



ombudsman
veřejný ochránce práv

Ústavní soud ČR
Joštova 8
660 83 Brno

Sp. zn. Pl. ÚS 28/18

Naše sp. zn.: 17/2018/SZD/MHU
Naše č. j.: KVOP-27481/2018

Navrhovatel: **Oživení, o. s.**, (spolek),
se sídlem Muchova 232/13, 160 00 Praha 6, IČO: 67365353,
Mgr. Martin Kameník, předseda spolku,
právně zastoupen:
Mgr. Pavlem Černohousem, advokátem, ev. č. ČAK 12427,
se sídlem Lublaňská 398/18, 120 00, Praha 2 – Vinohrady

Účastníci řízení: **vláda České republiky**
Ministerstvo pro místní rozvoj
Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky
Senát Parlamentu České republiky

Vedlejší účastníci: **Mgr. Anna Šabatová, Ph.D., veřejná ochránkyně práv**
Česká republika - Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,
se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, 604 55 Brno, IČO: 65349423,
Ing. Petr Rafaj, předseda
Městský soud v Brně
Polní 994/39, 608 01 Brno,
JUDr. Daniela Schwartzová, předsedkyně senátu 54 C

**Návrh na zrušení ustanovení § 259 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných
zakázek, ve znění pozdějších předpisů**

Vyjádření vedlejšího účastníka – veřejné ochránkyně práv

Systémem datových schránek

I. Uvedení do problematiky

Podáním ze dne 23. května 2018 jsem vstoupila jako vedlejší účastník do řízení o návrhu na zrušení ustanovení § 259 zákona č. 314/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, který podal Oživení, o. s. (dále také „navrhovatel“).

Jako veřejná ochránkyně práv se opakovaně setkávám s problémy, které ze zmíněného ustanovení pramení. Můj zástupce JUDr. Stanislav Křeček momentálně vede, kromě šetření ve věci konkrétního stěžovatele, rovněž i systémové šetření ve věci postupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže při vyřizování podnětů, které upozorňují na pochybení v oblasti veřejných zakázek.¹

Vzhledem k tomu, jaké jsou dopady zákonné úpravy, rozhodla jsem se, že využiji své zvláštní oprávnění směřující vůči vládě k vydání legislativního doporučení² ke změně napadené části zákona, nicméně jsem přivítala, že se předmětným ustanovením zabývá rovněž Ústavní soud a do řízení vstoupila. V ústavněprávní rovině považuji za nezbytné zmínit dva aspekty, a to omezení práva petičního ve smyslu článku 18 odst. 1 Listiny³ a možnou nepřímou diskriminaci z důvodu majetku ve smyslu článku 3 odst. 1 v návaznosti na zmíněné právo petiční, tedy porušení akcesorické rovnosti. V obou těchto případech mám za to, že napadaná právní úprava není ústavně konformní, přičemž k takovému stavu nelze dospět ani výkladem. V podrobnostech odkazuji na část III.

II. Poznatky z praxe veřejného ochránce práv

II.1 Dosavadní vývoj praxe

Problematika podávání podnětů Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“ nebo „úřad“) byla již v minulosti opakovaně předmětem šetření veřejného ochránce práv. V minulosti⁴ bylo nejproblematičtější jevem (ne)odůvodňování odpovědí. Podatel podnětu obdržel pouze strohou informaci o tom, zda úřad zahájil, nebo nezahájil řízení bez jakéhokoliv vysvětlení. Taková praxe pokračuje dodnes, a to i v případech „zaplacených“ podnětů.⁵

S přijetím zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), se však stala aktuální otázka samotné možnosti podání podnětu. Ustanovení § 259 se do zákona dostalo na základě pozměňovacího návrhu skupiny poslanců iniciované ÚOHS, jenž byl odůvodněn „*nutností zamezit alespoň nejkřiklavějším případům zneužívání institutu*

1 Viz příložená zpráva o šetření veřejné ochránkyně práv ze dne 4. prosince 2017, sp. zn. 1914/2017/VOP/DK.

2 Ve smyslu ustanovení § 22 zákona č. 349/1999 Sb., o veřejném ochránci práv, ve znění pozdějších předpisů.

3 Ústavní zákon č. 23/1991 Sb., kterým se uvozuje LISTINA ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako ústavní zákon Federálního shromáždění České a Slovenské Federativní Republiky, ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb. (dále jen „Listina“).

4 Viz zpráva o šetření a závěrečné stanovisko ochránce sp. zn. 4913/2012/VOP dostupné v [Evidenci stanovisek ochránce](#). Zprávu příkládám přílohou tohoto vyjádření.

5 Například z analyzovaných bezrozporně zaplacených 40 podnětů obsahovaly odůvodněnou reakci pouze 3. Další 5 potom obsahovalo informaci o zahájení řízení a 4 strohou informaci o nemožnosti řešení situace (tříkrát prekluze, jednou mimo působnost – zakázka malého rozsahu). Ve všech těchto případech se jedná o postup úřadu následující po hodnotící zprávě ochránce.

podnětu“.⁶ Předkladatelé argumentovali mimo jiné tím, že vyřizování podnětů je pro ÚOHS mnohdy více zatěžující než rozhodování ve správním řízení. Dále navrhovatelé uvedli, že smyslem zavedení § 259 je racionalizace chování podatelů, přičemž rovněž poukazují na to, že podatelé podnětů jsou častokrát ti, kdo nevyužili institutu návrhu na zahájení řízení podle § 250.⁷ Tato úprava byla zákonodárcem přijata i přes výhrady gesčního ministerstva, které poukazovalo na nevhodnost navržené koncepce poplatku.

Zanedlouho po nabytí účinnosti této novely se objevily první výhrady a stížnost na postup ÚOHS, pročež můj zástupce JUDr. Stanislav Křeček zahájil ve věci šetření jak v případě individuálního stěžovatele, tak systémové šetření. Předmětem šetření byla správní praxe úřadu při vyřizování podnětů, otázka přístupu k aplikaci zásady oficiality, ověření toho, zda ÚOHS dodržel dříve slíbené opatření k nápravě, tedy zda adresně odpovídá a odůvodňuje své písemnosti, a konečně to, jakým způsobem realizuje ÚOHS kontrolní činnost po přijetí ZZVZ.

Můj zástupce shledal následující pochybení úřadu.

Nezaplacené podněty byly zcela ignorovány a v rozporu s principem oficiality se k jejich obsahu nesměl dostat žádný z právníků sekce Veřejných zakázek.

ÚOHS od účinnosti ZZVZ do provedení místního šetření neprovedl žádnou kontrolu.

ÚOHS vůbec neodůvodňuje reakce na podněty, a to ani tehdy, pokud poplatek 10.000 Kč byl uhrazen.

V podrobnostech odkazuji na příloženou zprávu o šetření ve věci 1914/2017/VOP.

II.2 Povaha poplatku

Vydeme-li z klasické finančněprávní teorie, pak lze poplatkem rozumět nucenou dávku, která je ukládána za zvláštní činnost veřejných zařízení, která je činěna v zájmu poplatníka.⁸ Je tomu tak proto, aby náklady vytvářené v zájmu jednotlivce nebyly distribuovány mezi ostatní občany. Přitom je však třeba zajistit, aby zavedení poplatku nevyprázdnilo možnost realizace zpoplatněného práva. I z těchto důvodů je obvyklé, že zákon zakotví úlevy nebo osvobození, přičemž výše poplatku musí odpovídat zpoplatněnému úkonu.⁹ Subjektem poplatku je ten, v jehož zájmu má být požadovaný úkon proveden nebo řízení zahájeno. Objektem poplatku je pak právě onen úkon či ono řízení.

6 Jedná se o pozměňovací návrh, který vyšel ve sněmovním tisku č. 637/3, 7. volebního období Poslanecké sněmovny. Jako další podklad pro zjištění úmyslu zákonodávce (ve smyslu draftera) sloužil stenografický záznam rozpravy poslanecké sněmovny ve druhém čtení.

7 Přestože tato situace má být systematicky řešena jiným ustanovením, a to § 258 odst. 2.

8 Viz např. BAKEŠ, M. [et al.]. *Finanční právo*. 5. vydání Praha: C. H. Beck, 2009. ISBN 978-80-7400-801-6 str. 246 a násl. Obdobně např. § 61 nálezů Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 36/11 ze dne 20. června 2013.

