

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE
Právnická fakulta

Mgr. Martin Novák

**Trestněprávní aspekty zadávání veřejných
zakázek**

Criminal aspects of the public procurement

Rigorózní práce

Vedoucí rigorózní práce: prof. JUDr. Pavel Šámal, Ph.D.

Tématický okruh rigorózní práce: Trestní právo

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): září 2015

Čestné prohlášení:

Prohlašuji, že předloženou rigorózní práci jsem vypracoval samostatně a že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny. Dále prohlašuji, že tato práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Dne

.....

Mgr. Martin Novák

Poděkování:

Tímto bych rád poděkoval prof. JUDr. Pavlu Šámalovi, Ph.D., za odborné konzultace a cenné rady, které mi i přes svůj nabitý program v průběhu zpracování práce vždy s ochotou poskytl.

Obsah:

ÚVOD	4
1. REGULACE VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK V PLATNÉM TRESTNÍM ZÁKONÍKU	7
1.2 SJEDNÁNÍ VÝHODY PŘI ZADÁNÍ VEŘEJNÉ ZAKÁZKY, PŘI VEŘEJNÉ SOUTĚŽI A VEŘEJNÉ DRAŽBĚ	9
1.3 PLETICHY PŘI ZADÁNÍ VEŘEJNÉ ZAKÁZKY A PŘI VEŘEJNÉ SOUTĚŽI	14
1.4 SOUVISEJÍCÍ TRESTNÉ ČINY	17
1.4.1 <i>Porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže</i>	17
1.4.2 <i>Charakteristické souběhy</i>	19
1.5 TRESTNÍ ODPOVĚDNOST PRÁVNICKÝCH OSOB	27
2. TRESTNĚPRÁVNÍ ÚPRAVA VE VZTAHU K ZÁKONU O VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH	36
2.1 VEŘEJNÁ ZAKÁZKA	36
2.2 ZADAVATEL A DODAVATEL	42
2.2.1 <i>Zadavatel</i>	42
2.2.2 <i>Dodavatel, uchazeč, zájemce</i>	46
2.3 ZADÁVÁNÍ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK	48
2.3.1 <i>Zadávací řízení</i>	49
2.3.2 <i>Proces zadávání</i>	53
3. FENOMENOLOGIE KRIMINALITY SPOJENÉ SE ZADÁVÁNÍM VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK	68
3.1 STAV REGISTROVANÉ KRIMINALITY	68
3.2 STAV KRIMINALITY VE VZTAHU K TRHU VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK	75
4. VEŘEJNÉ ZAKÁZKY V ROZHODOVACÍ PRAKTICE TRESTNÍCH SENÁTŮ ČESKÝCH SOUDŮ	84
4.1 ZPŮSOB PÁCHÁNÍ	85
4.2 PRÁVNÍ KVALIFIKACE A JEJÍ APLIKAČNÍ PROBLÉMY	100
5. VYBRANÁ SPECIFIKA DOKAZOVÁNÍ	114
5.1 SLEDOVÁNÍ OSOB A VĚCÍ; ODPOSLECH	114
5.2 ZNALECKÉ POSUDKY	120
5.3 PRÁVNÍ STANOVISKA, AUDITY A ROLE ADVOKÁTŮ	126
ZÁVĚR	134
SEZNAM ZKRATEK	138
POUŽITÁ LITERATURA	139
KOMENTÁŘE, UČEBNICE, MONOGRAFIE:	139
ČASOPISECKÉ ČLÁNKY:	140
INTERNETOVÉ ZDROJE:	141
SEZNAM PŘÍLOH	142
PŘÍLOHA Č. 1 : HODNOTA VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK VE VZTAHU K LEGISLATIVNÍM LIMITŮM	142
PŘÍLOHA Č. 2 : SEZNAM SOUDNÍCH ROZHODNUTÍ ZAHRNUTÝCH DO ANALYZOVANÉHO VZORKU	143
SHRNUTÍ:	145
KLÍČOVÁ SLOVA	149

Úvod

Jak vypovídá samotný název této práce, bude jejím hlavním tématem systém zadávání veřejných zakázek a kriminalita s tímto procesem spojená. O tom, že je to téma aktuální přitom nemůže být žádných pochyb. Jen málokterá oblast veřejné správy je předmětem tak tvrdé a dlouhodobé kritiky jako jsou právě veřejné zakázky. Neefektivita nákupů či přímo jejich nehospodárnost, zdlouhavost zadávacích řízení a všudypřítomná netransparentnost, je ze strany laické i odborné veřejnosti nadále kritizována, přestože největší vlna kritiky, která vyvrcholila přijetím tzv. protikorupční novely zákona o veřejných zakázkách počátkem roku 2012, již zřejmě opadla. I přes menší pozornost médií, však nicméně tyto neduhy v procesu nakládání s veřejnými prostředky zůstaly a ne vždy je lze vysvětlit pouze těžkopádností či neodborností operátu veřejné správy.

Česká republika vynakládá každoročně na veřejné zakázky přibližně 17,5% svého HDP, což z ní činí druhý největší trh veřejných zakázek v poměru k HDP v rámci zemí OECD¹. Je zcela evidentní, že takové množství finančních prostředků je i s ohledem na komplikovanost zadávacího procesu a absenci přímé oběti významným kriminogenním faktorem. Trestná činnost je tak se zadáváním veřejných zakázek nepochybně spojena, nadto se jedná o činnost často velmi závažnou, sofistikovanou, páchanou nezřídka organizovanými skupinami, a tedy s vysokou úrovní latence. Odhalování a vyšetřování takového druhu trestné činnosti je proto pro orgány činné v trestním řízení po personální i materiální stránce velmi náročné a vyžaduje vysokou odbornost a důslednost při výkonu jejich povinností.

Cílem této práce je tak prostřednictvím analyticko-syntetických metod, interpretačních metod, metody abstrakce a za užití poznatků získaných z primárních i sekundárních zdrojů nejen představit základní rysy kriminality se zadáváním veřejných zakázek spojené, ale především provést podrobný rozbor platné trestněprávní regulace, zejména pak co do úpravy trestných činů dle § 256 a 257 tr. zákoníku a prostřednictvím

¹ Nikolová, P., Palguta, J., Pertold, F., Vozár, M., Veřejné zakázky: Co říkají data o chování zadavatelů. Cerge EI. 2012, s. 1, dostupné na: http://idea.cerge-ei.cz/documents/studie_2012_05.pdf

zkušeností z praxe a analýzy aktuálních rozhodnutí obecných soudů, identifikovat nejvýznamnější problémy, které při odhalování, prověřování a vyšetřování této formy trestné činnosti po právní či kriminalistické stránce vznikají.

Rigorózní práce je tématicky rozdělena celkem do pěti částí, z nichž každá se dále dělí do dílčích kapitol.

Vzhledem k tomu, že nelze hovořit o specifikách kriminality spojené se zadáváním veřejných zakázek bez toho, aby byla nejprve stanovena základní teoretická východiska, je předmětem první části této práce, především základní vymezení platné trestněprávní regulace procesu zadávání veřejných zakázek, a to jak s ohledem na zák. č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, tak na zákon o trestní odpovědnosti právnických osob. V rámci této části pak budou představeny rovněž vybrané teoretické a interpretační problémy, které jsou s příslušnými ustanoveními platné trestněprávní úpravy spojeny.

Rovněž druhá část práce je věnována popisu platné právní úpravy. Oproti části první je nicméně zaměřena především na interpretaci těch normativních znaků skutkových podstat trestných činů souvisejících se zadáváním veřejných zakázek, jejichž obsah je vymezen převážně v platné právní úpravě obsažené v zák. č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách. Cílem této části je nejenom poskytnout podrobný právní výklad, ale současně na základě praktických zkušeností a poznatků odborné literatury, se zaměřením na trestné činy dle § 256 a 257 tr. zákoníku poukázat na vybrané teoretické problémy, které mohou potencionálně nastat při interpretaci předmětných ustanovení.

V rámci třetí části práce bude poskytnut stručný fenomenologický rozbor problematiky kriminality spojené se zadáváním veřejných zakázek, a to jak ve vztahu ke stavu registrované kriminality se zaměřením na trestné činy dle § 256 a 257 tr. zákoníku, tak s ohledem na stav trhu veřejných zakázek ve vztahu ke kriminalitě latentní.

Čtvrtá část je již věnována praktickým zkušenostem při aplikaci příslušných hmotněprávních ustanovení jednotlivých trestných činů spojených se zadáváním veřejných zakázek. Podkladem pro její zpracování přitom jsou především rozhodnutí obecných soudů vydané ve věcech vedených pro trestné činy dle § 256 a 257 tr. zákoníku, které byly v anonymizované podobě vyžádány v souladu se zák. č. 106/1999 Sb. Úkolem právě této části je pak identifikace konkrétních problémů, které při aplikaci příslušných trestněprávních ustanovení v rozhodovací praxi obecných soudů vznikají a nastínění jejich možných řešení.

Konečně poslední, pátá část, se zabývá problematikou procesu dokazování se zaměřením na vybraná specifika oproti jiným formám trestné činnosti. Úlohou této části je představení charakteristických důkazních prostředků, které jsou v případě kriminality spojené se zadáváním veřejných zakázek využívány, a to včetně nastínění případných problémů, které při jejich aplikaci mohou vzniknout a odpovědí na to, jak tyto problémy řešit.

1. Regulace veřejných zakázek v platném trestním zákoníku

Spolu s proměnou politického a hospodářského systému, ke kterému v České republice došlo po roce 1989, vyvstala akutní potřeba změny způsobu jakým veřejný sektor, tedy stát, pořizoval nezbytné statky a služby. Vznikly veřejné zakázky, prostřednictvím kterých měly být finanční prostředky státu efektivně a účelně vynakládány. V souvislosti s jejich zavedením nicméně bylo již od počátku zřejmé, že nejenže tento systém bude nepochybně vystaven pokusům o jeho zneužití, ale současně, že stávající právní úprava, založená na principu socialistického vlastnictví, k jeho efektivní ochraně v novém hospodářském prostředí zjevně stačit nemůže. Zákonodárce proto přistoupil k novelizaci tehdy platného trestního zákona, konkrétně zákonem č. 557/1991 Sb., kterým byla hlava druhá, oddíl druhý doplněn o nová ustavení § 128a až 128c souhrnně nazvaná „*Pletichy při veřejné soutěži a veřejné dražbě*“. Stojí za pozornost, že v době, kdy byly tyto skutkové podstaty do trestního zákona začleněny, byly zamýšleny pouze jako speciální úprava ve vztahu k úplatkářským trestným činům, neboť existovala pochybnost, zda je činnost v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek věcí obecného zájmu. Přestože novela trestního zákona č. 537/2004, která v souladu s mezinárodními závazky České republiky nově vymezila pojem *věc obecného zájmu*, tyto pochybnosti odstranila, zůstala právní úprava pletich při veřejné soutěži a veřejné dražbě zachována v nezměněné podobě až do přijetí nového trestního zákoníku, jenž z ní do značné míry rovněž vychází².

Jak již bylo naznačeno výše, je v současnosti základem postihu trestné činnosti spojené se zadáváním veřejných zakázek trestní zákoník, tedy zák. č. 40/2009 Sb. Ustanovení § 128a a § 128b tr. zákona byla do nové právní úpravy, která nabyла účinnosti dne 1.1.2010, převzata a nově označena jako trestný čin *sjednání výhody při zadání veřejné zakázky, při veřejné soutěži a veřejné dražbě* dle ustanovení § 256 trestního zákoníku a trestný čin *pletichy při zadání veřejné zakázky a při veřejné soutěži* podle § 257 trestního zákoníku³. Nejedná se však o jediné ustanovení, která by protiprávní jednání v souvislosti s veřejnými zakázkami postihovala. V tomto směru

² Teryngel, J. K postihu hospodářských trestných činů v novém trestním kodexu. Trestní právo, č. 06/2009, s. 13

³ Dále pouze „sjednání výhody při zadání veřejné zakázky“ a „pletichy při zadání veřejné zakázky“

nelze opomíjet především základní skutkovou podstatu trestného činu *porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže* dle § 248 odst. 2 al. 2 tr. zákoníku, která je ze své povahy úpravou obecnou ve vztahu k shora vymezeným zákonným ustanovením. Lze dále nalézt také celou řadu trestných činů, které jsou s procesem zadávání veřejných zakázek pravidelně spojeny. Ať už se jedná o aktivní úplatkářství, porušování povinností při správě cizího majetku, či trestnou činnost úředních osob, je nepochybné, že právě tento typ protiprávních jednání bývá pravidelným prostředkem, prostřednictvím kterého je do veřejných zakázek zasahováno, či naopak důsledkem, ke kterému manipulace s procesem zadávání veřejných zakázek může vést.

Nutno podotknout, že přestože právní úprava jak trestného činu dle § 256, tak dle § 257 byla do nového trestního zákoníku v zásadě převzata z ust. § 128a a § 128b zák. č. 140/1961 Sb., trestního zákona, doznala i celé řady změn a terminologických upřesnění, reflektujících rovněž přijetí platného zákona o veřejných zakázkách. Z terminologického hlediska tak byla trestnost těchto činů vymezena výslovně na jednání v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek. Současně byly stanoveny nové znaky kvalifikovaných skutkových podstat ustanovení § 256 odst. 2 písm. a) a odst. 4 tr. zákoníku a ustanovení § 257 odst. 2 a 3 tr. zákoníku. Druhový objekt obou těchto trestných činů, tedy zájem na řádném a zákonném provedení jakékoli veřejné soutěže, zadání veřejné zakázky nebo jakékoli veřejné dražby, zejména zájem na dodržování stanoveného postupu za rovných podmínek pro jejich účastníky, zůstal samozřejmě nezměněn⁴. Rovněž po subjektivní stránce se i nadále v obou případech jedná o trestné činy úmyslné. Oproti případu pletich je nicméně u trestného činu dle § 256 tr. zákoníku vyžadován k naplnění subjektivní stránky rovněž tzv. „druhý úmysl“ spočívající v tom, že pachatel jedná v úmyslu způsobit jinému škodu, nebo opatřit sobě nebo jinému prospěch, kdy tento prospěch, může být materiální i imateriální povahy. V obou případech se konečně jedná rovněž o trestné činy, jejichž spáchání může být, v souladu s ustanovením § 7 ZTOP, přičitatelné právnické osobě.

⁴ Novotný, O., Vanduchová M., Šámal, P. a kol. Trestní právo hmotné, Zvláštní část. 6. vydání, Praha : Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, s. 308

1.2 Sjednání výhody při zadání veřejné zakázky, při veřejné soutěži a veřejné dražbě

Dle ustanovení § 256 odst. 1 tr. zákoníku se přečinu sjednání výhody při zadání veřejné zakázky dopustí ten, kdo „v souvislosti se zadáním veřejné zakázky, veřejnou soutěží a veřejnou dražbou v úmyslu způsobit jinému škodu nebo opatřit sobě nebo jinému neoprávněný prospěch sjedná některému dodavateli, soutěžiteli nebo účastníku dražby neoprávněnou přednost nebo výhodnější podmínky na úkor jiných dodavatelů nebo soutěžitelů.“ S ohledem na takto vymezené znění základní skutkové podstaty je tedy zřejmé, že podstatou předmětného trestného činu je jednání spočívající v porušení povinností vyplývajících z postavení pachatele v rámci zadavatele veřejné zakázky.⁵

O pojmech jako je *veřejná zakázka*, její *zadávání*, *zadavatel* či *dodavatel*, bude podrobně pojednáno v následující části. Co se týká ostatních znaků objektivní stránky základní skutkové podstaty, zákon uvádí *sjednání neoprávněné přednosti*, resp. *výhodnějších podmínek na úkor* jiných dodavatelů nebo soutěžitelů.

Jak vyplývá z odborné literatury a dostupné judikatury, rozumí se *sjednáním přednosti* takové jednání pachatele, kterým některému dodavateli, soutěžiteli, či účastníku veřejné dražby (s ohledem na zaměření práce bude nadále hovořeno pouze o dodavateli, příp. o veřejných zakázkách), poskytne v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky určitý časový předstih.⁶ Může se jednat o přednostní informace o přípravě zadávacího řízení, o jeho podmínkách či jiné informace, jejichž dřívější znalost oproti ostatním dodavatelům může být způsobilá výsledek zadávacího řízení ovlivnit. *Výhodnějšími podmínkami* se pak rozumí jakékoli jiné zvýhodnění konkrétního dodavatele či skupiny dodavatelů oproti ostatním. V praxi se může jednat o vyzrazení neveřejných informací, např. o obsahu nabídek ostatních dodavatelů, manipulace s kvalifikačními předpoklady ve prospěch jednoho z dodavatelů, či úprava hodnotících kritérií. O konkrétních způsobech páchaní bude podrobněji pojednáno níže ve druhé a především pak čtvrté části, obecně však lze shrnout pojem *sjednání přednosti* či

⁵ Novotný, O., Vanduchová M., Šámal, P. a kol. Trestní právo hmotné, Zvláštní část. 6. vydání, Praha : Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, s. 309

⁶ Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 2. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2622

výhodnějších podmínek jako takové jednání pachatele, kterým došlo k porušení podmínek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách⁷.

Samozřejmě mezi základní znaky skutkové podstaty daného trestného činu patří rovněž okolnost, že se jednání popsaného výše pachatel dopustil *v souvislosti* se zadáním veřejné zakázky.

Co se týká subjektivní stránky základní skutkové podstaty daného trestného činu, patří mezi její znaky rovněž tzv. druhý úmysl, tedy úmysl pachatele opatřit sobě nebo jinému neoprávněný prospěch, nebo způsobit jinému škodu. Podmínkou trestní odpovědnosti tedy není, aby pachatel prospěch skutečně opatřil, resp. způsobil škodu, postačí, pokud s takovým následkem byl alespoň srozuměn⁸. Skutečné způsobení škody či získání prospěchu je znakem až kvalifikované skutkové podstaty dle § 256 odst. 2 písm. b) a c) tr. zákoníku (značná škoda resp. prospěch). K výkladu pojmu *neoprávněný prospěch* je na tomto místě vhodné doplnit, že dle rozhodovací praxe obecných soudů za něj lze považovat nejenom zisk dodavatele z předmětné zakázky, ale rovněž i protiprávní zvýhodnění, které pachatel dodavateli v rámci zadávacího řízení poskytl, spočívající v neoprávněném výkonu určité činnosti, bez zákonného výběrového řízení⁹.

Mezi znaky kvalifikované skutkové podstaty dle § 256 odst. 2 tr. zákoníku patří kromě zmiňované výše způsobené škody a získaného prospěchu, rovněž speciální subjekt (písm. a)). Zákon tak přísněji postihuje takového pachatele, který se jednání uvedeného v odst. 1 dopustí jako *člen hodnotící komise*, či jako *člen organizované skupiny*. Zatímco o hodnotící komisi a jejích členech bude podrobněji pojednáváno v následující části, je vhodné se na tomto místě krátce věnovat vymezení pojmu *organizovaná skupina* a členství v ní.

Dle ustálené judikatury je tento znak naplněn tehdy, pokud se pachatel dopustí daného trestného činu ve sdružení nejméně tří trestně odpovědných osob, jejichž

⁷ Jelínek, J. a kol.: Trestní právo hmotné. 3. Vydání. Praha: Leges, 2013, s. 714

⁸ Srov. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. července 2014, sp. zn. 5 Tdo 178/2014

⁹ Srov. Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 08.12.2008, sp.zn. 40 T 3/2008, publikováno v [Trestněprávní revue č. 5/2012, s. 121 - 124]

vzájemná součinnost na realizování trestné činnosti vykazuje takovou míru plánovitosti jejího průběhu a tomu odpovídající koordinaci úloh jednotlivých účastníků, že tyto okolnosti zvyšují pravděpodobnost úspěšného provedení trestného činu a tím i jeho nebezpečnost pro společnost¹⁰. Na rozdíl od pojmu *organizovaná zločinecká skupina* ve smyslu ustanovení § 129 tr. zákoníku, tak v daném případě není vyžadována trvalost takového sdružení, či soustavnost páchaní trestné činnosti. Tomu, aby pachatel spáchal trestný čin jako člen organizované skupiny, dále nebrání ani skutečnost, že se nepodařilo zjistit totožnost všech jejích členů. Postačí totiž, pokud bylo zjištěno, že mezi nejméně třemi osobami reálně existujícími a vzájemně spolupracujícími došlo k výše popsané součinnosti na realizování trestné činnosti.¹¹ Naplnění okolnosti podmiňující použití vyšší trestní sazby spočívající ve spáchání činu členem organizované skupiny pak konečně nebrání ani skutečnost, že je skupina tvořena jak pachateli, tak účastníky na daném trestném činu¹².

Z hlediska kvalifikované skutkové podstaty dle § 256 odst. 3 a 4 tr. zákoníku, je znakem objektivní stránky předmětného trestného činu rovněž jednání, kterým pachatel v souvislosti s okolnostmi uvedenými v odst. 1 *žádá, přijme* nebo si *dá slíbit* majetkový nebo jiný prospěch. Toto ustanovení je svou povahou *lex specialis* k trestnému činu přijetí úplatku dle § 331 tr. zákoníku. Znakem kvalifikované skutkové podstaty dle ustanovení odst. 4 je pak speciální subjekt, kterým musí být úřední osoba. Co se týká trestněprávně relevantního jednání, zákon postihuje jednání pachatele, který si *dá slíbit, přijme* nebo *žádá* úplatek. Jedná se v podstatě o shodnou úpravu jako je obsažena v již zmiňovaném ustanovení § 331 tr. zákoníku a je rovněž obdobně vykládána.

V souladu s výkladem těchto ustanovení tedy pachatel *přijme* majetkový nebo jiný prospěch tehdy, kdy jej fakticky obdrží, a to jak sám, tak i prostřednictvím jiného. Obdobně jako v případě úplatkářství přitom není rozhodné, zda k takovému jednání došlo před, nebo až po zadání veřejné zakázky, ani to zda došlo k předchozímu slibu či jestli neoprávněný majetkový prospěch pachatel žádal.

¹⁰ Srov. přim. Rozsudek Nejvyššího soudu ČSR ze dne 18. července 1985, sp. zn. 11 To 51/85

¹¹ Srov. Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 12. 8. 2010, sp. zn. 8 Tdo 940/2010 [publikováno T 1325]

¹² Srov. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. 4. 2010, sp. zn. 8 Tdo 237/2010 [publikováno R 22/2011]

Dalším, alternativním znakem uvedeným v odst. 3 a 4 je jednání pachatele, který si *dá slíbit* majetkový nebo jiný prospěch. Jedná se ze své podstaty o přípravné jednání povýšené na dokonaný trestný čin. K dokonání trestného činu dojde v okamžiku, kdy pachatel nabídku neodmítne a výslovně nebo konkludentně s ní souhlasí, není tedy třeba, aby ji výslovně přijal, či jinak s podplácejícím spolupracoval.

Zvláštním druhem přípravného jednání je dále znak, kdy pachatel majetkový či jiný prospěch *žádá*. Rovněž v tomto případě je nerozhodné, zda k poskytnutí úplatku skutečně dojde, postačí, že pachatel takovou žádost učinil, a to ať už výslovně či konkludentně. K naplnění tohoto znaku tedy stačí jakékoli jednání navozující situaci, aby byl pachateli takový prospěch slíben nebo nabídnut, tedy jednání, z něhož bude patrné, že jej pachatel očekává a chce¹³.

