejprve zabýval otázkou, zda při stanovení správního trestu postupoval Úřad správně a v souladu se zákonem. Zejména bylo třeba zaměřit se na otázku trestání sbíhajících přestupků. Úřad totiž v napadeném rozhodnutí analogicky dle trestního práva hmotného aplikoval tzv. souhrnný trest (str. 24, bod 15. odůvodnění napadeného rozhodnutí), který zákon o přestupcích nezná. Naopak opomenul možnost spojení dvou řízení o přestupku a aplikace ustanovení § 41 zákona o přestupcích.
69. Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**trestní zákoník**“) v ustanovení § 43 upravuje trestání sbíhajících trestných činů. Uvedené ustanovení stojí na zásadách absorpce („*poena maior absorbet minorem*“ – „přísnější trest pohlcuje mírnější“) a asperace („*poena maior cum exasperatione*“ – „přísnější trest se zостřením“). Odstavec 1 citovaného ustanovení upravuje institut úhrnného trestu, odstavec 2 potom institut trestu souhrnného.
70. Úhrnný trest spočívá v tom, že soud odsuzuje pachatele za dva nebo více trestných činů, přičemž mu uloží úhrnný trest podle toho ustanovení, které se vztahuje na trestný čin z nich nejprísněji trestný, což představuje projev zásady absorpce. Jde-li o vícečinný souběh většího počtu trestných činů, může soud pachateli uložit trest odnětí svobody v rámci trestní sazby, jejíž horní hranice se zvyšuje o jednu třetinu. To představuje projev zásady asperace. Úhrnný trest se ukládá v jednom řízení. K tomu lze odkázat na komentářovou literaturu: „*Předpokládá se zde spáchání nejméně dvou trestných činů jedním pachatelem, o nichž se rozhoduje buď v tomtéž trestním řízení (ukládá se úhrnný trest podle § 43 odst. 1), nebo postupně ve dvou samostatných trestních řízeních (ukládá se souhrnný trest podle § 43 odst. 2).*“ (PÚRY, František in: Šámal, P. a kol. Trestní zákoník, 2. vydání, Praha: C. H. Beck, 2012, 3614 s. Komentář k § 43.).
71. Souhrnný trest rovněž slouží k potrestání sbíhajících trestných činů, avšak používá se v situacích, kdy o některých sbíhajících trestných činech již byl vyhlášen rozsudek v jiném trestním řízení, než je to, ve kterém se souhrnný trest ukládá. V takovém případě má soud ukládající souhrnný trest výrok předchozího rozsudku o trestu zrušit. Souhrnný trest

se rovněž ukládá tak, aby reflektoval zásady absorpce a asperace, jak jsou upraveny v ustanovení o trestu úhrnném (§ 43 odst. 1 trestního zákoníku).