9 Srov. např. s ustanovením § 8 zákona č. 634/2004 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů, s ustanovením § 11 až 13 zákona č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů nebo s dílčími osvobozeními podle zákona č. 565/1990 Sb., o místních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů.

Poplatek zavedený ustanovením § 259 ZZVZ je nepochybně daní ve smyslu daňového řádu.¹⁰ Svou povahou je pak jakýmsi kvazi správním poplatkem. O správní poplatek ve smyslu zákona o správních poplatcích totiž jít nemůže, neboť ustanovení § 259 odst. 7 ZZVZ stanoví, že se zákon o správních poplatcích nepoužije. Správním poplatkem přitom rozumíme právě poplatek, jehož správa se řídí zákonem o správních poplatcích.¹¹ Rovněž je třeba zmínit odlišnost v konstrukčních prvcích poplatku. Zatímco správní poplatky obecně jsou podmínkou řízení, při jejímž splnění vzniká poplatníkovi nárok na provedení úkonu či vedení řízení a vydání rozhodnutí ve věci, v případě poplatku podle § 259 ZZVZ platí pouze povinnost uhradit poplatek, která však již **není spojena s nárokem na provedení úkonu nebo zahájení řízení.**¹²

Zároveň je však třeba poznamenat, že z hlediska systematického nelze tento poplatek považovat za nepodobný správním poplatkům. Jeho správcem je správní orgán a jedná se o nedobrovolnou dávku státu směřující na úhradu činnosti správního orgánu. Obdobně jako u jiných správních poplatků se platí bez vyměření. Na rozdíl od jiných správních poplatků však tento poplatek **ani vyměřen být nemůže.**

Daňový řád totiž předpokládá alespoň možnost existence nalézací roviny. V případě poplatku podle § 259 ZZVZ však nikdy nemůže nastat situace, kdy by úřad poplatek vyměřil, neboť pokud před nebo spolu s podáním podnětu není poplatek zaplacen, pak se podnět slovy zákona „nevyřizuje“,¹³ což ve stávající praxi ÚOHS s ohledem na zjištění mého zástupce znamená, že sekretářka odboru veřejných zakázek IV pouze učiní záznam do spisu, který je tímto uzavřen.¹⁴ Pokud však není úřadu známa osoba poplatníka, tak poplatek nemůže vyměřit.

Z podnětů doložených úřadem je zjevné, že správa poplatku působí problémy.¹⁵

Zatímco v případě kauce ZZVZ jasně stanoví, že propadlá kauce je příjmem státního rozpočtu, u poplatku podle § 259 ZZVZ takové ustanovení absentuje. Lze patrně dovodit, že se bude jednat buďto o příjem státního rozpočtu ve smyslu § 6 odst. 1 písmena d), tedy příjem z činnosti organizačních složek státu, nebo příjem ve smyslu § 6 odst. 1 písmena g), což by však předpokládalo distinkci správních poplatků ve smyslu zákona o správních poplatcích a „správních poplatků“ v širším slova smyslu.

Vrátím-li se tedy k povaze poplatku, mohu uzavřít, že se jedná o peněžité plnění spadající pod legislativní zkratku daň podle daňového řádu, které se svým charakterem nejvíce blíží

10 Viz ustanovení § 2 odst. 3 písmena a) zákona č. 280/2009 Sb., daňového řádu, ve znění pozdějších předpisů: „*Daní se pro účely tohoto zákona rozumí a) peněžité plnění, které zákon označuje jako daň, clo nebo poplatek.*“

11 Viz ustanovení § 1 zákona o správních poplatcích.

12 Srov. se zprávou o šetření ochránce sp. zn. 4913/2012/VOP, dostupné z <http://eso.ochrance.cz/Nalezene/Edit/446>.

13 Viz ustanovení § 259 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek.

14 Viz příložená organizační směrnice OS 8/2017. Tato směrnice byla následně nahrazena obdobnou směrnicí OS 8/2018.

15 Zjistili jsme nedostatky v evidenci plateb, patrně i selhává komunikace uvnitř úřadu. Mezi podněty jsou totiž evidovány i návrhy na zahájení řízení ve smyslu § 249 ZZVZ. Jako nezaplacený je například evidován podnět, jehož součástí jsou naskenované poštovní poukázky odeslané ve stejný den jako podnět, nebo podání, která mají v přílohách uvedeny doklady o zaplacení poplatku.

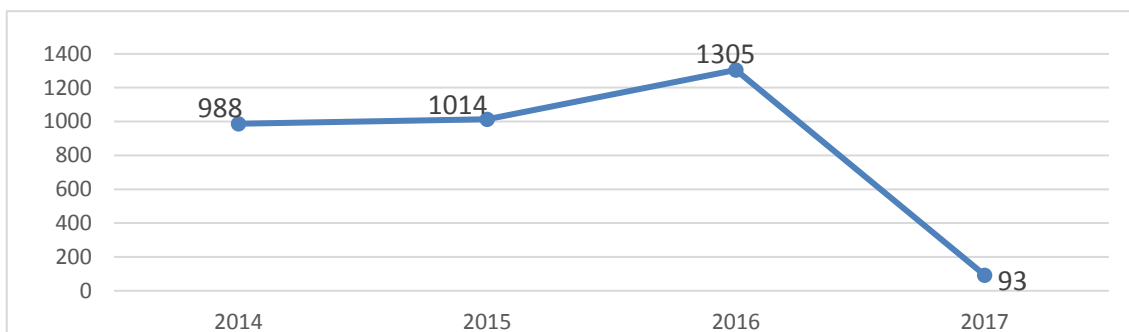
správnímu poplatku, nicméně přímo za správní poplatek jej označit nelze. Při jeho správě se postupuje podle daňového řádu, který je však vzhledem k tomu, jak je poplatek v ustanovení § 259 ZZZV zakotven, použitelný pouze s obtížemi. Důsledky vyloučení režimu zákona o správních poplatcích pak jsou chybějící osvobození a úlevy, paušální dopad poplatku na všechny podatele podnětů bez rozdílu (včetně orgánů státní správy, a to i v případě, že jsou povinny předávat podněty z úřední činnosti¹⁶) nebo faktická absence opravného prostředku.¹⁷ Jedná se tedy o **institut z legislativního pohledu zcela raritní, který nemá v českém právním řádu obdoby.**

II.3 Důsledky pro činnost ÚOHS

Úvodem je třeba poznamenat, že podněty měly v čase pro ÚOHS vzrůstající význam. Při absenci vlastní kontrolní činnosti jsou totiž významným zdrojem informací, na což upozorňuje i studie EconLab, z. s. Z této studie vyplývá, že v roce 2015 připadalo na jeden podnět 0,45 zahájeného správního řízení.¹⁸ To znamená více než zdvojnásobení počtu správních řízení zahájených ex offo v poměru na jeden podnět oproti roku 2012.¹⁹ Je tedy zřejmé, že „výtežnost“ podnětů se v čase zvyšovala.

Vzeme-li v úvahu počet podaných podnětů v letech předcházejících přijetí ZZZV, tedy 2014 a 2015, tak lze pozorovat, že počet podaných podnětů v oblasti veřejných zakázek byl 988, respektive 1014.²⁰ V roce 2016 bylo ÚOHS podáno celkem 1305 podnětů.²¹ V roce 2017 pak úřad uvádí, že obdržel celkem 93 zaplacených podnětů.²² Tento pokles na zhruba **6,34 % původního nápadu lze pozorovat na následujícím grafu.**

Z uvedeného vyplývá, že pensum informací o dění v oblasti veřejných zakázek, jímž ÚOHS disponuje, se radikálně zmenšilo. S úbytkem podnětů **velmi nápadně koreluje i absence**



16 Zejména je třeba uvést postup orgánů provádějících finanční kontrolu podle zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

17 Obecně je možné se proti vyměření poplatku bránit řádným opravným prostředkem, kterým je odvolání. V případě ÚOHS by tímto opravným prostředkem měl být rozklad ve smyslu § 108 daňového řádu, neboť ve ÚOHS je ústředním orgánem státní správy v oblasti veřejných zakázek. Vzhledem k tomu, že ÚOHS nikdy nevydává rozhodnutí (platební výměr na poplatek), pak není proti čemu rozklad podávat.