Specifická situace může nastat tehdy, pokud pachatel sice přijme, žádá nebo si dá slíbit prospěch, ale výhodnější podmínky, či přednost některému z dodavatelů nesjedná. Zcela zjevně se v takovém případě s ohledem na konstrukci předmětného ustanovení nabízí otázka, jak takovou situaci právně kvalifikovat. Bohužel ani dostupná judikatura, ani odborná literatura tuto problematiku neřeší. Nezbývá tedy než při zodpovězení této otázky vycházet z gramatického, logického a teleologického výkladu předmětného ustanovení. Jak již bylo uvedeno výše, dle ustanovení § 256 odst. 3 resp. 4 tr. zákoníku pachatel naplní znaky kvalifikované skutkové podstaty tehdy, pokud přijme, žádá nebo si dá slíbit prospěch za okolností uvedených v odstavci 1. Jinými slovy tehdy, *pokud pachatel v souvislosti se zadáním veřejné zakázky, v úmyslu způsobit jinému škodu nebo opatřit sobě nebo jinému prospěch, sjedná některému dodavateli přednost nebo výhodnější podmínky na úkor jiných dodavatelů a přitom žádá, přijme nebo si dá slíbit majetkový nebo jiný prospěch*¹⁴.

Přes shora uvedenou citaci z komentáře nicméně dle autora této práce nelze předmětné ustanovení vykládat tak, že by k trestnosti pachatele bylo nezbytné

¹³ Srov. přiměřeně Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČSR z 23. 2. 1983 sp. zn. 11 Tz 3/83, [publikováno R 46/1983- I]

¹⁴ Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 2. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2626

výhodnější podmínky či přednost skutečně sjednat, ale postačí, pokud se pachatel žádosti, přijetí nebo akceptace slibu majetkového prospěchu dopustil v souvislosti se zadáním veřejné zakázky a za to, že takovou výhodu nebo prospěch v budoucnu sjedná. Tato interpretace odpovídá nejenom gramatickému výkladu předmětného ustanovení (srov. „za okolností uvedených v odst. 1“), ale především výkladu teleologickému. Účelem daného ustanovení je efektivní postih pasivního úplatkářství v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek. Opačný výklad, tedy, že k trestnosti jednání popsaného v odst. 3 a 4 je nezbytné se o sjednání výhodnějších podmínek nebo přednosti alespoň pokusit, by znemožňoval postih zejména žádosti o prospěch v případech, kdy by tato žádost nebyla akceptována. Za předpokladu, že by pachatel pouze požádal o prospěch, a tato žádost by byla požádanou osobou odmítnuta, logicky by výhodu takové osobě nesjednal a ani by se o to nepokusil. Pokud by tedy skutečně sjednání přednosti či výhodnější podmínek dle odst. 1 bylo znakem rovněž ustanovení § 256 odst. 3 a 4 tr. zákoníku, nemohl by být znaky těchto kvalifikovaných skutkových podstat naplněny, a to ani ve fázi pokusu. Jinými slovy neakceptovaná žádost o prospěch v souvislosti s veřejnou zakázkou by nebyla při opačné interpretaci dle § 256 tr. zákoníku postizitelná. A to i přesto, že vyslovení žádosti zpravidla předchází prvotnímu pokusu pachatele o sjednání výhody, ale samo o sobě je společensky škodlivým jednáním a významným kriminogenním faktorem. Jednání popsané v ustanovení § 256 odst. 3 a 4 tr. zákoníku je proto, obdobně jako v případě úplatkářství, nezbytné vykládat jako zvláštní druh přípravy povýšené na předčasně dokonaný trestný čin, přičemž je trestné bez ohledu na to, zda pachatel výhodnější podmínky či přednost skutečně sjedná nebo se o to pokusí¹⁵. Uvedené samozřejmě platí za předpokladu, že pachatel měl od počátku v úmyslu některému dodavateli výhodu poskytnout. Pokud by tomu tak nebylo, bylo by možné posoudit takové jednání dle ustanovení o trestném činu podvodu dle § 209 tr. zákoníku, neboť tím, že by pachatel předstíral úmysl sjednat přednost či výhodnější podmínky, by uváděl osobu poskytující za těchto okolností úplatek, v omyl.

Subjektem daného trestného činu pak může být, s výjimkou ustanovení § 256 odst. 2 písm. a) tr. zákoníku, kde je vyžadován speciální subjekt, obecně kdokoli, bude

¹⁵ Srov. přim. Novotný, O., Vanduchová M., Šámal, P. a kol. Trestní právo hmotné, Zvláštní část. 6. vydání, Praha : Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, s. 435

jím však s ohledem na podobu objektivní stránky zpravidla ten, kdo mu určité povinnosti v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky¹⁶.

1.3 Pletichy při zadání veřejné zakázky a při veřejné soutěži

Na rozdíl od ustanovení § 256 tr. zákoníku, které je zaměřené především na ochranu rovnosti a transparentnosti zadávacího řízení, je objektem trestného činu pletich dle § 257 tr. zákoníku ochrana samotných zájemců či uchazečů v zadávacím řízení tak, aby nedocházelo k jejich protiprávnímu ovlivňování, které by bylo způsobilé jejich přístup k veřejné zakázce omezit¹⁷.

Jak vyplývá z § 257 odst. 1 tr. zákoníku, objektivní stránka předmětného trestného činu je naplněna tehdy, pokud se pachatel v souvislosti se zadáním veřejné zakázky dopustí některého ze čtyř alternativně vyjádřených jednání.

Pod písm. a) citovaného ustanovení je postihováno jednání, kdy pachatel *lstí nebo pohrůzkou násilí nebo jiné těžké újmy přiměje jiného, aby se zdržel účasti v zadávacím řízení*. Jedná se o speciální skutkovou podstatu k přečinu vydírání dle § 175 odst. 1 tr. zákoníku, jednočinný souběh těchto trestných činů je tak logicky vyloučen. Rovněž jednotlivé znaky tohoto ustanovení jsou vykládány shodně, jako je tomu v případě vydírání. *Lstí* se tak rozumí jednání pachatele, který v jiném omyl vyvolá nebo takového omylu využije. Co se týká *pohrůžky násilí nebo jiné těžké újmy*, nemusí se nutně jednat o pohrůžku bezprostředním násilím či újmou. Hrozba rovněž nemusí být směřována přímo proti tomu, kdo se má zadávacího řízení účastnit a taková osoba ani nemusí být vyslovení pohrůžky osobně fyzicky přítomna. K dokonání daného trestného činu je pak nezbytné, aby se osoba, které je pohrůžka adresována skutečně zadávacího řízení zdržela. Pokud je pohrůžka vyslovena, a přesto vydíranou osobu neovlivní, je nutné takové jednání posuzovat dle ustanovení o pokusu ve smyslu § 21 odst. 1 tr. zákoníku.¹⁸

¹⁶ Novotný, O., Vanduchová M., Šámal, P. a kol. Trestní právo hmotné, Zvláštní část. 6. vydání, Praha : Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, s. 310

¹⁷ Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 2. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2629

¹⁸ tamtéž, s. 2631

Ustanovení § 257 odst. 1 písm. b) a c) tr. zákoníku pak postihují aktivní a pasivní úplatkářství v souvislosti se zadávacím řízením. Pachatel se tak předmětného trestného činu dopustí tehdy, pokud *jinému poskytne, nabídne nebo slíbí* (písm. b)) resp. *žádá nebo přijme* (písm. c)) majetkový či jiný prospěch za to, *že se zdrží účasti v zadávacím řízení*. Rovněž daná ustanovení jsou ve vztahu speciality k trestným činům přijetí úplatku dle § 331 resp. podplacení dle § 332 trestního zákoníku, jednočinný souběh je tedy vyloučen. Co se týká jednotlivých druhů jednání, jejich výklad se oproti ustanovení § 256 tr. zákoníku nijak neliší. V tomto tedy lze odkázat na předcházející kapitolu. Obdobně jako tomu bylo v případě jednání popsaného pod písm. a) citovaného ustanovení, musí se pachatel dopustit předmětného jednání ve snaze buď přimět jiného zdržet se účasti v zadávacím řízení (písm. b)) nebo takto sám učinit (písm. c)). K dokonání trestného činu nicméně dochází již v okamžiku, kdy pachatel předmětné jednání dokončí a není nezbytné, aby svého záměru skutečně docílil¹⁹. V případě jednání popsaného pod písm. c) předmětného ustanovení pak stojí za zmínku skutečnost, že toto na rozdíl od ustanovení § 331 a 256 odst. 3 tr. zákoníku nepostihuje přijetí slibu prospěchu.

Konečně písm. d) předmětného ustanovení postihuje jednání spočívající v tom, že pachatel *na základě dohody s jiným zájemcem nebo uchazečem vyvíjí činnost směřující k zadání veřejné zakázky za nepřiměřeně vysokou nebo jinak nevýhodnou cenu*. Toto jednání je ve svém základu vlastně jistou obdobou kartelové dohody v hospodářské soutěži. Dohoda, kterou pachatelé uzavřeli, nemusí mít žádné formální náležitosti, postačuje jakékoli ujednání, které směřuje k zadání zakázky za nepřiměřeně vysokou cenu. Samotná dohoda nicméně trestní odpovědnost nezakládá, ale je třeba, aby ji pachatel alespoň započal realizovat.²⁰ Obsah a limity pojmu *vyvíjení činnosti* zákon nijak nespécifikuje. Lze tedy předpokládat, že se jedná o jakoukoli činnost v kterémkoli druhu zadávacího řízení realizovanou na základě dohody, a která směřuje k účelu vymezenému v citovaném ustanovení, tedy k zadání zakázky za nepřiměřenou cenu. *Nepřiměřenou cenou* se pak dle odborné literatury rozumí taková cena, která

¹⁹ Srov. přim. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 20.12.2007, sp.zn. 5 Tdo 1084/2008 [publikováno 32/2009 Sb. rozh. trest.]

²⁰ Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 2. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2632

výrazně – v řádech desítek procent – přesahuje cenu obvyklou v daném čase a místě vztahující se k poskytování dodávek či služeb nebo provedení stavebních prací²¹.

Obdobně jako tomu bylo v případě ustanovení § 256 tr. zákoníku, znakem základní skutkové podstaty není způsobení škody či přivození prospěchu.

Co se týká kvalifikovaných skutkových podstat vymezených v ustanovení § 257 odst. 2 resp. 3 trestního zákoníku, jsou jejich znaky specifický úmysl přivodit sobě nebo jinému značný prospěch (odst. 2 písm. a) a odst. 3 písm. b)), resp. prospěch velkého rozsahu (odst. 3 písm. a)) a speciální subjekt, kterým je úřední osoba (odst. 2 písm. b), odst. 3 písm. b)).

K výši prospěchu je na tomto místě nutné konstatovat, že tímto prospěchem zásadně není a ani nemůže být celá hodnota zakázky. Dle již dnes konstantní a respektované judikatury Nejvyššího soudu je při určování výše prospěchu nutno vždy vycházet z tzv. „čistého prospěchu“, který vyjadřuje skutečnou výši prospěchu ve smyslu obohacení pachatele nebo jiné osoby. Jestliže se tedy pachatel snažil trestnou činností získat veřejnou zakázku, pak *za prospěch pachatele či jiné osoby nelze považovat již samotný hrubý objem takové zakázky vyjádřitelný v penězích, nýbrž čistý prospěch stanovený teprve po odpočtu všech nezbytných nákladů, které by jinak musely být v souvislosti s uskutečněním předmětné zakázky ze strany pachatele či jiné osoby z jejich prostředků vynaloženy*²². Tyto závěry přitom platí rovněž pro stanovování výše škody či prospěchu pro účely kvalifikovaných skutkových podstat trestného činu sjednání výhody při zadání veřejné zakázky, veřejné soutěži a veřejné dražbě dle § 256 tr. zákoníku, případně porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže dle § 248 tr. zákoníku.

Z hlediska subjektu daného trestného činu stojí za pozornost, že zatímco v případě ustanovení § 257 odst. 1 písm. a) až c) tr. zákoníku jím může být kdokoliv, v případě ustanovení písm. d) předmětného ustanovení zákon zřejmě vyžaduje speciální

²¹ Kuchta, J. Kurs trestního práva. Trestní právo hmotné. Zvláštní část. Praha : C. H. Beck, 2010. s. 307

²² Srov. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. 5. 2008, sp. zn. 3 Tdo 496/2008, [publikováno pod R 4/2009 tr.]

subjekt. Uvedené dle názoru autora této práce vyplývá z gramatického výkladu citovaného ustanovení, kdy trestněprávně relevantní jednání spočívá v *dohodě s jiným zájemcem nebo uchazečem*. Právě použití slova „jiný“ předpokládá, že i pachatel sám bude jednat v postavení zájemce či uchazeče.

1.4 Související trestné činy

Přestože jsou trestné činy dle § 256 a 257 tr. zákoníku základem trestněprávní regulace zadávání veřejných zakázek, o jediná ustanovení určená k ochraně tohoto procesu se nejedná. V tomto směru nelze nezmínit ustanovení § 248 odst. 2 al. 2 tr. zákoníku. Kromě toho však zákon obsahuje celou řadu dalších skutkových podstat, které přestože samy na veřejné zakázky bezprostředně necílí, protiprávní jednání v souvislosti s jejich zadáváním pravidelně postihují a představují tak doplněk právní ochrany poskytované shora uvedenou úpravou.

1.4.1 Porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže

Jak již bylo uvedeno v úvodu této části, trestné činy upravené v ustanoveních § 256 a 257 tr. zákoníku nejsou v platné právní úpravě jediné, které obsahují jako znak základní skutkové podstaty jednání v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek.

Dle ust. § 248 odst. 2 al. 2 tr. zákoníku se trestného činu porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže dopustí mimo jiné ten, kdo *v rozporu s jiným právním předpisem o veřejných zakázkách poruší závažným způsobem závazná pravidla zadávacího řízení ... a způsobí tím ve větším rozsahu újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům, zadavateli nebo jinému dodavateli nebo opatří tím sobě nebo jinému ve větším rozsahu neoprávněné výhody*. Uvedené ustanovení je ve vztahu k trestným činům dle § 256 či 257 tr. zákoníku ustanovením obecným, užije se tedy subsidiárně tehdy, kdy jednáním pachatele nebudou znaky těchto skutkových podstat naplněny.

Z hlediska objektivní stránky daného ustanovení je na tomto místě vhodné zdůraznit, že porušení závazných pravidel zadávacího řízení musí být spácháno *závažným způsobem* (tedy nikoli zanedbatelným či běžným), což lze chápat jako jednu

z konkrétních forem realizace zásady *ultima ratio* obecně zakotvené v ustanovení § 12 odst. 2 tr. zákoníku²³.

Uvedená právní kvalifikace bude přicházet v úvahu především tehdy, kdy pachatel např. dle zákona o veřejných zakázkách nepostupuje vůbec, ačkoliv k tomu byl povinen, nebo tehdy, kdy se pachateli nepodaří prokázat naplnění subjektivní stránky tvořené druhým úmyslem, přivodit sobě nebo jinému neoprávněný prospěch, či způsobit jinému škodu. Takový úmysl není znakem skutkové podstaty § 248 odst. 2 al. 2 tr. zákoníku. Naproti tomu je však obligatorním znakem skutkové podstaty způsobení některého z alternativně vyjádřených následků, mezi kterými může být rovněž způsobení újmy, případně opatření neoprávněné výhody většího rozsahu. Nutno nicméně podotknout, že újma v daném případě nemusí znamenat pouze majetkovou škodu, tedy újmu, která nastala v majetkové sféře poškozeného, ale může mít i nemajetkový charakter. Takovou újmu tak může například být např. i poškození dobré pověsti. Rovněž *opatřením neoprávněných výhod* se zde rozumí výhody materiální i imateriální. Pojem výhody je tedy nutné chápat v širším smyslu než jako pouhý prospěch, neboť zahrnuje rovněž výhody imateriální, které se však mohou v konečném důsledku projevit i v majetkové sféře soutěžitele, který takové výhody získal²⁴.

Takovou výhodou může být dle přesvědčení autora této práce rovněž již samotné získání veřejné zakázky některým z přihlášených uchazečů²⁵. To však pouze za předpokladu, že pachatel závažným způsobem porušil pravidla zadávacího řízení tak, že to mělo za následek výběr jiné nabídky než by tomu bylo v případě, kdy by k takovému porušení nedošlo. Jinými slovy mezi jednáním pachatele a způsobeným následkem v podobě získání veřejné zakázky některým z dodavatelů, musí být příčinná souvislost stejně, jako je tomu v případě způsobení škody nebo přivození prospěchu u jiných trestných činů. Pokud by porušení pravidel zadávacího řízení nemělo vliv na výběr vítězné nabídky, znak *opatření neoprávněné výhody* naplněn dle názoru autora této práce nebude.

²³ Kolman, P. Vybrané aktuální aspekty veřejných zakázek z pohledu trestního práva. Trestní právo, č. 11/2012, s. 24 – 28

²⁴ Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 2. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2513 a násl.

²⁵ Srov. přim. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 24. 9. 2003, sp. zn. 5 Tdo 963/2003

Z hlediska vztahu k jiným ustanovením trestního zákoníku stojí za pozornost, že jednočinný souběh § 248 s trestným činem dle § 220 tr. zákoníku, alespoň dle názoru autora této práce, není vyloučen. Obě ustanovení jsou určena k ochraně odlišných zájmů (majetková práva, pravidla hospodářské soutěže), nejsou navzájem v poměru speciality a subsidiarity a zpravidla nepůjde ani o případ tzv. faktické konzumpce²⁶. Pokud tedy pachatel poruší svým jednáním uloženou nebo smluvně převzatou povinnost opatrovat nebo spravovat cizí majetek a tím jinému způsobí škodu nikoli malou, a současně závažným způsobem poruší závazná pravidla zadávacího řízení, naplní skutkovou podstatu jak trestného činu dle § 220 tr. zákoníku, tak přečinu dle § 248 odst. 2 al. 2 tr. zákoníku.

1.4.2 Charakteristické souběhy

V souvislosti s procesem zadávání veřejných zakázek je v praxi možné zaznamenat i řadu dalších trestných činů, a to i přesto, že jednání v souvislosti se zadáním veřejných zakázek mezi znaky svých skutkových podstat výslovně nemají. Charakteristicky se jedná o trestné činy spáchané v souběhu s některým z ustanovení § 256, či § 257 tr. zákoníku, a to ať už v jednočinném, či vícečinném, které jsou páchany zpravidla s cílem tuto trestnou činnost umožnit, nebo jsou jejím přímým důsledkem.

Nejtypičtějším trestným činem, který se v souvislosti se zadávacím řízením může vyskytovat, je zneužití pravomoci úřední osoby ve smyslu ustanovení § 329 tr. zákoníku. Základní skutková podstata předmětného činu postihuje pachatele, který v postavení úřední osoby, v úmyslu způsobit škodu, či přivodit prospěch, *vykonává svou pravomoc způsobem odporujícím právnímu předpisu, překročí svou pravomoc nebo své povinnosti nesplní*. V případě zadávání veřejných zakázek se tak bude pravidelně jednat o osobu jednající za zadavatele. K tomuto je nicméně nutné doplnit, že ne každý zadavatel je orgánem státu, či vykonavatelem státní správy (viz následující kapitola), tedy ne u každého pachatele, může naplnění skutkové podstaty tohoto trestného činu přicházet v úvahu. To i přesto, že se jinak dopustil jednání popsaného v § 329 odst. 1 tr.

²⁶ Srov. přim. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 09.02.2006, sp.zn. 5 Tdo 325/2007, [publikováno pod R 8/2008 Sb. rozh. tr.]

zákoníku. Zákon vyžaduje speciální subjekt, *úřední osobu*, kdy tento pojem má v ustanovení § 127 tr. zákoníku svou zákonnou definici.

Aby tedy bylo možné na pachatele pohlížet jako na úřední osobu, musí jednat v postavení některého ze subjektů uvedených pod písm. a) až i) předmětného ustanovení, a nadto se svého trestného činu dopustit při plnění úkolů státu nebo společnosti a za využití pravomocí svěřených pro plnění těchto úkolů.²⁷ Používáním svěřené pravomoci se přitom rozumí realizace oprávnění daných úřední osobě k výkonu veřejné moci, tj. k rozhodování o právech a povinnostech osob. Úřední osobou není pouze ten, kdo vydává nebo činí určité rozhodnutí, ale i ten, kdo takové rozhodnutí připravil, za podmínky, že bez této přípravy by předmětné rozhodnutí nemohlo být učiněno, anebo ten, kdo zabezpečuje výkon takového rozhodnutí²⁸. Při splnění uvedených podmínek se tak dle nesvědčení autora této práce trestného činu dle § 328 tr. zákoníku může dopustit i taková úřední osoba, která nezákonně nakládá s majetkem o jehož řádnou správu byla povinna z titulu své funkce pečovat. A to ačkoliv se navenek jedná o činnost projevující se typicky soukromoprávními úkony. Výkon svěřené pravomoci je nutné pojímat jako souhrn práv a povinností svěřených takové osobě za účelem plnění úkolů společnosti a státu, přičemž vedle obligatorně přítomné pravomoci vydávat ve vymezených sférách vrchnostenské akty, sem patří i jednání, jímž využívá svěřenou moc k nakládání s majetkem instituce, již je představitelem, a o který má povinnost pečovat. I takové oprávnění bezpochyby souvisí s výkonem pravomoci a odpovědnosti takové úřední osoby²⁹.

Uvedené závěry pak beze zbytku platí rovněž pro případ veřejných zakázek, a to ačkoli jsou ze své povahy především obchodem, a tedy veškeré úkony mezi zúčastněnými subjekty mají povahu soukromoprávního jednání. Zadavatel tedy nevystupuje při zadávání veřejné zakázky z pozice veřejnoprávního orgánu s nadřazeným postavením, nýbrž vystupuje v rovném postavení s uchazeči³⁰. Pokud ovšem osoba vybavená vrchnostenskou mocí současně z titulu své funkce nakládá

²⁷ Jelínek, J. a kol.: Trestní právo hmotné. 3. Vydání. Praha: Leges, 2013, s. 817

²⁸ Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 1 až 140. Komentář. 2. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 1362

²⁹ Srov. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 12.06.2013, sp.zn. 3 Tdo 396/2013, [publikováno Výběr NS 3084/2013]

³⁰ Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, 3.vydání. Praha : C.H. Beck, 2012, s. 8

nehospodárně s majetkem jehož správa je mu svěřena, zakládá to při splnění ostatních zákonných podmínek, trestní odpovědnost takové osoby rovněž pro tr. čin spáchaný úřední osobou, neboť skutečně svou pravomoc vykonává v rozporu se zákonem³¹.

V případě veřejných zakázek se bude jednat zpravidla o pachatele jednajícího v postavení úřední osoby ve smyslu písm. d) ustanovení § 127 odst. 1 tr. zákoníku, tedy o členy zastupitelstva nebo odpovědné úředníky územních samosprávných celků či státní správy. Naopak zaměstnanci státních a obecních společností, či provozovatelů relevantních činností, kterým pravomoci k plnění úkolů státu obvykle svěřeny nejsou, úředními osobami nebudou. Naplnění znaků trestného činu dle § 329 tr. zákoníku u těchto subjektů proto nepřichází v úvahu.

