

Součást habilitační práce Petra Kolmana - doplňující text č.1

Text doplňující habilitační práci

Musí politické strany poskytovat informace?

uchazeč: JUDr. Petr Kolman, Ph.D. – VŠ pedagog , PF MU v Brně

Fantazie je důležitější než informace.

Albert Einstein

Úvod

Spolu s F. Korbelem konstatuji, že od r. 2000, kdy nabyl účinnosti zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím (dále též „SvInf“), se problematika ústavně garantovaného práva na přístup k informacím v českém právním prostředí dynamicky rozvíjí. I méně pozornější čtenář české judikatury, si musel povšimnout , že oblast práva na informace je specifická do značné míry nebývalým významem neustále extendující judikatury českých správních soudů a Ústavního soudu ČR , které považují¹ právo na přístup k informacím za stěžejní součást demokratického právního státu. Postupem času se tak povinnými subjekty staly i osoby, na něž zákon původně asi ani nesměřoval, a začaly se poskytovat informace, o nichž dlouho nebylo jasné, zda pod rozsah zákona vůbec spadají.²

Ve svém krátkém textu bych se rád zamyslel nad jednou doposud v české právní teorii opomíjenou otázkou. Pro demokracii a právní stát , dle mého soudu, ovšem relativně zásadní.

Jsou politické strany v ČR povinným subjektem dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím?

¹ Stejně jako autor tohoto textu

² Viz Korbel F.: Dopady zákona o svobodném přístupu k informacím na soukromé osoby ve světle nejnovější judikatury, Právní rozhledy 20/2015, Praha: C.H.Beck, s. 695

Tedy musí politické strany ex lege poskytovat informace dle zákona o svobodném přístupu k informacím? Nemám tady přirozeně na mysli, nějaké neformální postupy, kdy se „zvědavý“ občan – volič nebo novinář něco zeptá, a politická strana mu odpoví či neodpoví³, ale právně regulovanou proceduru dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, kde jsou dány např. přesné lhůty a přezkumné prostředky, pokud je žádost o informace zcela či zčásti zamítnuta.

Co je vlastně právo na informace?

Právo na informace z hlediska systematiky ústavního pořádku řadíme v ČR mezi práva politického charakteru zaručená Listinou základních práv a svobod.

Přední ústavně-právní teoretik a současný ústavní soudce J. Filip k tomu píše: Širší pojetí politických práv pod nimi nechápe jen účast na správě veřejných záležitostí formou hlasování nebo výkonem nějaké funkce nebo úřadu, nýbrž sem řadí i to, co se někdy označuje za politická svoboda. To je např. svoboda projevu, právo na informace, svoboda sdružování, shromažďování.⁴

Právo na informace je právem specifické povahy. Jeho zvláštnost tkví v tom, že je právem jako takovým (tedy samo o sobě) a zároveň je třeba ho chápat jako most k uskutečnění práv dalších. Zároveň také právo na informace naopak může stát v cestě k realizaci jiných práv.⁵

Pokud jsem se zmínil o významu *práva na informace* jako mostu či prostředku k právům dalším, zaručených v našem ústavním pořádku, dokládám toto tvrzení kupříkladu skutečností, že právo na informace je nezbytné pro efektivní realizaci práva shromažďovacího (zaručené v článku 19 Listiny) nebo práva petičního (článek 18 Listiny) taktéž je přirozeným předpokladem pro výkon práva sdružovacího (čl. 20 Listiny).

Shrňme, že právo na informace je právem ústavním, tedy právem té nejvyšší síly. Rozhodně ho tedy nesmíme podceňovat.

Kdo je povinným subjektem dle SvInf?

Právní úprava této věci prošla od r.2000 určitým legislativním vývojem.

³ Např. pošle brožurku či odkaz na web lídra nebo stranické diskuzní skupiny

⁴ Cit. Filip J.: Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva, Masarykova univerzita Brno, 1997, str.93

⁵ Viz blíže např. Kolman, P.: Právo na informace, Masarykova univerzita, 2010

SvInf ve svém původním znění počítal v ustanov. § 2 odst. 1, 2 se třemi druhy povinných subjektů: 1. státními orgány, 2. orgány územní samosprávy a 3. subjekty, kterým zákon svěřil rozhodování o právech a povinnostech osob v oblasti veřejné správy.

Pakliže státní orgány a orgány územní samosprávy jsou v zásadě povinny poskytovat informace o veškerých oblastech své činnosti (mají tzv. úplnou informační povinnost), subjekty, na něž byl přenesen výkon veřejné moci, jsou povinnými subjekty jen v rozsahu tohoto výkonu (částečná - parciální informační povinnost). V roce 2001⁶ přijal zákonodárce pod č. 39/2001 Sb. novelu, kterou doplnil do § 2 odst. 1 SvInf mezi povinné subjekty úplné informační povinnosti novou kategorií povinných subjektů, a sice „*veřejné instituce hospodařící s veřejnými prostředky*“. O pět let později velkou novelou provedenou zákonem č. 61/2006 Sb. byl znak hospodaření s veřejnými prostředky vypuštěn jako redundantní.⁷ To ovšem neznamená, že by pojmový znak „hospodaření s veřejnými prostředky“ nebyl v ustanov. § 2 odst.1 SvInf přítomen nadále implicitně.

Postrádám ovšem hlubší odbornou diskuzi na zásadní téma, zda politické strany a politická hnutí možno podřadit pod režim zákona č.106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím.

Aktuální znění SvInf nám jasnou odpověď nedává. De facto jsou možné výklady na obě strany.

Definice politické strany - politické strany a politická hnutí jsou součástí politického systému ČR. Listina přiznává v rámci sdružovacího práva občanům právo je zakládat a sdružovat se v nich. Listina ani platný zák. č. 424/1991 Sb. nedělají rozdíly mezi politickou stranou a politickým hnutím. Odlišnost spočívá spíše v historickém pojetí, kdy politické hnutí zpravidla nemělo individuální členství ani ucelenou organizační strukturu.⁸ Připomeňme, že pol.strany jsou v ČR jsou odděleny od státu. Nesmějí vykonávat funkce státních orgánů ani tyto orgány nahrazovat. Nesmějí řídit státní orgány ani ukládat povinnosti osobám, které nejsou jejich členy. Strany mohou být organizovány zásadně na územním principu.

Pro naši problematiku je důležité to, zda je politická strana právnickou osobou veřejného práva či soukromoprávní právnickou osobou ?

Jde o složitou a komplexní otázku. Neshodu o soukromoprávní a veřejnoprávní povahu politických stran řešil v minulosti opakovaně i Ústavní soud ČR, který dospěl v roce 1995 k závěru, že „politické strany a politická hnutí jsou korporacemi na soukromoprávním základu, v nichž členství není výsledkem aktu veřejné moci, ale volného rozhodnutí jednotlivců, nemají veřejnoprávní statut., zároveň však politické strany odmítly přímo ztotožnit se soukromými spolky. Nejvyšší soud v rozsudku z roku 2010 - *Rozsudek NS ČR 28 Cdo 3373/2009 ze dne 1.4.2010* - pak pro změnu judikoval, že u politických stran „je dominantní prvek

⁶ Dle dobových pramenů, i dle vyjádření O.Kužilka – jednoho ze spoluautorů z.č.106/1999 sb., (se kterým je autor textu v osobním kontaktu) se tak stalo v důsledku tzv. televizní krize v zimě 2001 – zákonodárce se tehdy snažil podřadit pod SvInf i v tom čase pro některé nepohodlná veřejnoprávní média (tedy Českou televizi a Český rozhlas).

⁷ Srov.Korbel op.cit. (2015)

⁸ Viz Hendrych, D a kol. : Právnický slovník, 3.vydání, 2009, Praha: C.H.Beck

veřejnoprávní“, přičemž „dominance veřejnoprávního prvku v jejích aktivitách musí být zohledněna při výkladu zákona o politických stranách.“ Proti tomu však vystoupil Ústavní soud, který o rok později judikoval, že „nemůže akceptovat ani konkrétní závěry Městského soudu v Praze a zejména Nejvyššího soudu... jimiž... dovodily, že z hlediska charakteru politické strany je dominantní prvek veřejnoprávní“ – viz Nález II ÚS 1969/10-1 ze dne 27.12.2011. ⁹

Osobně mám po zvážení všech relevantních kritérií za to, že politické strany nejsou ani soukromoprávní ani klasickou veřejnoprávní právnickou osobou, dovolují si je pokládat za osoby smíšené (hybridní) povahy¹⁰.

Na naši problematiku má zjištění a conto smíšené povahy polit.stran de facto neutrální dopad a naši otázku ohledně povinného subjektu dle SvInf nám odpověď nedává, a vlastně ani z povahy věci dát nemůže.

Řešení problému

Jak známo, v posledních letech došlo ke značnému rozšíření skupiny subjektů, které spadají pod informační povinnost. Judikatura Ústavního soudu a Nejvyššího správního soudu je charakteristická tím, že oba soudy vycházejí ze širšího pojetí práva na informace.¹¹ Proto za povinné subjekty byly označeny např. ČEZ, Letiště Praha, VZP, FC Hradec Králové nebo Lesy ČR s.p. Rozšiřující výklad okruhu povinných subjektů důsledně směřuje, dle mého odborného soudu, k naplnění smyslu právní úpravy o svobodném přístupu k informacím.

Z právního hlediska musíme zmíněné pol. strany vnímat ne sice přímo jako klasické veřejnoprávní korporace, jak jsem uvedl výše pokládám je za osoby smíšené povahy, tedy do značné míry jako korporace *sui generis*, nicméně hospodařící rovněž s veřejnými prostředky, jelikož majoritní část jejich příjmu často tvoří na základě z.č.424/1991 Sb., o sdružování v politických stranách tzv. příspěvek ze státního rozpočtu ČR na úhradu volebních nákladů a na činnost těchto stran.