18 Viz NEDVĚD, A., DUCHÁČEK, T., SKUHROVEC, J. *Rozhodovací praxe ÚOHS – mýty a fakta*. [online] Praha: EconLab z.s., 2017. [cit. 11. 6. 2018]. Dostupné z: <http://www.econlab.cz/wp-content/uploads/2014/10/2017-01-26-studie-uohs-final.pdf>.

19 Ibid.

20 Viz výroční zprávy ÚOHS za roky 2014 a 2015.

21 Viz výroční zpráva ÚOHS za rok 2016.

22 Viz výroční zpráva ÚOHS za rok 2017.

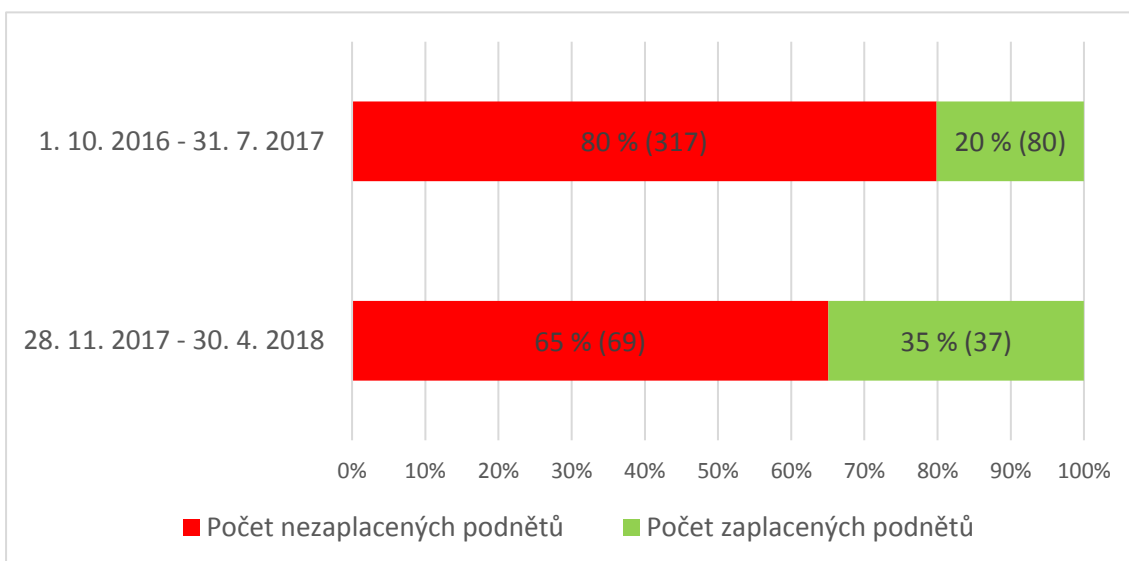
kontrolní činnosti ÚOHS. Od účinnosti ZZVZ do konce roku 2017 úřad **nerealizoval žádnou kontrolu** v oblasti veřejných zakázek, a v roce 2018 započal kontrol pouze pět, a to až po výzvě mého zástupce k doložení dokumentace kontrolní činnosti.²³ Toto množství je **řádově** odlišné od aktivity srovnatelných kontrolních orgánů.

Dále je třeba poznamenat, že za rok 2017 obdržel ÚOHS rovněž přibližně 220 nezaplacených podnětů, které v souladu s v roce 2017 účinnou směrnicí OS 8/2017 **nesměl prověřit žádný z právníků sekce veřejných zakázek.**²⁴ **To představuje další zásadní omezení kontroly veřejných zakázek.**

II.4 Důsledky pro podatele podnětů

V praxi lze identifikovat (při přiměřené generalizaci) tři skupiny podatelů, ve vztahu k nimž vytváří ustanovení § 259 ZZVZ velmi problematické situace, jejichž společným jmenovatelem je výše poplatku 10.000 Kč. První skupinou jsou orgány veřejné správy, státní instituce a jiné osoby pověřené výkonem státní správy. Druhou skupinou jsou nevládní organizace vykonávající roli „společenských hlídacích psů“.²⁵ Třetí skupinou jsou pak (fyzické) osoby, které mají zájem na řádném výkonu státní správy a hospodaření s veřejnými zdroji.

Následující graf zachycuje množství podnětů a to, zda by poplatek uhrazen, či nikoliv. Graf vychází z dostupných dat a ze způsobu vyřízení spisu ÚOHS.²⁶



Jak lze pozorovat, postupně se zvyšuje podíl zaplacených poplatků, což je způsobeno tím, že se snižuje celkový počet podaných nezaplacených podnětů. Lze dovozovat, že motivace

23 Vzhledem k tomu, že nejvýznačnějším znakem kontrolní činnosti ÚOHS ve sledovaném období byla jeho neexistence, považují za zbytečné ji zachycovat do grafu.

24 Směrnicí přikládám přílohou tohoto vyjádření. Dodávám, že v současnosti již byla v reakci na šetření mého zástupce nahrazena směrnicí OS 8/2018.

25 Ve smyslu judikatury Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“) (např. Bédat proti Švýcarsku nebo Axel Springer AG proti Německu) a Ústavního soudu (např. IV. ÚS 1378/16, IV. ÚS 1200/16 nebo I. ÚS 394/04).

26 Jako vysvětlení doplňuji, že existují případy, kdy podle všeho byl poplatek zaplacen, nebo se jednalo o návrh na zahájení řízení, ale ÚOHS jej vyhodnotil jako podnět a odložil. Vzhledem k tomu, že důsledky pro podatele jsou totožné, tedy nedostane se mu žádné reakce, zvolila jsem tento jednodušší způsob zachycení.

podat nezaplacený podnět se tak snižuje, neboť na takto předané informace úřad nijak nereaguje.

II.4.1 Orgány vykonávající státní správu

Obecně je ve věcech poplatkových běžné, aby byly orgány, které vykonávají státní správu, od poplatkové povinnosti v rozsahu výkonu státní správy osvobozeny.²⁷ Z hlediska účelu zavedení poplatku totiž zpoplatnění výkonu státní správy nedává žádný smysl. Fakticky se jedná pouze o přesouvání veřejných prostředků mezi jednotlivými kapitolami státního rozpočtu, přičemž jeho důsledkem není nic jiného než zvýšení administrativní zátěže a faktická ztráta části těchto prostředků vzhledem k nutnosti financování nákladů vzniklých na jejich správu.

Z odůvodnění pozměňovacího návrhu, který včlenil ustanovení § 259 ZZVZ, nevyplývá, z jakého důvodu je volena koncepce vyloučení zákona o správních poplatcích, jejímž prostřednictvím v důsledku dochází k faktickému zpoplatnění výkonu státní správy. U orgánů státní správy podle mého názoru nelze presumovat negativní jevy jako zdržování zadávacího řízení ani neodbornost či nadbytečnost jejich podnětů. Právě naopak, předaná kontrolní zjištění z kontrol realizovaných podle zákona o finanční kontrole by pro ÚOHS měla být **zásadním a silným impulsem** pro prověření korektnosti postupu zadavatele veřejné zakázky a velkou pomocí při kultivaci zakázkového prostředí, jež je zásadní rolí ÚOHS.

I přesto však došlo k situacím, kdy ÚOHS taková kontrolní zjištění **vůbec neproověřil**, neboť nedošlo k úhradě poplatku.²⁸ Bez ohledu na závažnost namítaných sdělení, nedošlo u nezaplacených podnětů k využití takto předaných informací, neboť byly **odloženy záznamem do spisu bez vyrozumění předávající instituce**, a to i v případě, že obsahovaly výslovnou žádost o vyrozumění.

Odvrácenou stranou tohoto problému může být otázka, zda příslušné instituce postupovaly zákonně, pokud svá kontrolní zjištění efektivně nepředaly, tedy neuhradily poplatek podle § 259 ZZVZ.

Zákonodárce nepromítl tuto novou poplatkovou povinnost orgánů vykonávajících státní správu do procesu distribuce veřejných prostředků. Například orgány samosprávy, které jsou přitom jedněmi z orgánů vykonávajících finanční kontrolu, jsou odkázány toliko na příspěvek na výkon státní správy, jehož výše se v souvislosti s novou povinností nezměnila.