72. Ve zdejší případě Úřad zahájil obě řízení o přestupku, tedy zdejší řízení a řízení sp. zn. ÚOHS-0149/2019/VZ, ve stejný den (15. 4. 2019) a rovněž tak v obou řízeních ve stejný den (22. 7. 2019) vydal rozhodnutí. Úřad tedy o obou přestupcích rozhodoval a obě řízení vedl paralelně.
73. S ohledem na tento fakt není analogie s institutem souhrnného trestu přípádná. Institut souhrnného trestu totiž počítá s tím, že o některých sbíhajících deliktech již bylo vyhlášeno rozhodnutí. To ve zdejší případě nenastalo, neboť o všech zohledněných sbíhajících přestupcích bylo rozhodováno zároveň, byť nikoliv společným rozhodnutím. Úřad tedy trestní právo hmotné aplikoval analogicky nesprávně, neboť použil trestněprávní institut (tj. souhrnný trest), který dopadá na jiné situace než je ta, která nastala ve zdejší případě.
74. Nutnost uplatnit ve zdejší případě souhrnný trest nevyplývá ani z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 6. 2009, č. j. 1 As 28/2009-62, na nějž se Úřad na str. 23 v bodě 13. odůvodnění napadeného rozhodnutí odvolává. Tento rozsudek se totiž rovněž týká situace, kdy o přestupcích, jež byly zohledněny v rámci uplatnění zásady absorpce, nebylo rozhodováno současně. To je situace od zdejšího případu odlišná.
75. Zdejší situace se mnohem více podobá případům, kdy je ukládán úhrnný trest podle § 43 odst. 1 trestního zákoníku, tedy kdy je současně projednáváno více přestupků téhož pachatele, jak je tomu i ve zdejší případě. V těchto situacích však není třeba postupovat analogicky s trestním právem hmotným, protože zákon o přestupcích pro ně má výslovnou úpravu. Jmenovitě se jedná o ustanovení § 41 zákona o přestupcích, které upravuje trestání více přestupků téhož pachatele projednávaných ve společném řízení.
76. Podstatným problémem při postupu, který Úřad zvolil, je dále fakt, že při ukládání souhrnného trestu zohlednil skutek, o němž ještě nebylo jako o přestupku pravomocně rozhodnuto (skutek stíhaný v řízení sp. zn. ÚOHS-0149/2019/VZ). Z judikatury Nejvyššího soudu týkající se ukládání souhrnného trestu vyplývá, že o trestném činu, o němž bylo dříve rozhodnuto a kterého se týká výrok o trestu, který je soudem podle § 35 odst. 2 zákona č. 140/1961, trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů, zrušován, musí být při ukládání souhrnného trestu pravomocně rozhodnuto. Tyto judikatorní závěry jsou použitelné i na ustanovení § 43 odst. 2 současného trestního zákoníku, neboť právní úprava v této otázce nedoznala podstatných změn.
77. Ve vztahu k výše citovanému zákonu č. 140/1961 Sb. lze odkázat například na usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. 09. 2010 sp. zn. 8 Tdo 1039/2010: „Z uvedené dikce je zřejmé, že uložení souhrnného trestu přichází v úvahu pouze v případě vícečinného souběhu, jen tehdy, **byl-li pachatel za část sbíhajících se trestné činnosti odsouzen, lze-li k takovému odsouzení přihlížet. Odsuzujícím rozsudkem soudu prvního stupně za jiný trestný čin se rozumí prvý odsuzující rozsudek o jiném trestném činu bez ohledu na to, zda případně v řádném nebo mimořádném opravném řízení byl tento rozsudek zrušen, pokud i po tomto opravném řízení věc skončila pravomocným odsouzením pachatele. Dřívější odsuzující rozsudek o jiném trestném činu pachatele musí být pravomocný, není proto podstatné, zda odsuzující rozsudek nabyl právní moci již v řízení před soudem prvního stupně nebo až rozhodnutím odvolacího soudu. Jestliže tento rozsudek ještě nenabyl právní moci,**

soud rozhodující později vyčká s rozhodnutím, až se dřívější rozsudek stane pravomocným (srov. rozhodnutí č. 27/1971-III Sb. rozh. tr.).“ (pozn. zvýraznění doplněno předsedou) či na usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 04. 2005 sp. zn. 11 Tdo 1477/2004.