Informační povinnost dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím ovšem, dle mého soudu, by však neměla dopadnout na politické strany, které tento státní

⁹ Viz Grygar, T. : O (ne)možnosti členství cizinců v politických stranách v České republice ČPVP - Časopis pro právní vědu a praxi 4/2014, Masarykova univerzita Brno, 2014

¹⁰ Ke stejnému závěru a conto hybridní povahy politic. stran dochází i DVORÁK, T. in ŠVESTKA, J.; DVORÁK, J.; FIALA, J. et al. Občanský zákoník. Komentář. Svazek 1. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 106.

¹¹ Ne nadarmo např. F.Korbelem označené za extendující –in : .Korbel, F.: op.cit. (2015)

příspěvek nedostávají – zpravidla tedy menší politické, možno říci méně společensky významné *straničky*, které v rámci volebních „soubojů“ nedosáhly relevantní hranice zisku hlasů, od které se vyplácí příslušný volební příspěvek a rovněž nejsou držitelkami zastupitelských mandátů za něž je taktéž politickým stranám vyplácen státní příspěvek.

Zásadní právní problém nevidím ve faktu určité *politické dynamiky*, tedy že některá politická strana, která by jeden rok povinným informačním subjektem byla, a další kalendářní rok, ve kterém již finanční pomoc na činnost od státu, kvůli špatnému volebnímu výsledku neobdrží. Myslím, že to, které strany uspěly ve volebním klání a mají tedy nárok na finanční státní příspěvky je relativně obecně známou skutečností. Navíc pokud by strana ze seznamu povinných subjektů „vypadla“, mohla by o tom mj. informovat na svých webových stránkách a mohla by též zrušit svou elektronickou podatelnu pro úkony dle SvInf.¹²

Státní příspěvky jsou vypláceny ze státního rozpočtu buďto jednorázově nebo pravidelně každý rok a jejich výše závisí na úspěšnosti ve volbách. Možno argumentovat, že příspěvky za volby nejsou jedinými výlučnými příjmy politických stran a hnutí.

Skutečnost, že státní příspěvek není jediným příjmem stran - dále jsou financovány např. z členských příspěvků a ze sponzorských darů soukromých fyzických a právnických osob¹³ – neznamena, že by se na ně nevztahovalo ustanovení § 2 odst. 2 InfZ, kde se implicitně hovoří o hospodaření s veřejnými prostředky, do roku 2006 tam bylo citované „hospodaření s veřejnými prostředky“ dokonce explicitně.

Jazykovou a teleologickou interpretací tohoto ustanovení SvInf dojdeme k závěru, že se nemusí jednat o absolutní hospodaření s veřejnými prostředky, takže skutečnost, že politický subjekt je zčásti financován ze soukromých zdrojů¹⁴ jej, dle mého názoru, nevylučuje ze skupiny povinných subjektů dle z.č.106/1999 Sb. Tedy alespoň v tomto aspektu.

¹² Opačný názor zastává Nonnemann, F. in : Politická strana jako povinný subjekt podle zákona o svobodném přístupu k informacím? Epravo.cz, 2.5.2013, Praha, 2013

¹³ Nebo též např. finanční příjmy z pronájmu anebo prodeje movitého a nemovitého majetku, úroky z vkladů na stranických účtech anebo kupř. příjmy z pořádání tombol či kulturních nebo společenských akcí.

¹⁴ Nota bene i jiné povinné subjekty mají mimo příjmů z veřejných zdrojů příjmy ze soukromého sektoru (např. z vlastního podnikání) – např. Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, je veřejnou institucí ve smyslu § 2 odst. 1 zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím – viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19.10.2011, čj. 1 As 114/2011 – 121

Výše citovaný aspekt hospodaření s veřejnými prostředky ovšem není jediným kritériem pro posouzení, zda určitá osoba do režimu zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím spadá či nikoliv.

Dle doktríny i judikatury¹⁵ je dalším z neopomenutelných kritérií zda se jedná o tzv. veřejnou instituci způsob jejího vzniku, tedy zda při vzniku byla či nebyla přítomna ingerence orgánu státu či samosprávy. Z tohoto dílčího pohledu se nejedná o veřejnou instituci. Tento aspekt svědčí tedy zcela hypotéze, že politická strana či hnutí není povinným subjektem dle z.č.106/1999 Sb. Politické strany vznikají nezávisle na vůli státu (či samosprávy) soukromoprávním úkonem

Další aspekt – politická strana je (musí být) založena za veřejným (nikoliv soukromým) účelem. Fungování a činnost demokratických politických stran je též ve veřejném zájmu. Veřejný účel je typickým znakem veřejné instituce.

Což je naopak jasný a zásadní argument pro to, aby byly politické strany podřazeny pod SvInf.

Jiný aspekt veřejné instituce, je dle teorie i judikatury¹⁶, že stát na její činnost dohlíží. Tento znak do značné míry naplňuje kontrola sui generis dle zákonem č. 424/1991 Sb., o sdružování v politických stranách a v politických hnutích, ve znění pozdějších předpisů. I když nepopírám, že jde o specifický druh kontroly.

F.Nonnemann na webu Epravo.cz uvádí, že kontrola hospodaření politických stran a publikace určitých dat je zajišťována zákonem č. 424/1991 Sb., o sdružování v politických stranách a v politických hnutích, ve znění pozdějších předpisů. a nevidí tedy důvod proč by pol.strany měly být subsumovány též pod z.č.106/1999 Sb.¹⁷ O tom, že některé otázky upravuje citovaný z.č. 424/1999 Sb., není sporu, nicméně nevidím relevantního důvodu, proč by současně pol.strany nemohly poskytovat informace i v režimu z.č.106/1999 Sb. a to zejména s ohledem na ústavně-právní charakter práva na informace, tedy práva té nejvyšší síly.

¹⁵ Srov. např. judik. Nejvyššího správního soudu č.j. 8 As 57/2006-67 ze dne 29. 5. 2008 anebo judik. NSS č.j. 2 Ans 4/2009-93 ze dne 6.10.2009.

¹⁶ Srov. např. judik. Nejvyššího správního soudu č.j. 8 As 57/2006-67 ze dne 29. 5. 2008 anebo judik. NSS č.j. 2 Ans 4/2009-93 ze dne 6.10.2009.

¹⁷Viz Nonnemann, F.: Politická strana jako povinný subjekt podle zákona o svobodném přístupu k informacím? Epravo.cz, 2.5.2013, Praha, 2013

Tak jako např. ČNB nevyklučuje z působnosti SvInf skutečnost, že musí publikovat určité informace podle zákona č. 6/1993 o ČNB, tak nevidím relevantní pohyby, proč by zákon č. 424/1991 Sb., o sdružování v politických stranách a v politických hnutích, měl pol. stranu vyloučit z gesce zákona o svobodném přístupu k informacím. Obdobný legální mechanismus, že lex specialis „nezkonzumuje“ povinnost poskytovat informace dle SvInf platí i pro řadu dalších povinných subjektů, proto argumentaci existencí zákon č. 424/1991 Sb., zde pokládám za do značné míry lichou.

Shrnuto k fragmentu a conto „ stát na její činnost dohlíží“ – byť zde specifický druh kontroly existuje, pokládám tento aspekt za neutrální, tedy ne zcela přičitatelný jak pro stranu názorové fronty – je povinným subjektem dle SvInf, ale ani pro opačnou stranu názorové barikády.

Pro posílení teoreticko-právního hlediska se na závěr na řešenou na věc krátce podíváme i optikou stále populárnější tzv. fuzzy logiky. Jádrem fuzzy logiky je, jak výstižně napsal P.Molek, rezignace na odvěký požadavek formální výrokové logiky, podle nějž má každý výrok toliko jednu ze dvou pravdivostních hodnot: pravdu a nepravdu.

Podle soudce NSS a právního teoretika P.Molka zmíněná fuzzy logika tyto dvě hodnoty rozvolňuje a činí z nich nikoli hodnoty absolutní, nýbrž polární a mezi nimi vytyčuje škálu mezihodnot, jež umožňuje označit výroky nejen za (zcela) pravdivé či (zcela) nepravdivé, ale také za velmi pravdivé, ne úplně pravdivé, ne úplně nepravdivé či velmi nepravdivé. V rámci nazírání „ fuzzy logickými brýlemi“ na řešenou problematiku si vytyčíme dva krajní body hodnotící FL-škály : pol.strana je povinným subjektem dle SvInf – pol.strana není povinným subjektem dle SvInf. Jelikož jde o relativně přehledný problém, stanovíme si hodnotící škálu 0 (minimum) až 10 (maximum)¹⁸ . Vzhledem k výše zmíněným argumentům¹⁹ dochází autor k závěru, že jde o případ, kdy možno na FL stupnici zakroužkovat hodnotu 5. – tedy středová hodnota, resp. maximální *non -polarita*.

Docházím tedy k závěru, že dnešní právní úprava na tomto úseku je nejednoznačná – a možno ji interpretovat oběma směry, tedy že pol.strana je i není povinným subjektem

¹⁸ Hodnotící stupnice 0-100 by byla zbytečně detailní a mohla by čtenáři mást. Stejně tak by nebylo vhodné používat hodnoty za desetinou čárkou.

¹⁹ De facto 2 pro, 1 proti, 3 neutrální, samozřejmě je autorovi jasné, že předložené argumenty a kritéria mají různou váhu, takže je nelze automaticky sečítat, proto mu ve výsledném součtu mu dávají zmíněnou hodnotu 5 – tedy, že načrtnutá situace nemá de lege lata jednoznačné právní řešení.

dle SvInf , argumenty byly představeny výše. Tuto nejednoznačnost vnímám negativně, proto navrhuji její řešení v závěru mého textu.

Judikatura zatím chybí

Co je autorovi tohoto článku známo, k řešené věci zatím neexistuje v ČR relevantní judikatura. Zde tedy řešení také prozatím nenalezneme.

Světlo do věci by mohla vnést jedna aktuální zajímavá žaloba.