ÚOHS ve své praxi rozlišuje podněty, které činí orgány činné v trestním řízení (dále jen „OČTŘ“), jež nezpoplatňuje, neboť je považuje za „informace“²⁹ a k jejich obsahu přihlíží,

27 Viz marg. 5.

28 Jen za rok 2017 lze hovořit o desítkách takto předaných věcí, nejčastěji šlo o ministerstva nebo regionální rady regionů soudržnosti. Příkladem lze uvést všech třináct podání Ministerstva práce a sociálních věcí nebo čtyři podání od Ministerstva pro místní rozvoj, které je gestorem úpravy veřejných zakázek. Poněkud roztržitá praxe je u Ministerstva financí, které za některé podněty poplatek uhradilo, za jiné nikoliv.

29 Viz příložený dodatek k dohodě o součinnosti ze dne 7. 1. 2016 mezi ÚOHS a Nejvyšším státním zastupitelstvím.

Dodávám, že od účinnosti ZZVZ do roku 2017 takto ÚOHS obdržel přes osm desítek podnětů.

a podněty jiných orgánů vykonávajících státní správu, jež zpoplatňuje a v případě neuhrazení poplatku „nevyřizuje“. Mám pochopení pro snahu o získání cenných informací o zakázkovém prostředí, musím však uvést, že pro rozdílné zacházení s různými státními orgány nespátřuji zákonného podkladu.

U OČTŘ tak ÚOHS činí s odkazem na ustanovení § 159a odst. 1 písmena a) trestního řádu.³⁰ Obdobně by však bylo třeba postupovat například při předání podle ustanovení § 18 odst. 2 zákona o finanční kontrole, což však ÚOHS nečiní. Ač se primárně jedná o problém aplikačního rázu, mám za to, že i tento stav demonstruje absurditu ustanovení § 259 ZZVZ, které je příčinou tohoto problému.

Princip oficiality váže nejenom ÚOHS, ale rovněž i další orgány státní správy. Nesprávný postup vyřízení podnětu pak může být nezákonným zásahem.³¹ Jen těžko pochopitelná situace pak vzniká tehdy, kdy je například vůči ministerstvu učiněno podání, které namítá pochybení jemu podřízeného správního orgánu, přičemž jednou z dílčích částí problému je i namítaný nesprávný postup při zadávání veřejných zakázek. Příslušné ministerstvo pak relevantní informace musí z úřední povinnosti postoupit ÚOHS a zaplatit poplatek. Neučiní-li tak, pak je třeba se ptát, zda podnět byl vyřízen řádně, neboť při nezaplacení poplatku zjevně nedochází k účelnému předání informací a řádnému postupu správního orgánu.

Celkově vzato postrádá zpoplatnění výkonu státní správy jakéhokoliv smyslu. Byť zákonodárce může přijímat i zákony, které jsou iracionální,³² je podle mého názoru třeba se ptát, zda je vůbec takto iracionální krok legitimní.³³ Tím spíše v případě, že současný stav ve vztahu k orgánům vykonávajícím státní správu je podle všeho důsledkem **nedomyšlenosti legislativní změny, nikoliv realizací jasné politiky**, která by směřovala určitým (byť jakkoliv kontroverzním) směrem.

II.4.2 Společenští hlídací psi

Právní úprava zakotvená v ustanovení § 259 ZZVZ výrazně zasahuje do role společenských hlídacích psů v oblasti veřejných zakázek. Mám za to, že navrhovatel je jedním z těch, kteří tuto roli plní.³⁴ Za současného právního stavu, kdy chce společenský hlídací pes plnit svou funkci, musí za každou veřejnou zakázku, ve vztahu k níž je namítáno porušení práva uhradit poplatek ve výši 10.000 Kč.

Přitom úřad v šetření vedeném mým zástupcem zdůraznil, že v rámci úřední činnosti využívá segment společenských hlídacích psů, a to média, na základě jejichž informací zvažuje zahájení šetření z vlastní iniciativy. **Paradoxně se však ochuzuje o podání, která mohou být daleko lépe rozpracovaná a precizovaná**, od nevládních organizací, které se přímo oblastí veřejných zakázek a jejich transparentností zabývají (a nemusí být limitovány formou zveřejnění těchto poznatků), neboť pokud by chtěla nevládní organizace jakožto

30 Zákon č. 141/1961 Sb., Trestní řád, ve znění pozdějších předpisů.

31 Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 AS 285/2016, ze dne 30. března 2017.

32 Viz náleží Ústavního soudu Pl. ÚS 29/08, ze dne 21. dubna 2009.

33 K otázce libovůle při formulaci daňových povinností viz např. náleží Ústavního soudu České a Slovenské Federativní Republiky sp. zn. Pl. ÚS 22/92 ze dne 8. října 1992.

34 Viz ústavní stížnost navrhovatele str. 7 a 8.

společenský hlídací pes své poznatky úřadu sdělit, musí uhradit poplatek ve výši 10.000 Kč ve vztahu ke každému z nich.

To například v případě podání navrhovatele činí (toliko při zohlednění podání, na základě nichž bylo zahájeno správní řízení) **zhruba polovinu** celého jeho ročního rozpočtu.³⁵ V obdobné pozici se pak nachází i ostatní nevládní organizace. Na problematičnost ustanovení poukazovali někteří z hlídacích psů již v průběhu zákonodárského procesu.³⁶

Z dat za rok 2018 vyplývá, že zákonná úprava efektivně blokuje působení společenských hlídacích psů. Spolky, které vznikly ad hoc kvůli jedné otázce, nebo se jejich působení omezuje na konkrétní lokalitu, jsou z povahy věci spíše schopny poplatek uhradit, byť ani v jejich případě to není pravidlem. Naopak ty z organizací, které se zabývají otázkami veřejných zakázek systematicky a plošně, pak vzhledem k rozsahu své činnosti mohou svá zjištění předat jenom výjimečně. Z přehledu podnětů od účinnosti ZZVZ až do současnosti lze přitom vyčíst, že podněty od těchto organizací, které plní důležitou roli společenských hlídacích psů, tvoří po přijetí úpravy ZZVZ pouze jednotky, přičemž podstatná část z nich je nezaplacená, protože se jimi ÚOHS nezabýval.³⁷

Spojujícím znakem těchto organizací je zpravidla zápal pro věc, který je pojmově kombinován s dispozicí s pouze **omezenými finančními zdroji**. Tato skupina společenských hlídacích psů je závislá na příspěvcích státních nebo nadnárodních institucí a dobrovolných příspěvcích soukromých dárců. Vzhledem k tomu, jaký přínos měla tato skupina historicky - v této souvislosti si dovoluji poukázat na počet správních řízení zahájených z podnětu navrhovatele jen za rok 2016 (154 podle textu ústavní stížnosti) – nelze podle mého názoru současný propad v možnosti transparentní veřejné kontroly vnímat jinak než negativně. Konstruktivní prvky poplatku tak, jak jsou v současnosti nastaveny, **prakticky eliminují možnost širší participace nevládních organizací** na kultivaci prostředí veřejných zakázek.

II.4.3 Další podatelé podnětů, zejména fyzické osoby

Třetí skupinu, u níž lze dopady ustanovení § 259 ZZVZ pozorovat, tvoří fyzické osoby, jimž není lhostejné, jak jsou veřejné zakázky (typicky v obci, kde žijí) realizovány. Úroveň zpracování podnětů od této skupiny podatelů může být různorodá. To ovšem není ničím neobvyklým, prakticky každý orgán státní správy nadaný kontrolní či dozorní pravomocí je adresátem různě propracovaných i nepropracovaných podání, která vycházejí ze subjektivních dojmů a znalostí podatele. Přitom je právě úkolem onoho kontrolního orgánu nalézt v podnětech ty, které důvodné jsou, a na základě nich jednat a prověřit ty z nich, kde na základě podnětu vyvstávají pochybnosti o korektnosti postupu. Přirozeně

35 Viz podání navrhovatele v kombinaci s jeho výroční zprávou za rok 2016 dostupné na:

https://www.oziveni.cz/wp-content/uploads/2017/07/oziveni_vz2016_web.pdf.