V souvislosti se zadáváním veřejných zakázek je v případě tohoto trestného činu vhodné upozornit, že k naplnění subjektivní stránky nestačí jen úmyslné jednání pachatele, ale vyžaduje se i pohnutka spočívající v úmyslu způsobit škodu, nebo jinou závažnou újmu anebo opatřit sobě nebo jinému neoprávněný prospěch. V případě zadání veřejné zakázky proto nestačí, pokud pachatel jménem zadavatele uzavře smlouvu za cenu, která v daném místě a čase převyšuje cenu obvyklou, ale je nutné také prokázat, že pachatel jednal v úmyslu někoho zvýhodnit, či zadavatele poškodit. Tak tomu bude například tehdy, kdy se v řízení prokáží vazby mezi pachatelem a dodavatelem³².

Jednočinný souběh trestného činu zneužití pravomoci úřední osoby s trestným činem sjednání výhody dle § 256 resp. s trestným činem pletich dle § 257 tr. zákoníku není vyloučen. To přitom platí rovněž pro kvalifikované skutkové podstaty citovaných ustanovení, a to i přesto, že je jejich znakem rovněž speciální subjekt, úřední osoba³³. Daná ustanovení mají odlišný objekt než je tomu v případě trestného činu dle § 329 tr. zákoníku a současně se nejedná o skutkové podstaty složené, o případ subsidiarity ani

³¹ Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 09.03.2000, sp.zn. 4 Tz 17/2000

³² Srov. Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 26.2.2014, sp.zn. 5 Tdo 77/2014, publikováno [Trestněprávní revue, č. 6/2014, s. 153 - 156]

³³ Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 2. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2633

speciality těchto ustanovení vůči § 329 tr. zákoníku se proto dle přesvědčení autora této práce nejedná³⁴.

Již při pohledu na skutkovou podstatu ustanovení § 256 tr. zákoníku je zřejmé, že dalším druhem trestné činnosti, které je proces zadávání veřejných zakázek vystaven, je úplatkářství. Zatímco pro případ pasivního úplatkářství obsahuje ustanovení § 256 odst. 3 a 4 tr. zákoníku vlastní úpravu, aktivní úplatkářství tímto ustanovením postihováno není. Je přitom logické, že pokud zákon postihuje příjemce úplatku, musí být trestně odpovědný i ten, kdo toto plnění poskytl. Na osobu, která v souvislosti se zadávacím řízením poskytne, nabídne či slíbí úplatek se tak aplikuje obecná právní úprava trestného činu podplacení dle § 332 tr. zákoníku. V úvahu pak přichází rovněž kvalifikace takového jednání jako nepřímé úplatkářství dle § 333 odst. 2 tr. zákoníku. To nicméně pouze za předpokladu, že osoba přijímající úplatek není přímo tím, kdo je v rámci své pravomoci schopen sjednat přednost či výhodnější podmínky v zadávacím řízení, nýbrž je příjemcem úplatku ten, kdo je prostřednictvím svého vlivu schopen na takovou osobu působit. S ohledem na ustanovení § 333 odst. 1 tr. zákoníku pak dále platí, že osoba, na kterou pachatel svým vlivem působí, musí jednat v postavení úřední osoby (viz výše), působení na činnost jiné osoby, byť by obstarávala věci obecného zájmu, jako přečin nepřímého úplatkářství kvalifikovat nelze³⁵. Nutno doplnit, že shora uvedené neplatí pro trestný čin pletich dle § 257 tr. zákoníku, který již v rámci své základní skutkové podstaty postihuje nejenom pasivní úplatkářství, ale rovněž úplatkářství aktivní [§ 257 odst. 1 písm. b) tr. zákoníku]. Jednočinný souběh trestného činu pletichy při zadání veřejné zakázky a při veřejné soutěži s úplatkářskými trestnými činy dle § 331 až 333 tr. zákoníku, je tedy vyloučen³⁶.

V tomto směru je nicméně nutné se, s ohledem na aktuální vývoj judikatury, zabývat vzájemným vztahem ustanovení § 256 odst. 3 a 4 tr. zákoníku, resp. § 257 odst. 1 písm. b) a c) tr. zákoníku a úplatkářských trestných činů. Velký senát trestního kolegia Nejvyššího soudu totiž ve svém rozhodnutí týkajícím se obdobného ustanovení

³⁴ Srov. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 24. 9. 2003, sp. zn. 5 Tdo 963/2003

³⁵ Novotný, O., Vanduchová M., Šámal, P. a kol. Trestní právo hmotné, Obecná část. 6. vydání, Praha : Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, s. 438

³⁶ Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 2. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2633

trestného činu pletich v insolvenčním řízení dle § 226 odst. 3 tr. zákoníku vyslovil mimo jiné názor, že ustanovení § 226 odst. 3 tr. zákoníku je ve vztahu subsidiarity k obecné úpravě úplatkářství. V odůvodnění svého rozhodnutí pak mimo jiné konstatoval, že *korupční jednání, ať již ve formě aktivního poskytnutí, nabídnutí nebo slibu úplatku, nebo ve formě pasivního přijetí úplatku či jeho slibu nebo nabídky, je třeba ve veřejné i v soukromé sféře postihovat primárně ustanoveními o úplatkářství podle § 331 a § 332 tr. zákoníku. Ustanovení § 226 odst. 3 tr. zákoníku se proto může uplatnit jen subsidiárně v těch případech, na které nedopadají shora citovaná ustanovení o úplatkářství ... Proto ustanovení § 226 odst. 3 tr. zákoníku se jako subsidiární bude vztahovat na jednání insolvenčního správce jen v případech, v nichž v insolvenčním řízení nepůjde o pohledávky vzniklé v rámci obchodních vztahů ani o pohledávky související s podnikáním pachatele nebo někoho jiného*³⁷.

Nabízí se proto otázka, zda tyto závěry lze vztáhnout také na trestné činy dle § 256 a 257 tr. zákoníku. Rovněž v případě veřejných zakázek bylo judikováno, že se jedná o věc obstarávání obecného zájmu³⁸. Oproti trestnému činu dle § 226 odst. 3 tr. zákoníku nicméně ustanovení § 256 odst. 3 a 4 a § 257 odst. 1, písm. b) a c) tr. zákoníku trestnost úplatkářství vůči ustanovením dle § 331 až 333 tr. zákoníku podstatně zužují, a to v případě ustanovení § 256 odst. 3 a 4 tr. zákoníku na pasivní úplatkářství za okolností sjednání výhodnějších podmínek či přednosti v zadávacím řízení a v případě § 257 odst. 1, písm. b) a c) tr. zákoníku na úplatkářství za zdržení se účasti v zadávacím řízení. Objekt je pak oproti úplatkářství (kde je druhovým objektem zájem na řádném, nestranném, nezištném a zákonném obstarání věcí obecného zájmu), zúžen na zájem na dodržování řádného postupu v souvislosti se zadáním veřejné zakázky³⁹. Jedná se tak dle autora této práce o speciální ustanovení, která se dle zásady *lex specialis derogat legi generali* aplikují přednostně před obecnou úpravou úplatkářství. Konečně, při opačném výkladu si lze jen stěží představit jednání, na které by se citovaná ustanovení mohla aplikovat, když trestná činnost je v případě trestných činů dle § 256 a 257 tr.

³⁷ Srov. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 13. srpna 2014, sp. zn. 15 Tdo 885/2013, [publikováno č. 2/2015 Sbírkou soudních rozhodnutí a stanovisek]

³⁸ Srov. např. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. 5. 2008, sp. zn. 3 Tdo 496/2008, [publikováno R 4/2009 tr.]

³⁹ Novotný, O., Vanduchová M., Šámal, P. a kol. Trestní právo hmotné, Zvláštní část. 6. vydání, Praha : Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, s. 308, 432

zákoníku vždy páchána v souvislosti s podnikáním některého ze subjektů a způsobem, jehož podstatou je porušení povinností uložených zákonem, a tedy by vždy naplňovala znaky obstarávání věci obecného zájmu vymezené v ustanovení § 334 odst. 3 tr. zákoníku.

V souvislosti se zadáváním veřejných zakázek dále nelze nezmínit trestný čin porušení povinnosti při správě cizího majetku dle § 220 tr. zákoníku. Tohoto trestného činu se dopustí ten, kdo *poruší podle zákona mu uloženou nebo smluvně převzatou povinnost opatrovat nebo spravovat cizí majetek, a tím jinému způsobí škodu nikoli malou*. Podstatou a účelem manipulací se zadáním veřejné zakázky je ovlivnění zadávacího řízení tak, aby v něm zvítězil uchazeč, který by jinak v konkurenci neobstál. Důsledkem takového jednání je pak logicky újma na straně zadavatele, a to buďto přímo majetková, spočívající ve vyšší vysoutěžené ceně zakázky, či nepřímá, kdy je zadavateli dodáno kvalitativně horší plnění, než jaké mohl na základě nabídek uchazečů obdržet. V každém případě se však jedná o následek, který je vyčíslitelný v penězích a představuje škodu na straně zadavatele. Základní skutková podstata uvedeného trestného činu předpokládá jako jeden z jejích znaků porušení zákonem či smlouvou uložené povinnosti. V případě veřejných zakázek se jedná nejenom o povinnost mlčenlivosti, která je pravidelně zakotvena v pracovních smlouvách odpovědných osob a v případě členů hodnotící komise rovněž v platném ZVZ, ale především povinnost opatrovat svěřený majetek. Nelze ani opomíjet povinnost zaměstnance řádně hospodařit s prostředky svěřenými mu zaměstnavatelem a povinnost střežit a ochraňovat majetek zaměstnavatele stanovenou v § 301 písm. d) zák. práce⁴⁰. V případě zadavatelů, kteří mají formu obchodních společností, pak může být touto povinností rovněž povinnost člena orgánu obchodní korporace vykonávat svou funkci s péčí řádného hospodáře⁴¹.

S ohledem na povahu jednání se nabízí otázka, zda je možný jednočinný souběh porušení povinnosti při správě cizího majetku s trestným činem dle § 256 tr. zákoníku. Přestože objekt obou těchto trestných činů je odlišný, kdy v případě ustanovení § 220 tr.

⁴⁰ Srov. Usnesení velkého senátu trestního kolegia Nejvyššího soudu České republiky ze dne 22. 3. 2007, sp. zn. 15 Tdo 1316/2006 [publikováno pod R 25/2008 tr]

⁴¹ Srov. přiměřeně Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 18.10.2006, sp. zn. 5 Tdo 1224/2006 [publikováno pod T 964]

zákoníku jsou to majetková práva v nejširším slova smyslu⁴², znaky obou těchto trestných činů jsou velmi podobné. Jak již bylo uvedeno výše, znakem objektivní stránky trestného činu dle § 256 tr. zákoníku je sjednání přednosti, či výhodnějších podmínek při zadání veřejné zakázky, což samo o sobě je porušením povinností stanovených v § 6 ZVZ, které je každý, kdo jedná za zadavatele v souvislosti se zadáním veřejné zakázky, povinen dodržovat. Znakem základní skutkové podstaty § 256 tr. zákoníku naopak není způsobení škody, je to však znakem skutkové podstaty kvalifikované. Bohužel ani odborná literatura, ani judikatura nenabízí na otázku přípustnosti jednočinného souběhu těchto trestných činů komplexní a jednoznačnou odpověď. Dle komentáře se ustanovení § 220 tr. zákoníku uplatní v těch případech, kdy nelze učinit závěr, že by pachatel ve své funkci obohatil sebe nebo jiného, ale zjistí se jen způsobení škody na opatrovaném či spravovaném cizím majetku. Dané ustanovení je z tohoto důvodu dle odborné literatury ve vztahu subsidiarity k ustanovení trestnému činu zpronevěry, dle § 206 tr. zákoníku⁴³.

Dle přesvědčení autora této práce lze učinit zcela shodný závěr rovněž v případě ustanovení § 256 tr. zákoníku. V poměru subsidiarity jsou ta ustanovení trestního zákona, která jsou určena k ochraně týchž společenských vztahů, je-li účelem jednoho z těchto ustanovení pouze podpůrně doplnit ochranu, kterou poskytuje ustanovení primární. Pokud je čin trestný podle ustanovení primárního, ustanovení subsidiární se neužije, neboť povaha a závažnost činu je v tomto případě již plně vystižena kvalifikací dle ustanovení primárního⁴⁴. Přestože předmětem ochrany ustanovení § 256 tr. zákoníku je především zájem státu na řádném a zákonném provedení veřejných zakázek není možné opomíjet ani zájem na ochraně majetku zadavatelů, a to ačkoli vznik škody není přímo znakem základní skutkové podstaty. Obě ustanovení tedy chrání obdobný právní zájem, s tím, že ustanovení § 256 tr. zákoníku vystihuje závažnější povahu porušování povinností v souvislosti s veřejnými zakázkami, kdy pachatel nadto jedná v úmyslu přivodit sobě nebo jinému neoprávněný prospěch. Při přihlédnutí ke skutečnosti, že je

⁴² Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 2. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2183

⁴³ Srov. Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 18. 1. 2001 sp. zn. 11 Tz 276/2000 [publikováno pod R 21/2002 tr.]

⁴⁴ Novotný, O., Vanduchová M., Šámal, P. a kol. Trestní právo hmotné, Obecná část. 6. vydání, Praha : Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, s. 339

ustanovení § 256 tr. zákoníku rovněž přísněji trestné, má autor této práce za to, že jsou daná ustanovení v poměru subsidiarity, kdy ustanovení § 256 je vůči § 220 tr. zákoníku úpravou primární. Jednočinný souběh je proto vyloučen. Opačný výklad by ve svém důsledku znamenal, že každé jednání, které by naplnilo znaky skutkové podstaty § 256 tr. zákoníku při němž by vznikla škoda nikoli malá, by bylo nutné kvalifikovat rovněž jako § 220 tr. zákoníku a pokud by se jednalo o úřední osobu v případě kvalifikovaných skutkových podstat, také jako § 329 tr. zákoníku. Takový výklad je však i z praktických důvodů obtížně akceptovatelný.

Na tomto místě je vhodné se s ohledem na shora uvedené trestné činy krátce pozastavit nad problematikou trestní odpovědnosti členů kolektivních orgánů územně samosprávných celků za jejich hlasování v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek. Typicky se bude jednat o případy, kdy členové rady, případně zastupitelé, odhlasují uzavření smlouvy s dodavatelem na plnění veřejné zakázky za nepřiměřenou cenu, či za jinak pro samosprávný celek nevýhodných podmínek. V praxi se ze strany právě těchto zástupců obcí a krajů vyskytuje námitka, že jménem územních samosprávných celků jednají v těchto záležitostech kolektivní orgány, nikoli jejich členové, a tedy že povinnost opatrovat či spravovat majetek obce či kraje⁴⁵ se vztahuje výhradně na tyto orgány jako celek, nikoli na jejich jednotlivé členy⁴⁶. Takový názor je však s ohledem na gramatický a především teleologický výklad platné právní úpravy zjevně nesprávný, resp. platí výlučně v případech, kdy volení zástupci rozhodují výhradně o politických otázkách, tedy o otázkách značně obecného charakteru nezasahujícího do majetkové sféry samosprávného celku⁴⁷. Na tomto místě lze poukázat na aktuální judikaturu Nejvyššího soudu ČR, dle které skutečnost, že pachatelé rozhodovali jako členové kolektivního orgánu, na jejich trestní odpovědnosti ničeho nemění. Ke schválení usnesení kolektivního orgánu je zpravidla vyžadován nadpoloviční souhlas všech jeho členů, tedy všichni členové kolektivního orgánu představující tuto většinu, se na přijetí takového rozhodnutí bezprostředně podílejí. Proto i trestní odpovědnost za schválení a důsledky rozhodnutí kolektivního orgánu nese každý jeho člen, který pro takové

⁴⁵ Ust. § 39 OZř, § 17 KZř, § 35 ZHmP

⁴⁶ Srov. Zpráva o činnosti státního zastupitelství za rok 2013, s. 4, dostupné na <http://www.nsz.cz/index.php/cs/udaje-o-cinnosti-a-statisticke-udaje/zprava-o-innosti>

⁴⁷ Richter, M. Kdy mají zastupitelé trestněprávní odpovědnost za hlasování. Právní rádce, č. 8/2013, s. 62

rozhodnutí hlasoval. Nutno doplnit, že se v žádném případě se nejedná o kolektivní odpovědnost, jak bývá namítáno, neboť je jednak zřejmé, jak každý člen orgánu pro konkrétní návrh hlasoval, ale současně by bez takového jednání k přijetí schváleného rozhodnutí dojít nemohlo⁴⁸.

Konečně lze v tomto směru poukázat rovněž na novou úpravu občanského práva. Dle § 20 odst. 2 NOZ podléhají právnické osoby veřejného práva zákonům, podle nichž byly zřízeny, ustanovení NOZ se použijí jen tehdy, slučuje-li se to s právní povahou těchto osob. Takovýmto ustanovením je pak rovněž § 159 odst. 1 občanského zákoníku podle kterého každý, kdo přijme funkci člena voleného orgánu, zavazuje se, že ji bude vykonávat s nezbytnou loajalitou i s potřebnými znalostmi a pečlivostí. Má se za to, že jedná nedbale, kdo není této péče řádného hospodáře schopen, ač to musel zjistit při přijetí funkce nebo při jejím výkonu, a nevyvodí z toho pro sebe důsledky. Uvedené neznámá, že by volenou funkci nemohl vykonávat ten, kdo není odborníkem v záležitostech, o nichž má rozhodovat, ale je povinen v takovém případě vyvodit z této situace důsledky. Člen voleného orgánu by tak neměl rozhodovat bez znalosti věci, kterou buď může mít sám ze své vlastní zkušenosti, nebo ji může získat obvykle na základě podkladů získaných od obce (typicky na základě podkladových materiálů pro jednání zastupitelstva nebo rady). Pokud dostatečné podklady pro to, aby se mohl rozhodnout se znalostí věci, nemá, měl by se zdržet hlasování a požadovat jejich doplnění. Současně ale platí, že pokud se zastupitel spolehne na informace, které mu sama obec pro účely rozhodování předala, nelze mu klást k tíži, že se tyto materiály ukázaly jako chybné, a že se jimi tento zastupitel řídil (samozřejmě, pokud tyto materiály nevzbuzovaly pochybnost o své správnosti či kvalitě)⁴⁹.

1.5 Trestní odpovědnost právnických osob

Zák. č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob nabyl účinnosti ke dni 01.01.2012, přičemž znamenal a stále znamená nebývalý průlom do principů kontinentálního pojetí trestního práva, jehož je české právo samozřejmě součástí, kdy dosud striktní zásada individuální, osobní trestní odpovědnosti byla doplněna rovněž o, českému právu dosud neznámou, odpovědnost právnických osob. Po komplikovaném

⁴⁸ Srov. přím. Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 19.12.2012, sp.zn. 5 Tdo 827/2012, [publikováno Trestněprávní revue č. 6/2013, s. 147 - 151]

⁴⁹ Metodickém doporučení č. 7 – povinnosti obcí při nakládání s obecním majetkem, stanovené zákonem o obcích, s. 19 – 20, citováno dne 17.06.2015, dostupné na www.mvcr.cz

legislativním procesu, kdy původní návrh zákona byl společně s tehdejší návrhem trestního zákoníku zamítnut již v roce 2004, splnil zákonodárce dlouhodobé mezinárodní závazky, které České republice vyplývaly z celé řady mezinárodních smluv, a přijal právní úpravu, která umožňuje uložit právnickým osobám účinné, přiměřené a odrazující tresty za jejich trestné jednání tak, jak bylo po České republice ze strany mezinárodních institucí dlouhodobě vyžadováno.

Samotný zákon vychází z principu tzv. *pravé trestní odpovědnosti*, tedy modelu, který z hlediska svých dopadů staví odpovědnost právnických osob na roveň odpovědnosti osob fyzických. A to navzdory tomu, že právnická osoba jako umělý útvar sama o sobě svou vůli nevytváří. Přesto může být trestně odpovědná pro jednání fyzické osoby, spáchané v rámci činnosti osoby právnické, a to bez ohledu na to, zda se takovou konkrétní fyzickou osobu podaří v trestním řízení ztotožnit.⁵⁰ Uvedený princip tímto umožňuje, na rozdíl od principu *nepravé trestní odpovědnosti*, efektivnější postih i takového jednání, které by bylo s ohledem na komplikovanost struktury právnických osob vůči konkrétní fyzické osobě pouze obtížně postižitelné.

Jak již bylo poznamenáno výše, trestné činy dle § 256 i 257 tr. zákoníku jsou oba vyjmenovány v § 7 ZTOP, tedy v taxativním výčtu trestných činů pro jejichž spáchání může být právnická osoba trestněprávně odpovědná. To samé pak platí pro úplatkářské trestné činy dle § 332 a 333 tr. zákoníku. Naproti tomu pro spáchání trestných činů dle § 220, resp. 329 tr. zákoníku, trestní odpovědnost právnické osoby dovozovat nelze. Stejně tak nemůže být právnická osoba odpovědná pro jednání naplňující znaky trestného činu dle § 248 tr. zákoníku, a to i přesto, že možnost zahrnutí tohoto činu do taxativního výčtu uvedeného v § 7 ZTOP bylo v rámci projednávání zákona v poslanecké sněmovně rovněž zvažováno. Zákonodárce se nicméně nakonec rozhodl tuto skutkovou podstatu do zákona nezahrnout, a to pro odpor Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže⁵¹. Při zkoumání právní odpovědnosti právnických osob pro jednání naplňující znaky tohoto trestného činu probíhá velmi složité správní řízení, kde je účastníkem rovněž Evropská Komise, přičemž stanovisko Evropské Komise, je

⁵⁰ Šámal, P. a kol.: Trestní odpovědnost právnických osob. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 47

⁵¹ Tamtéž, s. 151

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže povinen respektovat. V případě, že by namísto správního bylo vedeno trestní řízení, nebylo by možné toto zajistit, čímž by mohly být porušeny komunitární předpisy⁵².