Jihomoravský právník Michal Kincl žaluje stranu KSČM za to, že mu nechce poskytnout určité informace týkající se počtu jejích členů. KSČM mj. tvrdí, že není povinným subjektem dle SvInf , M.Kincl říká opak.²⁰

Žaloba u Městského soudu Praha, ze dne 8.4.2013, sp. zn. 5 A 56/2013., zatím není nijak rozhodnuta. Mám za to, že půjde o velice důležitý judikát – nejen pro právní teorii.²¹

***Závěr aneb Panové v trenýrkách v režimu SvInf ano, pánové v kravatách nikoliv?*²²**

Právo na informace a svobodný přístup k informacím patří ke základním stavebním kamenům systému záruk zákonnosti v demokratickém právním státu. Laickou demokratickou kontrolu není vhodné podceňovat. Zastávám názor, že i politické strany by měly být, vyjádřeno poeticky, vystaveny demokratickému informačnímu světlu zářícího ze „sto-šestkového (resp. ústavního) slunce“ .

Americký admirál Hyman Rickover kdysi trefně konstatoval - jestliže se chystáte zhřešit, hřešte proti Bohu, ne proti byrokracii. Bůh Vám odpustí, ale byrokracie ne. Naše politické

²⁰ Zdroj: e-mailová korespondence s M.Kinclem, v rámci vědecké fair-play uvádím, že M.Kincl je mým bývalým studentem na PF MU v Brně

²¹ A následně velmi diskutovaný judikát.

²² Autor se zde v nadsázce dopouští genderové nekorektnosti, přirozeně je mu známo, že do práce polit.stran se zapojuje stále více žen – již neplatí bonmot Karla Čapka - *Politická strana je organizace pudu hromadnosti, jenž je prastarým pudem mužským; proto je zcela přirozeno, že ženy vstupují nesrovnatelně méně do politických stran než muži. Politická strana je význačně mužský útvar; politika stranictví je mužská politika.*

strany, jsou tu, díky nejasné právní úpravě paradoxně ještě byrokratičtější a hlavně uzavřenější než naše státní úřady.

Mám za to, že politické strany a hnutí (a samozřejmě nejen KSČM vůči níž směřuje jediná mě doposud známá žaloba) pokud chtějí „vést stát“ , tak by měly jít v oblasti své transparentnosti ostatním příkladem.

Vždyť co je to za právní stav, kdy fotbalový klub Hradec Králové a.s.²³ vlastněný městem, je povinným subjektem a např. parlamentní politická strana nikoliv. Není to v právním státě absurdní?

Jak jsem již konstatoval výše, aktuální znění SvInf ani jiných právních předpisů nám jasnou odpověď nedává. De facto jsou možné interpretace na obě strany, proto de lege ferenda navrhuji, aby se novelizoval § 2 odst.1 zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím tak , že zákonodárce zařadí do skupiny povinných subjektů novou (zvláštní) skupinu čtvrtou. Tou by byly politické strany a hnutí , které pobírají veřejné (státní) peníze.

Dávám tedy k diskuzi nové znění § 2 odst.1 SvInf - Povinnými subjekty, které mají podle tohoto zákona povinnost poskytovat informace vztahující se k jejich působnosti, jsou státní orgány, územní samosprávné celky a jejich orgány , veřejné instituce a politické strany²⁴, které hospodaří s veřejnými prostředky.

Tím by se vyřešily spory, zda výše citované politické strany a hnutí jsou či nejsou povinnými subjekty dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím.

Pakliže žádosti o informace v režimu SvInf můžeme obecně považovat za vhodný a účinný nástroj kontroly veřejné moci ze strany veřejnosti, nota bene posilující legitimitu politického systému, pak je nutno příslušná ustanovení uvedeného zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím novelizovat tak, aby byla tato kontrola v potřebné míře veřejnosti umožněna.

Na úplný závěr chci zdůraznit, že mám za to, že tato novelizace by byla ve veřejném zájmu.

²³ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29.05.2008, čj. 8 As 57/2006-67

²⁴ Výraz „politická hnutí“ bych tady nedoporučoval použít , je zde nadbytečný, z právního hlediska neexistuje rozdíl mezi politickou stranou a politickým hnutím. Rozdíl je pouze politologický, ne právní.

Použitá a doporučená literatura :

Hendrych, D a kol .: Právníký slovník, 3.vydání, 2009, Praha: C.H.Beck

Filip J.: Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva, Masarykova univerzita Brno, 1997,

Furek, A. , Rothanzl, L.: Zákon o svobodném přístupu k informacím a související předpisy: komentář, 2 vyd. Praha: Linde 2012

Grygar, T. : O (ne)možnosti členství cizinců v politických stranách v České republice ČPVP - Časopis pro právní vědu a praxi 4/2014 , Masarykova univerzita Brno, 2014

Kolman, P.: Právo na informace, Masarykova univerzita, 2010, Brno

Korbel F.: Dopady zákona o svobodném přístupu k informacím na soukromé osoby ve světle nejnovější judikatury, Právní rozhledy 20/2015, Praha: C.H.Beck,

Nonnemann, F.: Politická strana jako povinný subjekt podle zákona o svobodném přístupu k informacím? Epravo.cz, 2.5.2013, Praha , 2013

ŠVESTKA, J.; DVOŘÁK, J.; FIALA, J. et al. Občanský zákoník. Komentář. Svazek 1. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 106.

Součást habilitační práce Petra Kolmana - doplňující text č.2

Text doplňující habilitační práci

Transparentnost veřejných zakázek – právní aspekty vyloučení účastníka zadávacího řízení

JUDr. Petr Kolman, Ph.D. , právník a VŠ pedagog , PF MU Brno , člen RK ÚOHS

Úvod

Jedním z pilířů transparentnosti veřejné správy je transparentnost veřejných zakázek.

Připomeňme, že s veřejnými zakázkami se můžeme v dějinách setkávat velmi dlouho, vlastně od časů , kdy společnost zorganizovaná ve stát potřebovala zajistit mj. vybudování infrastruktury pro své fungování.

Jedna z prvních právních regulací v historii vznikla například ve Francii v 16.století – tematika veřejných zakázek byla součástí francouzského stavebního řádu (1535), nebo později v Rakousku pak nařízením 61/1909 ř.j., o zadávání státních dodávek a prací.

Peníze zkrátka zajímají každého – pořád i v roce 2017 platí Allenovské : *Peníze jsou lepší než chudoba, už třeba jen z finančních důvodů.*

Jak je i širší veřejnosti známo, byl v dubnu 2016 přijat nový zákon o zadávání veřejných zakázek (ZZVZ).

Jelikož o (veřejné) peníze jde až v první řadě, je to nesporně velice důležitý zákon pro českou ekonomiku (ale i její bezpečnost) a vlastně i pro celou naši společnost.

Aby se s ním adresáti mohli plnohodnotně seznámit, je ZZVZ účinný „až“ od 1.10.2016, což pokládám za rozumné.

V následujícím textu se chci především věnovat vybraným důležitým změnám, které přináší nový český ZZVZ v klíčové oblasti **vyloučení účastníka zadávacího řízení**.

In media res: Zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, v souladu se zásadou legality pouze a jen z důvodů stanovených zákonem – ZZVZ.

A contrario k vyloučení nemožno přistoupit z důvodu, se kterým zákon možnost či dokonce přímo povinnost vyloučení expressis verbis nespojuje.

Časový aspekt vyloučení: zadavatel tak může učinit kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.

Tato eventualitu je většinově vnímána jako velmi praktická a užitečná.

Souhlasím s V. Podešvou, že zmíněná možnost vyloučit účastníka ze zadávacího řízení kdykoli v jeho průběhu je praktická zejména v případech, kdy důvody pro vyloučení vyjdou na povrch po uskutečnění úkonu v zadávacím řízení, v němž by obvykle na povrch vyplynout měly (např. doklad určený k prokázání kvalifikace se ukáže nepravdivým až poté, co byla kvalifikace již posouzena).¹

Z jakých důvodů tedy možno účastníka zadávacího řízení vyloučit?

Jedním z hlavních důvodů pro které zadavatel jest s to vyloučit účastníka zadávacího řízení je pakliže údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě vůbec nedoložil.

V praxi se setkáváme s dotazem jak je to s návazností na ustanov. § 46 ZZVZ – tedy dodatečné objasňování či doplňování? Možno či nemožno?

Nutno silnějším hlasem konstatovat, že dodatečné objasňování, vyjasňování či různé doplňování ve smyslu ustanov. § 46 ZZVZ je pouze a jen nepovinným postupem.

¹ Srov. Podešva, V. a kol.: Zákon o zadávání veřejných zakázek – komentář, Wolters Kluwer, 2016, s.195

Nicméně i zde nutno mít na mysli anti-diskriminaci a rovný přístup, na kterých je celý ZZVZ nota bene postaven.

Z čehož plyne : pakliže zadavatel tohoto „objasňujícího“ postupu použije vůči některému (či některým) z účastníků zadávacího řízení nemůže vyloučit jiného (či jiné další) účastníka v obdobné situaci. Myšleno zde takové účastníky , kteří též nepředložili doklad z obdobné kategorie.

Anebo jejich původně předložené doklady trpí obdobnými nedostatky, jako účastníka, u kterého byl použit „vyjasňující a doplňující“ postup dle ustanov. § 46 ZZVZ.

Jak jsme již naznačili výše, protikladný způsob postupu by vedl k porušení zásady rovného přístupu vůči dodavatelům². Jinak řečeno zadavatel musí při vylučování dodržet základní zásady podle ustanov. § 6, a to především zásadu rovného zacházení a nediskriminace.

Zadavatel je dále oprávněn vyloučit účastníka ze zadávacího řízení, jestliže neobjasní či nedoplní údaje, doklady, vzorky či modely na základě výzvy podle § 46 anebo neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohou mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení.

Důležitým důvodem pro vyloučení účastníka zadávacího řízení je dle § 48 odst. 3 ZZVZ fakt, že neprokázal složení požadované jistoty anebo nezajistil jistotu po celou dobu trvání zadávací lhůty.