78. Při ukládání souhrnného trestu v řízení o přestupku je nepochybně třeba postupovat analogicky nejen s výslovným zněním právního předpisu, ale rovněž s jeho výkladem provedeným ustálenou soudní judikaturou.
79. Ze všech výše uvedených důvodů je třeba uzavřít, že uložení souhrnného trestu ve zdejším případě nebylo namístě.
80. Předseda se dále zabýval otázkou, zda Úřad mohl postupovat podle § 41 zákona o přestupcích.
81. Podle § 41 odst. 1 zákona o přestupcích platí, že za dva nebo více přestupků téhož pachatele projednaných ve společném řízení se uloží správní trest podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejpřísněji trestný. Jsou-li horní hranice sazeb pokut stejné, uloží se správní trest podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejzávažnější.
82. Podle § 41 odst. 2 zákona o přestupcích platí, že jsou-li společně projednávány dva nebo více přestupků, správní orgán může uložit pokutu ve vyšší sazbě, a to tak, že horní hranice sazby pokuty za přestupek nejpřísněji trestný se zvyšuje až o polovinu, nejvýše však do částky, která je součtem horních hranic sazeb pokut za jednotlivé společně projednávané přestupky.
83. Ve zdejším případě jsou předmětem obou dotčených řízení o přestupku skutky téhož pachatele, jak vyžaduje § 41 odst. 1 zákona o přestupcích.
84. Zákonným předpokladem pro aplikaci ustanovení § 41 zákona o přestupcích je, že sbíhající přestupky jsou projednávány ve společném řízení. K zahájení společného řízení, resp. ke spojení dotčených řízení o přestupku ve zdejším případě nedošlo. Předseda se proto zabýval otázkou, zda Úřad měl společné řízení vést či nikoliv.
85. Zákonná povinnost vést společné řízení dána není. Ustanovení § 88 odst. 1, které by jinak pro zdejší případ připadalo v úvahu, je totiž ustanovením § 270 zákona pro řízení o přestupku vedená Úřadem v oblasti zadávání veřejných zakázek vyloučeno.
86. Správní řád obsahuje úpravu institutu společného řízení v ustanovení § 140. Podle odstavce 1 tohoto ustanovení platí, že správní orgán může na požádání účastníka nebo z moci úřední usnesením spojit různá řízení, k nimž je příslušný, pokud se týkají téhož předmětu řízení nebo spolu jinak věcně souvisejí anebo se týkají týchž účastníků, nebrání-li tomu povaha věci, účel řízení anebo ochrana práv nebo oprávněných zájmů účastníků. Spojit řízení lze i v průběhu řízení za předpokladu, že tím nevznikne nebezpečí újmy některému z účastníků.
87. Z tohoto ustanovení vyplývá, že je na uvážení správního orgánu, zda řízení spojí do společného řízení či nikoliv. Lze odkázat na rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 13. 9. 2017, č. j. 9 A 337/2014 - 41: *„Předně je třeba zdůraznit, že již ze samotného znění shora citovaného ustanovení § 140 odst. 1 správního řádu jednoznačně plyne, že spojení více různých řízení, která se týkají téhož předmětu řízení nebo spolu jinak věcně souvisejí anebo se týkají téhož účastníka (týchž účastníků), není zákonem stanovenou povinností. Jedná se o dispozitivní oprávnění správního orgánu vést za určitých podmínek společné řízení.*

Na spojení více různých řízení, byť se týkají téhož účastníka (zde žalobce), není právní nárok, a je tedy na správním orgánu, zda ke spojení věci přistoupí či nikoliv.“. Obdobně lze odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 7. 2017 č. j. 6 As 116/2017 – 53: „Nejvyšší správní soud proto jen stručně upozorňuje, že podle § 140 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, správní orgán může za určitých podmínek vést společné řízení, není to však jeho povinností.“.