Za pozornost v této souvislosti však stojí skutečnost, že v původním návrhu předloženém do poslanecké sněmovny vládou ani trestný čin dle § 256, ani dle 257 tr. zákoníku, uveden nebyl a stal se součástí návrhu zákona až v důsledku pozměňovacího návrhu přijatého v Ústavněprávním výboru poslanecké sněmovny. Je vhodné podotknout, že tuto změnu lze hodnotit pouze pozitivně. A to nejenom proto, že převážná většina dodavatelů, resp. soutěžitelů jsou právnické osoby, a pokud je tedy některý z těchto trestných činů fyzickou osobou spáchán, je tak činěno především v jejich prospěch, ale i vzhledem k tomu, že se na této formě trestné činnosti začínají podílet rovněž již institucionalizované subjekty, právnické osoby, vystupující zpravidla v postavení organizátora zadávacího řízení jednajícího jménem zadavatele, u nichž je organizování zadávacího řízení nezřídka hlavním předmětem jejich činnosti. Právě u těchto subjektů je přitom s ohledem na soustavnost a rozsah jejich činnosti zcela zásadní zájem na tom, aby v případě, že se budou podílet na páčání této formy kriminality, či dokonce budou za tímto účelem založeny, bude je možné efektivně a dostatečně postihnout. Jak vyplývá z důvodové zprávy, vycházel vládní návrh zákona při stanovení okruhu deliktů, pro něž má být právnická osoba trestně odpovědná, striktně z požadavků, které na něj kladly mezinárodní závazky. Zákon měl tedy dle těchto mezinárodních dokumentů postihovat mimo jiné oblasti legalizace výnosů z trestné činnosti, korupce, poškozování životního prostředí, organizovaného zločinu, ochrany finančních zájmů Evropské unie, obchodování s lidmi. Přesto nebyly trestné činy dle § 256 a 257 tr. zákoníku do výčtu zařazeny, ačkoli jsou ze své povahy nepochybně korupční jak v širším, tak v užším smyslu, kdy postihují rovněž jednání *de facto* úplatkářské, k jehož postihu je Česká republika nepochybně vázána. Situace je o to víc pozoruhodná, že nejenže celá řada aktů mezinárodního a evropského práva⁵³ za porušení předpisů o veřejných zakázkách zakotvuje sankce ve formě zákazu účastnit se

⁵² Nováčková, S. Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob – od návrhu k účinné úpravě. Trestněprávní revue, č. 2/2012, s. 28

⁵³ Např. rámcové rozhodnutí Rady ze dne 19.07.2002, o boji proti obchodování s lidmi (2002/629/SVV), nebo rámcové rozhodnutí Rady ze dne 22.12.2003, o boji proti pohlavnímu vykořisťování dětí a dětské pornografii (2004/68/SVV)

na zadávacím řízení, ale nadto sám zákon tuto sankci dokonce již v původním návrhu obsahoval (§ 21 ZTOP). Přesto navrhovatel nepovažoval za nutné trestné činy dle § 256 a 257 do taxativního výčtu v § 7 ZVZ zařadit⁵⁴. Stojí za pozornost, že oproti trestným činům v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek, jejichž trestněprávní postih nepochybně základ v mezinárodních dokumentech má, objevily se v původním návrhu zákona trestné činy daňové, u nichž lze obdobné závazky hledat marně. Zařazení daňových deliktů nicméně bylo dle důvodové zprávy k zákonu zapříčiněno úmyslem zákonodárce poskytnou obdobnou ochranu finančním zájmům České republiky jako je poskytována finančním zájmům Evropské unie a současně zájmem na posílení tlaku na řádné plnění daňové povinnosti a s tím související větší efektivitě odstraňování škodlivých následků způsobených nezaplacením či neodvedením daně ze strany právnických osob.

Z hlediska trestní odpovědnosti právnických osob v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek je nutné na tomto místě upozornit, že zákon odpovědnost některých právnických osob výslovně vylučuje. Dle ustanovení § 6 odst. 1 ZTOP nemůže být trestně odpovědnou podle tohoto zákona Česká republika ani územně samosprávné celky při výkonu veřejné moci. Jak vyplývá z ustanovení § 6 odst. 2 ZTOP, není vyloučena trestní odpovědnost těch právnických osob, v nichž mají osoby uvedené v odst. 1 majetkovou účast, a to bez ohledu na to, zda mají tuto majetkovou účast přímo, či prostřednictvím jejich organizační složky či jiné právnické osoby. Pojem *majetková účast* je tedy nutné vykládat široce, jako jakoukoli účast na daném subjektu ať už ve formě akcií, obchodního podílu nebo tiché společnosti⁵⁵. V případě veřejných zakázek proto nelze vyloučit trestní odpovědnost různých obecních korporací nebo státních podniků.

Vzhledem k tomu, že právnická osoba jako abstraktní společenský útvar nemá vlastní vůli, nemůže ji ani odpovídajícím způsobem projevit. Právnická osoba proto nemůže v trestněprávním smyslu sama o sobě jednat zaviněně. To však neznamená, že

⁵⁴ Fenyk, J., Smejkal, L. Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Komentář. Příloha: Modelová interní opatření k předcházení trestné činnosti právnické osoby. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 24

⁵⁵ Tamtéž, s. 21

by trestní odpovědnost právnických osob byla odpovědností objektivní. Jak vyplývá z důvodové zprávy k zákonu, je trestní odpovědnost právnických osob konstruována na principu přičitatelnosti trestného činu takové právnické osobě, tedy na principu zvláštní odpovědnosti za zavinění právnické osoby, který je odlišný od pojmu viny (zavinění) u osoby fyzické⁵⁶. K naplnění subjektivní stránky tak v případě právnických osob dochází nepřímo, prostřednictvím zavinění fyzických osob, jejichž projev vůle v podobě úmyslného nebo nedbalostního jednání se *přičítá* právnické osobě jako subjektu práva.⁵⁷ Dle § 8 odst. 1 TOPOZ je jednání právnické osobě přičitatelné tehdy, pokud se jej dopustí osoby uvedené pod písm. a) až d) citovaného ustanovení *jménem právnické osoby, v jejím zájmu, nebo v rámci její činnosti*. Zatímco při vymezení osob uvedených pod písm. a) až d) citovaného ustanovení by v praxi v zásadě neměly vznikat interpretační problémy, neboť všechny tyto sekundární subjekty mají svůj základ v předpisech soukromého práva, problematika může být interpretace okolností, v jejichž souvislosti se tyto osoby měly svého protiprávního jednání dopustit. To přitom obzvláště platí v případě jednání v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek.

Jak již bylo uvedeno výše, aby jednání těchto sekundárních subjektů mohlo být právnické osobě přičitatelné, musí se jej dopustit *jménem právnické osoby, v jejím zájmu* nebo *v rámci její činnosti*. Interpretace těchto pojmů se nicméně jeví obzvláště problematika tehdy, kdy sekundární subjekt, fyzická osoba, jedná sice jako osoba uvedená v § 8 odst. 1 písm. a) až d) ZTOP, nicméně ke škodě, resp. na úkor právnické osoby, jejímž jménem a v jejímž zájmu má jednat. Tak tomu bude především v případě naplnění znaků trestného činu dle § 256 tr. zákoníku, kdy je pravidelným záměrem jeho pachatele zadat zakázku v rozporu s tržními podmínkami subjektu, který by jinak zvítězit nemohl, čímž v každém případě vzniká škoda na straně zadavatele, a to ať už kvantitativní, v podobě vyšší pořizovací ceny, či kvalitativní, v podobě dodání kvalitativně horšího plnění. Takový pachatel zcela zjevně nemůže jednat v zájmu právnické osoby, a přestože může jednat jejím jménem či v rámci její činnosti, jde zřejmě o excesivní jednání. Právě k vyloučení těchto excesů je proto dle přesvědčení

⁵⁶ Kratochvíl, V. Trestní odpovědnost právnických osob a základní zásady trestního práva. Trestněprávní revue, č. 9/2011, s. 249 - 253

⁵⁷ Fenyk, J., Smejkal, L. Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Komentář. Příloha: Modelová interní opatření k předcházení trestné činnosti právnické osoby. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 31

autora této práce nutné vykládat ustanovení § 8 odst. 1 ZTOP spíše restriktivně a při posuzování excesů jednajících osob je nezbytné uplatnit zásadu, že pokud byl čin spáchán proti zájmům právnické osoby nebo na její úkor, trestní odpovědnost takto poškozené právnické osoby dovozovat nelze⁵⁸.

V tomto směru je vhodné se zabývat rovněž pojmem *v rámci činnosti* právnické osoby. Zákon opět nevymezuje, jaký okruh jednání se konkrétně pod tímto pojmem skrývá. Dle odborné literatury se pod tím rozumí případy, kdy se pachatel dopustí trestněprávně relevantního jednání v rámci provozu právnické osoby, tj. při její činnosti (např. je-li předmětem podnikání výroba, musí dojít ke spáchání trestného činu při výrobních procesech)⁵⁹. Jiné zdroje pak okruh přičitatelné trestné činnosti dále rozšiřují rovněž na jednání spáchané při provozních nebo obdobných činnostech právnické osoby⁶⁰. Takovouto činností může být jak zadávání veřejných zakázek, které má zpravidla přímo souvislost s předmětem činnosti zadavatele, pokud jím přímo není (např. u administrátorů veřejných zakázek), tak účast na nich v postavení dodavatele.

Obdobně jako tomu bylo výše, právnická osoba nicméně nenese trestní odpovědnost za zřejmé excesy v jednání příslušných osob, spáchaných na úkor právnické osoby, a to bez ohledu na to, zda k těmto excesům došlo v rámci její činnosti⁶¹.

V souvislosti se zadáváním veřejných zakázek stojí ještě krátce za pozornost přičitatelnost jednání osob uvedených v § 8 odst. 1 písm. d) ZTOP. Jak vyplývá ze znění tohoto ustanovení, je jednání takové osoby přičitatelné právnické osobě pouze tehdy, pokud se jej pachatel v postavení zaměstnance dopustí *při plnění pracovních úkolů*. Trestný čin tedy musí být nutně spáchán *při plnění pracovních povinností*, a to

⁵⁸ Srov. Šámal, P. a kol.: Trestní odpovědnost právnických osob. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 190

⁵⁹ Srov. Forejt, P., Habarta, P., Trešlová, L. Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim s komentářem. Praha: Linde 2012, s. 70

⁶⁰ Srov. Fenyk, J., Smejkal, L. Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Komentář. Příloha: Modelová interní opatření k předcházení trestné činnosti právnické osoby. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 24

⁶¹ Srov. Jelínek, J., Herczeg, J.: Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Komentář s judikaturou. Praha: Leges, 2012, s. 131

bez ohledu na to, zda byl spáchán na pracovišti či mimo něj⁶². Nabízí se proto otázka, zda je právnické osobě přičitatelné rovněž takové protiprávní jednání zaměstnance, které je sice spácháno v souvislosti s plněním pracovních úkolů, nicméně v přímém rozporu s plněním pracovních povinností. Zcela typicky se může jednat o případy, kdy zaměstnanec zadavatele vyzradí v rozporu se zájmy této právnické osoby neveřejné informace některému dodavateli, čímž poruší své pracovní povinnosti a naplní skutkovou podstatu přečinu dle § 256 odst. 1 tr. zákoníku.

Jak již bylo poznamenáno výše, právnické osobě v zásadě nelze přičítat excesivní osob uvedených v § 8 odst. 1 ZTOP. Přesto však mohou nastat případy, kdy může být právnická osoba i za takovéto jednání trestně odpovědná. Jak vyplývá z ustanovení § 8 odst. 2 písm. b) ZTOP lze právnické osobě přičítat jednání zaměstnance tehdy, pokud jedná na základě rozhodnutí, schválení nebo pokynu osob uvedených v odst. 1 písm. a) až c) citovaného ustanovení nebo tehdy, pokud takové osoby *neprovedly povinnou nebo potřebnou kontrolu nad činností zaměstnanců* nebo *neučinily nezbytná opatření k zamezení nebo odvrácení následků spáchaného trestného činu*. Právnické osobě je tak v souladu s citovaným ustanovením přičitatelné rovněž excesivní jednání jejích zaměstnanců a osob v obdobném postavení, když se dopustily svého jednání v důsledku zanedbání řídicích, kontrolních a preventivních povinností, které lze od osob uvedených pod písm. a) a c) citovaného ustanovení spravedlivě požadovat⁶³.

Takovými opatřeními jsou především různé preventivní programy přijaté a prosazované v rámci dané právnické osoby. V souvislosti se zadáváním veřejných zakázek přichází v úvahu především různé etické kodexy, standardizovaná pravidla chování, protikorupční programy a fungující compliance program s účinnou ochranou oznamovatelů (tzv. *whistleblowers*). K „vyvinění“ právnické osoby samozřejmě nepostačuje pouhé formální přijetí takovýchto opatření, ale je zapotřebí, aby byla

⁶² Srov. Fenyk, J., Smejkal, L. Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Komentář. Příloha: Modelová interní opatření k předcházení trestné činnosti právnické osoby. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 37

⁶³ Srov. Forejt, P., Habarta, P., Trešlová, L. Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim s komentářem. Praha. Linde 2012, s. 82

zajištěna rovněž jejich důsledná aplikace a kontrola jejich plnění včetně systému sankcí za jejich porušení⁶⁴.

Z hlediska sankcí, které zákon zavádí, jejich katalog obsažený v § 15 odst. 1 ZTOP obsahuje vedle již zmiňovaného zákazu plnění veřejných zakázek, účasti v koncesním řízení nebo veřejné soutěži, rovněž tresty zrušení právnické osoby, propadnutí majetku, peněžitý trest, propadnutí věci nebo jiné majetkové hodnoty, zákaz činnosti, zákaz plnění veřejných zakázek, účasti v koncesním řízení nebo veřejné soutěži, zákaz přijímání dotací a subvencí a uveřejnění rozsudku.

S ohledem na zaměření této práce stojí za zmínku vedle trestu *zrušení právnické osoby*, který je možné uložit tehdy, pokud činnost takové právnické osoby spočívá zcela nebo převážně v páčání trestné činnosti a současně to nevyklučuje její povaha (např. spočívající v uspokojování potřeb veřejného zájmu), zejména trest zákazu *plnění veřejných zakázek, účasti v koncesním řízení nebo ve veřejné soutěži*.

Jak vyplývá z ustanovení § 21 ZTOP, může soud přistoupit k uložení tohoto trestu tehdy, pokud se právnická osoba *dopustila trestného činu v souvislosti s uzavíráním smluv na plnění veřejných zakázek nebo s jejich plněním, s účastí v zadávacím řízení o veřejných zakázkách, koncesním řízení nebo veřejné soutěži*⁶⁵. Nutno doplnit, že tento trest lze uložit pro shora uvedené jednání v souvislosti s kteroukoli veřejnou zakázkou ve smyslu ZVZ, a to bez ohledu na to, zda byl zadavatel povinen dle ZVZ postupovat či nikoli. Co se týká podstaty tohoto trestu, ačkoliv z názvu ustanovení plyne toliko zákaz plnění veřejných zakázek, spočívá tento trest v souladu s odst. 3 citovaného ustanovení v zákazu uzavírat smlouvy na plnění veřejných zakázek a účasti v zadávacím řízení. Soud je pak oprávněn určit rovněž rozsah tohoto zákazu, a to konkrétně, např. typem řízení nebo druhem a hodnotou zakázky⁶⁶. Dle ust. § 21 odst. 1 ZTOP pak soud může uložit pouze zákaz *plnění*

⁶⁴ Srov. Šámal, P. a kol.: Trestní odpovědnost právnických osob. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 213

⁶⁵ Pozn. dále bude pro zjednodušení hovořeno pouze o veřejných zakázkách

⁶⁶ Srov. Fenyk, J., Smejkal, L. Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Komentář. Příloha: Modelová interní opatření k předcházení trestné činnosti právnické osoby. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 81 a násl.

veřejných zakázek, účasti v koncesním řízení nebo ve veřejné soutěži. Zakázat zadávání veřejných zakázek zákon neumožňuje, a to ani trestem zákazu činnosti, neboť se jedná o zákonnou povinnost zadavatelů, kterou plní nejenom s ohledem na úpravu obsaženou v ZVZ, ale rovněž z důvodu řádné správy svěřeného majetku.

Na tomto místě je závěrem vhodné se zmínit také o trestu *uveřejnění rozsudku*. Smyslem tohoto typu sankce není prohloubení zásady veřejnosti trestního řízení, nýbrž, poskytnout veřejnosti informaci o tom, že se právnická osoba dopustila trestného činu v oblasti, která se veřejnosti dotýká. To přichází v úvahu především tehdy, pokud činnost právnické osoby byla nebezpečná z hlediska společenského nebo hospodářského⁶⁷. Podmínky trestněprávní odpovědnosti a případné podnikatelské či hospodářské dopady trestního řízení na činnost takové právnické osoby budou nepochybně již od jeho zahájení veřejně diskutovány⁶⁸, což může být pro podnikatelskou činnost takové osoby více než citelné.

⁶⁷ Srov. Jelínek, J., Herczeg, J.: Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Komentář s judikaturou. Praha: Leges, 2012, s. 131

⁶⁸ Srov. Klouček, Z., Topinka, P. Trestní odpovědnost právnických osob a základní zásady trestního práva. Trestněprávní revue, č. 10/2011, s. 294 - 297

2. Trestněprávní úprava ve vztahu k zákonu o veřejných zakázkách

Jak vyplývá z předcházející části, trestní zákoník i zákon o trestní odpovědnosti právnických osob užívá při vymezení skutkových podstat trestných činů dle § 256 a 257 tr. zákoníku poměrně rozsáhlou terminologii, kterou však sám dále nevymezuje. V tomto směru se zjevně jedná o normativní znaky skutkových podstat těchto trestných činů, které jsou definovány jiným právní předpisem, konkrétně zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách v platném znění. S ohledem na přehlednost a srozumitelnost následujících částí práce je proto na tomto místě vhodné některé tyto pojmy v souladu s platnou právní úpravou nejprve podrobněji vymežit.

2.1 Veřejná zakázka

Veřejnou zakázkou se z ekonomického hlediska rozumí účelná alokace zdrojů, kterou zadavatel sleduje obvyklé ekonomicko-sociální cíle. Jejich ekonomickým účelem je tedy zajištění věcného a materiálního zabezpečení chodu převážně orgánů veřejné správy plněními, která si tyto orgány nemohou či z ekonomických důvodů ani nechtějí zabezpečit svými prostředky (pracovníky), a současně se realizací veřejných zakázek sledují společensky prospěšné cíle⁶⁹.

Z hlediska právního se v souladu se zákonnou definicí obsaženou v ustanovení § 7 odst. 1 ZVZ za veřejnou zakázku považuje „zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací.“

Jak z této definice vyplývá, patří mezi základní znaky veřejné zakázky *úplatnost*, *specifický předmět veřejné zakázky*, podle kterého se veřejné zakázky dělí na zakázky na služby, na dodávky a stavební zakázky a konečně *smluvní vztah mezi specifickými subjekty*, který nadto dle ustanovení § 7 odst. 1 al. 2 ZVZ musí mít písemnou formu. O veřejnou zakázku se tedy nejedná v případě, kdy závazek povinného subjektu vyplývá nikoli z uzavřené smlouvy, nýbrž z autoritativního rozhodnutí zadavatele učiněného

⁶⁹ Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, 3. vydání. Praha : C.H. Beck, 2012, s. 77

v rámci výkonu veřejné moci, případně přímo ze zákona (srov. např. ust. § 42 zák. č. 254/2001 Sb.)⁷⁰.

Veřejnou zakázkou není ani bezúplatné poskytnutí zboží či služeb, či provedení prací. Úplatnost je definičním znakem, za veřejnou zakázku proto nelze považovat např. dar. Na druhou stranu to však neznamená, že by znak úplatnosti byl naplněn jen tehdy, pokud je poskytováno pouze finanční plnění či pouze plnění z rozpočtu zadavatele. Zákon sice význam pojmu úplatnosti dále nerozvádí, nelze jej nicméně chápat úzce ve smyslu přímé platby zadavatele dodavateli. Ačkoliv se v převážné většině případů veřejných zakázek bude jednat o úplatu zpravidla hrazenou zadavatelem, nelze vyloučit ani „nepřímou“ úhradu zadavatele, a to např. v případech nepeněžitého protiplnění. V takových případech se totiž jedná pouze o odlišný způsob úhrady ceny, nikoliv o bezplatně poskytované dodávky, služby, event. stavební práce.⁷¹ Za veřejnou zakázku tak byl označen i případ, kdy byla dodavatelem provedena bezplatně rekonstrukce nemovitosti s tím, že se zadavatel po jejím dokončení zavázal celou nemovitost bezplatně převést na dodavatele. Přestože se tedy smluvní vztah mezi zadavatelem a objednatelům skládá v podstatě ze dvou soukromoprávních úkonů, z nichž byly oba bezúplatné, dospěl nalézací soud k závěru, že se ve svém souhrnu jedná o úplatný závazek, neboť oba soukromoprávní vztahy na sebe navazují a jsou na sobě navzájem závislé. Ve svém důsledku se tedy jedná o čistě synalagmatický právní vztah, kdy na jedné straně stál závazek dodavatele provést rekonstrukci předmětné nemovitosti a na straně druhé povinnost zadavatele za toto plnění dodavateli danou nemovitost bezúplatně převést. O povinnosti zadavatele řídit se v takovém případě zákonem o veřejných zakázkách proto nemůže být pochyb.⁷² Znak úplatnosti je naplněn např. také tehdy, kdy fyzická či právnická osoba poskytne zadavateli dar k realizaci určité konkrétní činnosti.⁷³

Stejně tak je dle judikatury ESD a rozhodovací praxe ÚOHS znak úplatnosti naplněn i tehdy, kdy sice sám zadavatel ze svého rozpočtu ničeho nehradí, ale odměna

⁷⁰ Jurčík, R. Veřejné zakázky a koncese, 2. dopl. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 92

⁷¹ Srov. Rozhodnutí ÚOHS ze dne 19. prosince 2008, č.j. S257/2008/VZ-23325/2008/530/RP

⁷² Srov. Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 18. 6. 2009, sp. zn. 62 Ca 33/2008

⁷³ Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, 3. vydání. Praha : C.H. Beck, 2012, s. 78

dodavatele je hrazena třetími osobami. Jak vyplývá z judikatury Evropského soudního dvora, je nutné při výpočtu hodnoty zakázky, a tedy i při posuzování naplnění znaku úplatnosti, zohlednit rovněž příjmy od třetích osob. Cílem pravidel pro zadávání veřejných zakázek je zajištění co možná nejširšího přístupu potencionálních uchazečů do zadávacího řízení a při výpočtu hodnoty zakázky je tak nutné vycházet z jejich úhlu pohledu. Pokud tedy má být dodavatel plněno jak od zadavatele, tak od třetích osob, případně pouze od třetích osob, je cenou zakázky součet všech takovýchto plnění, které má za splněnou zakázku dodavatel obdržet⁷⁴.

Naproti tomu pokud např. orgán veřejné moci zajistí určité služby vlastními prostředky, tedy nevstoupí do úplatného smluvního vztahu s některým dodavatelem, znak úplatnosti naplněn není a o veřejnou zakázku se nejedná. O veřejnou zakázku se nejedná ani tehdy, kdy je podstatná část prací, služeb či dodávek poskytována sice subjektem, který je odlišný od osoby zadavatele, nad nímž však zadavatel vykonává kontrolu shodnou, jako by vykonával nad jeho vlastními odděleními. To neplatí, pokud by v takovém subjektu měl být i minoritní podíl soukromý kapitál⁷⁵.

Za veřejnou zakázku pak lze považovat pouze výdej veřejných prostředků nikoli jejich příjem. Toto pravidlo v praxi do značné míry naráží na zcela nedostatečnou úpravu nakládání s veřejným majetkem formou jeho prodeje či nájmu. Oproti pořizování zboží a služeb, které je poměrně přísně a pečlivě regulováno zákonem o veřejných zakázkách, žádná podobně závazná pravidla pro postup při nakládání s veřejným majetkem v českém právním řádu zakotvena nejsou. V rozhodovací praxi zejména Úřadu na ochranu hospodářské soutěže je tak možné dohledat řadu případů, kdy je namítán netransparentní či diskriminační postup zadavatelů při poptávání nájemců či přímo prodejích jejich majetku. Z ustálené rozhodovací praxe ÚOHS nicméně vyplývá, že se v takovém případě o veřejnou zakázku nejedná. V odůvodnění tohoto svého závěru ÚOHS poukazuje především na povahu vztahů, které vznikají mezi uvedenými subjekty, kdy se na straně zadavatele jedná o určitý požadavek na plnění, přičemž zadavatel vybírá subjekt, který požadované dodávky, práce či služby poskytuje.