Cui bono? Posiluje význam složení jistoty, resp. zajišťuje její složení po celou dobu zadávací lhůty.

Mimořádně nízká nabídková cena (MNNC)

Dále pak každý zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, která nebyla dodavatelem zdůvodněna.

Co z právního hlediska rozumíme mimořádně nízkou nabídkovou cenou?

Český zákonodárce veden legitimním úsilím o krystalické vyjasnění pojmu mimořádně nízká nabídková cena ji definoval v ustanov. § 28 odst. 1 písm. o) ZVZ.

² Ad dodavatel - Jak bylo již dříve pozitivně konstatováno – ZZVZ zavádí mj. jisté terminologické zjednodušení. Kupříkladu se dnes již terminologicky v pozitivně-právní úpravě nerozlišuje mezi dodavatelem, uchazečem a zájemcem. Zmíněné osoby jsou de lege lata souhrnně označovány jednotným výrazem „dodavatel“, event. „účastník zadávacího řízení“.

Připomeňme, že citovaná zákonná definice slouží jen pro použití v rámci a pro účely ZZVZ.³

Mimořádně nízkou nabídkovou cenou se tedy ex lege rozumí: „*nabídková cena nebo náklady uvedené účastníkem zadávacího řízení, které se jeví jako mimořádně nízké ve vztahu k předmětu veřejné zakázky*“.

Tuto nepřilíš výstižnou definici (právník T. Grulich⁴ ji dokonce v odborném tisku označil za pleonastickou) je třeba vnímat v kontextu ustanov. § 113, který institut mimořádně nízké nabídkové ceny podrobněji upravuje.

Cui bono? Citovaný institut mimořádně nízké ceny slouží k ochraně zadavatele před nabídkami dodavatelů, které by s ohledem na cenu představovaly riziko, že dodavatel nebude schopen za nabízenou cenu zakázku splnit.

Zadavatel může posoudit mimořádně nízkou nabídkovou cenu kdykoli před oznámením výběru dodavatele.

ZZVZ ukládá zadavateli legální povinnost posoudit mimořádně nízkou nabídkovou cenu vždy. A dále pak vyžádat si od účastníka zadávacího řízení vysvětlení pokaždé, jeví-li se cena ve vztahu k předmětu zakázky jako mimořádně nízká.

Tak aby mu v *zadavatelem* stanovené lhůtě poskytl vysvětlení způsobu stanovení její výše. Zdůrazněme, že tuto lhůtu stanovuje zadavatel nikoliv přímo zákon.

ZZVZ nestanovuje ani minimální délku lhůty, jež musí být dodavateli k doručení vysvětlení poskytnuta. A zadavatel tak musí stanovit lhůtu v souladu se zásadami tak, aby byla přiměřená – zásada proporcionality.

Jak jsme již uvedli výše, podle ustanovení § 48 odst.4 ZZVZ může zadavatel vyloučit účastníka zadávacího řízení pakliže jeho nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu. A to takovou, která nebyla účastníkem zdůvodněna. Zastavme se u zmíněného „*zdůvodňování*“.

Předmětný koncept zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny je nutno, dle mého názoru hodnotit tzv. kvalitativně (materiálně).

I v případě, že účastník na výzvu zadavatele poskytne ve stanovené lhůtě zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, avšak toto zdůvodnění je nedostatečné z hlediska rozptýlení pochybností o schopnosti dodavatele realizovat požadované plnění za jím nabídnutou cenu, je třeba pokládat předmětnou mimořádně nízkou nabídkovou cenu za nezdůvodněnou.⁵

Připomeňme, že dle ustanovení § 113 ZZVZ platí, že posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatel provede před odesláním oznámení o výběru dodavatele. Zadavatel může ex

³ O čemž svědčí i magická slůvka: „pro účely tohoto zákona se rozumí“ z § 28 ZZVZ.

⁴ Grulich, T.: Vybrané problémy nové právní úpravy zadávání veřejných zakázek, Praha: Právní rozhledy 20/2016, C.H.Beck, s. 705

⁵ Viz Podešva, V. a kol.: Zákon o zadávání veřejných zakázek – komentář, Wolters Kluwer, 2016, s.197 a násl.

lege v zadávací dokumentaci stanovit cenu nebo náklady, které bude považovat za mimořádně nízkou nabídkovou cenu, nebo způsob určení mimořádně nízké nabídkové ceny.⁶

Mám za to, že žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny je třeba pokládat za žádost dle § 46 ZZVZ. Tedy za takovou žádost, již může zadavatel činit i opakovaně!

A v žádosti případně stanovenou lhůtu může rovněž prolongovat (prodloužit) nebo její zmeškání odpustit. Na rozdíl od předchozí úpravy zákona o veřejných zakázkách č. 137/2006 Sb. již zákon o zadávání veřejných zakázek neupravuje eventualitu pozvání účastníka zadávacího řízení, který nabídl mimořádně nízkou nabídkovou cenu, na jednání hodnotící komise.

Jaké jsou legální náležitosti této žádosti? Náležitosti zde nejsou de lege lata v ZZVZ nikterak explicitně vymezeny. Nutno však podotknout, zadavatel má za povinnost vyžadovat v této žádosti, aby „mimořádný“ účastník⁷ (myšlen zde samozřejmě účastník zadávacího řízení, jehož nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu), mimo samotné odůvodnění své mimořádně nízké nabídkové ceny dále potvrdil, že:

Za prvé při plnění veřejné zakázky zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky a za druhé, že neobdržel neoprávněnou veřejnou podporu.⁸

Veřejný zájem – ochrana životního prostředí a sociálních práv

Zadavatel dále může dle ZZVZ⁹ vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že plnění nabízené dodavatelem by vedlo k nedodržování povinností vyplývajících z předpisů práva životního prostředí, sociálních nebo pracovněprávních předpisů nebo kolektivních smluv vztahujících se k předmětu plnění veřejné zakázky.

Cui bono?

Raison d'etre těchto vylučovacích důvodů spatřujeme v znemožnění pokřivení či dokonce úplné deformaci hospodářské soutěže účastí „un-fair dodavatele“. Tedy takového dodavatele, jenž těží z neoprávněné výhody plynoucí z porušování obecně závazných povinností či pracovněprávních povinností. Cítíme zde silný vliv veřejného zájmu. Obdobná ochranná omezení samozřejmě existují ve většině zemí EU.

⁶ Dodejme, že dle § 113/3 ZZVZ platí - V případě podle 113/2 není vyloučeno, aby zadavatel posoudil nabídkovou cenu nebo náklady jako mimořádně nízkou nabídkovou cenu i v jiných případech, než jsou uvedeny v odstavci 2 písm. a) nebo b) § 113 ZZVZ.

⁷ Poetičtěji ho může nazvat jako „mimořádníka“, který nám mnohdy i řádí

⁸ Viz Podešva, V. a kol.: Zákon o zadávání veřejných zakázek – komentář, Wolters Kluwer, 2016, s.197 a násl.

⁹ Srov. § 48 odst.5 písm. a) ZZVZ

Ochrana environmentálních a sociálních práv je jistě ve veřejném právu, a je stěží představitelné, že by veřejné zakázky „vyhrávaly“ subjekty parazitující na zmíněných právech.

ZZVZ dále v ustanov. § 48 odst.5 písm. a) dává zadavateli legální možnost (nikoliv přímou povinnost) vyloučit účastníka v případě, že je u něj prokázán střet zájmů.

Hypotézou možnosti využití postupu dle tohoto ustanovení je ovšem zásadní skutečnost, že neexistuje jiné opatření, jež by negativní dopady střetu zájmů mohly vyloučit. A to kupříkladu vyloučení osob ve střetu zájmů z rozhodovacích procesů vztahujících se k zadání veřejné zakázky a opakování procesů, na nichž se tyto osoby podílely.¹⁰

Poznamenejme, že i zde při vylučování platí povinnost dodržet základní zásady podle § 6 ZZVZ, zejména zásadu rovného zacházení a nediskriminace.

Narušení hospodářské soutěže

Nový ZZVZ dává dále každému zadavateli možnost vyloučit účastníka, jestliže jeho podíl na přípravě zadávacího řízení vedl k narušení hospodářské soutěže. A jiné opatření k nápravě není možné.

Nutno však důrazně upozornit, že aby mohl zadavatel v takovém případě přistoupit k vyloučení, musí nejprve v souladu s judikaturou SDEU poskytnout dotčenému účastníkovi možnost prokázat, že jeho účastí na přípravě zadávacího řízení k narušení hospodářské soutěže nedošlo. I zde rezonuje starořímská zásada – *nechť je slyšena i druhá strana* : *Audiat et altera pars*.

Teprve pokud toto účastník neprokáže, lze k vyloučení relevantně přistoupit. Kdo důkazy vyhodnocuje?

Hodnocení důkazů dodaných a předložených účastníkem v takovém případě spočívá pouze a jen na zadavateli.

Nezapomínejme ani zde na zásadu proporcionality. Spolu s V. Podešvou a kol. připomínáme, že na zadavatele jsou v této souvislosti kladeny relativně vysoké nároky na odpovědnost z hlediska dodržení zásady přiměřenosti. Nelze než doporučit, aby zadavatelé již ve fázi přípravy (!!) zadávacích podmínek činili preventivní kroky,

¹⁰ Viz Podešva, V. a kol.: Zákon o zadávání veřejných zakázek – komentář, Wolters Kluwer, 2016, s.198 a násl.

keré do budoucna vyloučí ovlivnění hospodářské soutěže účastí subjektu, který se podílel na přípravě zadávacích podmínek.¹¹¹²

O jaké preventivní kroky by se mohlo v praxi jednat?

Zmíněné „preventivní činy“ mohou především spočívat ve smluvním závazku subjektu, jenž se podílí na přípravě zadávacích podmínek, že se nebude účastnit zadávacího řízení, v němž budou tyto podmínky použity.