36 Viz například stanovisko Transparency International dostupné na: <https://www.transparency.cz/wp-content/uploads/Stanovisko-k-pozm%c4%9b%c5%88ovac%3%adm-n%c3%a1vrh%c5%afm-k-p%c5%99edloze-ZZVZ.pdf>.

37 Lze uvést následující příklady: Transparency International, z. s. – 1 podnět (v rámci něj byl vydán rozsudek KS v Brně sp. zn. 62 A 82/2017 a následně podána kasační stížnost), Oživení, z. s. – samo 1 podnět (důsledkem něhož je současné řízení u Ústavního soudu) ve spolupráci s EconLab, z. s., další (na základě obou byla zahájena správní řízení), Nadační fond proti korupci – 5 podnětů (2 zaplacené, 3 nikoliv; na základě jednoho ze zaplacených podnětů byla zahájena dvě správní řízení).

se pak každý kontrolní orgán setká i s množstvím podnětů, které jsou v důsledku „nedůvodné“ nebo u nichž není pochybení shledáno.

Výše poplatku 10.000 Kč, k němuž se pak nevztahuje žádné individuální právo podatele, je téměř absolutní bariérou, která znemožňuje podání podnětu nízkopříjmovým skupinám obyvatelstva. Minimální hrubá mzda je v současnosti 12.200 Kč. Po odpočtu odvodů na zdravotní a sociální pojištění (daň z příjmu bude pokryta základní slevou na poplatníka) je poplatek roven zhruba celému měsíčnímu příjmu jednotlivce.

Lidé ohrožení příjmovou chudobou přitom zpravidla nejsou schopni ze své mzdy ušetřit v podstatě nic. Zároveň nepřiměřený dopad této regulace postihuje daleko širší skupinu obyvatel. Podle dat Českého statistického úřadu bylo v roce 2017 23,2 % domácností, které se svými příjmy vycházely s obtížemi, nebo s velkými obtížemi.³⁸ Ze stejného průzkumu rovněž vyplývá, že si **30,7 % domácností nemohlo dovolit neočekávaný výdaj 10.200 Kč**. Takové domácnosti pak fakticky ztrácí možnost se na ÚOHS vůbec obrátit. Téměř jedna třetina obyvatelstva je vyloučena z možnosti podílet se na kultivaci prostředí veřejných zakázek, což považuji za velmi alarmující.

Ústavní soud již v minulosti vyjádřil názor, že regulační funkce poplatku může být naplněna jen tehdy, pokud bude plnění, které je předmětem poplatku, odepřeno z důvodu neochoty platit, nikoliv z důvodu neschopnosti jej uhradit.³⁹ Pokud dojde k odepření plnění pro objektivní neschopnost poplatek uhradit, pak je založen rdousící efekt.

Poplatek ve výši 10.000 Kč tak **svazuje rdousícím efektem⁴⁰ velmi širokou skupinu obyvatel**.

III. Ústavněprávní dimenze

III.1 Metodologická východiska

Pro větší přehlednost a srozumitelnost uvádím i teoretická východiska a logickou strukturu svého hodnocení věci. Jak jsem uvedla v části první, za ústavně problematické považuji dva momenty, přičemž každý z nich jednotlivě zavdává dle mého soudu dostatečný důvod ke zrušení napadeného ustanovení. Prvním z nich je samotné zpoplatnění práva petičního v rozsahu a způsobem zákonodárcem zvoleným, který má absurdní dopady na orgány státní správy, skupinu společenských hlídačích psů a fyzické osoby. Druhým z nich je pak diskriminační dopad na osoby s nízkými příjmy. Omezení práva petičního jsem podrobila testu proporcionality, neboť se jedná o základní politické právo. I přesto, že podle mého názoru nemůže právní úprava obstát ani v testu vhodnosti, předestřela jsem ještě další krok, tedy test potřebnosti.

Z hlediska metodologického jsem se rovněž zabývala otázkou, zda by nebylo vhodné aplikovat test racionality, respektive vyloučení extrémní disproportionality. Došla jsem však k závěru, že by poplatek je svou povahou daní, a tedy by bylo možné uvažovat o tomto

38 Viz rubrika příjmy a životní podmínky domácností – 2017; dostupné na webových stránkách Českého statistického úřadu: <https://www.czso.cz/csu/czso/prijmy-a-zivotni-podminky-domacnosti-rn2to6gtkz>.

39 Viz bod 40 nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 9/15 ze dne 8. 8. 2017.

40 Ve smyslu nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 1/08 ze dne 20. 5. 2008 nebo již citovaného nálezu sp. zn. Pl. ÚS 29/08.

postupu, základní právo, které je pro řešení této otázky klíčové a dostává se do střetu s veřejným zájmem, není právo na majetek, jehož součástí jsou i imperativy vážící státní moc v oblasti daňové, ale právo petiční. Vztah k právu na majetek se dle mého soudu vyjevuje pouze jako akcesorický problém zákonné úpravy, který je dán povahou zvolené regulace.

Podotýkám však, že i prismatem čistě daňovým lze pozorovat zásadní porušení rovnosti, neboť při vyloučení jakéhokoliv odlehčujícího opatření činí ustanovení § 259 ZZVZ obsah práva petičního dosažitelný pouze pro některé, a to bez ospravedlnitelného důvodu.

K tomu se již váže otázka nepřímé diskriminace, již jsem řešila testem nepřímé diskriminace tak, jak jej představil ESLP, tedy identifikaci skupiny ohrožené rozdílným zacházením ze zakázaného důvodu a prokázání dopadu na tuto skupinu skrze statistické metody. V následném kroku jsem pak došla k tomu, že v legislativním procesu uplatněné záměry a úmysly ani argumentace ÚOHS v současné době nezadává racionální důvod pro rozdílné zacházení.

III.2 Omezení politického práva

Právo petiční působí zejména vůči orgánům státní správy a samosprávy.⁴¹ Účelem demokratického právního státu je služba občanům, odrazem této povinnosti sloužit je pak právo občana se se záležitostmi veřejného zájmu na státní orgány obracet.⁴² Právo petiční se však nevyčerpává toliko možností podat podnět orgánu státní správy, ale integrálně v sobě zahrnuje i právo na to, aby se odpovědný orgán státní správy jeho podnětem zabýval a podateli podnětu srozumitelně vysvětlil,⁴³ jak s ním naložil.⁴⁴

Zde si dovoluji upozornit na rozdíl mezi realizací petičního práva a prosazováním veřejného zájmu na straně jedné a snahou o prosazení individuálních zájmů ve věci na straně druhé. Mám za to, že ochrany petičního práva v zásadě požívají podání činěná ve veřejném zájmu.

ZZVZ ve své struktuře počítá s efektivní možností prosazování individuálních zájmů, kterým je návrhové řízení ve smyslu § 249 a násl. V tomto řízení má navrhovatel (který předtím neúspěšně podal námítky) pozici účastníka řízení, a své zájmy tak může účinně hájit. ÚOHS se již delší dobu střetává s postupem některých subjektů, které po podání námitek nevyužijí možnosti vést návrhové řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, ale místo toho podají podnět k prozkoumání postupu zadavatele z moci úřední.

41 Viz například usnesení ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 350/04 ze dne 23. září 2004. Nad rámec těchto adresátů petičního práva lze rovněž poukázat na to, že v souladu s článkem 20 Smlouvy o fungování Evropské unie se lze obracet i na Evropské orgány a instituce.

42 Srov. s nálezem ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 298/12 ze dne 13. 12. 2012: „Idea právního státu vychází z principu, že stát a občan nejsou v zásadním sporu, ale stát má sloužit občanům, občané jsou loajální k zájmům státu, participují na plnění úkolů státu; z práva občana obracet se na státní orgány s podněty lze dovodit, že občané mají právo podílet se na chodu veřejných záležitostí, upozorňovat na nesprávnosti či nespravedlnosti.“

43 Srov. s nálezem Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 20/98 ze dne 23. dubna 1998: „Petice je zvláštní kvalifikovaný případ svobody projevu, který je spjat s povinností orgánu veřejné moci na obsah petice reagovat. Proto petent, který vyslovuje důvodné podezření ze spáchání trestného činu, musí počítat s tím, že orgán veřejné moci je povinen petici nejen přijmout, nýbrž i posoudit její obsah a písemně na ni odpovědět, popř. postoupit její vyřízení příslušnému orgánu.“

44 Viz KYSELA, J. Čl. 18 (Petiční právo) in WAGNEROVÁ, E. [et al.]. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012. ISB 978-80-7357-750-6.