⁷⁴ Srov. Rozhodnutí ESD ze dne 18. 1. 2007, Jean Auroux a další v. Commune de Roanne, sp.zn. C-220/05

⁷⁵ Marek, K. Veřejné zakázky dnes v České republice. Státní zastupitelství, č. 3/2010, s. 17

Důležité tedy je, kdo uvedená plnění nebo činnosti poskytuje a kdo je přijímá. Režimu zákona proto podléhají pouze případy, kdy zadavatelům vzniká určitý peněžitý závazek, což v případě „čistého“ nájmu není splněno, neboť nedochází k výdaji prostředků, ale naopak k jejich příjmu⁷⁶. V soudní praxi lze nicméně nalézt i opačné názory. Příkladem lze poukázat na rozhodnutí Vrchního soudu v Praze, dle kterého je veřejnou zakázkou každá zakázka, zadávaná veřejným zadavatelem, aniž by obsahem zakázky nutně musel být výdaj z veřejného rozpočtu. V odůvodnění tohoto svého rozhodnutí vrchní soud argumentoval, že zákon výslovně neuvádí jako podmínku, že musí jít o výdaj z rozpočtu (veřejného rozpočtu), veřejnou zakázkou je proto dle jeho názoru rovněž nájem nebytových prostor, kde lze předpokládat příjem i výdaj z rozpočtu.⁷⁷ Nutno však podotknout, že tento právní názor nejenže vychází ze starší právní úpravy, zák. č. 199/1994 Sb., nadto je však v rozhodovací praxi zcela ojedinělý. Konečně i podle stanoviska UOHS vydaného právě v reakci na předmětné rozhodnutí vrchního soudu je jednoznačně konstatováno, že veřejnou zakázkou ve smyslu zákona může být výhradně výdaj zadavatele, ať už je v jakékoli formě⁷⁸. S názorem, že se o veřejné zakázky jedná rovněž v případě prodeje veřejného majetku, je možné se setkat i v odborné literatuře⁷⁹, nicméně je nutné podotknout, že se v takových případech jedná spíše o výklad textualistický, vycházející pouze z gramatického významu tohoto sousloví, který s úpravou obsaženou v zákoně o veřejných zakázkách, či v trestním zákoníku, nic společného nemá.

K uvedenému je nicméně nutné zdůraznit, že pokud předmětem zakázky není samotný prodej majetku, ale např. výběr makléře, který takový prodej zprostředkuje, o veřejnou zakázku se jednat zpravidla bude. Makléři, stejně jako např. aukčnímu domu, náleží z prodeje odměna a z hlediska definičního znaku *úplatnosti* veřejné zakázky, jak již konečně bylo uvedeno výše, je nerozhodné, zda taková odměna bude hrazena ze strany zadavatele, či třetími osobami např. jako součást kupní ceny⁸⁰.

⁷⁶ Srov. Rozhodnutí ÚOHS ze dne 29. 3. 2005, č.j. VZ/S18/05-153/1498/05-Va

⁷⁷ Srov. Rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 2. 5. 2000 (2 A 1/2000-24)

⁷⁸ Srov. Stanovisko UOHS ze dne 14. 3. 2001, č.j. 850/01-152-jl

⁷⁹ Srov. *Pürner, S.* Zahraniční zkušenosti se zadáváním veřejných zakázek. in *Dančák, B., Hloušek, V., Šimíček, V. (eds).* Korupce – Projevy a potírání v České republice a Evropské unii. Brno: Masarykova univerzita – politologický ústav, 2006, s. 261

⁸⁰ Srov. *Jurčík, R.* Je příjem zadavatele či udělení práva veřejnou zakázkou? Právní rádce č. 4/2015, s. 52 - 55

Dle ustanovení § 7 odst. 2 ZVZ jsou rozlišovány veřejné zakázky podle předmětu plnění na zakázky *na služby, na dodávky a na stavební práce*. Jak bude pojednáno podrobněji níže, je tato kategorizace rozhodná pro určení finančních limitů veřejné zakázky a tedy rovněž pro otázku, v jakém režimu bude ta která zakázka zadávána. Ze shodného dělení pak vychází rovněž legislativa EU, kdy pro každý druh veřejných zakázek existuje samostatná zadávací směrnice.

Jak vyplývá z názvu, zakázkou *na dodávky* je jakákoli veřejná zakázka, jejímž předmětem je koupě či nájem věcí, a to bez ohledu na to, jakým způsobem k pořízení takové věci dochází, tedy včetně koupě na splátky. Zakázkou *na stavební práce* se rozumí ty veřejné zakázky, jejichž předmětem jsou jakékoli stavební činnosti demonstrativně vyčtené v příloze č. 3 ZVZ, tedy jakékoli práce, ať už se jedná o novou výstavbu, rekonstrukci či udržovací práce. Do značné míry „zbytkovou“ kategorii představují zakázky *na služby*, která se subsidiárně užije na ty veřejné zakázky, jejichž předmětem nejsou dodávky ani stavební práce. Demonstrativní výčet takových služeb ve smyslu ZVZ je obsažen rovněž v přílohách 1 a 2 zákona. Pod veřejnou zakázku na stavební práce pak lze podřadit také veškeré dodávky a služby, které jsou nezbytné pro realizaci předmětu veřejné zakázky, a to ať už služby přímo podřaditelné pod definici veřejné zakázky na stavební práce (projektová a inženýrská činnost), tak i jiné služby nezbytné k provedení zakázky, které přímo souvisí s její realizací (např. instalace, zkušební činnost atp.)⁸¹.

Veřejné zakázky se kromě předmětu plnění dále v souladu s ustanovením § 12 ZVZ dělí podle hodnoty na veřejné zakázky *nadlimitní, podlimitní a zakázky malého rozsahu*.

Nadlimitní veřejnou zakázkou se dle ustanovení § 12 odst. 1 ZVZ rozumí zakázka, jejíž hodnota překročila limit stanovený prováděcím předpisem pro jednotlivé kategorie zadavatelů a druhů zakázek. Tímto předpisem je nařízení vlády č. 77/2008 Sb., o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení

⁸¹ *Podešva, V., Olik, M., Janoušek, M. Stránský, J. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2. vydání. Praha : Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, s. 39*

zboží pořizovaného Českou republikou - Ministerstvem obrany, pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou měnu, ve znění pozdějších předpisů. Oproti ostatním kategoriím veřejných zakázek je tedy limit tzv. nadlimitních zakázek stanoven nikoli přímo v zákoně o veřejných zakázkách, nýbrž ve zvláštním prováděcím předpisu, což je odůvodněno především skutečností, že výchozí hodnoty finančních limitů jsou stanoveny předpisy evropského práva, které podléhají pravidelně každé 2 roky revizi. Finanční limity u veřejných zakázek na dodávky a služby jsou tak strukturovány podle jednotlivých druhů zadavatelů v rozmezí od 3.395.000,- Kč do 10.498.000,- Kč. V případě nadlimitních veřejných zakázek na stavební práce je finanční limit bez ohledu na zadavatele stanoven na částku 131.402.000,- Kč.

V případě *podlimitních veřejných zakázek* zákon stanovuje v ustanovení § 12 odst. 2 ZVZ jako finanční limit pro zakázky na dodávky či služby částku 2.000.000,- Kč, na stavební práce pak 6.000.000,- Kč. *Zakázkami malého rozsahu* zákon rozumí takové zakázky, které nedosahují ani finančního limitu stanoveného pro podlimitní veřejné zakázky.

Na tomto místě je k pojmu *veřejná zakázka* nutné doplnit, že zákon umožňuje a v praxi se tak i občasně stává, aby se kterýkoli subjekt fakultativně rozhodl, podle tohoto zákona postupovat, přestože mu to zákon neukládá. V takovém případě má však obchodní vztah mezi takovým „zadavatelem“ a jeho dodavatelem povahu nikoli veřejné zakázky ve smyslu zákona, nýbrž obchodní soutěže, jejíž pravidla jsou podrobněji vymezena ZVZ.⁸² Jinými slovy se v takovém případě nejedná o veřejnou zakázku, a to jak ve smyslu ZVZ, tak ve smyslu tr. zákoníku.

Nezbývá než závěrem z hlediska trestněprávní regulace upozornit, že za veřejnou zakázku ve smyslu trestního zákoníku je nutné považovat jakékoli zakázky splňující podmínky uvedené výše, a to bez ohledu na to, zda byl zadavatel povinen při jejich zadávání postupovat v souladu se ZVZ. Tak tomu bude především v případě

⁸² Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, 3. vydání. Praha : C.H. Beck, 2012, s. 83

zakázek malého rozsahu, na něž se vztahuje výjimka ve smyslu ustanovení § 18 odst. 5 ZVZ.

2.2 Zadavatel a dodavatel

Jak již bylo uvedeno v předcházející kapitole, patří mezi základní znaky veřejné zakázky rovněž specifické subjekty, mezi kterými je tato zakázka uzavírána. Zákonem jsou tyto subjekty označovány jako *zadavatel* a *dodavatel*.

2.2.1 Zadavatel

Zadavatel veřejné zakázky je definován a dále kategorizován v ust. § 2 ZVZ, dle kterého se za zadavatele považuje tzv. *veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel*. Pokud zakázka není uzavírána některým z těchto subjektů, o veřejnou zakázku se nejedná. To přitom platí rovněž recipročně. Žádná z osob splňující kriteria některého ze shora označených zadavatelů nemůže být zadavatelem ve smyslu ZVZ, pokud nezadává veřejnou zakázku. Nutno doplnit, že shora uvedené dělení veřejných zakázek vychází ze zadávacích směrnic, přičemž u dotovaného zadavatele je po novele č. 55/2012 Sb. česká právní úprava přísnější, než vyžadují normy evropského práva⁸³.

Zcela typickou a zpravidla nejjednoznačnější kategorií jsou tzv. *veřejní zadavatelé*. Jsou jimi vykonavatelé veřejné správy, zejména orgány veřejné moci a od nich odvozené subjekty, tedy především organizační složky státu, samosprávné celky a jejich příspěvkové organizace. Kromě výše uvedených subjektů, s jejichž identifikací jako veřejných zadavatelů v praxi problémy zřejmě vznikají nemohou, patří do této kategorie v souladu s ustanovením § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ rovněž subjekty, které mezi orgány veřejné moci primárně nepatří. Jedná se o tzv. jiné právnické osoby⁸⁴, které kumulativně splňují podmínky stanovené v citovaném ustanovení, tedy zejména různé státní, či obecní obchodní korporace.

Jak již bylo uvedeno výše, k tomu aby bylo možné právnickou osobu považovat za veřejného zadavatele, musí v souladu s ustanovením § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ splňovat

⁸³ Krč, R. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a judikaturou. Praha: Linde, 2013, s. 10

⁸⁴ Pozn. v anglickém originále „*body governed by public law*“

dvě podmínky: být založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu a současně být financována jiným veřejným zadavatelem nebo jím ovládána, či pokud jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

Hlavním kritériem toho, zda daný subjekt je veřejným zadavatelem ve smyslu ZVZ, rovněž z hlediska interpretačního, je tak především povaha jeho činnosti, tzn. zda vykonává činnost za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu. Výklad této zákonné podmínky vychází převážně z rozhodovací praxe ESD, který se jí v minulosti v celé řadě svých rozhodnutí poměrně podrobně zabýval. Při určování toho, zda v určitém případě existuje veřejný zájem nemající obchodní či průmyslovou povahu, tak ve světle judikatury ESD, musí být vzaty v úvahu všechny relevantní právní i skutkové okolnosti. Jedná se mimo jiné o okolnosti existující v době založení (zřízení) společnosti, podmínky a stav hospodářské soutěže na příslušném trhu, skutečnost, zda primárním cílem je či není vytvářet zisk, otázka, který subjekt nese riziko spojené s příslušnou činností a zda je příslušná činnost financována z veřejných prostředků. K uvedenému je vhodné doplnit, že navzdory textu zákona je třeba při posuzování povahy daného subjektu z hlediska § 2 odst. 2 písm. d) ZVZ přihlídnout nejen k činnosti, za jejímž účelem byla daná právnická osoba založena či zřízena, ale rovněž k činnostem, které fakticky vykonává⁸⁵. O veřejného zadavatele se tak zpravidla nejedná tehdy, pokud je předmětnou činnost schopen vykonávat i jiný soukromý subjekt na relevantním trhu s fungující hospodářskou soutěží, a pokud je daný subjekt založen za účelem dosahování zisku a nese riziko svého podnikání. Na druhou stranu pokud subjekt vykonává alespoň jednu činnost ve veřejném zájmu, která nemá obchodní charakter, hledí se na něj jako na veřejného zadavatele v celém rozsahu jeho činnosti⁸⁶.

Co se týká právní formy takového subjektu, je nutné konstatovat, že je v zásadě nerozhodné, zda se jedná o osobu soukromého či veřejného práva. V praxi se tak bude nejčastěji jednat o obchodní korporace, nicméně v úvahu přichází rovněž státní podniky.

⁸⁵ Srov. Kruták, T., Krutáková, L. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady, 2. Aktualizované vydání. ANAG, 2013, s. 24

⁸⁶ Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, 3. vydání. Praha : C.H. Beck, s. 26

Ohledně podmínek vymezených v ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) bod. 2 ZVZ je vhodné konstatovat, že jejich interpretace v zásadě vychází z platné soukromoprávní úpravy. To zda je společnost veřejným zadavatelem „ovládána“, či zda „jmenuje nebo volí nadpoloviční většinu jejích orgánů“ se posuzuje s ohledem na znění příslušných ustanovení platného ZOK.

Oproti předchozí kategorii může být *dotovaným zadavatelem* rovněž soukromá osoba, bez jakéhokoli vztahu k veřejnému zadavateli a bez ohledu na to, zda vykonává státní správu. Za dotovaného zadavatele totiž zákon považuje takový subjekt, který k realizaci zakázky vynakládá veřejné prostředky, a to včetně prostředků z fondů EU, a to bez ohledu na to, zda takové prostředky obdržel přímo, či prostřednictvím třetího subjektu v případech tzv. řetězení⁸⁷. Subjekt lze považovat za dotovaného zadavatele tehdy, když zadává veřejnou zakázku *hrazenou alespoň z 50 % z veřejných zdrojů* anebo tehdy, pokud *prostředky poskytnuté na veřejnou zakázku z veřejných zdrojů přesahují částku 200.000.000,- Kč*. Jak vyplývá z logického výkladu daného ustanovení, obě podmínky jsou alternativní, postačí tedy, pokud subjekt splňuje alespoň jednu z nich. Oproti stavu před novelou ZVZ č. 55/2012 Sb., již pro postavení dotovaného zadavatele není rozhodná hodnota zadávané zakázky. Subjekt je tak považován za dotovaného zadavatele také tehdy, pokud zadává zakázky malého rozsahu. Dotovaný zadavatel postupuje při zadávání veřejných zakázek podle pravidel pro veřejného zadavatele, pokud však nezadává zakázku v rámci své relevantní činnosti ve smyslu ustanovení § 4 ZVZ. V takovém případě se na něj uplatní pravidla platná pro sektorové zadavatele s výjimkou zadávání zakázky v sektoru vodovodů a kanalizací, kde i nadále postupuje dle ZVZ.

Zvláštní kategorii pak tvoří tzv. *sektoroví zadavatelé*. Jedná se o ty subjekty, které zadávají veřejnou zakázku v souvislosti s některou z tzv. *relevantních činností* uvedených v § 4 ZVZ. Jsou to tedy ti zadavatelé, kteří vykonávají činnost „sektorového“ charakteru, na jejímž řádném výkonu je obecný či strategický zájem společnosti a u níž je konkurence zpravidla velmi omezena, či zcela vyloučena. Výkon

⁸⁷ Kruták, T., Krutáková, L. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady, 2. Aktualizované vydání. ANAG, 2013, s. 29

takové činností také obvykle s ohledem na její význam podléhá přísnější právní regulaci. Zákon alternativně stanovuje dvě podmínky, za jejichž splnění lze na subjekt vykonávající relevantní činnost hledět jako na sektorového zadavatele. První z nich je skutečnost, že je tato činnost vykonávána na základě *zvláštního či výhradního práva*. Jedná se o různé koncese či povolení, jejichž získání je podmínkou pro vstup daného subjektu na trh. Příkladem lze uvést licenci dle § 4 zák. č. 458/2000 Sb., energetického zákona. Druhou podmínkou je skutečnost, že nad daným subjektem některý veřejný zadavatel vykonává tzv. *dominantní vliv*, tzn. pokud *disponuje většinou hlasovacích práv*, a to ať už sám, nebo po dohodě s jinou osobou, anebo tehdy, pokud *jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu*. Typickými sektorovými zadavateli jsou soukromé obchodní společnosti podnikající ve vodárenství, teplárenství, správě kanalizací, energetice, ale například také podniky provozující městskou hromadnou dopravu.

K zadávání zakázek sektorovým zadavatelem je nutné doplnit, že tento je povinen postupovat podle ZVZ pouze v případech, kdy zadává zakázku v souvislosti s výkonem relevantní činnosti. V případech, kdy může být předmět zakázky užit k relevantní i nerelevantní činnosti zadavatele a zakázku nelze rozdělit, musí být zakázka posuzována jako celek, jako kdyby celá byla zadávána v souvislosti s relevantní činností. V případě souběhu veřejného a sektorového zadavatele má dle judikatury ESD přednost režim zadavatele sektorového⁸⁸.

K pojmu *zadavatel* je vhodné závěrem poznamenat, že za zadavatele se ve smyslu ustanovení § 2 odst. 9 a 10 ZVZ považuje rovněž sdružení zadavatelů, či sdružení zadavatele s fyzickou či právnickou osobou, která sama zadavatelem není. Práva a povinnosti členů takového sdružení v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky musí být upraveny písemnou smlouvou. Na sdružení se aplikují ustanovení platná pro veřejného zadavatele, za předpokladu, že je členem sdružený alespoň jeden veřejný, či dotovaný zadavatel.

⁸⁸ Rozsudek Evropského soudního dvora č. C-462/03 ve věci Strabag AG v. Sterreichesche Bundesbahnen a č. C463/03 ve věci Kostmann GmbH v. Sterreichesche Bundesbahnen ze dne 16. července 2005

2.2.2 Dodavatel, uchazeč, zájemce

Ustanovení § 256 tr. zákoníku postihuje jednání pachatele, který sjedná přednost nebo výhodnější podmínky některému *dodavateli* na úkor jiných *dodavatelů*. Sám trestní zákoník pojem *dodavatel* nijak nevykládá. Na druhou stranu zákon o veřejných zakázkách u subjektů účastnících se na zadávacím řízení užívá kromě pojmu *dodavatel*, uvedený v ustanovení § 256 tr. zákoníku, rovněž také pojmy *zájemce* a *uchazeč*, které již v ustanovení § 256 tr. zákoníku zmíněny nejsou, naproti tomu jsou ale oba výslovně uvedeny v § 257 odst. 1 písm. d) tr. zákoníku. Nabízí se proto otázka, jak tyto pojmy v trestněprávním smyslu vykládat, tedy zda extenzivně, jako pojmy zastřešující všechny subjekty účastnící se zadávacího řízení, či restriktivně pouze tak, jak je vykládá zákon o veřejných zakázkách.

V případě ustanovení § 256 tr. zákoníku komentář vymezuje ve svém výkladu pouze pojmy *dodavatel* a *uchazeč* o veřejnou zakázku⁸⁹. S ohledem na znění ustanovení § 17 ZVZ však zřejmě není žádný důvod, proč by nemohlo být trestněprávně relevantní dle dané skutkové podstaty rovněž jednání vůči *zájemci*.

Dle § 17 odst. 1 písm. a) ZVZ je *dodavatelem* kterákoli fyzická osoba nebo právnická osoba, která dodává zboží, poskytuje služby nebo provádí stavební práce. Dle písm. j) citovaného ustanovení je naproti tomu *uchazečem* takový dodavatel, který podal nabídku v zadávacím řízení a dle písm. n) *zájemcem* ten dodavatel, který podal ve stanovené době žádost o účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním nebo v soutěžním dialogu nebo dodavatel, který byl zadavatelem vyzván k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, k podání nabídky v dynamickém nákupním systému, v zjednodušeném podlimitním řízení, v řízení na základě rámcové smlouvy nebo v dalších případech uvedených v ustanovení § 17 odst. 1 písm. n) ZVZ⁹⁰. Z gramatického výkladu citovaných ustanovení je tak zřejmé, že pojem *dodavatel* je pojmem širším než *uchazeč* resp. *zájemce*. Zatímco tedy každý *zájemce* či *uchazeč* je *dodavatelem*, opačně to neplatí⁹¹. Za *dodavatele* ve smyslu ustanovení § 256 odst. 1 tr.

⁸⁹ Srov. Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 2. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2623

⁹⁰ Pozn. K jednotlivým druhům zadávacího řízení viz níže.

⁹¹ Jurčík, R. Veřejné zakázky a koncese, 2. dopl. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 323

zákoníku je proto na základě citovaných ustanovení nutno považovat jak *zájemce*, tak *uchazeče* ve smyslu zákona o veřejných zakázkách.

Jinak tomu zřejmě bude u trestného činu dle § 257 tr. zákoníku. Jak již bylo uvedeno v předcházející kapitole, trestného činu dle § 257 odst. 1 písm. d) tr. zákoníku se dopustí ten, kdo *na základě dohody s jiným zájemcem nebo uchazečem vyvíjí činnost směřující k zadání veřejné zakázky za nepřiměřeně vysokou nebo jinak nevýhodnou cenu*. Znakem skutkové podstaty zde tedy není dohoda s jiným dodavatelem, což jak bylo vysvětleno výše, je pojem širší, nýbrž pouze s jiným zájemcem či uchazečem. *Zájemcem* se přitom daná osoba stává až od okamžiku podání žádosti o účast, resp. obdržení výzvy k účasti v některém z uvedených druhů zadávacího řízení a za *uchazeče* se daná osoba považuje teprve od okamžiku podání nabídky⁹². Je proto poměrně sporné, zda lze dle daného ustanovení postihnout rovněž takovou činnost dodavatelů, která sice je vykonávána na základě vzájemné dohody a směřuje k zadání zakázky za nepřiměřeně nevýhodnou cenu, nicméně ke které došlo dříve, než bylo možné na kterémkoli účastníka dohody pohlížet jako na *uchazeče*, či *zájemce* ve smyslu ZVZ. Při gramatickém a logickém výkladu citovaného ustanovení nelze než dojít k závěru, že jednání takovýchto subjektů, přestože jinak všechny znaky uvedené v ustanovení § 257 odst. 1 písm. d) tr. zákoníku naplňuje, jako trestný čin pletich při zadání veřejné zakázky a při veřejné soutěži kvalifikovat nelze, a to až do okamžiku, dokud se alespoň jeden z dodavatelů nestane zájemcem či uchazečem ve smyslu zákona. Pokud se tomu nestane, nezbyvá než takové jednání dodavatelů posoudit z hlediska ustanovení o pokusu, případně dle právní úpravy některého z jiných v úvahu přicházejících trestných činů (např. § 256 tr. zákoníku).