Jestliže zadavatel nemá v úmyslu takto dopředu omezovat okruh potenciálních účastníků zadávacího řízení, je třeba, aby zejména v rámci zadávacích podmínek poskytl informace v takovém rozsahu, který eliminuje zvýhodnění dané počáteční informační nerovnováhou na straně dodavatele, který se podílel na přípravě zadávacích podmínek.¹³

Zadavatel může dále vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky.

Anebo s jiným veřejným zadavatelem, jež vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.¹⁴

Nutno zde však zdůraznit, že se musí jednat o pochybení dlouhodobé anebo hodně závažné pochybení. Nikoliv tedy nějaké pochybení běžné či dokonce marginální.

Mám však za to, že zde není ovšem nevyhnutelné (condicio sine qua non), že by tu muselo být vydáno soudní rozhodnutí, jež by konstatovalo závažné či dlouhodobé pochybení.¹⁵

Jaké důkazy možno zde tedy akceptovat?

Za důkaz prokazující naplnění důvodů pro vyloučení lze považovat především pravomocný rozsudek ukládající účastníkovi náhradu škody z titulu porušení povinností pro porušení smluvního vztahu, platné odstoupení od smlouvy z důvodu pochybení zakládajícího důvod pro takové odstoupení, případně doklad o uplatnění a úhradě platně nárokované smluvní sankce z důvodu pochybení účastníka majícího za

¹¹ Viz Podešva, V. a kol.: Zákon o zadávání veřejných zakázek – komentář, Wolters Kluwer, 2016, s.199

¹² Zásada prevence v akci.

¹³ Cit. Podešva, V. a kol.: Zákon o zadávání veřejných zakázek – komentář, Wolters Kluwer, 2016, s.200

¹⁴ Viz § 48 odst. 5 písm. d)

¹⁵ Zákon zde nic takového výslovně neříká. Navíc u povinnosti soudního rozsudku, by vzhledem k délce soudního řízení, mohlo dojít ke kolizi se zákonnou tříletou lhůtou. Což by patrně následně vedlo k (větší či menší míře) obsolentnosti celého ustanovení.

následek porušení smluvní povinnosti.¹⁶ Jde však o demonstrativní enumeraci důkazních možností.

Neveřejné informace

Zadavatel může dále dle § 48 odst. 5 ZZVZ vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, se účastník zadávacího řízení pokusil neoprávněně ovlivnit rozhodnutí zadavatele v zadávacím řízení. Anebo se neoprávněně pokusil o získání *neveřejných informací*, které by mu mohly zajistit neoprávněné výhody v zadávacím řízení.

A conto získání neveřejných informací - setkal jsem se s dotazem: Jak posuzovat vazbu na zákon č.106/99 Sb., o svobodném přístupu k informacím?

ZZVZ a populární „stošestka“, dle doktríny i judikatury nejsou (a ani být z povahy věci nemohou) ve vztahu *lex specialis* a *lex generalis*, leží *de facto* vedle sebe.

Jinak vyjádřeno žádný z nich nemá aplikační přednost .

Pakliže se však nad průnikem zmíněných právních předpisů zamyslíme hlouběji, musíme dojít k závěru, že by se předmětem poskytnutí informace z strany povinného subjektu (kterým může být současně zadavatel VZ) nikdy neměla stát¹⁷ neveřejná informace v režimu § 48 odst.5 ZZVZ.

Je mi známo z praxe, že dotazy (resp. žádosti o informace dle zákona č.106/99 Sb. , o svobodném přístupu k informacím) jsou čím dál tím sofistikovanější, a již dávno překročily v mnohých případech hranice ústavního práva na informace jako práva politického dle čl.17 LZPS.¹⁸ Nicméně řádně postupující povinný subjekt by *de lege*

¹⁶ Viz Podešva a kol. op. cit. , s.199

¹⁷ Zcela ale ani parciálně

¹⁸ Právo na informace z hlediska systematiky ústavního pořádku řadíme v ČR mezi práva politického (!!!) neekonomického či hospodářského charakteru zaručená Listinou základních práv a svobod. Politická práva jsou neodmyslitelně spjata s aktivitou člověka při správě věcí veřejných ve státě. Do ústav se tato politická práva začala prosazovat již od dob Velké francouzské revoluce a možno je vystopovat už v Prohlášení práv člověka a občana vydaném koncem 18. století. Přední ústavně-právní teoretik a nynější ústavní soudce J. Filip k tomu píše: Širší pojetí politických práv pod nimi nechápe jen účast na správě veřejných záležitostí formou hlasování nebo výkonem nějaké funkce nebo úřadu, nýbrž sem řadí i to, co se někdy označuje za politická svoboda. To je např. svoboda projevu, právo na informace, svoboda sdružování, shromažďování..(Filip, J.: Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva, Masarykova univerzita Brno, 1997, str.93)

lata neměl poskytnout zmíněné neveřejné (často nehotové) informace , o kterých hovoří § 48 odst.5 ZZVZ.

Nicméně v ojedinělých případech, pokud by se nějaký subjekt domohl citovaných neveřejných informací díky aplikaci zákona č.106/99 Sb. , o svobodném přístupu k informacím, pak by to , dle mého názoru, nemohlo spadat pod § 48 odst.5 ZZVZ. A nemohlo by se stát relevantním důvodem pro vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost.

V tomto případě by informace získal účastník legálně, nikoliv neoprávněně, jak stanoví § 48 odst.5 ZZVZ.¹⁹

Profesní pochybení

Další oprávnění zadavatele k vyloučení vyplývá z nedávného závadného profesního jednání účastníka zadávacího řízení – pakliže se dopustil v posledních 3 letech před zahájením zadávacího řízení nebo po zahájení zadávacího řízení závažného (nikoliv běžného) profesního pochybení, které zpochybňuje jeho *důvěryhodnost!*

A to včetně pochybení, za která již byl disciplinárně potrestán nebo mu bylo uloženo kárné opatření podle jiných právních předpisů ²⁰– např. dle zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů, nebo zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, ve znění pozdějších předpisů.

Mám za to, že pojem „důvěryhodnost“ bude v aplikační praxi činit patrně jisté výkladové potíže. I laika napadne, co již zpochybňuje a co naopak ještě nikoliv *důvěryhodnost* účastníka zadávacího řízení? ²¹ Hranice je tu do jisté míry neostrá.

Domnívám se , že by se tento pojem měl vykládat s velkou dávkou opatrnosti a spíše do jisté míry restriktivně. Samozřejmě vždy bude záležet na konkrétní situaci a bude ji nutno posuzovat ve všech vzájemných souvislostech.

Podotkneme, že i zde při vylučování platí povinnost dodržet základní zásady podle § 6 ZZVZ , především zásadu rovného zacházení a nediskriminace.

Bid rigging

¹⁹ V judikatuře tato věc (tedy ve vztahu k § 48 odst.5 ZZVZ) nebyla zatím přímo řešena.

²⁰ O zásadu *ne bis in idem* se tu nejedná

²¹ Např. vzniká otázka která dřívější profesní pochybení přisuzovat jednotlivým zaměstnancům a co „celému“ účastníkovi řízení?

Zadavatel dále může (avšak obligatorně nemusí) vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost také, pokud na základě věrohodných informací získá důvodné podezření, že účastník zadávacího řízení uzavřel s jinými osobami *zakázanou dohodu* podle jiného právního předpisu (kterým je zde nyní zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů), a to v souvislosti se zadávanou veřejnou zakázkou.

Hovoříme zde tedy o limitu plynoucího z tématu tzv. bid rigging-u.²²

Bid rigging bývá ve zkratce definován jako zakázaná (zapovězená) dohoda o ovlivňování nabídek mezi uchazeči o zakázku. Jde de facto o jednání, jež se nachází na pomyslné hranici ochrany hospodářské soutěže a našeho práva veřejných zakázek. Bid rigging lze volně přetlumočit jako sladění nabídek uchazečů o zakázku, resp. předem dohodnutý postup vůči zadavateli.

Zdůrazněme, že i důvod tzv. bid riggingu je příčinou pro vyloučení účastníka „pouze“ fakultativní nikoliv obligatorní.

Bude tedy opět na rozhodnutí zadavatele, zda účastníka vyloučí. Anebo zda k tomuto zásadnímu kroku nepřistoupí.²³²⁴

Upozorňujeme, že pro vyloučení účastníka zadávacího řízení z citované bid riggingové příčiny není zapotřebí, aby zadavatel uzavření zakázané dohody ve výše uvedeném smyslu prokázal či aby její uzavření bylo prokázáno v řízení ukončeném pravomocným rozhodnutím příslušného orgánu. K vyloučení postačí kumulativní naplnění dvou základních podmínek : důvodné podezření zadavatele o uzavření zakázané dohody a existence věrohodných informací, na jejichž základě bylo takové důvodné podezření získáno.²⁵

Máme za to, že na základě ustanovení § 48 odst.6 ZZVZ stačí zadavateli tedy důvodné a věrohodné podezření. ZZVZ ani jiný právní předpis nevyžaduje pravomocné rozhodnutí ve věci nebo aby zadavatel dohodu dodavatelů finálně prokázal. Jako podklad pro důvodné podezření na zakázané dohody může sloužit například neodůvodněně stejná formulace nabídek či stejné chyby v nabídkách.²⁶ Nicméně svět VZ je složitý.

²² Bid rigging - tedy ovlivnění (manipulování) nabídek v rámci výběrového řízení, jehož mělo být dosaženo prostřednictvím dílčích dohod, jež by samy o sobě bylo možné považovat za kartelové, a to konkrétně dohod o určení cen, o fixaci tržních podílů, o rozdělení trhu a o bránění vstupu konkurentů na trh.

²³ Příčiny vyloučení, které jsou vůči účastníkovi fakultativní, se stanou obligatorními důvody vyloučení, pokud jde o vztah k vítěznému účastníkovi, tedy dodavateli, jehož nabídka bude vybrána jako nejvýhodnější v souladu s § 46 odst. 9 z. z. v. z. Pokud taková situace nastane, může se zadavatel následně dle § 122 z. z. v. z. obrátit postupně na další účastníky.