88. Následně bylo třeba zabývat se otázkou, zda obě ve zdejším případě dotčená řízení splňují předpoklady pro spojení do společného řízení, které vyplývají z § 140 odst. 1 správního řádu. Citované ustanovení tyto požadavky vymezuje tak, že spojit lze řízení, k nimž je správní orgán příslušný, pokud se týkají téhož předmětu řízení nebo spolu jinak věcně souvisejí anebo se týkají týchž účastníků, nebrání-li tomu povaha věci, účel řízení anebo ochrana práv nebo oprávněných zájmů účastníků. Spojit řízení lze i v průběhu řízení za předpokladu, že tím nevznikne nebezpečí újmy některému z účastníků.
89. Úřad je k vedení obou dotčených řízení věcně příslušný dle § 248 odst. 3 zákona. Místní i funkční příslušnost Úřadu je rovněž nepochybně dána.
90. Skutek stíhaný ve zdejším řízení o přestupku a skutek stíhaný ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S0149/2019/VZ spolu věcně úzce souvisejí. První z uvedených skutků zahrnuje uzavření smlouvy na veřejnou zakázku ze dne 12. 9. 2018. Účelem této smlouvy bylo dle obviněného zajištění jednak dalšího měření rychlosti pro dobu, než se mu podaří zadat navazující zakázku v otevřenější formě zadávacího řízení, jednak zajištění dispozice s již získanými daty. Závazky z původní smlouvy ze dne 20. 9. 2017 totiž zanikly na základě překročení finančního limitu odměny, což dle obviněného vedlo k riziku, že nebudou naplněny jeho výše uvedené potřeby. První z uvedených skutků tedy sledoval účel překlenout určité mezidobí po zániku závazků z původní smlouvy do uzavření smlouvy v navazujícím zadávacím řízení otevřenější formy. Druhý z uvedených skutků pak zahrnuje právě uzavření původní smlouvy. Vzájemná souvislost obou stíhaných skutků je tedy zřejmá.
91. V obou dotčených řízeních o přestupku je rovněž jediným účastníkem tentýž obviněný. Obě řízení se tedy nepochybně týkají týchž účastníků.
92. Předseda neshledal, že by spojení řízení bránila povaha věci, účel řízení anebo ochrana práv nebo oprávněných zájmů účastníků či že by snad případným spojením řízení v jejich průběhu hrozilo nebezpečí újmy některému z účastníků.
93. Lze tedy uzavřít, že zde dotčená dvě řízení o přestupku je možno podle § 140 odst. 1 správního řádu spojit do společného řízení.
94. Předseda se následně zabýval otázkou, zda je vhodné a účelné obě řízení spojovat.
95. Je třeba konstatovat, že v případě trestání sbíhajících přestupků je třeba vždy uplatňovat zásadu absorpce. Naopak trestání podle zásady kumulace („*quot delicta, tot poenae*“ – „kolik deliktů, tolik trestů“) je nežádoucí. Ostatně, poukázal na to i Nejvyšší správní soud v Úřadem citovaném rozsudku ze dne 18. 6. 2009, č. j. 1 As 28/2009-62 (bod 33. odůvodnění rozsudku).
96. Jak bylo výše zdůvodněno, pokud Úřad současně projednává přestupky, které zároveň mají být zohledněny při uplatnění zásady absorpce, a kdy ještě o žádném z takto zohledňovaných přestupků nebylo vyhlášeno rozhodnutí, nemůže k aplikaci zásady absorpce použít

analogicky souhrnný trest, protože projednávaná situace neodpovídá situacím, v nichž podle trestního práva hmotného souhrnný trest ukládá.