De lege ferenda je nicméně dle přesvědčení autora této práce vhodnější ustanovení § 257 odst. 1 písm. d) tr. zákoníku o pojem dodavatele doplnit. Ustanovení § 257 odst. 1 písm. d) tr. zákoníku míří na jednání kartelové povahy, jehož zřejmě nejtypičtějším projevem bude dohoda dodavatelů o ceně. K takovéto dohodě však musí nutně dojít dříve, než dodavatelé předloží své nabídky, a tedy ve většině druhů zadávacího řízení dříve, než se kterýkoli z dodavatelů stane zájemcem resp. uchazečem

⁹² Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 2. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 2631

ve smyslu ZVZ. Pokud tedy na základě této dohody dodavatelé společně začnou připravovat své nabídky, nicméně k jejich dokončení, natož podání nedojde z důvodů na straně zadavatele, např. proto že zadavatel zadávací řízení zrušil, nebo z důvodu včasného zásahu policie, nelze takové jednání považovat za trestný čin dle § 257 tr. zákoníku a zřejmě ani jako jeho pokus. Takový důsledek je však v rozporu s účelem daného ustanovení nadto zjevně zbytečný, kdy v podstatě nic nebrání, aby zákon místo *zájemce* či *uchazeč* užíval pojem *dodavatel* shodně, jako tomu je v případě ustanovení § 256 tr. zákoníku.

Z hlediska zadávání veřejných zakázek stojí za pozornost, že dodavatelem v zadávacím řízení může být rovněž subjekt, který se účastnil na přípravě veřejné zakázky, typicky, pokud se podílel na vyhotovení zadávací dokumentace. To nicméně s ohledem na judikaturu ESD pouze za předpokladu, že jeho účast na předzadávacím stadiu řízení nepřináší žádné nebezpečí pro soutěž mezi ostatními dodavateli⁹³. Jinými slovy se takový subjekt může účastnit zadávacího řízení pouze za předpokladu, že mu jeho účastí na přípravě zadání veřejné zakázky nevznikla oproti ostatním soutěžitelům výhoda. Povinnost prokázat, že jím nabyté zkušenosti neohrožují soutěž, přitom leží na takovém dodavateli a zadavatel není oprávněn jej předem, pouze z důvodu účasti na přípravě zakázky, vyloučit⁹⁴.

2.3 Zadávání veřejných zakázek

Jak vyplývá z ustanovení § 256 a 257 tr. zákoníku, zákon výslovně postihuje jednání pachatele *v souvislosti se zadáním veřejné zakázky*. Co konkrétně se rozumí zadáním veřejné zakázky nicméně samotný tr. zákoník nestanoví a je tedy opět nutné zohlednit úpravu obsaženou v zákoně o veřejných zakázkách.

Dle ustanovení § 17 písm. k) ZVZ se zadáním veřejné zakázky rozumí *rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, uskutečněné v zadávacím řízení*. S ohledem na znění tohoto ustanovení proto zadání veřejné zakázky nelze vykládat jako „pouhé“ rozhodnutí o výběru

⁹³ Srov. rozhodnutí ESD ze dne 03.03.2005, Fabricom SA proti Belgii, sp.zn. C-21/03+34-03

⁹⁴ Jurčík, R. Veřejné zakázky a koncese, 2. dopl. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 358

nejvhodnější nabídky, ale rovněž uzavření písemné smlouvy s vítězným uchazečem, čímž dojde k akceptaci jeho nabídky a vzniku právního vztahu⁹⁵.

Z hlediska trestněprávní odpovědnosti pachatele pro jednání popsané v ustanovení § 256 a 257 tr. zákoníku je vhodné zdůraznit, že zákon výslovně postihuje jednání *v souvislosti* se zadáním veřejné zakázky. Trestněprávně relevantní tak není pouze jednání pachatele při samotném *zadání zakázky* tak, jak je tento pojem vymezen výše, ale rovněž jednání spáchané v průběhu jejího *zadávání* a *v souvislosti* s ním. Dle § 17 písm. m) ZVZ se *zadáváním* rozumí *závazný postup zadavatele podle tohoto zákona v zadávacím řízení, jehož účelem je zadání veřejné zakázky, a to až do uzavření smlouvy nebo do zrušení zadávacího řízení*. Jinými slovy se tedy *zadáváním* veřejné zakázky rozumí veškeré právní úkony, které zadavatelé musí učinit k tomu, aby obstarali zboží nebo služby⁹⁶. Z trestněprávního hlediska je proto nutné zdůraznit, že znak *v souvislosti se zadáním veřejné zakázky* nelze vykládat restriktivně tak, že by se muselo jednat o jednání výhradně ve fázi samotného zadání ve smyslu § 17 písm. k) ZVZ, ale relevantní je jakékoli jednání v rámci celého procesu zadávání.

2.3.1 Zadávací řízení

Co se týká zadávání veřejných zakázek, zákon obsahuje v ustanovení § 21 ZVZ taxativní výčet celkem 6 druhů zadávacích řízení, v nichž lze veřejné zakázky ve smyslu ZVZ zadávat. Oproti předchozí právní úpravě zákon nestanovuje jako kritérium aplikace některého z druhů zadávacího řízení výhradně hodnotu veřejné zakázky (s výjimkou zjednodušeného podlimitního řízení) nýbrž jsou rozhodujícím faktorem především podmínky, za nichž se zadávání uskutečňuje a to, jaký druh zadavatele danou zakázku zadává.

a) *Otevřené řízení* - ze všech shora uvedených druhů je zadávacím řízením jednoznačně nejtransparentnějším a současně organizačně nejnáročnějším⁹⁷.

Podstatou tohoto typu zadávacího řízení je oznámení zadavatele adresované

⁹⁵ Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, 3.vydání. Praha : C.H. Beck, 2012, s. 158

⁹⁶ Pürner, S. Zahraniční zkušenosti se zadáváním veřejných zakázek. in Dančák, B., Hloušek, V., Šimíček, V.(eds). Korupce – Projevy a potírání v České republice a Evropské unii. Brno: Masarykova univerzita – politologický ústav, 2006, s. 261

⁹⁷ Jurčík, R. Veřejné zakázky a koncese, 2. dopl. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 699

neomezenému počtu dodavatelů, v němž zadavatel projevuje svůj úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto zadávacím řízení, za předem stanovených podmínek. Zákon nestanovuje žádné specifické podmínky jeho využití a s výjimkou zakázek na obranu a bezpečnost, při nichž se otevřené řízení neužívá⁹⁸, mohou v něm neomezeně zadávat všechny druhy zadavatelů, kterýkoli typ zakázky.

- b) *Užší řízení* – rovněž tento typ řízení mohou zadavatelé užívat v podstatě neomezeně. Na rozdíl od otevřeného zadávacího řízení je oznámení užšího řízení, adresované neomezenému počtu dodavatelů, nikoli přímo výzvou k předložení nabídky, nýbrž pouze výzvou k podání žádosti o účast na tomto typu řízení a k prokázání splnění kvalifikace. Pouze z takto přihlášených dodavatelů si následně zadavatel vybírá, které z nich osloví k podání nabídek. Užší řízení je tak oproti otevřenému zadávacímu řízení vícestupňové, kdy první stupeň tvoří výzva k účasti a posouzení kvalifikace, včetně následné selekce přihlášených dodavatelů a druhý stupeň představuje samotné hodnocení nabídek. S výjimkou zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti, zákon nestanovuje minimální ani maximální počet zájemců, které je zadavatel povinen oslovit k podání nabídky. Tento počet, stejně jako kriteria jejich výběru je však zadavatel povinen uveřejnit v oznámení o zahájení užšího řízení. Skutečnost, že se zadavateli nepřihlásil ani minimální počet zájemců, kteří by splňovali kvalifikační kriteria, nicméně sama o sobě není obligatorním důvodem pro zrušení zadávacího řízení a zadavatel je oprávněn pokračovat s počtem nižším.⁹⁹
- c) *Jednací řízení s uveřejněním* – neomezeně zadávat v tomto typu řízení je oprávněn pouze sektorový zadavatel a veřejný zadavatel pouze v případě zadávání veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti. V ostatních případech lze zadávat prostřednictvím jednacího řízení s uveřejněním pouze za podmínek stanovených v § 22 odst. 1 až 3 ZVZ. Sám zákon zdůrazňuje, že se má jednat o postup zcela výjimečný, kdy jiný typ zadávacího řízení nevedl k úspěšnému zadání zakázky a zadávací řízení proto bylo nutné zrušit. Zákon však jako podmínku stanoví povinnost zahájit jednací řízení s uveřejněním bezodkladně po té, co bylo předchozí řízení zrušeno. Pojem bezodkladnosti lze v tomto smyslu vykládat jako lhůtu 2

⁹⁸ Krč, R. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a judikaturou. Praha: Linde, 2013, s. 198

⁹⁹ Jurčík, R. Veřejné zakázky a koncese, 2. dopl. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 705

týdnů, maximálně v odůvodněných případech 1 měsíce od zrušení předchozího řízení. Nové řízení pak musí mít návaznost rovněž věcnou, kdy zadávací podmínky budou prakticky identické¹⁰⁰.

d) *Jednací řízení bez uveřejnění* - nejméně formální a zcela výjimečný způsob zadávání veřejných zakázek. Obdobně jako tomu bylo v předchozím případě, přichází tento typ zadávacího řízení v úvahu pouze tehdy, kdy jiný druh zadávacího řízení nevedl k zadání veřejné zakázky, a to pouze za předpokladu, že je zachována věcná a časová souvislost nového zadávacího řízení. Nad rámec těchto podmínek, lze jednací řízení bez uveřejnění nicméně využít také tehdy, kdy charakter plnění vylučuje či omezuje volnou soutěž dodavatelů. Zákon podrobně vymezuje tyto případy v ustanovení § 23 ZVZ. Snad jen příkladem lze uvést zakázky, které mohou být splněny pouze výhradním držitelem autorských práv k určitému plnění či zakázky na dodávky určené pouze za účelem výzkumu. Veřejná zakázka je v takových případech nezřídka zadána tzv. „přímo z ruky“ některému z oslovených dodavatelů, a to bez toho, aby proběhla efektivní hospodářská soutěž, která by mohla zajistit ekonomickou výhodnost poskytnutého plnění. V tomto typu řízení vyzvaní zájemci nepodávají konkrétní nabídku, ale zadavatel s nimi místo toho přímo vyjednává smluvní podmínky, obdobně jako je tomu v běžných soukromoprávních vztazích¹⁰¹.

e) *Soutěžní dialog* – specifický druh zadávacího řízení určený pro případy, kdy v okamžiku zahájení zadávacího řízení zadavatel není z objektivních důvodů schopen přesně konkretizovat způsob provedení plánované veřejné zakázky. Předmětem soutěžního dialogu je diskuze se zájemci přijatými do řízení s cílem nalézt jedno nebo více vhodných řešení. Oznámení o soutěžním dialogu je adresováno neurčitému počtu zájemců a obsahuje kromě základní představu zadavatele o podmínkách a náležitostech budoucího plnění, rovněž požadavky zadavatele na splnění kvalifikace. K účasti na samotném soutěžním dialogu pak budou vyzváni pouze ti zájemci, kteří splnění takto vymezené kvalifikace prokáží.

¹⁰⁰ Krč, R. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a judikaturou. Praha: Linde, 2013, s. 228

¹⁰¹ Jurčík, R. Veřejné zakázky a koncese, 2. dopl. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 731

f) *Zjednodušené podlimitní řízení* – jedná se o zvláštní typ zadávacího řízení určeného pro zadávání podlimitních veřejných zakázek na dodávky či služby, nebo podlimitních veřejných zakázek na stavební práce, jejichž předpokládaná hodnota nepřesahuje částku 10.000.000,- Kč, který umožňuje zadavateli omezit okruh oslovovaných dodavatelů na nejméně 5 subjektů. Zadavateli je tak dána možnost vybrat si subjekty, z jejichž okruhu vzejde konečný dodavatel a tím zohlednit případné předchozí zkušenosti s potencionálními dodavateli. Zákon nestanovuje žádné specifické podmínky na subjekty, které mohou být zadavatelem osloveny, z rozhodovací praxe ÚOHS nicméně vyplývá, že je zadavatel při zahájení tohoto řízení povinen zohlednit, zda oslovované subjekty jsou skutečně schopny předmět zakázky splnit. Tedy jinými slovy, aby měly alespoň oprávnění k podnikání na předmět veřejné zakázky, byly schopny splnit kvalifikační předpoklady a měly zkušenost s plněním veřejných zakázek podobného druhu¹⁰². Uvedená povinnost na druhou stranu neznámá, že by zadavatelé museli kontrolovat splnění všech kvalifikačních předpokladů předem, tedy ještě před oslovením konkrétních uchazečů, neboť to často ani není z objektivních důvodů možné. Zadavatelé jsou však povinni oslovit pouze takové uchazeče, u nichž lze důvodně předpokládat, že jsou tyto předpoklady způsobilí splnit¹⁰³.

Nad rámec takto vymezených druhů zadávacích řízení zákon upravuje rovněž dva zvláštní druhy řízení, a to *dynamický nákupní systém* (§ 93 a násl. ZVZ) a *rámcovou smlouvu* (§ 11, § 89 a násl. ZVZ). K ustanovení dynamického nákupního systém, resp. k uzavření rámcové smlouvy dochází na základě řízení *sui generis*, které sice má rysy podobné se zadávacím řízením na veřejnou zakázku, jehož předmětem však není samotné zadání zakázky nýbrž vytvoření právního rámce pro pružnější a hospodárnější zadávání veřejných zakázek. Výsledkem tohoto řízení je pak soustava podmínek, za nichž budou veřejné zakázky na předem stanovené plnění do budoucna zadávány¹⁰⁴. Bude se zpravidla jednat o zakázky na dodávky zboží a služeb generického charakteru,

¹⁰² Srov. rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 12.0.2013, č.j. ÚOHS-R271/2012/VZ-6505/2013/310/MM1

¹⁰³ Doleček, F. Reakce na článek „Co se musí zkoumat při zjednodušeném podlimitním řízení“. Právní rádce, č. 7/2013, s. 69

¹⁰⁴ Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, 3.vydání. Praha : C.H. Beck, 2012, s. 199

u kterých se kvalita plnění zpravidla příliš nemění a jediným hodnotícím kritériem zakázky tak může být cena.

Nutno podotknout, že zadávat veřejné zakázky v některém ze shora vymezených druhů zadávacích řízení je zadavatel povinen pouze v případě zakázek nadlimitních a podlimitních. V případě zakázek malého rozsahu je postup dle ZVZ zadavateli ponechán jako fakultativní možnost, které může, ale nemusí využít. Zadavatel je však i při zadávání zakázek malého rozsahu povinen respektovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace uvedené v § 6 ZVZ.

2.3.2 Proces zadávání

S menšími či většími odchylkami u jednotlivých typů zadávacího řízení, prochází proces zadání veřejné zakázky v zásadě několika shodnými, obligatorními fázemi. Jak již bylo naznačeno výše, ne všechny tyto stupně lze nicméně podřadit pod pojem *zadávací řízení* tak, jak jej chápe platná úprava zákona o veřejných zakázkách. Přesto může být protiprávní jednání v rámci kterékoli z těchto fází trestněprávně relevantní.

1. *Předzadávací stádium* – Daná fáze a její průběh nejsou nijak formalizovány, proto není zpravidla snadné stanovit ani její počátek. V praxi se bude obecně jednat o okamžik, kdy si zadavatel uvědomí potřebu nějaké dodávky, služby či stavebních prací a zahájí první kroky k jejich realizaci.

Platná právní úprava zadávání veřejných zakázek tuto fázi zadávacího řízení neupravuje a nelze ji tedy vnímat jako součást *zadávacího řízení* ve smyslu ZVZ, resp. *zadávání veřejných zakázek* tak, jak je chápáno předpisy trestního práva. Právě v rámci tohoto stádia nicméně dochází k jednání, které se může později ukázat nejvíce trestněprávně relevantním. Zadavatel v dané fázi rozhoduje, zda vůbec, případně jakým způsobem a v jakém režimu se bude při zadání veřejné zakázky zákonem o veřejných zakázkách řídit. Tedy mimo jiné musí rozhodnout takové základní otázky jako, zda je vůbec zadavatelem ve smyslu zákona, zda se jedná o veřejnou zakázku či zda není na místě uplatnit některou z výjimek uvedených v § 18

ZVZ. V návaznosti na schválený rozpočet a plán veřejných zakázek zadavatel vymezuje předmět plnění veřejné zakázky a od něj se odvíjející hodnotu. Připravuje zadávací dokumentaci, stanovuje hodnotící a kvalifikační kritéria a jmenuje členy hodnotící komise¹⁰⁵. To vše jsou činnosti pro úspěšné zadání veřejné zakázky zcela klíčové. Současně se jedná o činnosti, prostřednictvím kterých lze veřejnou zakázku velmi snadno ovlivnit a právě v této fázi zadávání zakázky může pachatel tohoto ovlivnění nejnáze docílit. Nejasný rozsah veřejné zakázky, nejasný účel a kritéria pro výběr vítězné nabídky jsou jedním z prvních indikátorů nasvědčujících tomu, že předmětná veřejná zakázka je zmanipulovaná¹⁰⁶. Právě v této fázi pak nejčastěji dochází rovněž k únikům informací o připravovaném zadávacím řízení, tedy k jedné z nejzásadnějších korupčních metod, prostřednictvím které je možné veřejnou zakázku ovlivnit¹⁰⁷.

Z hlediska teleologického výkladu ustanovení § 256 a 257 tr. zákoníku je tedy zcela zřejmé, že trestněprávně postižitelné musí být rovněž jednání v tomto stadiu zadávání veřejných zakázek, a to bez ohledu na to, zda bude veřejná zakázka nakonec skutečně zadána. K tomu je nutné doplnit, že pokud přes jednání pachatele k zadání veřejné zakázky zamýšlenému dodavateli v konečném důsledku nedojde, může být takové jednání vyhodnoceno jako pokus trestného činu, pokud k jeho spáchání bezprostředně směřovalo.

2. *Zahájení zadávacího řízení* – Dle ustanovení § 26 ZVZ je zadávací řízení zahájeno okamžikem *odeslání oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění* (v případě otevřeného či užšího řízení, jednacího řízení s uveřejněním a soutěžního dialogu) nebo *odesláním výzvy o zahájení zadávacího řízení* (jedná se o písemnou výzvu k jednání v jednacím řízení s uveřejněním, k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení, k podání nabídek v řízení na základě rámcové smlouvy), tedy nikoli až doručením výzvy resp. uveřejněním oznámení ve Věstníku veřejných zakázek¹⁰⁸. Jak již bylo uvedeno výše, v dané fázi řízení již má zadavatel parametry

¹⁰⁵ Srov. *Jurčík, R.* Veřejné zakázky a koncese, 2. dopl. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 409

¹⁰⁶ *Kala, M.* Korupce. Státní zastupitelství, č. 04/2011, s. 4

¹⁰⁷ Srov. *Shelleová, A.* Veřejné zakázky jako nejvyhledávanější způsob korupce. in *Schelle, K., Tauchen, J.* Korupce – včera a dnes. Ostrava: Key publishing, s.r.o., 2013, s. 141

¹⁰⁸ *Jurčík, R.* Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, 3. vydání. Praha: C.H. Beck, 2012, s. 241

veřejné zakázky připraveny a je s výjimkou soutěžního dialogu vyhotovena zadávací dokumentace.

Dnem následujícím po zahájení zadávacího řízení pak běží dodavatelům lhůty k podání nabídek, stanovené v ustanovení § 39 a 41 ZVZ, jejichž délka se odvíjí od typu zadavatele (zda se jedná o zadavatele sektorového či veřejného) a od zvoleného typu řízení. Délka lhůt je upravena jako minimální, zadavatel je nicméně povinen stanovit takovou délku lhůty, která s ohledem na předmět veřejné zakázky poskytuje dodavatelům dostatečný čas na přípravu a podání jejich nabídek. Stanovení nepřiměřené krátké lhůty k podání nabídek je porušením základních zásad zadávacího řízení vyjádřených v § 6 ZVZ¹⁰⁹.

Do konce lhůty pro podání nabídek je zadavatel oprávněn rovněž měnit zadávací podmínky, resp. obsah zadávací dokumentace. Pokud však zadavatel k takovýmto změnám přistoupí, je povinen současně přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání žádosti o účast, nebo lhůtu pro podání nabídek, a to podle povahy provedené úpravy, aby na tyto změny mohl uchazeč adekvátně reagovat¹¹⁰. Změna zadávacích podmínek pouze prostřednictvím poskytování dodatečných informací k zadávacím podmínkám dle § 49 ZVZ je pak dle judikatury nepřípustná.¹¹¹

Je nutné zdůraznit, že lhůtu k podání nabídek, by měli mít všichni potencionální dodavatelé v zásadě shodně dlouhou. Přednostní vyzrazení termínu zahájení zadávacího řízení, poskytnutí zadávací dokumentace, či vyzrazení jiných, neveřejných parametrů veřejné zakázky některému z dodavatelů dříve, než bylo zadávací řízení vůbec zahájeno, resp. dříve, než byly tyto informace poskytnuty ostatním dodavatelům, naplňuje znaky *sjednáním přednosti* ve smyslu § 256 tr. zákoníku a je tedy, za podmínek zde stanovených, trestným činem.

¹⁰⁹ tamtéž, s. 289

¹¹⁰ Mayer, J. Poslední změny ve veřejných zakázkách z pohledu zadavatele. Právní rádce č. 7/2014, s. 60 - 63

¹¹¹ Srov. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12.5.2008, sp.zn. 5 Afs 131/2007

Uplynutím lhůty pro podání nabídek pak počíná běžet *zadávací lhůta*, tedy lhůta stanovená zadavatelem v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, po kterou jsou dodavatelé podanou nabídkou vázáni. Po tuto dobu tedy dodavatelé nejsou oprávněni své nabídky rušit ani měnit. Pokud však tato lhůta marně uplyne, dodavatelům ve zrušení své nabídky v zásadě nic nebrání. Právě tato událost tak může být významným podnětem k protiprávním dohodám uvedeným v ustanovení § 257 tr. zákoníku, neboť dodavatelům již nehrozí přímá ekonomická újma v důsledku jejich odstoupení od zadávacího řízení¹¹².

3. *Posouzení kvalifikace* – Předpokladem pro účast dodavatele v zadávacím řízení je, kromě podání samotné nabídky, především splnění tzv. *kvalifikačních předpokladů* stanovených zadavatelem v oznámení resp. ve výzvě o zahájení zadávacího řízení. Jedná se o relativně samostatnou fázi zadávacího řízení, která předchází hodnocení nabídek, a kterou proto nelze s touto fází ani s okamžikem otevíráním obálek zaměňovat¹¹³. Na rozdíl od kritérií hodnotících, tak kvalifikační předpoklady neurčují, kdo se stane vítězem předmětné zakázky, ale to, zda vůbec bude nabídka daného dodavatele nadále hodnocena. Zadavateli je tímto dána možnost omezit okruh potencionálních dodavatelů tak, aby byla pokud možno zaručena kvalita vítězné nabídky a současně nedocházelo k nedůvodným průtahům v zadávacím řízení. Nutno však podotknout, že tato možnost je v souladu se základními zásadami zadávacího řízení notně omezena.