²⁴ Samozřejmě i zde musíme mít na paměti zásady plynoucí z ustanov. § 6 ZZVZ.

²⁵ Viz Podešva, V. a kol.: Zákon o zadávání veřejných zakázek – komentář, Wolters Kluwer, 2016, s.201 a násl.

²⁶ Viz Vláda ČR - Důvodová zpráva k zákonu č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek

Shoda formulací anebo různých chyb v nabídkách může být způsobena také z jiných než bid riggingu svědčících důvodů – může být např. důsledkem zpracování podkladů od třetích stran do nabídek. Eventuálně tím, že se na zpracování ofert podílel tentýž poradce či stejný subdodavatel.

To však samo o sobě nemůže zakládat důvodné podezření o uzavření zakázané dohody.²⁷ Ač to může znít na první poslech neuvěřitelně, také se může jednat o pouhou náhodu, zapříčiněnou tím, že dodavatelé pracovali s tímž výchozím okruhem relevantních prvků a sub-prvků.

Je zcela jasné, že tato situace klade na zadavatele velkou míru odpovědnosti. Nezbyvá než zde postupovat maximálně uvážlivě a ostražitě. Určitě bude zajímavé vyčkat judikatury na tomto úseku. Presumuji, že české soudy budou spíše nakloněny uvážlivějšímu a opatrnějšímu vylučování účastníků zadávacího řízení než nějakým proaktivním „divočárnám“.

Zadavatel by měl mít, i u aplikace zmíněného ustanovení § 48 odst.6, současně stále na zřeteli hlavní cíl práva veřejných zakázek – tedy získání optimálního plnění za nejvýhodnější cenu, tj. ekonomicky nejprospěšnější nabídku.

O tom, že bid rigging představuje opravdu složitou problematiku, náročnou zejména z pohledu dokazování svědčí mj. fakt, že tuto důkazní náročnost přiznává dlouhodobě a opakovaně i ústřední orgán z nejpovolanejších – tedy ÚOHS.²⁸²⁹

Nota bene opatrnému, rozvážnému a vysoce soudnému přistupování k ustanovení § 48 odst.6 ZZVZ „nahrává“ i vědomí si vazby na institut náhrady škody.

I zde platí dlouholetá zásada zkušených „VZakázkařů“ – dvakrát či spíše třikrát měř a jednou řež.

Zaknihované akcie

Zadavatel může dále vyloučit účastníka zadávacího řízení, který je akciovou společností nebo má právní formu obdobnou akciové společnosti a nemá vydány výlučně zaknihované akcie.

²⁷ Viz Podešva, V. a kol.: Zákon o zadávání veřejných zakázek – komentář, Wolters Kluwer, 2016, s.201 a násl.

²⁸ Např. Informační list ÚOHS 1/2012 (s.3), kde toto konstatuje dokonce i sám předseda ÚOHS P. Rafaj.

²⁹ Úřad pro ochranu hospodářské soutěže je *ústředním orgánem státní správy* pro podporu a ochranu hospodářské soutěže proti jejímu nedovolenému omezování. – Viz § 1 z.č.273/1996 Sb.,

Tato povinnost se nevztahuje na akciové společnosti, jejichž akcie v souhrnné jmenovité hodnotě 100 % základního kapitálu jsou ve vlastnictví obce podle zákona o obcích nebo kraje podle zákona o krajích.

Nesouhlasím s kategorickým názorem obsaženém v článku : Němec L. a Murár, F.: Zaknihované akcie - nová podmínka pro účast ve veřejných zakázkách, Epravo.cz, 9.6.2016 kde se mj. praví ... *od 1. října 2016 bude každý zadavatel veřejné zakázky povinen vyloučit ze zadávacího řízení toho – akciovou společnost, která nebude mít výlučně zaknihované akcie.*³⁰

Mám za to, že jde o možnost vyloučení nikoliv o obligatorní povinnost, jak konstatují výše citovaní autoři. I když patrně dojde ve většině případů k vyloučení uchazeče, nelze ovšem dovozovat povinnost zadavatele tyto důvody k vyloučení vždy automaticky použít.

A to zejména proto, že uplatnění těchto důvodů je vázáno na prokázání určitých skutečností ze strany zadavatele a nelze na zadavateli spravedlivě požadovat, aby tyto důvody uplatnil, pokud je důkazní situace nejasná.³¹

Cui bono? Tato možnost (nikoliv povinnost) vyloučení je výrazem úsilí zákonodárce o posílení principu transparentnosti. A to „průzračnosti“ ve smyslu majetkové struktury účastníků zadávacího řízení. Jejím hlavním smyslem je následná návaznost na opatření proti legalizaci výnosů z trestné činnosti. Máme za to, že citovaná transparentnost je i ve veřejném zájmu.

Zmíněný „majetkovo-transparentční“ důvod pro vyloučení by měl být vnímán jako komplementární ve vztahu k ustanovení § 122 odst. 5, který zadavateli ukládá povinnost vyloučit ze zadávacího řízení vybraného dodavatele, jestliže nepředloží doklady o své majetkové struktuře až na skutečného majitele.³²

Zahraniční dodavatelé

Relativně zajímavá je legální situace v relaci k zahraničním dodavatelům, již mají formu akciové společnosti nebo formu obdobnou. Zde je zadavatel povinen požádat vybraného dodavatele, aby v přiměřené lhůtě předložil písemné čestné prohlášení o tom, které osoby jsou vlastníky akcií, jejichž souhrnná jmenovitá hodnota přesahuje 10 % základního kapitálu účastníka zadávacího řízení, s uvedením zdroje, z něhož údaje o

³⁰ S jinými než zaknihovanými akciemi je spojeno relativně velké riziko, že mohou být neprůkazné, tedy netransparentní.

³¹ O možnosti nikoliv automatické povinnosti hovoří též zmíněný prestižní Podešvův komentář (Wolters Kluwer, 2016)

³² Srov. Podešva op. cit., s.202

velikosti podílu akcionářů vychází.³³

Kritérium souhrnné jmenovité hodnoty akcií je dosti problematické . Nutno si uvědomit, že existují zahraniční právní řády , jež neznají institut stejný či analogický našemu základnímu kapitálu.

Ve vztahu k tuzemským akciovým společnostem ZZVZ do jisté míry nerespektuje zvolené kritérium koncepční transformace akciového práva, kterou přinesl zákon č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích. Ten totiž jednak upravuje akcie bez jmenovité hodnoty, tzv. kusové akcie, a dále umožňuje vydávat různé druhy akcií určené pouze ve stanovách společnosti, včetně akcií s rozdílnou váhou hlasů při totožné jmenovité hodnotě akcií.³⁴

Zůstaňme ještě u tzv. kusových akcií , stejně jako L. Němec a F. Murár mám za to, že v případě kusových akcií se může uvedená výjimka též aplikovat. Pro vyloučení aplikovatelnosti této výjimky neexistuje de facto racionální důvod. Podíl kusových akcií na základním kapitálu se vypočte v souladu s § 257 odst. 3 zákona o obchodních korporacích podle celkového počtu akcií kusových akcií (místo jmenovité hodnoty).³⁵

Nicméně i přes drobné výše uvedené výhrady pokládám § 48 odst.7 ZZVZ v obecné rovině za přínosný, napomáhající rozvinutí principu transparentnosti.

Hodnověrnost majetkové struktury účastníků zadávacího řízení nutno pokládat za zásadní a je dobré za ni bojovat všemi přiměřenými prostředky.

Závěrem

Pokud zadavatel vyloučí účastníka zadávacího řízení, musí bez zbytečného odkladu odeslat oznámení o jeho vyloučení. Součástí oznámení o vyloučení musí být i řádné odůvodnění vyloučení.

Účast v zadávacím řízení vyloučenému účastníku zadávacího řízení nezaniká v okamžiku vyloučení ani v okamžiku doručení oznámení rozhodnutí o vyloučení, ale až uplynutím lhůty pro podání námitek proti tomuto vyloučení nebo po vyřízení

³³ Srov. Němec L. a Murár, F.: Zaknihované akcie - nová podmínka pro účast ve veřejných zakázkách, Praha: Epravo.cz, 9.6.2016

³⁴ K obdobným závěrů dochází i Němec L. a Murár, F, op. cit. 2016

³⁵ Viz Němec L. a Murár, F, op. cit. 2016

případných námitek či návrhu, které účastník zadávacího řízení proti svému vyloučení podal (viz § 47 odst. 2 ZZVZ).

Připomeňme si, že uplatnění výše zmíněných důvodů k vyloučení je pro zadavatele možné, nikoliv však povinné.

Nelze tedy dovozovat povinnost zadavatele tyto důvody k vyloučení vždy použít.

A to zejména proto, že uplatnění těchto důvodů je vázáno na prokázání určitých skutečností ze strany zadavatele a nelze na zadavateli spravedlivě požadovat, aby tyto důvody uplatnil, pokud je důkazní situace nejasná.

Zadavatel by měl mít také možnost uvážení, zda se případnými pochybeními dodavatele vůbec zabývat. Právní úprava by neměla vést k tomu, aby zadavatel měl povinnost zabývat se všemi podněty konkurentů dodavatele nebo aby dokonce byla dovozována jeho odpovědnost za plnění povinností dodavatelů.³⁶

Opakování matka moudrosti – pečlivě zde dbejme na dodržování základních zásad podle § 6 ZZVZ, především zásady rovného zacházení a nediskriminace.

Použitá a doporučená literatura:

Podešva, V. a kol.: Zákon o zadávání veřejných zakázek – komentář, Praha: Wolters Kluwer, 2016, s.195 a násl.

Boulová, H.: Několik poznámek k novému zákonu o zadávání veřejných zakázek, DHK 13/2016

Vláda ČR - Důvodová zpráva k zákonu č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek

JURČÍK, R.: Veřejné zakázky a koncese. 2. doplněné vyd. Praha. Nakladatelství C. H. Beck. 2014. s. 1. ISBN 978-80-7400-443-8.