Tuto situaci se dříve zákonodárce pokoušel řešit prostřednictvím ustanovení § 110 odst. 9 zákona o veřejných zakázkách,⁴⁵ které stanovovalo, že „stěžovatel, který nevyužil možnost podat námitky, není oprávněn podat podnět k ÚOHS v téže věci“. Současná iterace tohoto ustanovení se pak nachází v ustanovení § 258 odst. 2 ZZVZ, které uvádí, že „podnět k zahájení řízení z moci úřední, který podá stěžovatel, jenž v téže věci nevyužil možnosti podat námitky, se nevyřizuje“.

Toto ustanovení, a to v obou svých iteracích, však naráží (odmyslíme-li ochranu práva petičního) na zcela zásadní aplikační překážku, kterou je princip oficiality ve spojení s principem legality. Současná zákonná úprava navíc zakládá domněnku společenské škodlivosti přestupku v oblasti veřejných zakázek.⁴⁶ Proto nelze ospravedlnit neaktivitu úřadu ve věci poukazem na to, že podnět podatele se nevyřizuje. V tomto ohledu odkazují na příložené zprávy ochránce.

Obdobný problém pak postihuje ustanovení § 259 ZZVZ. To totiž nečiní diferenciaci mezi realizací veřejného a soukromého zájmu a de facto vychází z paušalizujícího předpokladu, že podáním podnětu budou jeho podatelé obcházet návrhové řízení. Zatímco ustanovení § 258 odst. 2 ZZVZ implicitně z diferenciaci individuálního a veřejného zájmu vychází, protože jeho cílem je individuální zájem „vykázat“ toliko do režimu návrhového řízení, ustanovení tento rozdíl stírá. Tuto tezi lze kromě zdůvodnění pozměňovacího návrhu opřít i o nesystematické zařazení ustanovení § 259, které je zařazeno mezi speciální ustanovení o návrhovém řízení, ačkoliv podávání podnětů a vlastní kontrolní činnost nejsou jeho součástí, ale tvoří jinou část agendy veřejných zakázek.

Rovněž si dovoluji poukázat na to, že jiná politická práva obsahují možnosti omezení, viz článek 17 odst. 4 Listiny, článek 19 odst. 2 Listiny nebo článek 20 odst. 3 Listiny. Možná omezení práva petičního jsou však definována v odst. 2 a 3 článku 18 Listiny. U práva petičního počítá Listina se dvěma omezeními, a to nemožností zasahovat do nezávislého soudního rozhodování a zákazu vyzývání k porušování základních práv a svobod. Úprava ustanovení § 259 však nespadá ani pod jedno z těchto možných omezení. Je tedy třeba se ptát, **zda je vůbec omezení práva petičního touto formou** (byť v mírnější verzi, například nižší sazbou poplatku, zavedení možnosti úlev nebo osvobození či vrácení poplatku v případě zahájení správního řízení) **možné**.

Vzhledem k tomu, že jsem došla k závěru, že se střetává právo petiční na straně jedné a veřejný zájem na straně druhé (snaha o efektivní kontrolu veřejných zakázek a kultivaci zakázkového prostředí), v souladu s ustálenou judikaturou⁴⁷ jsem provedla test proporcionality.⁴⁸ Do střetu se dostává právo petiční (a akcesoricky právo na majetek)

45 Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

46 Viz ustanovení § 270 odst. 1 ZZVZ: „Má se za to, že čin, který vykazuje formální znaky přestupku podle tohoto zákona, je společensky škodlivý.“

47 Test proporcionality je metodologicky patrně nejpropracovanějším a nejustálenějším testem, proto si pouze příkladmo dovoluji odkázat na některé nálezy, které vymezení tohoto testu obsahují, např. nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 3/02 ze dne 13. srpna 2002, nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 35/08 ze dne 7. dubna 2009 nebo nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 24/10 ze dne 22. března 2011.

48 Ve vztahu k otázce zvoleného testu odkazují na samostatnou metodologickou kapitulu, kde svůj postup vysvětlují.

na straně jedné a veřejný zájem⁴⁹ v podobě efektivního nastavení dozorového systému nad veřejnými zakázkami na straně druhé. Zde je však třeba metodologického upřesnění.

Zákonodárce a ÚOHS chápou veřejný zájem velmi úzce, a to jako omezení počtu „nedůvodných podání“.⁵⁰ Obávám se, že takto úzce však veřejný zájem být definován nemůže, neboť by fakticky šlo toliko o zájem úřadu, nikoliv o zájem veřejný. Veřejný zájem je třeba dle mého názoru vnímat tak, aby byly **nastaveny efektivní mechanismy kontroly veřejných zakázek**, které ÚOHS zvládá využívat a vedou k co možná největšímu omezení pochybení zadavatelů na úseku veřejných zakázek. Proto je třeba hodnotit nejenom to, zda dojde ke snížení počtu podnětů, ale i k tomu, jak se toto snížení promítne do fungování ÚOHS.

III.2.1 Vhodnost (racionální vazba účelu a prostředku)

Vyjděme tedy z cíle ustanovení § 259 definovaného jako omezení množství podnětů směřujících vůči ÚOHS. Ze statistických údajů o počtu podnětů lze podle mého jasně dovodit, že v tomto ohledu je právní úprava velmi „účinná“, což ostatně konstatoval i předseda ÚOHS. Poplatek ve výši 10.000 Kč představuje značnou „investici“, která může být pro podatele ryze obstrukčního podnětu dostatečně nevýhodná, a tudíž odrazující. Empirická data uvedená výše tuto hypotézu potvrzují.

Pokud bychom však cíl vymezili přesněji, respektive reagovali například na argument navrhovatelů, že toto ustanovení má mířit proti obcházení návrhových řízení (skrze třetí osobu), pak se již dostáváme do situace méně jisté. Vzhledem k minimální výši kauce (50.000 Kč, 100.000 Kč nelze-li určit nabídkovou cenu) je zřejmé, že mezi zpoplatněním podnětu a kaucí panuje stále značný rozdíl. To, že může docházet i za této situace k faktickému obcházení návrhových řízení (byť za cenu absence procesního postavení), vyplývá i z podnětů, které ÚOHS v rámci šetření předložil.

Lze tedy souhlasit s tím, že zavedením poplatku ve výši 10.000 Kč lze snížit nápad podnětů adresovaných ÚOHS veřejností a v tomto rozsahu se jedná o opatření, které je způsobilé dosáhnout požadovaného cíle sledovaného zákonodárcem a ÚOHS – snížení počtu podnětů a odbřemenění úřadu.

Z hlediska veřejného zájmu je však třeba se ptát i na to, jak se toto snížení promítlo do praxe ÚOHS. Vzhledem k téměř úplné absenci vlastní kontrolní činnosti ÚOHS a snížení množství podnětů na několik jednotek procent původního nápadu, je otázkou, jaké informační zdroje ÚOHS v současné době vlastně zbývají. Mnoho se jich totiž nenabízí. Mohlo by teoreticky jít o informace z návrhových řízení, které jsou jistě v určité míře využitelné i incidenčně, nebo

49 Byť mám za to, že tento veřejný zájem vychází výrazně z požadavků určených ÚOHS.

50 Zde si dovoluji drobnou vsuvku, respektive určité upřesnění vysvětlující genezi právní úpravy. Není pravdou, že by se ÚOHS potýkal s rapidním nárůstem velkého množství podnětů, byť se nápad v čase postupně zvyšoval. Trend sledující nárůst počtu podnětů by například byl velmi podobný tomu, který sleduje nápad věci ve správním soudnictví. Spouštěčem této úpravy byl však patrně počítačově generovaný podnět navrhovatele, který poukazoval na velké množství pochybení při zadávání veřejných zakázek (cca 268 000 dílčích pochybení), jehož prověření trvalo ÚOHS zhruba 10 měsíců. Je však třeba podotknout, že na základě tohoto podnětu byla reálně zahájena správní řízení a odhalena pochybení při zadávání veřejných zakázek.

o informace ze sdělovacích prostředků. Veřejně dostupnými zdroji pak přirozeně jsou věstník veřejných zakázek a Úřední věstník Evropské unie.