Předně, veřejný zadavatel, na rozdíl od zadavatele sektorového, je oprávněn požadovat splnění pouze těch kvalifikačních předpokladů, které jsou výslovně uvedeny v ustanovení § 50 až 62 ZVZ¹¹⁴. Požadavky zadavatele musí být vždy přiměřené ve vztahu k charakteru předmětu veřejné zakázky, tedy nesmí jej nedůvodně přesahovat ani nedůvodně omezovat hospodářskou soutěž potencionálních soutěžitelů. Splnění kvalifikace je zadavatel oprávněn požadovat

¹¹² *Votrúbec, J., Měkota, J.* Vázanost uchazeče podanou nabídkou, Právní rádce č. 10/2014, s. 58 - 61

¹¹³ *Poděšva, V., Olik, M., Janoušek, M. Stránský, J.* Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2. vydání. Praha : Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, s 281

¹¹⁴ *Jurčík, R.* Veřejné zakázky a koncese, 2. dopl. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 445

výhradně pouze po dodavateli, nikoli po třetích osobách, subdodavateli, či výrobcí předmětu plnění.¹¹⁵

Jak již bylo uvedeno výše, zákon podrobně stanovuje jaké kvalifikační předpoklady je veřejný zadavatel oprávněn resp. povinen od dodavatelů požadovat. Jedná se o tzv. *základní předpoklady*, týkající se přímo osoby dodavatele, jako je jeho bezúhonnost, zda není v insolvenci či likvidaci atp., *profesní předpoklady*, jejichž prostřednictvím dodavatel prokazuje, že je oprávněn podnikat v předmětu veřejné zakázky a *technické předpoklady* sloužící k ověření technické způsobilosti dodavatele realizovat předmětnou zakázku, tedy zda má k dispozici dostatečné vybavení, zkušenosti a odpovídajícím způsobem kvalifikovaný personál. Poslední typem kvalifikačních kritérií jsou tzv. *ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady*, jejichž prostřednictvím dodavatel formou čestného prohlášení dosvědčuje, že má finanční a ekonomickou způsobilost předmětnou zakázku splnit. Stojí za pozornost, že žádným jiným způsobem není ekonomická způsobilost dodavatele prokazována a zadavatel nemá možnost tvrzení dodavatele nijak přezkoumat. Dodavateli tak v zásadě nic nebrání splnění těchto podmínek předstírat. Pokud se však skutečnosti uvedené v čestném prohlášení ukážou jako nepravdivé, a dodavatel předložením čestného prohlášení takto zadavatele uvedl v omyl, přichází v úvahu trestní odpovědnost pro trestný čin podvodu dle § 209 tr. zákoníku. To však za předpokladu, že tímto jednáním dodavatel sebe nebo jiného obohatí a způsobí tak na cizím majetku škodu. Takové okolnosti mohou přicházet v úvahu především tehdy, pokud i díky nepravdivému čestnému prohlášení o ekonomické způsobilosti tento dodavatel takovou veřejnou zakázku získá.

Splnění kvalifikace dodavatelé zpravidla prokazují současně s podáním nabídky, mohou tak nicméně učinit kdykoli v průběhu lhůty pro podání nabídek, resp. lhůty k podání žádosti o účast v zadávacím řízení. V pozdějších fázích zadávacího řízení již kvalifikaci v zásadě dokládat nelze. Výjimkou z tohoto pravidla je ustanovení § 59 odst. 4 ZVZ, které umožňuje, aby v případě nejasností nebo neúplné dokumentace byla dodavateli dána dodatečná lhůta předložené doklady vyjasnit

¹¹⁵ Srov. rozhodnutí ÚOHS ze dne 09.06.2005 č.j. VZ/S 58/05-153/2050/05LB

nebo doplnit. Až do technické novely ZVZ nicméně platilo, že rozhodné skutečnosti zakládající kvalifikaci dodavatele musely nastat nejpozději ve lhůtě pro podání nabídek. Pokud tedy byl ze strany zadavatele vyžádán doklad prokazující splnění kvalifikace, musel předložený doklad prokazovat skutečnosti nastalé nejpozději ke dni skončení shora uvedené lhůty. Pokud ji prokazoval ke dni pozdějšímu, nebylo možné takový doklad akceptovat¹¹⁶. Tento rigidní přístup byl předmětem dlouhodobé kritiky, a proto byla tato povinnost vypuštěna a nově mohou dle platné právní úpravy skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace nastat i po uplynutí lhůty pro podání nabídek dle § 52 ZVZ.¹¹⁷ K tomuto je vhodné doplnit, že uvedená úprava je plně v souladu s moderními evropskými trendy a představuje tak takřka „revoluční“ posun data, k němuž se splnění kvalifikace posuzuje, a to nejdále až po rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky, což zadavatelům i dodavatelům umožňuje pružně reagovat na případné nedostatky a tím omezit důvody, pro které je nutné nabídku konkrétního uchazeče z formálních důvodů vyřadit¹¹⁸.

V souladu s ustanovením § 59 ZVZ provádí posouzení splnění kvalifikace zadavatel, který za tím účelem může ustanovit zvláštní komisi. Zákon na členy takové komise nestanovuje žádné specifické povinnosti s výjimkou povinnosti mlčenlivosti a nepodjatosti shodně, jako je tomu v případě členů hodnotící komise.

V tomto směru stojí za pozornost případná trestněprávní odpovědnosti členů takto ustanovené komise pro jednání naplňující znaky trestného činu dle § 256 tr. zákoníku. Jak již bylo uvedeno v předchozí části, je znakem kvalifikované skutkové podstaty citovaného trestného činu rovněž speciální subjekt, *člen hodnotící komise*. Nabízí se proto otázka, zda za takovou osobu je možné považovat rovněž člena komise pro posouzení kvalifikace. Naneštěstí ani odborná literatura, ani judikatura se k této otázce nevyjadřuje. Z hlediska výkladu citovaného ustanovení je nutné na jednu stranu přisvědčit, že s ohledem na zájmy chráněné trestním zákoníkem, je význam činnosti členů komise pro posouzení kvalifikace a komise hodnotící, ne-li

¹¹⁶ Kruták, T., Krutáková, L. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady, 2. Aktualizované vydání. ANAG, 2013, s. 202

¹¹⁷ Janoušek, M., Měkota, J. Dokumentace ke splnění kvalifikace po lhůtě. Právní rádce č. 3/2014, s. 20 - 21

¹¹⁸ Podešva, V. Veřejné zakázky v EU dostanou moderní kabát. Právní rádce č. 3/2014, s. 14 - 17

shodný, tak velmi podobný, neboť v obou případech lze protiprávním jednáním těchto osob průběh veřejné zakázky zcela zásadní způsobem ovlivnit. Na druhou stranu trestní zákoník uvádí výslovně jako normativní znak kvalifikované skutkové podstaty pojem *člen hodnotící komise*, nadto sám zákon o veřejných zakázkách oba instituty upravuje odděleně a především odchylně. S ohledem na tyto skutečnosti se proto autor této práce přiklání k závěru, že vzhledem k zásadě *nullum crimen sine lege*, je nutné pojem *člen hodnotící komise* vykládat restriktivně tak, že se jedná výhradně o členy hodnotící komise ve smyslu ZVZ a nikoli o členy jiných komisí, které lze dle tohoto zákona ustanovit, a to bez ohledu na jejich význam pro zadávací řízení. Samozřejmě, trestní odpovědnost členů těchto komisí pro naplnění základní skutkové podstaty, případně jiných znaků kvalifikovaných skutkových podstat, zůstává plně zachována. *De lege ferenda* je nicméně vhodné poznamenat, že rozšíření trestní odpovědnosti pro ustanovení § 256 odst. 2 písm. a) tr. zákoníku rovněž na členy minimálně komise pro posouzení kvalifikace, je s ohledem na účel daného ustanovení zcela na místě, neboť jsou to právě tyto osoby, které v rámci své činnosti v komisi *de facto* rozhodují o tom, kdo bude nadále oprávněn s zadávacího řízení účastnit. Případné protiprávní jednání členů této komise tak může být pro výsledek zadávacího řízení stejně významné a potenciaálně shodně společensky škodlivé, jako je tomu v případě členů komise pro hodnocení nabídek a není tedy důvod, proč by měl být jejich případný trestněprávní postih odchylný.

Co se týká trestněprávně relevantního jednání, přichází v dané fázi zadávacího řízení v úvahu především jednání naplňující znaky trestného činu sjednání výhody při zadání veřejné zakázky, veřejné soutěži a veřejné dražbě dle § 256 tr. zákoníku. Takovým jednáním může být například nedůvodné vyloučení nabídky dodavatele či naopak přijetí nabídky dodavatele, který požadované předpoklady nesplnil. Trestněprávně relevantním může být rovněž nerovný, selektivní přístup k jednotlivým dodavatelům např. tím, že v případě vad nabídky bude vyzván k doplnění pouze jeden z dodavatelů, zatímco druhý nikoli. Nutno však doplnit, že takové jednání je trestněprávně postižitelné pouze tehdy, kdy subjektivní stránka obsahuje rovněž druhý úmysl pachatele, způsobit jinému škodu nebo způsobit sobě nebo jinému neoprávněný prospěch.

4. *Hodnocení nabídek* – Jedna z nejdůležitějších fází zadávacího řízení, které je podkladem pro rozhodnutí zadavatele o vítězné nabídce. Hodnocení nabídek probíhá za předem stanovených podmínek, podle pravidel stanovených v zákoně a v zadávací dokumentaci, při dodržení zásad transparentnosti a rovného zacházení se všemi dodavateli.

S výjimkou jednacích řízení bez uveřejnění, dynamického nákupního systému a řízení na základě rámcové smlouvy, provádí hodnocení nabídek *hodnotící komise*. Tam, kde se hodnotící komise nesestavuje, provádí hodnocení přímo zadavatel. Komise má s ohledem na hodnotu zadávané zakázky 5 členů, či 9 členů (v případě významné zakázky ve smyslu § 16a ZVZ). S výjimkou nepodjatosti zákon obecně nestanovuje žádné konkrétní požadavky na to, kdo může být členem hodnotící komise, nemusí se dokonce ani vždy jednat o zástupce zadavatele, postačí, když bude v komisi alespoň jediný. Přesto je nutné trvat na povinnosti, aby složení hodnotící komise bylo schopno zajistit kvalifikovaný postup ve fázi zjišťování i hodnocení nabídek. V případě, že je to odůvodněno předmětem veřejné zakázky musí mít alespoň jedna třetina členů komise odpovídající odbornost¹¹⁹.

Samotné hodnocení nabídek pak probíhá na základě jednoho ze dvou základních kritérií, *nejnižší nabídkové ceny* nebo *ekonomické výhodnosti*. Zatímco kritérium nejnižší nabídkové ceny je zcela jednoznačné a bude u všech zakázek shodné, kritérium ekonomické výhodnosti lze významným způsobem přizpůsobit konkrétnímu předmětu veřejné zakázky tak, aby zadavateli umožnilo vybrat ekonomicky nejvýhodnější nabídku podle jeho konkrétních požadavků. Hodnotící kritérium ekonomické výhodnosti nabídky se dále dělí na dílčí kritéria, z nichž jedno musí být vždy cena. Výběr ostatních dílčích kritérií je ponechán plně na uvážení zadavatele, ten je však při výběru povinen respektovat požadavek jejich přiměřenosti k předmětu zakázky. Dílčí kritéria mohou být objektivní (např. dodací doba), tak subjektivní (např. estetický vzhled), nesmí však být diskriminační ani zvyhodňovat určité dodavatele. Hodnotícími kritérii rovněž nesmí být údaje

¹¹⁹ *Poděšva, V., Olík, M., Janoušek, M. Stránský, J.* Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2.vydání. Praha : Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, s 339.

odpovídající kvalifikačním předpokladům. Dílčím kritériím musí být přiřazena váha v procentech, která bude uvedena buďto v oznámení o zadávacím řízení, nebo v zadávací dokumentaci¹²⁰.

Komise v rámci svého postupu při hodnocení předložených nabídek nejprve přezkoumá úplnost nabídky po obsahové stránce. Až teprve následně je možné přistoupit k posouzení nabídek v souladu se zvolenými kritérii. Po celou dobu tohoto procesu se však členové komise i komise jako celek, musí řídit zásadami vymezeným v § 6 ZVZ, především zásadou transparentnosti. Hodnocení tak musí probíhat přísně v souladu se zvolenými hodnotícími kritérii uvedenými v zadávací dokumentaci a je-li zvoleno kritérium ekonomické výhodnosti, musí komise postupovat při hodnocení dílčích kritérií podle procentuální výše vah, kterou jim zadavatel přidělil. U subjektivních dílčích kritérií mohou členové komise projevit svůj názor, který bude řádně zaznamenán, přičemž srovnáním jednotlivých subjektivních názorů dospěje komise k relativně objektivním výsledkům¹²¹.

Co se týká trestněprávní úpravy, je vhodné na tomto místě připomenout, že jednání v postavení člena hodnotící komise je znakem kvalifikované skutkové podstaty dle § 256 odst. 2 písm. a) tr. zákoníku. To jen podtrhuje význam dané fáze zadávacího řízení a odpovědnost osob, které jsou do hodnotící komise jmenovány. Platí to obzvláště v případech, kdy hodnotícím kritériem není nejnižší nabídková cena, ale ekonomická výhodnost nabídky, zejména pak jsou-li její součástí subjektivní dílčí kritéria, které mohou být prostředkem k manipulaci s výsledkem zadávacího řízení. Z hlediska daného trestného činu může v dané fázi zadávacího řízení naplnit znaky *sjednání výhody* rovněž jednání spočívající např. v přednostním vyjádření cenových nabídek ostatních dodavatelů¹²².

¹²⁰ Jurčík, R. Veřejné zakázky a koncese, 2. dopl. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 636 a násl.

¹²¹ Srov. rozhodnutí ÚOHS ze dne 31.07.2000, č.j. 2R 17/00-Ju

¹²² Šámal, P. a kol.: Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 2. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2622

5. *Skončení zadávacího řízení* – Zákon o veřejných zakázkách upravuje dva způsoby ukončení zadávacího řízení, zákonem preferované *zadání veřejné zakázky* a *zrušení zadávacího řízení*.

Zadání veřejné zakázky lze označit za standardní způsob ukončení zadávacího řízení a jako takové se skládá ze dvou dílčích fází. Nejprve zadavatel rozhoduje o výběru nejvhodnější nabídky, tedy o tom, s kterým z uchazečů bude uzavřena smlouva. Nutno podotknout, že výběr nejvhodnější nabídky ještě není akceptací návrhu a je výhradní pravomocí zadavatele, nikoli hodnotící komise, a to i přesto, že zadavatel rozhoduje o výběru nejvhodnější nabídky na základě posouzení a zhodnocení nabídek provedených právě komisí.¹²³ Výjimkou z tohoto pravidla jsou případy, kdy zadavatel dospěje k závěru, že hodnotící komise nepostupovala v souladu se zákonem. V takovém případě je v souladu s ustanovením § 79 odst. 5 ZVZ oprávněn rozhodnout o novém posouzení nabídek, pro které je oprávněn ustanovit novou komisi, případně jej provede sám. Tento postup je nicméně povinen v oznámení o rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky řádně odůvodnit. Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky pak zadavatel doručí do 5 pracovních dnů všem zúčastněným dodavatelům, kterým běží od okamžiku jeho doručení lhůta pro podání námitek.

Druhou fází zadání veřejné zakázky představuje samotné uzavření smlouvy. Nutno poznamenat, že návrh smlouvy, vypracovaný na základě zadání veřejné zakázky, obsahuje každá nabídka všech dodavatelů zúčastněných v daném zadávacím řízení. Uzavření smlouvy tak spočívá v podstatě pouze v akceptaci takového návrhu předloženého dodavatelem. Přestože je však návrh smlouvy součástí nabídky dodavatele, směřuje ustanovení zákona k tomu, aby byl fyzicky podepsán jiný, obsahově nicméně shodný dokument. Od zadání a nabídky dodavatele se při uzavření nové smlouvy zadavatel nesmí s výjimkou drobných formálních změn odchýlit, a to pod sankcí absolutní neplatnosti takto uzavřené smlouvy¹²⁴. K uzavření smlouvy je zadavatel povinen přistoupit do 15 dnů od uplynutí lhůty k podání námitek a vybraný dodavatel je povinen poskytnout zadavateli za tím

¹²³ Jurčík, R. Veřejné zakázky a koncese, 2. dopl. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 804 a násl.

¹²⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21.12.2010, sp.zn. 23 Cdo 4561/2008, [publikováno 74/2011 Sb.]

účelem odpovídající součinnost. S výjimkou propadnutí jistoty, byla-li zadavatelem vyžádána, však zadavatel nemá žádný jiný nástroj, jak dodavatele k uzavření smlouvy přimět, pokud by si svou nabídku z jakéhokoli důvodu rozmyslel. V takovém případě je však zadavatel oprávněn uzavřít smlouvu s dodavatelem, který se umístil na druhém místě, případně pokud i tento odmítne s dodavatelem na třetím místě, nebo zadávací řízení zrušit. Okamžikem uzavření smlouvy zadávací řízení končí a práva a povinnosti mezi stranami se již řídí pouze předpisy soukromého práva. Pokud tedy dojde k situaci, kdy po uzavření smlouvy od ní dodavatel odstoupí, není zadavatel oprávněn uzavřít smlouvu s druhou nejlepší nabídkou učiněnou v zadávacím řízení a je povinen zahájit zadávací řízení nové¹²⁵.

Zrušení zadání veřejné zakázky je nepochybně s ohledem na textaci zákona o veřejných zakázkách méně preferovaným způsobem ukončení zadávacího řízení. Platná právní úprava obsažená v zákoně o veřejných zakázkách obsahuje poměrně striktní podmínky, za jejichž splnění je zadavatel oprávněn nebo naopak povinen zadávací řízení zrušit. Zadavatel je tak povinen zrušit zadávací řízení tehdy, kdy nastane některá z podmínek stanovených v ustanovení § 84 odst. 1 ZVZ. Obecně řečeno se jedná o případy, kdy je zadávací řízení zjevně zcela bezúspěšné, nejsou podány žádné nabídky, či kdy jsou tyto nabídky sice podány, nicméně nenaplnovaly podmínky stanovené dodavatelem. Transparentní novela č. 55/2012 Sb. zavedla v ustanovení § 71 odst. 6 ZVZ rovněž povinnost zadavatele zrušit zadávací řízení tehdy, pokud byla podána pouze jediná nabídka, resp. pouze jediná nabídka zbyla k hodnocení. Toto ustanovení nicméně způsobovalo zadavatelům často až neřešitelné problémy a neplnilo svůj primární účel, a sice zvýšení konkurenceschopnosti nabídek a zvýšení motivace zadavatelů otevírat zadávací podmínky většímu počtu uchazečů jejich mírnějším nastavením. Existovala hrozba kartelových dohod za účelem podání dvou a více nabídek se snahou o obejít povinnosti rušit zadávací řízení. Proto tzv. technickou novelou provedenou zákonným opatřením senátu č. 341/2013 Sb. byla zadavatelům poskytnuta možnost učinit výběr jediné nabídky i tehdy, pokud realizoval opakované zadávací řízení v otevřeném řízení a v oznámení

¹²⁵ Jurčík, R. Veřejné zakázky a koncese, 2. dopl. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 806 a násl.

o zahájení nového řízení identifikoval předchozí zadávací řízení¹²⁶. Rovněž tato úprava však byla následně zrušena zákonem č. 40/2015 a od 06.03.2015 je zadavateli dána v ustanovení § 84 odst. 3 písm. b) ZVZ možnost zrušit zadávací řízení v případě jediné nabídky pouze jako fakultativní.

Ustanovení § 84 odst. 2 ZVZ pak upravuje další fakultativní případy, kdy je zadavatel oprávněn přistoupit k zrušení zadávacího řízení. Zákon mu v takovém případě ukládá jedinou povinnost, a to rozhodnout bez zbytečného odkladu. Toto oprávnění má zadavatel především v případech, kdy počet odevzdaných, úplných a kvalifikovaných nabídek nedosahuje ani minimálního počtu stanoveného zadavatelem a dále tehdy, kdy pro důvody zvláštního zřetele hodné či z důvodu podstatné změny okolností nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Takovými důvody může být např. nedostatek financí na straně zadavatele, přírodní katastrofa, nepřidělení dotace atp.¹²⁷

Z hlediska trestněprávní regulace je daná fáze zadávacího řízení významná především pro jednání uvedené v § 257 tr. zákoníku. Nelze opomíjet, že dodavatelé již znají nabídky své konkurence, a pokud k samotnému uzavření smlouvy dosud nedošlo, což jak bylo uvedeno výše, vyžaduje další úkon vítězného dodavatele, vítěznému dodavateli v případě, že nebyla složena jistota, nic nebrání uzavření smlouvy odmítnout. Takováto situace tak dodavatele může vést k jednání popsanému v ustanovení § 257 odst. 1 písm. a) až d) tr. zákoníku, a to v úmyslu zadání veřejné zakázky tímto způsobem ovlivnit. Naopak nedůvodné, resp. účelové zrušení zadávacího řízení v úmyslu jeho opětovného vypsání ve prospěch některého z dodavatelů je možné právně kvalifikovat jako trestný čin dle ustanovení § 256 tr. zákoníku.

¹²⁶ Mayer, J. Poslední změny ve veřejných zakázkách z pohledu zadavatele. Právní rádce č. 7/2014, s. 60 - 63

¹²⁷ Podešva, V., Olík, M., Janoušek, M. Stránský, J. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2. vydání. Praha : Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, s. 373

6. *Pozadavací stadium* – obdobně jako tom bylo v případě předzadávacího stadia, ani tato fáze veřejné zakázky není součástí zadávacího řízení ani zadávání veřejné zakázky tak jak tyto pojmy chápe zákon.

Jak již bylo uvedeno výše, zadávací řízení končí okamžikem uzavření smlouvy. Samotná realizace veřejné zakázky a procesy, které ji následují tak součástí zadání veřejné zakázky ve smyslu trestního zákona být nemohou, a pokud v této fázi dojde k jakémukoli trestněprávně relevantnímu jednání, je nutné jej posuzovat dle jiných ustanovení trestního zákoníku než je § 256 resp. 257 tr. zákoníku. Specifickou otázkou jsou nicméně tak často diskutované vícepráce, které mohou v průběhu realizace veřejných zakázek na stavební práce či služby vzniknout.

Víceprací se slovy zákona rozumí dodatečné stavební práce a dodatečné služby vzniklé po zadání veřejné zakázky, které jsou nezbytné pro realizaci zakázky a o jejichž nutnosti zadavatel v době zadávání zakázky nemohl vědět¹²⁸. Přes takto široké vymezení nicméně v praxi může vyvstat otázka, zda je skutečně veškeré práce nad rámec původní nabídky dodavatele nutné považovat za dodatečné práce ve smyslu ZVZ. Typicky to platí především v případě zadávání veřejných zakázek na výstavbu významných infrastrukturních staveb, kdy je hodnota zakázky stanovena zpravidla prostřednictvím položkové ceny, odvislé právě od množství skutečně provedených prací. U tohoto typu zakázek bývá v době přípravy projektu poměrně obtížné až nemožné, přesně stanovit množství prací (např. množství užitého materiálu, vytěžené horniny, atp.), které bude třeba k realizaci zakázky vynaložit, což je známo jak zadavateli, tak dodavateli. Je proto poměrně diskutabilní označit práce nad rámec nabídky dodavatele jako práce dodatečné ve smyslu zákona, když zadavatel již v průběhu zadávacího řízení věděl nebo musel vědět, že tento druh prací musí být proveden, přičemž nezná pouze jejich konkrétní rozsah, který však je možné zohlednit položkovým rozpočtem. Za těchto podmínek může být tento druh prací jen těžko nepředvídatelný či dodatečný, aby na ně bylo možné pohlížet jako na dodatečné práce ve smyslu zákona.