Filip, J.: Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva, vyd. Masarykova univerzita Brno, 1997

Grulich, T.: Ještě k vybraným aspektům problematiky mimořádně nízkých nabídkových cen a veřejných zakázek, Praha: Právní rozhledy 4/2015, C.H.Beck,

Grulich, T.: Vybrané problémy nové právní úpravy zadávání veřejných zakázek, Praha: Právní rozhledy 20/2016, C.H.Beck

³⁶ Viz Vláda ČR - Důvodová zpráva k zákonu č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek

Němec L. a Murár, F.: Zaknihované akcie - nová podmínka pro účast ve veřejných zakázkách, Praha: Epravo.cz, 9.6.2016

Tlustošová K.: Nová právní úprava práva veřejných zakázek, Soukromé právo, 10/2016, Praha: Wolters Kluwer, 2016

Turek, J., Harnach, J.: Dva pohledy: Nespolehlivý uchazeč, nabídková cena a další... Veřejné zakázky v praxi 1/2015, Praha: Nakladatelství FORUM s.r.o., 2015

Text doplňující habilitační práci

Transparentnost veřejné správy - k novému zákonu o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a omezení principu ústnosti

uchazeč: JUDr. Petr Kolman, Ph.D., PF MU ¹

Úvod

Soudce NSS P.Průcha výstižně konstatuje , že při úpravě správního trestání máme co do činění s institutem tzv. správně-právní odpovědnosti. A to jako zcela svébytné právní odpovědnosti. Správně-právní odpovědnost je specifickým druhem právní odpovědnosti chápané obecně, specifickou odvětvově-právní odpovědností. P. Průcha dále konstatuje zásadní skutečnost, že specifika této odvětvově-právní odpovědnosti spočívají v tom, že tato odpovědnost vystupuje jako právní odpovědnost realizovaná správními orgány a aplikovaná především na podmínky a potřeby veřejné správy. Uplatňování tohoto subsystému právní odpovědnosti tak přichází v úvahu tehdy, když dojde k narušení společenských vztahů chráněných správním právem. Vznik odpovědnosti je přitom představován vznikem povinnosti strpět a nést sankci. Proto je také za základ správně-právní odpovědnosti považováno protiprávní jednání subjektů práva, za které lze uložit správně-právní sankci. Takové protiprávní jednání je v teorii správního práva označováno jako správní delikt, a správně-právní odpovědnost je tudíž odpovědností za správní delikty.²

V současné době je zvláštní část *trestního práva správního* obsažena ve velkém množství zákonů. H.Prášková shrnuje , že skutkové podstaty přestupků upravuje zákon č. 200/1990 Sb., o přestupcích (dále jen „přestupkový zákon“) a téměř 100 (!) zvláštních zákonů, tyto zákony obsahují též úpravu sankcí a jejich výše, popř. některé odchylky od obecné úpravy obsažené v

¹ Děkuji za náměty váženým katedrovým kolegům L.Potěšilovi a S.Kadečkovi z PF MU, Brno

² Viz Průcha P.: K pojetí správněprávní odpovědnosti a správního trestání, *Správní právo* 1/2014, s.16

přestupkovém zákoně (týkající se např. upuštění od uložení sankce, odlišné délky promlčecí doby stanovené na dva, tři nebo pět let, vedení blokového řízení apod.).³

Jak je asi širší právnické veřejnosti neuniklo byl přijat nový zákon o přestupcích. Zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, upravuje obecné náležitosti přestupků, druhy správních trestů, postupy projednávání přestupků, příslušné lhůty apod. Zmíněný zákon projednávali poslanci dvakrát a nakonec se přiklonili k pozměňovacímu návrhu Senátu.

Cílem nového zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (zákon o přestupcích) je zajistit komplexní právní úpravu podmínek správní odpovědnosti fyzických osob, právnických osob a podnikajících fyzických osob spolu se stanovením druhů správních trestů, ochranných opatření a zásad pro jejich ukládání, včetně právní úpravy řízení k uplatnění této odpovědnosti.

Nový zákon se má vztahovat nejen na přestupky, jak je tomu nyní, ale na veškeré správní delikty mimo správních deliktů pořádkových, platebních a disciplinárních.

Potřebujeme nový zákon?

Můžeme si položit kruciólní otázku pakliže dnešní přestupkový zákon (předpis procesní i hmotný) vydržel přes 25 let – je nezbytný nový zákon?⁴

Pomyslný odpůrce potřebnosti nového zákona by mohl namítat, že dnešní právní úprava základů odpovědnosti za přestupek a řízení o přestupcích obsažená v zákoně č. 200/1990 Sb. je sice zastaralá a řízení o přestupcích není reglementováno dostatečně. Vlastně ani právní úprava správně-právní odpovědnosti právnických osob není dostatečná, a to jak z hmotněprávního, tak z procesně-právního hlediska, nicméně mnohé problémy řeší již dnes judikatura či doktrína.

Jako umírněný zastánce nové právní úpravy podotýkám, že to je jistě v mnoha případech pravda, avšak je, dle mého soudu dobré a přínosné, že mnohý z těchto poznatků dostane i autoritativní podobu zákona, nota bene v Česku máme dlouhodobě kontinentální ne precedenční právní systém. Tím přirozeně nijak nepopírám stoupající význam judikatury (a její znalosti) v ČR.

Dalším z důvodů proč vítám nový zákon mj. je že stávající zákon č. 200/1990 Sb. nereflektuje vývin právní úpravy v navazujících nebo souvisejících právních předpisech. In concreto: v zákoně o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim a trestním zákoníku. A

³ Srov. Prášková H.: Nový zákon o přestupcích a zvláštní část trestního práva správního, časopis Správní právo 1/2014, Praha, 2014

⁴ Otázku zda je nutný nový právní předpis, bychom si měl klást vždy, žel u některých právních předpisů či jejich novelizací mám důvodně podezření, zda si ji autor kladl dostatečně intenzivně.

především se zmíněný zákon č. 200/1990 Sb. nevztahuje na správně-právní odpovědnost právnických osob.

Těž v této souvislosti pokládám za vhodné citovat J.Potměšila - *Snahu o sjednocující úpravu základů odpovědnosti za přestupky, potažmo výše uvedené kategorie správních deliktů, lze jen přivítat, neboť doposud vyjma přestupků (v užším slova smyslu), tedy správních deliktů fyzických osob postihovaných na základě zavinění a označených za přestupek, taková úprava chyběla. Doposud musely správní orgány i soudy dovozovat základy odpovědnosti za správní delikty na základě analogie či doktrinárních děl, eventuálně starší judikatury, což jistě nepřispívalo k právní jistotě adresátů veřejné správy.*⁵

Po krátkém nástinu, především z důvodu právní jistoty potřebnosti, nové „neroztříštěné“ právní úpravy, se dovolím zamyslet nad jedním z opomíjených, avšak, dle mého soudu, do značné míry problematických institutů tohoto nového důležitého předpisu. Za takový pokládám institut tzv. ústního jednání.

Jak to je dnes ?

Právo na ústní jednání můžeme chápat jako jedno z důležitých práv obviněných v demokratickém právním státu.

Dnešní přestupkové řízení je postaveno na zásadě povinného ústního jednání. (§74 stávajícího PřestZ – z.č.200/1990 Sb.)⁶. Pro informační komplexnost dodejme, že fakultativnost nařízení ústního jednání, prozatím platila pouze pro správní delikty podnikatelů.
7

Zmíněné ustanovení PřestZ naplňuje předpis té nejvyšší právní síly Listiny základních práv a svobod, která v čl. 38 odst. 2 garantuje každému, v to počítaje (v kooperaci s čl. 36/1 LZPS) i

⁵ Potměšil, J: Poznámky k věcnému záměru nového zákona o přestupcích, Správní právo 1/2014, MVČR, Praha 2014, s. 118

⁶ Cit. 74/1 : O přestupku koná správní orgán v prvním stupni ústní jednání. V nepřítomnosti obviněného z přestupku lze věc projednat jen tehdy, jestliže odmítne, ač byl řádně předvolán, se k projednání dostavit nebo se nedostaví bez náležité omluvy nebo důležitého důvodu. Dle 74/2 Je-li obviněným z přestupku mladistvý, vyrozumí správní orgán o nařízeném ústním jednání též zákonného zástupce mladistvého a orgán vykonávající sociálně-právní ochranu dětí; jim se také rozhodnutí o přestupku oznamuje.

⁷ Srov. Potměšil, J: Poznámky k věcnému záměru nového zákona o přestupcích, Správní právo 1/2014, MVČR, Praha 2014, s. 119

osobu obviněnou z přestupku, nezadatelné právo, aby jeho věc byla projednána mj. v jeho přítomnosti s možností vyjádřit se ke všem prováděným důkazům.⁸

Přestupkový zákon přirozeně nedefinuje zásadu ústnosti, ani to není jeho úkolem, je to normativní text, ne komentář či učebnice.

Možno ovšem připomenout judikát NSS, který mj. pravil, že tato zásada značí, že "*správní orgán rozhoduje na základě ústně provedených důkazů, řídí jednání ústně, ústně vyhláší rozhodnutí, sám vyslyší účastníky řízení, svědky, znalce*". – viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 09.09.2010, čj. 1 As 34/2010 - 73.

Spolu s NSS shledávám klíčový význam zásady ústnosti v tom, že je to podstatný prvek mimo jiné při hodnocení svědeckých výpovědí. U ústní svědecké výpovědi můžeme vnímat a následně vyhodnocovat faktor plynulosti řeči, délky pauz anebo tón a barvu hlasu při vybavování si události. Na rozdíl od písemného projevu můžeme zkoumat a hodnotit prvky nonverbální komunikace. To vše umožňuje lépe posoudit věrohodnost či nevěrohodnost svědecké výpovědi.⁹

Co nás (patrně) čeká

Dle nového přestup. zákona (§80/2) správní orgán může nařídit ústní jednání. Tedy fakultativně může, avšak ex lege nemusí. Dochází k prolomení zásady ústnosti jednání, jež platí de lege lata.