97. Ani analogické použití úhrnného trestu dle trestního zákoníku nepřipadá v úvahu, neboť analogii lze použít pouze tehdy, nedopadá-li na řešenou situaci příslušná právní úprava. Zákon o přestupcích však disponuje právní úpravou trestání sbíhajících přestupků, projednávaných současně. Tuto úpravu představuje právě ustanovení § 41 zákona o přestupcích. Toto ustanovení zohledňuje zásady absorpce a asperace.
98. Jiné ustanovení zohledňující při trestání souběhu přestupků zásadu absorpce, které by bylo aplikovatelné na uvedený případ, v zákoně o přestupcích předseda nenalézá. Rovněž tak neexistuje ani jiné analogicky aplikovatelné ustanovení trestního zákoníku či jiného předpisu.
99. Z výše uvedeného lze uzavřít, že vedení společného řízení a následná aplikace ustanovení § 41 zákona o přestupcích, je ve zdejší případě jediným způsobem, kterým lze zásadu absorpce při trestání sbíhajících přestupků aplikovat. Použití společného řízení, v němž bude aplikován trest podle § 41 zákona o přestupcích, je tak pro zdejší případ jednak možné, jednak i vhodné a účelné, protože spolu projednávané přestupky věcně souvisejí a stejně byly projednávány zcela paralelně. Použití společného řízení je ve zdejší případě navíc i nutné s ohledem na to, že při trestání sbíhajících přestupků zásada absorpce aplikována být musí a Úřad zároveň nemá k dispozici jiný institut, při jehož použití by tuto zásadu mohl zohlednit.
100. Ze všech výše uvedených důvodů je třeba uzavřít, že spojení obou dotčených řízení bylo ve zdejší případě vhodné a účelné, a vedle toho také nutné.
101. Vedení společného řízení sice podle § 140 odst. 1 je na uvážení správního orgánu, uvážení předsedy Úřadu jako nadřízeného správního orgánu však má vždy přednost před uvážením Úřadu jako podřízeného správního orgánu. Ve zdejší případě předseda shledal, že bylo nutné obě dotčená správní řízení spojit do společného řízení a uložit trest podle § 41 zákona o přestupcích. Proto nyní předseda požaduje, aby tak při novém projednání věci Úřad učinil.
102. Z výše uvedených důvodů nemůže výrok napadeného rozhodnutí o trestu obstát. Podle § 41 zákona o přestupcích nelze vést společné řízení jen o otázce trestu, nýbrž je třeba je vést i celém předmětu řízení, tedy i o otázce viny. Proto bylo nutno napadené rozhodnutí jako celek zrušit a věc vrátit k novému projednání Úřadu.
103. Pro úplnost je třeba podotknout, že se Úřad nedopustil pouhého procesního pochybení bez vlivu na výsledek řízení. Při použití § 41 zákona o přestupcích je totiž na uvážení správního orgánu, zda uplatní vedle zásady absorpce i zásadu asperace. K té Úřad v napadeném rozhodnutí nikterak nepřihlížel, a to patrně z důvodu, že ji nelze analogicky aplikovat, neboť jde k tíži pachatele (srov. rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 22. 12. 1995 čj. 6 A 216/93-34: „stejně tak ve správním trestání nepřichází bez výslovného zákonného poukazu v úvahu použití zásady asperační,“; citováno z beck-online.cz, právní informační systém). Předseda tímto nechce Úřadu jakkoliv podsouvat, že by měl zásadu asperace aplikovat. Nelze však přehlížet, že se Úřad svým nesprávným procesním postupem připravil o samotnou možnost uplatnit horní sazbu pokuty zvýšenou podle § 41 odst. 2

zákona o přestupcích. Úřad tedy při novém projednání věci možnost uplatnění zásady asperace zvaží, jak mu v rámci jeho správního uvážení zákon o přestupcích umožňuje.

104. Předseda shrnuje, že Úřad správně a v souladu s právními předpisy posoudil otázku, zda se obviněný dopustil přestupku. Napadené rozhodnutí bylo třeba zrušit z důvodu, že Úřad nepostupoval procesně správně, v důsledku čehož vyměřil správní trest postupem, který nebyl v souladu s právními předpisy, neboť aplikoval analogicky institut souhrnného trestu, ačkoliv se projednávaný případ podstatně lišil od případů, v nichž má být souhrnný trest podle trestního práva aplikován. Úřad dále v rozporu s právními předpisy přihlížel ke skutku stíhanému v jiném řízení o přestupku, o němž ještě nebylo jako o přestupku pravomocně rozhodnuto. Správně měl Úřad postupovat tak, že by zdejší řízení o přestupku spojil do společného řízení se řízením sp. zn. ÚOHS-S0149/2019/VZ. Nakonec, nelze přehlédnout, že v rozhodnutí vydaném v řízení uvedené spisové značky Úřad ani nepřihlédl ke skutečnosti, že tam stíhaný skutek je v souběhu se skutkem stíhaným ve zdejším řízení o přestupku. Ze všech výše uvedených důvodů bylo třeba napadené rozhodnutí jako celek zrušit.
105. Při dalším projednání věci je Úřad vázán právním názorem předsedy, že obě dotčená řízení o přestupku je třeba spojit do společného řízení.

IX. Závěr

106. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody postup dle § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona, bylo rozhodnuto tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

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

Vypraveno dne:

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