Takovéto omezení zdrojů informací se pak podle mého názoru do veřejného zájmu v podobě efektivní kontroly veřejných zakázek promítá **čistě negativně**. Vzhledem k tomu, že snížení počtu podnětů bylo doprovázeno v podstatě nulovou kontrolní činností, došlo k výraznému snížení počtu správních řízení zahájených z moci úřední. Zatímco v roce 2015 jich bylo 457, v roce 2016⁵¹ pak 351, tak v roce 2017 pouze 131.⁵²

Tedy i přesto, že zavedení poplatku může regulovat počet podaných podnětů, a tedy přispět k odbřemenění ÚOHS (a tak přispět k efektivní kontrole veřejných zakázek), doprovodné důsledky jdou dle mého soudu proti veřejnému zájmu, neboť ÚOHS ztrácí množství cenných informací o zakázkovém prostředí (což ztěžuje kontrolu veřejných zakázek).

Z hlediska abstraktního tak v podstatě docházíme k tomu, že proti sobě nestojí „pouze“ veřejný zájem na straně jedné a právo petiční na straně druhé, ale veřejný zájem na efektivní kontrole veřejných zakázek a právo petiční na straně jedné a tentýž veřejný zájem materializovaný v jiném svém aspektu (odbřemenění ÚOHS) na straně druhé.

Zavedení poplatku ve výši 10.000 Kč za podání podnětů ÚOHS je tak z hlediska vhodnosti **značně ambivalentní**, neboť sice může přispět ke snížení počtu podnětů podaných ÚOHS, a tak vyhovět záměrům zákonodárce (předkladatelů pozměňovacího návrhu), nicméně ten samý veřejný zájem limituje, neboť značně omezuje množství informací o zakázkovém prostředí přicházejících úřadu, což mimo jiné znesnadňuje přípravu kontrol a znesnadňuje vyhledávání pochybení zadavatelů. **To v důsledku vede pouze k tomu, že v rámci veřejného zájmu je posílen jeden aspekt na úkor jiného, přičemž ale výsledný efekt regulace lze hodnotit jako přínosný jenom stěží.**

Uzavírám tedy, že za takového stavu **neobstojí ustanovení § 259 ZZVZ ani v testu vhodnosti**, je-li posuzován její dopad celkově v kontextu celé právní úpravy a **ÚOHS zavedené správní praxe**. Připouštím však, že pokud by byl **veřejný zájem v konkrétním případě definován jen a pouze jako odbřemenění ÚOHS**, pak lze dospět k tomu, že zavedením poplatku za podání podnětu lze tohoto cíle dosáhnout. Z tohoto důvodu předestírám i další krok v testu proporcionality, test potřebnosti. Musím však podotknout, že takovou redukci veřejného zájmu považuji za vysoce problematickou.

Než tak však učiním, dovolím si ještě drobnou odbočku k důsledkům právní úpravy pro orgány vykonávající státní správu. Předpokladem smysluplnosti ustanovení § 259 ZZVZ je existence reálného problému, který má řešit. Zákonodárcem byl tento problém spatřován v podávání obstrukčních podnětů, obcházení návrhového řízení nebo podávání podnětů za jiným účelem než za účelem kultivace zakázkového prostředí (např. jako součást boje v tržním prostředí). Při prozkoumání těchto problémů pak ale musíme dojít k závěru, že orgány vykonávající státní správu ze své povahy **nepadají do množiny možných původců těchto problémů**. Tyto orgány jsou navíc vázány **zásadou oficiality**. Pokud získají informace, které nasvědčují pochybení v oblasti veřejných zakázek, pak **nemají možnost tyto ÚOHS**

51 ZZVZ nabyl účinnosti k 1. 10. 2016.

52 Viz výroční zprávy ÚOHS za roky 2015, 2016 a 2017.

nepředat, neboť k učinění autoritativního závěru o dodržení či nedodržení ZZVZ je příslušný ÚOHS, jejich příslušnost se tak může například vztahovat toliko na krácení dotací.

Je také třeba mít na mysli, že ne všechny orgány vykonávající státní správu budou mít dostatečné odborné zázemí k tomu, aby dokázaly jim předané informace o veřejných zakázkách kvalifikovaně vyhodnotit, což je ostatně role ÚOHS. Proto by v pochybnostech měly tyto informace ÚOHS vždy předávat.

Ve vztahu k orgánům vykonávajícím státní správu považují tedy ustanovení § 259 ZZVZ za nezpůsobilé vůbec dosáhnout požadovaného cíle, nebo přesněji řečeno, vůči těmto orgánům vůbec nemá smyslu vytyčeného cíle dosahovat⁵³ a jako takové je nepovažují za slučitelné s principy demokratického právního státu.

III.2.2 Potřebnost (vztah prostředku k základnímu právu)

Ve vztahu k potřebnosti ustanovení § 259 ZZVZ je třeba uvést, že tato právní úprava již *prima facie* vzbuzuje podezření, že zákonodárce důsledně nerozmýšlel následky provedení zásahu do základního práva. Z právní úpravy soudních nebo správních poplatků jsou zřejmé minimálně dvě možné cesty **uměnění zásahu do základního práva**,⁵⁴ a to jistá forma osvobození nebo úlevy pro ty, kteří si zaplacení poplatku nemohou z objektivně stanovených důvodů dovolit. Taková úprava však v ustanovení § 259 ZZVZ schází.

Explicitně je rovněž vyloučena možnost vrácení poplatku, a to i v případě, že by byl podnět „důvodný“ a bylo na základě něj zahájeno správní řízení. V takovém případě nelze pozorovat negativní jevy, na něž poukazovali předkladatelé pozměňovacího návrhu, respektive ÚOHS. Přitom možnost vrácení by byla výrazně šetrnější ve všech situacích, kdy by bylo shledáno ÚOHS pochybení. V takových případech **je podnět jen a pouze pomocí ÚOHS**, který díky němu může snadněji vykonávat jemu zákonem vyhrazené úkoly. Podatel podnětu tedy fakticky platí za to, že správnímu orgánu usnadňuje jeho práci.

Přitom následné vrácení poplatku (např. po zahájení správního řízení) by nemělo vliv na odrazující efekt úpravy vůči osobám snažícím se zakázkové řízení nedůvodně obstruovat, neboť tyto osoby zpravidla vědí, že jejich podnět nemá šanci na zvrácení postupu zadavatele. Naopak by alespoň uměnilo dopad na ty, kteří v konkrétním procesu zadávání veřejné zakázky spatřují problém a chtějí na něj poukázat.

Dále je třeba upozornit i na fakt, že dozor vykonávaný ÚOHS, byť zcela nepochybně vyžaduje značnou odbornost ze strany pracovníků úřadu, není v rámci dozoru a následně prováděných kontrol svou náročností nepoměrně náročnější než řízení nebo procesy jiných kontrolních orgánů. Prověřování veřejných zakázek probíhá (v úvodní části) téměř výlučně písemně. Zadávací dokumentaci, pokud již není dostupná elektronicky (kde je pak administrativní náročnost zcela minimální), lze poskytnout korespondenčně. Naproti tomu mnohé jiné kontrolní orgány provádí rutinně na základě podnětů od veřejnosti šetření v terénu (například ČOI provedla za rok 2017 přes 30 000 kontrol).⁵⁵ Žádný z těchto orgánů

53 Mutatis mutandis nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 35/08.

54 A to formou zvýšení dostupnosti v situacích, kde regulace působí nepřiměřeně tvrdým způsobem.

55 Viz výroční zpráva ČOI za rok 2017 dostupná z:

https://www.coi.cz/wp-content/uploads/2018/03/COI_zprava2018.pdf.

ani neuvažoval o podobném řešení, přestože se zcela jistě rovněž musejí vypořádávat s podněty obstrukčními či šikanózními. Tyto orgány naopak **podněty považují za usnadnění své práce**, které jim umožňuje přesněji zacílit problematické jevy a nastavit účelně kontrolní plány. Současná úprava obsažená v ustanovení § 259 ZZVZ jde však zcela proti tomuto konceptu a v oblasti správního práva je zcela ojedinělá.