Dále se v § 80/2 nového PřestZ navrhuje, že správní orgán musí nařídit ústní jednání na požádání obviněného, je-li to nezbytné k uplatnění jeho práv. Ústní jednání je tedy zde „nastartováno“ nikoliv ex lege, ale je tu nutný aktivní projev vůle obviněného.

Konstatuji, že v souladu s dnešní doktrínou a judikaturou (zejména ÚS ČR a ESLP a z nich plynoucí rozsudky NSS - právo obviněného „být slyšen“) bude nutné toto ustanovení vykládat ve prospěch obviněného z přestupku, resp. ve prospěch vyhovění jeho žádosti o ústní jednání.

Pakliže správní orgán návrh zamítne učiní tak usnesením, nikoliv správním rozhodnutím. Zmíněné usnesení se dle nového zákona bude oznamovat pouze a jen obviněnému. Pozitivně vnímám, že o právu žádat nařízení ústního jednání bude muset být obviněný ex lege vždy poučen.

⁸ Srov. a blíže MOLEK P., Právo na spravedlivý proces. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 220-221. nebo SVOBODA P., Ústavní základy správního řízení v České republice, Linde Praha a.s., 2007, s. 111
12

⁹ Srov. a blíže jud. Nejvyššího správního soudu ze dne 09.09.2010, čj. 1 As 34/2010 - 73.

Správní orgán bude moci nařídit ústní jednání i bez požádání obviněného, bude-li to nezbytné pro zjištění stavu věci.

Rovněž pozitivně hodnotím zvýšenou ochranu mladistvých, tedy že každý správní orgán prvního stupně bude mít za povinnost nařízení ústního jednání i bez požádání obviněného, je-li obviněným mladistvý. Připomeňme, že mladistvým je dle ustanovení § 55 předkládaného PřestZ. ten, kdo v době spáchání přestupku dovršil patnáctý rok a nepřekročil osmnáctý rok svého věku.

Jak jsme již zmínili výše, ústní jednání je tzv. fakultativní, tedy správní orgán jej nebude muset nařídit v každém řízení. Nýbrž jej nařídí pouze v případě, že to bude potřebné a užitečné, tedy že ústní jednání může relevantně přispět k nalezení skutečného stavu projednávané věci.

Percipuji kladně, že za pomoci této nové úpravy odpadne povinnost správního orgánu nařídit ústní jednání i v případě, kdy nemá tento úkon v řízení žádný smysl, jak tomu je dnes. Důvodová zpráva k návrhu zákona trefně připomíná například situaci, že obviněný nekomunikuje, a nebo je nepochybné, že by se na ústní jednání nedostavil.

Nicméně v nové úpravě vidím i určité nebezpečí. Pomiňme případy, že správní orgán opomene poučit obviněného z přestupku o právu žádat nařízení ústního jednání, i když ani tyto případy nemožno zejména v prvních letech účinnosti nové právní úpravy vyloučit.

Značné nejasnosti bude patrně plodit fakt **do kdy** vlastně může obviněný o nařízení ústního jednání požádat? V souladu s čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod jako dopadající i na správní právo trestní mám za to, že tam bude moci učinit de facto kdykoliv v průběhu správního řízení. Samozřejmě zde existuje citovaný navrhovaný korektiv, že správní orgán posoudí zda je to nezbytné k uplatnění jeho práv, nicméně, jak jsem již naznačil výše v souladu s judikaturou a ústavními principy bude nutné toto ustanovení vykládat ve prospěch obviněného z přestupku. Připomeňme např. rozsudku NSS ze dne 27. 10. 2004, sp. zn. 6 A 126/2002, NSS konstatoval, že „také trestání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a v tomto smyslu je třeba vykládat všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu, kam určitě spadá i citované právo „být slyšen“.

Myslím, že nepřiznání nároku na nařízení ústního jednání bude častým neuralgickým bodem. Který dnes neexistuje. Obvinění a posléze potrestaní za přestupky (resp. jejich právní zástupci) budou mít terč u druhých instancí či při soudním přezkumu. Napadení neumožnění ústního jednání ve vazbě na ústavně-zaručená práva se snadno nabízí. Mám za to, že ústavně konformnější (a též více souladná s dnešní judikaturou NSS a ÚS ČR) by byla úprava nařizující správnímu orgánu povinnost nařídit a následně konat ústní jednání vždy.

Myslím, že toto ustanovení bude činit správním orgánům v porovnání s dnešní právní úpravou institutu ústního jednání větší potíže. A též nemožno vyloučit, že některé správní orgány si budou snažit ulehčit práci nenařizování ústního jednání, aby zrychlily celé řízení a usnadnily si

i práci.¹⁰ K čemuž jim nová právní úprava dává širší prostor, než ta stávající. Což samozřejmě pší při vědomí toho, že zákonodárce chtěl usnadnit celý proces a částečně „odbřemenit“ správní orgány, v případech kdy nemá ústní jednání v řízení žádný větší smysl.

Závěr

Spolu s M.Kopeckým můžeme vymezit práva obviněného v přestupkovém řízení a s tím související principy:

- právo na obhajobu (resp.právo být slyšen)
- právo na konání ústního jednání
- právo obviněného klást otázky dalším účastníkům řízení, osobám zúčastněným na řízení, svědkům a znalcům

- princip presumpce nevin
- princip ne bis in idem
- zákaz nutit obviněného k doznání
- právo obviněného na poučení
- zásada in dubio pro reo ¹¹

Mám za to, že nová právní úprava „útočí“ a může omezit zejména první tři zmíněná zásadní práva, nicméně sekundárně se může negativně promítnout i do principů a práv citovaných jako v pořadí čtvrté až osmé.

Zamýšlenou restrikcí principu ústnosti v chystaném zákonu o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich vnímám sice jako možnou, nicméně se k ní stavím relativně kriticky. Omezení principu ústnosti opět částečně vzdaluje české správní právo trestání od trestního práva, což je v rozporu zejména s judikaturou ESLP a ÚS ČR.

Je sice pravda, že správní řízení obecně je ovládáno principem písemnosti (na rozdíl od principu ústnosti soudního procesu). Nicméně řízení o přestupku nutno vnímat jako velmi

¹⁰ Což samozřejmě otevřeně nikdo nepřizná

¹¹ Kopecký M.: K některým otázkám postavení obviněného v přestupkovém řízení, Správní právo 1/2014, str.90 a násl., Praha, MVČR, 2014

specifický typ správního řízení – ne nadarmo bývá označováno jako tzv. malé trestní právo - velice se podle konstantních názorů ESLP a ÚS ČR blíží soudnímu řízení. Tedy soudnímu řízení, kde je ústnost silně přítomna ze své podstaty.

Je nepochybné, že chystaná právní úprava zvýší nároky na kvalitu činnosti a erudici správních orgánů (resp. úředních osob) jako takových.¹²

V souladu s výše napsaným (reflektujícím trendy v judikatuře i doktríně) bych se přikláněl k takové právní úpravě, jež by zakotvila povinnost konat ústní jednání vždy, kdy o to obviněný aktivně požádá.

Navrhuji nové znění ustanovení § 80 odst.2 - *Správní orgán nařídí ústní jednání na požádání obviněného....s vypuštěním dle mého názoru redundantního a do jisté míry jdoucím proti LZPS a Evropské úmluvě jdoucím textu: „je-li to nezbytné k uplatnění jeho práv; jinak návrh zamítne usnesením, které se oznamuje pouze obviněnému“*.

Kterak jsem již zmiňoval výše, nová právní úprava oslabuje právo na obhajobu (resp.právo být slyšen) , právo na konání ústního jednání , právo obviněného klást otázky dalším účastníkům řízení, osobám zúčastněným na řízení, svědkům a znalcům.

Součástí práva na obhajobu je právo vyjádřit se k obvinění a k podkladům pro rozhodnutí. Toto vyjádření (osobní obhajoba) může mít sice z povahy věci charakter přímého ústního vystoupení nebo písemného vyjádření. Nicméně naznačené částečné oslabení aspektu ústní obhajoby nutno vnímat velice pozorně, a to i při existence možnosti písemného vyjádření.

Právní filozof Gustav Radbruch výstižně popsal zásadní hodnotový spor v moderním právu: Právo má - zjednodušeně řečeno - tři cíle: právní jistotu, spravedlnost a efektivitu. A nikdy těchto tří vznešených cílů nelze bohužel dosáhnout v plné míře zároveň. Pakliže se na chystaný nový zákon podívám *Radbruchovskými brýlemi* zřetelně vidíme snahu o posílení efektivitu (což je jistě chvályhodné), nicméně mám obavu, že současně může dojít k nakročení k omezení spravedlnosti v rámci přestupkového procesu.

Použitá a doporučená literatura:

KOPECKÝ M.: K některým otázkám postavení obviněného v přestupkovém řízení, Správní právo 1/2014, Praha, MVČR, 2014

MOLEK P., Právo na spravedlivý proces. Praha: Wolters Kluwer, 2012,

MATES ,P.a kol.: Základy správního práva trestního, 2.vydání, Praha, 2010, C.H.Beck,

¹² Což na jednu stranu možno přivítat jako pozitivní tlak na odbornost správních orgánů, na straně druhé může více zatížit druhostupňové orgány a následně i soudy. A především se může dotknout práv obviněného v přestupkovém řízení

POTMĚŠIL , J: Poznámky k věcnému záměru nového zákona o přestupcích, Správní právo 1/2014, MVČR, Praha 2014 ,

PRŮCHA, P.: K pojetí správněprávní odpovědnosti a správního trestání, Správní právo 1/2014 , Praha, MVČR, 2014

PRÁŠKOVÁ ,H.: Nový zákon o přestupcích a zvláštní část trestního práva správního , Správní právo 1/2014, Praha, MVČR, 2014

SVOBODA P., Ústavní základy správního řízení v České republice, Linde Praha a.s., 2007