Bez významu není ani skutečnost, že úhradu poplatku není ani možné odložit.⁵⁶ Sporná může být možnost poplatek posečkat.⁵⁷ Byť ustanovení § 259 odst. 6 podle mého názoru výslovně nevylučuje možnost žádat o posečkání poplatku,⁵⁸ ani tato cesta nepředstavuje rozumné řešení, neboť i v případě, že bude poplatek posečkán, nedojde k úhradě poplatku ve lhůtě podle odst. 3, a ÚOHS se tedy podnětem nebude zabývat. Právě možnost odložení splatnosti nebo rozložení do splátek však umožňuje odstranění tvrdosti v případech, že jednorázová úhrada (často z objektivních důvodů) není v konkrétním případě možná. V případě posečkání přitom judikatura dovodila, že na posečkání daně je při naplnění posečkáčích důvodů právní nárok.⁵⁹

Je třeba rovněž poznamenat, že podáním podnětu nevzniká podateli (kromě práva na adresnou a přílehlavou odpověď) žádné další subjektivní právo a je pak na příslušném úřadu, aby s informacemi vyplývajícími z podnětů dále pracoval.

V obecné rovině je také třeba poznamenat, že určitým prostředkem ochrany proti šikanózním podnětům ve veřejných zakázkách je **institut zneužití práva**. Byť je zneužití práva ze své podstaty argumentačně náročným postupem, který lze aplikovat jen v krajních případech, je to jedno z možných řešení šikanózních podnětů.

Takto popsaný stav podle mého soudu neodpovídá snaze o minimalistický zásah do petičního práva. Zákonodárce přistoupil k vytvoření právní úpravy zcela opomíjející právo petiční a vymykající se obdobným úpravám. **Mám tedy za to, že právní úprava ustanovení § 259 ZZVZ v testu potřebnosti nemůže v žádném případě obstát.**

III.3 Otázka akcesorické rovnosti

Byť se to může zdát z hlediska úspornosti testu proporcionality nadbytečné, ráda bych ještě nad rámec tohoto testu poukázala na jeden velmi problematický moment, který již byl naznačen výše a který by se objevil nejenom v závěrečné části testu proporcionality, ale i při aplikaci volnějšího režimu přezkumu (testu racionality) a sám o sobě by podle mého názoru zakládal další důvod pro zrušení napadené úpravy.

56 Viz ustanovení § 259 odst. 6 ZZVZ: „Osvobození od poplatku ani prodloužení lhůty pro zaplacení poplatku není přípustné.“

57 Ve smyslu ustanovení § 156 a 157 daňového řádu.

58 Je však třeba přiznat, že teleologickým výkladem by patrně bylo možné dojít i k závěru o vyloučení možnosti posečkání.

59 Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 15/2013 ze dne 3. července 2013: „Byly-li by správcem daně zjištěn[y] (a daňovým subjektem) prokázán některý z důvodů, pro který může správce daně s úhradou daně posečkat, ve své podstatě takové žádosti vyhovět pokračování musí. Pravomoc správce daně povolit posečkání s úhradou daně zpětně (§ 156 odst. 4 daňového řádu) tedy znamená, že žádost je podána daňovým subjektem sice již po splatnosti daně, jejíž posečkání je žádáno, avšak daň dosud nebyla uhrazena. Není tedy správný názor krajského soudu, že je-li žádost o posečkání s úhradou daně podána daňovým subjektem po lhůtě splatnosti této daně, řízení se automaticky zastaví, tak tomu není (jak je vyloženo shora).“

Jde o otázku nepřímé diskriminace z důvodu majetku. Podle ustálené judikatury Evropského soudu pro lidská práva je nejprve potřeba prokázat negativní dopad na testovanou skupinu, načež dochází k převrácení důkazního břemene a je na státu, aby prokázal, že úprava sleduje ospravedlnitelný cíl a je odůvodněná.⁶⁰ Přitom není třeba, aby rozdílný dopad na testovanou skupinu byl zamýšleným důsledkem praxe nebo právní úpravy.⁶¹

Současná právní úprava stanoví relativně neutrální kritérium přístupu k možnosti vůbec podnět podat, a to podmínku uhrazení poplatku ve výši 10.000 Kč. Výše jsem v části II.3.3 uváděla průzkum Českého statistického úřadu, podle kterého si necelá třetina domácností v České republice nemůže dovolit nenadálý výdaj ve výši 10.200 Kč.⁶² Zpravidla se jedná o domácnosti, které se kromě nízkých příjmů mohou potýkat i s jinými složitými situacemi, ty následně ještě umocňují efekt majetkového vyčlenění. Vždy se však jedná o domácnosti, které spojuje jeden prvek – nevlídná majetková situace (až ohrožení chudobou). Takto vymezená skupina nemůže být ustanovením § 259 ZZVZ nedotčena, neboť zákonná úprava nepočítá s žádnými alternativami řešení.

Je třeba zabývat se otázkou, zda pro toto zacházení existuje rozumný důvod. Kromě pozměňovacího návrhu jsem rovněž prověřila i kompletní stenografický záznam z druhého čtení. Ani při sebevětší snaze se mi nepodařilo najít vysvětlení toho, proč by osobám potýkajícím se nebo ohroženým chudobou měla být odepřena možnost účastnit se na veřejné kontrole.

Pro rozdílné zacházení nespátřuji rozumný důvod. **Právo obracet se na orgány státní správy náleží každému.** Současné zpoplatnění však pro tuto velkou skupinu obyvatel České republiky obsah práva petičního vyprazdňuje, neboť výše je pro mnohé nejenom nepřiměřená, ale fakticky nezaplatitelná. Je pravdou, že z povahy regulačního institutu vyplývá, že vždy bude představovat určitou finanční zátěž. To ovšem neznamená, že by bylo nemožné v zákoně představit opatření, která by tuto tvrdost dokázala odstranit (viz výše) nebo představit alternativní regulační nástroj.

V abstraktní rovině lze přeformulovat pravidlo § 259 ZZVZ následovně. Pouze ten, kdo disponuje dostatečným majetkem (10.000 Kč), může uplatnit své ústavně garantované právo (právo petiční). **Takové pravidlo považuji za neslučitelné s principy moderního právního demokratického státu, neboť zakládá nedůvodné odlišné zacházení z důvodu majetku.**

60 Viz rozsudek velkého senátu Evropského soudu pro lidská práva ze dne 13. 11. 2007, D. H. a další proti České republice, č. 57325/00.

61 Viz rozsudek třetího senátu Evropského soudu pro lidská práva ze dne 4. 5. 2001, Hugh Jordan proti Spojenému království, č. 24746/94.

62 V tomto kontextu je třeba rovněž zmínit, že vzhledem k současné ekonomické situaci lze pozorovat snižování takto ohrožené skupiny, nicméně její velikost je stále velmi významná a ani její další případné postupné zmenšování nebude mít vliv na příčinu problému. Vrátime-li se do doby, v níž bylo ustanovení přijímáno, tak zjistíme, že v průzkumu z roku 2016 se jednalo o 34,3 % domácností, které si nemohly dovolit nenadálý výdaj ve výši 9.900 Kč, v roce 2015 šlo o 37,8 % domácností, které si nemohly dovolit nenadálý výdaj ve výši 9.700 Kč. Viz rubrika příjmy a životní podmínky domácností – 2016 a 2015; dostupné v archivu na webových stránkách Českého statistického úřadu: <https://www.czso.cz/csu/czso/prijmy-a-zivotni-podminky-domacnosti-rn2to6gtkz>.

III.4 Závěrečný návrh

Z důvodů výše uvedených se s návrhem navrhovatele **ztotožňuji** a navrhuji, aby Ústavní soud České republiky **návrhu vyhověl a ustanovení § 259 zákona o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zrušil.**

Brno 21. června 2018

Mgr. Anna Šabatová, Ph.D., v. r.
veřejná ochránkyně práv
(elektronicky podepsáno)

Přílohy

Zpráva o šetření sp. zn. 1914/2017/VOP

Zpráva o šetření sp. zn. 4913/2012/VOP

Organizační směrnice ÚOHS – OS 8/2017

Organizační směrnice ÚOHS – OS 8/2018

Dodatek č. 1 k dohodě o součinnosti ze dne 7. 1. 2016