¹²⁸ Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, 3.vydání. Praha : C.H. Beck, 2012

Dle výkladového stanoviska ÚOHS, je nutné veškeré dodatečné práce, které nebyly zadavatelem zahrnuty v podmínkách původní veřejné zakázky, považovat za novou veřejnou zakázku, kterou je zadavatel povinen zadat s ohledem na její hodnotu v některé z forem zadávacího řízení, tedy včetně prací, jejichž cena je stanovena v položkovém rozpočtu¹²⁹. Zpravidla se přitom bude jednat o jednacím řízení bez uveřejnění, které na zadávání veřejných zakázek na provedení víceprací výslovně pamatuje v ust. § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ. Dle citovaného ustanovení může zadavatel zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby v jednacím řízení bez uveřejnění tehdy, jestliže jde o dodatečné práce, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností a tyto dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby jsou nezbytné pro provedení původních prací. Dalším předpokladem pro použití tohoto druhu zadávacího řízení je to, že dodatečné práce či služby budou zadány témuž dodavateli, tyto práce nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky (pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli), nebo ačkoliv je toto oddělení technicky či ekonomicky možné, jsou dodatečné stavební práce zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky, a konečně (v případě veřejného zadavatele) celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 30 % ceny původní veřejné zakázky. Ve všech ostatních případech je zadavatel povinen k provedení víceprací využít některý z ostatních typů zadávacího řízení za podmínek stanovených ZVZ stejně, jako u kterékoli jiné veřejné zakázky.

Takto přísný přístup k výkladu zákona o veřejných zakázkách je však nutné v případě shora uvedeného typu veřejných zakázek zadaných na základě položkového rozpočtu odmítnout, neboť je v praxi v podstatě nerealizovatelný.

Opačný náhled by znamenal, že určitý dodavatel by mohl provádět práce představující předmět plnění veřejné zakázky, aniž by věděl o tom, že je vybraným uchazečem, nebo by musel práce přerušit do doby, než by bylo o vítězi zadávacího řízení rozhodnuto, s čímž by se logicky pojily další časové a finanční náklady.

¹²⁹ Dostupné na: <http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/vykladova-stanoviska-a-metodiky.html>

Dodavatel by dokonce mohl účast v novém zadávacím řízení odmítnout, nebo by se sice zúčastnil, ale s vyšší nabídkou atp. S ohledem na tyto skutečnosti je tak možné učinit závěr, že stavební práce oceněné v nabídce zhotovitele prostřednictvím tzv. jednotkových cen a provedené nad rámec původně předpokládaného rozsahu či množství prací vyplývajících ze zadavatelem zpracovaného výkazu výměr nejsou tzv. vícepracemi, resp. dodatečnými stavebními pracemi ve smyslu zákona o veřejných zakázkách. Tyto práce proto není třeba podrobovat režimu jakýchkoliv dodatečných zadávacích řízení, neboť se nejedná o nový předmět plnění, který by nebyl všem zúčastněným znám již v době konání původního zadávacího řízení¹³⁰.

V případě, že však vícepráce je možné považovat za dodatečné práce či služby ve smyslu ZVZ, nabízí se otázka, jak lze trestněprávně kvalifikovat jednání zadavatele, který se při jejich zadání ZVZ vůbec neřídil anebo zakázku zadal dle ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ aniž by pro to byly splněny podmínky. Nutno podotknout, že se jedná o dvě zcela odlišné situace, jejichž právní kvalifikace musí být odchylná.

V případě, kdy zadavatel zadá veřejnou zakázku na vícepráce tzv. z ruky, zcela bez ohledu na úpravu v ZVZ, zadávací řízení logicky neprobíhá, a proto se takového jednání nemohl dopustit ani *v souvislosti se zadáním veřejné zakázky* ve smyslu tr. zákoníku. Toto jednání proto nelze kvalifikovat jako trestný čin dle § 256 tr. zákoníku a nezbývá, než aplikovat obecnou právní úpravu uvedenou v ustanovení § 248 odst. 2 al. 2 ZVZ.

Naproti tomu, pokud zadavatel zadává v jednacím řízení bez uveřejnění postupem dle § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ aniž by pro to byly splněny podmínky, typicky pokud celkový rozsah dodatečných prací přesáhne 30 %, lze takové jednání kvalifikovat jako sjednání výhody ve smyslu ustanovení § 256 tr. zákoníku. V takovém případě totiž pachatel jednal *v souvislosti se zadáním veřejné zakázky*, a to nikoli původní zakázky, v rámci jejíž realizace se dodatečné práce vyskytly, nýbrž nové veřejné zakázky na vícepráce, jejímž zadáním v jednacím řízení bez uveřejnění mohl vybranému dodavateli přivodit neoprávněný prospěch.

¹³⁰ Grulich, T. Zadání víceprací v režimu tzv. „měřené“ veřejné zakázky na stavební práce. Právní rozhledy 18/2013, s. 632

3. Fenomenologie kriminality spojené se zadáváním veřejných zakázek

Trestná činnost spojená se zadáváním veřejných zakázek, obdobně jako ostatní hospodářské trestné činy, resp. obecně tzv. white collar crimes, je zcela charakteristická svou vysokou mírou latence. Ta je dána jak anonymitou oběti, kterou je především stát, a to ať už přímo, či nepřímo prostřednictvím jiného veřejného zadavatele, tak časté absenci zájmu účastníků hospodářské soutěže na odhalování tohoto druhu trestné činnosti, neboť se na ní nezřídka, třebaže v jiných případech, sami podílejí. Konečně významnou příčinou je rovněž nedůvěra potencionálních oznamovatelů v práci orgánů činných v trestním řízení a jejich schopnosti dosáhnout postihu pachatelů¹³¹. Ke komplexnímu popisu stavu kriminality spojené se zadáváním veřejných zakázek proto pouze data shromážděná z kriminálních statistik sami o sobě zjevně stačit nemohou. Konkrétnější představy o rozsahu tohoto problému je nicméně možné dosáhnout při porovnání těchto dat se statistickými údaji popisujícími stav trhu veřejných zakázek.

3.1 Stav registrované kriminality

Jedním ze základních zdrojů, ze kterých lze čerpat informace o stavu trestné činnosti v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek, je Statistická ročenka kriminality¹³². Tu každoročně zpracovává Ministerstvo spravedlnost na základě údajů získaných ze statistických listů vyplňovaných v rámci činnosti soudů a státních zastupitelství. Soustava státního zastupitelství zaznamenává především statistické údaje z přípravného řízení, tedy množství stíhaných a obžalovaných osob, zatímco v případě soudních statistik jsou sledovanými údaji zejména počet a charakteristika osob odsouzených, počet zproštění obžaloby, případně to, jaké druhy trestu jsou ukládány.

¹³¹ Novotný, O., Zapletal, J. a kol. Kriminologie, 1. vydání. Praha: ASPI – Wolters Kluwer. 2008, s. 357

¹³² Viz Tabulka č. 1

Tabulka č. 1

Rok	§ 128a tr. zákona / § 256 tr. zákoníku			§ 128b tr. zákona / § 257 tr. zákoníku		
	stíháno	obžalováno	odsouzeno	stíháno	obžalováno	odsouzeno
2003	3	0	2	0	0	0
2004	5	5	0	0	0	0
2005	10	9	0	0	0	0
2006	1	0	1	0	0	0
2007	1	1	3	2	1	0
2008	11	11	2	0	0	0
2009	1	1	0	0	0	0
2010	1	1	1	12	12	2
2011	55	55	0	3	3	0
2012	22	8	0	1	1	0
2013	51	38	4	0	0	1
2014	76	70	11	1	0	3

Zdroj: Statistická ročenka kriminality Ministerstva spravedlnosti ČR

Druhým ze základních zdrojů jsou statistická data Policie ČR¹³³. Ta na rozdíl od dat poskytovaných Ministerstvem spravedlnosti zaznamenává množství zjištěných a objasněných skutků. Za zjištěné jsou považovány takové skutky, u nichž byly zahájeny úkony trestního řízení, objasněné jsou pak ty skutky, u kterých bylo rozhodnuto o podání obžaloby nebo o odložení věci¹³⁴. V případě sledovaných trestných činů dle § 256 a § 257 tr. zákoníku resp. § 128a a § 128b tr. zákona je nutné poznamenat, že policejní statistiky tyto jednotlivé skutky nerozlišují a navzdory změně právní úpravy užívají i nadále souhrnné označení *pletichy při veřejné soutěži a dražbě*, které nesl již příslušný oddíl trestního zákona. Ze statistických údajů tak nelze jednoznačně určit jak velký podíl zjištěných, případně objasněných skutků představuje trestný čin pletichy při veřejné dražbě dle § 258 tr. zákoníku resp. § 128c tr. zákona. Navzdory tomu je však nutné podotknout, že odhalení tohoto trestného činu je dle statistik ministerstva spravedlnosti ještě větší raritou než je tomu v případě trestných činů dle § 256 a 257 tr. zákoníku. Jeho podíl by tak neměl být nijak vysoký.

¹³³ Viz Tabulka č. 2

¹³⁴ Chmelík, J., Tomica, Z. Korupce a úplatkářství. Praha: Linde 2011, s. 10

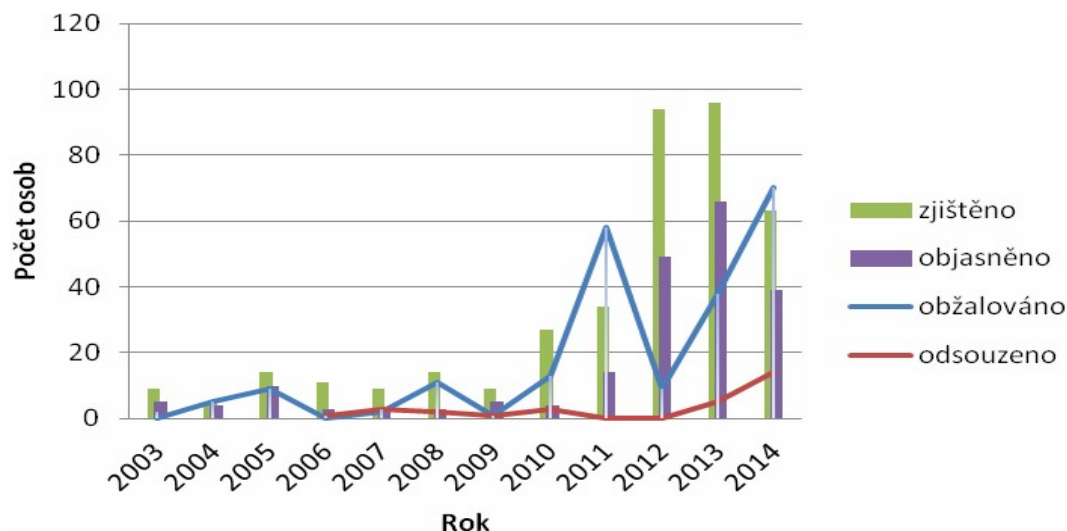
Tabulka č. 2

Rok	pletichy při veřejné soutěži a dražbě	
	zjištěno	objasněno
2003	9	5
2004	5	4
2005	14	10
2006	11	3
2007	9	3
2008	14	3
2009	9	5
2010	27	4
2011	34	14
2012	94	49
2013	96	66
2014	63	39

Zdroj: Statistické přehledy kriminality PČR

Statistické údaje obsažené v tabulce č. 1 a č. 2 pouze potvrzují skutečnost, že počet případů, kdy se orgánům činným v trestním řízení podaří odhalit a následně rovněž odstíhat sjednání výhody či pletichy při zadávání veřejné zakázky, je poměrně mizivý. Jak je patrné z tabulky č. 2, bylo za posledních 10 let zjištěno pouze 376 případů některého z trestných činů dle § 256 či 257 tr. zákoníku resp. § 128a a 128b tr. zákona, k objasnění pak došlo ve 200 případech, objasněnost tedy přesahuje 53 %. Z tabulky č. 1 pak vyplývá, že bylo ve stejném období obžalováno 216 osob, z čehož jich bylo pravomocně odsouzeno pouze 29. Uvedený rozdíl samozřejmě *a priori* neznamená, že by ve zbytku případů došlo ke zproštění obžalovaného, ale je zřejmě zapříčiněn délkou trestního řízení, která je typicky u hospodářské kriminality delší, než je tomu u kriminality obecné. V každém případě je nicméně zřejmé, že se jedná o hodnoty, které jsou ve vztahu k jiným druhům trestné činnosti takřka zanedbatelné.

Graf č. 1 – dynamika trestné činnosti



Za pozornosť stojí pomerne významný rozdiel medzi údajmi zaznamenanými zejména v rokoch 2011 až 2013, ktorý lze vysvetliť snad len odlišnou metodikou pri tvorbe jednotlivých statistik (Srov. Graf. č. 1). Nelze ani opomíjet určitou míru setrvačnosti, kterou se kriminální statistiky charakteristicky vyznačují. Právě v letech 2011 až 2013 je přitom patrný výrazný nárůst v počtu prověřovaných, či stíhaných osob, který dále eskaluje v roce 2014. Při tak malém vzorku případů lze pouze obtížně spekulovat, zde je tento nárůst příznakem vzrůstajícího trendu odhalování tohoto typu trestné činnosti, či zda se jedná pouze o odchylku danou odhalením několika „větších“ případů. Typickým případem je rok 2011, kde souhrnné statistiky vykazují celkem 55 osob stíhaných a obžalovaných pro trestný čin dle § 256 tr. zákoníku oproti 1 osobě za předchozí rok. Při podrobnějším pohledu na statistické údaje je nicméně zřejmé, že z toho počtu osob jich bylo celkem 44 stíháno a obžalováno v Jihočeském kraji, a to v rámci jedné rozsáhlé korupční trestné činnosti týkající se podvodně zmanipulovaných zakázek zadávaných Ministerstvem obrany ČR¹³⁵. Na druhou stranu nominální nárůst odstíhaných případů lze vysledovat i v následujících letech, kde tak významné rozdíly mezi jednotlivými kraji zaznamenané nejsou a je potvrzován rovněž statistickými údaji

¹³⁵ Srov. Zpráva o činnosti státního zastupitelství za rok 2012, s. 20, dostupné na <http://www.nsz.cz/index.php/cs/udaje-o-cinnosti-a-statisticke-udaje/zprava-o-innosti>

Policie ČR a poznatky státního zastupitelství¹³⁶. V roce 2014 je pak množství stíhaných případů mezi jednotlivými kraji rovnoměrně rozloženo.

Je nutné upozornit, že výše uvedené velmi nízké počty odsouzených osob rozhodně nelze vykládat tak, že by kriminalita spojená se zadáváním veřejných zakázek byla snad zanedbatelná. Obdobně jako je tomu v případech jiné hospodářské trestné činnosti, vyznačují se protiprávní manipulace se zadáváním veřejných zakázek velmi vysokou mírou latence, která je navíc umocňována korupční povahou této trestné činnosti. To konečně potvrzují rovněž poznatky orgánů činných v trestním řízení, z nichž vyplývá, že zejména ty nejzávažnější korupční případy jsou tradičně spojeny právě se zadáváním veřejných zakázek, u nichž relativní složitost procesu jejich zadávání bývá nezdědkou úspěšně zneužívána k zakrytí předem dojednaných výsledků zadávacích řízení¹³⁷. Kriminální statistiky institucí zabývajících se kontrolou kriminality tak vypovídají spíše o efektivitě orgánů činných v trestním řízení a uplatňované trestní politice než o skutečném rozsahu tohoto druhu trestné činnosti¹³⁸.

K vysoké míře latence zcela zásadním způsobem přispívá především korupční povaha této činnosti. Obdobně jako je tomu u úplatkářství, rovněž v případě trestných činů de § 256 a 257 tr. zákoníku mají účastníci korupčního vztahu společný zájem, aby nedošlo k jejich odhalení. Přesto je zde typičtější výskyt oznamovatelů, neboť protiprávním jednáním pachatelů dochází kromě poškození zadavatele tradičně rovněž k narušení hospodářské soutěže, což zjevně je proti zájmům konkurenčních dodavatelů. Na druhou stranu je nutné podotknout, že v případě korupce při zadávání veřejných zakázek je zcela charakteristická častá absence právního povědomí účastníků se osob o tom, že jednání pachatelů je skutečně protiprávní¹³⁹. Nadto ani oznámení této trestné činnosti některým z konkurentů k jejímu úspěšnému odstíhání a odsouzení pachatele, stačit nemusí. V případech, kdy „podezření“ vyjde najevo až po zadání veřejné zakázky,

¹³⁶ Tamtéž s. 46

¹³⁷ Srov. Zpráva o činnosti státního zastupitelství za rok 2013, s. 13, dostupné na <http://www.nsz.cz/index.php/cs/udaje-o-cinnosti-a-statisticke-udaje/zprava-o-innosti>

¹³⁸ Hulmáková, J. Vývoj hospodářské kriminality a trestní politiky uplatňované vůči pachatelům hospodářské kriminality na území ČR; v *Nett, A.* Nové jevy v hospodářské kriminalitě. Brno: Masarykova univerzita. 2007, s. 68

¹³⁹ Pürner, S. Zahraniční zkušenosti se zadáváním veřejných zakázek. in *Dančák, B., Hloušek, V., Šimíček, V. (eds).* Korupce – Projevy a potírání v České republice a Evropské unii. Brno: Masarykova univerzita – politologický ústav, 2006, s. 265

bývá totiž často problematické prokázat jakékoli pletichy, či zvýhodnění natož subjektivní stránku pachatelů těchto trestných činů. To platí obzvláště tehdy, kdy se orgánům činným v trestním řízení nepodaří získat „informátora“ z řad účastníků korupčního vztahu. Ze strany státního zastupitelství je tak možné se setkat s námitkou na absenci institutu zvláštní účinné lítosti v platné právní úpravě korupčních trestných činů¹⁴⁰. Nutno však podotknout, že zvláštní účinná lítost nikdy nebyla u trestných činů dle § 256 a 257 tr. zákoníku, resp. § 128a a §128b tr. zákona upravena. Naproti tomu ustanovení o zvláštní účinné lítosti tradičně obsahovala právní úprava úplatkářských trestných činů, a to již od roku 1950, až do přijetí současného trestního zákoníku.

Toto ustanovení bylo nicméně předmětem dlouhodobé kritiky ze strany mezinárodních organizací (obzvláště ze strany OECD a Rady Evropy), kdy bylo zejména ze strany GRECO upozorňováno na snadné zneužití účinné lítosti s ohledem na automatický a úplný zánik trestní odpovědnosti, a to bez ohledu na výši úplatku či závažnost případu.¹⁴¹ Nový trestní zákoník tak na základě této kritiky úpravu účinné lítosti u úplatkářských trestných činů již nepřevzal.

Myšlenkou znovuzavedení institutu účinné lítosti v případě úplatkářství se zabývala také vláda, která v rámci Strategie vlády v boji proti korupci na období 2011 až 2012 zadala Ministerstvu vnitra za úkol vypracovat analýzu využití tohoto institutu v případech úplatkářství, její výsledky však ve prospěch jeho znovuzavedení příliš nesvědčí. V rámci analýzy vypracované Policií České republiky totiž bylo v období let 2002 až 2010 vytipováno pouze 5 případů aplikace § 163 TZák. Závěrem analýzy je konstatování, že popsáný institut nepřinášel v policejní praxi výrazné zlepšení efektivity stíhání korupce, jeho znovuzavedení je z hlediska mezinárodních organizací problematické a navíc v zásadě zbytečné. Obdobného výsledku by bylo možné dosáhnout i za využití jiných nástrojů, zejména důsledným posuzováním subjektivní stránky trestného činu¹⁴².

¹⁴⁰ Srov. Zpráva o činnosti státního zastupitelství za rok 2012, s. 20, dostupné na <http://www.nsz.cz/index.php/cs/udaje-o-cinnosti-a-statisticke-udaje/zprava-o-innosti>

¹⁴¹ Chmelík, J., Tomica, Z. Korupce a úplatkářství. Praha: Linde 2011, s. 184

¹⁴² Předkládací zpráva k „Analýze institutu účinné lítosti v korupčních kauzách“ zpracované Ministerstvem vnitra na základě bodu 3.6 Strategie vlády v boji proti korupci na období let 2011 až 2012

Není přitom žádný důvod se domnívat že by výsledky zavedení tohoto institutu rovněž pro trestné činy dle § 256 a 257 tr. zákoníku byly zásadně odlišné. Přesto je nutné připustit, že orgány činné v trestním řízení by měly mít možnost „něco nabídnout“ osobě z řad účastníků korupčního vztahu, která je ochotná ke spolupráci. Tuto možnost v platné právní úpravě umožňují kromě jednotlivých odklonů od trestního řízení, také nová úprava dohody o vině a testu, která je na trestné činy dle § 256 a 257 tr. zákoníku s výjimkou kvalifikovaných skutkových podstat dle § 256 odst. 4 a § 257 odst. 3 tr. zákoníku, plně aplikovatelná.

Za pozornost nicméně v tomto směru stojí připravovaná legislativa. Dne 08.04.2015 vláda schválila na svém zasedání návrh novely trestního řádu, jejímž účelem je mimo jiné právě posílení motivace osob k oznamování případů korupce¹⁴³. Připravovaná novela tak počítá se zavedením dalších důvodů pro dočasné odložení trestního stíhání a na ně navazujícího nového typu rozhodnutí *o nestíhání podezřelého*. Podle připravované právní úpravy § 159c tr. řádu, by tak byl policejní orgán oprávněn, s určitými výjimkami s mezinárodním prvkem, dočasně odložit trestní stíhání tehdy, pokud podezřelý z některého z taxativně vymezených trestných činů (mezi nimiž je kromě úplatkářství uveden rovněž trestný čin pletich dle § 257 odst. 1, písm. b), odst. 2, odst. 3 tr. zákoníku), který *poskytl nebo slíbil úplatek, majetkový nebo jiný prospěch jen proto, že byl o to požádán, o tomto učini dobrovolně a bez zbytečného odkladu oznámení státnímu zástupci nebo policejnímu orgánu*. To však pod podmínkou, že podezřelý současně *oznámí policejnímu orgánu skutečnosti, které jsou mu známy o trestné činnosti toho, kdo o tento úplatek, majetkový nebo jiný prospěch požádal, a zaváže se podat v přípravném řízení i v řízení před soudem úplnou a pravdivou výpověď o těchto skutečnostech*.

Dle připravovaného ustanovení § 159d tr. řádu pak pokud podezřelý splní své závazky, státní zástupce rozhodne po pravomocném ukončení trestního stíhání osoby, která o úplatek požádala a po uplynutí lhůty k podání dovolání a ústavní stížnosti, případně rozhodnutí o nich, *o nestíhání podezřelého*. Takové rozhodnutí pak bude tvořit překážku věci rozhodnuté.

¹⁴³ Citováno dne 2.07.2015, dostupné na: <https://apps.odok.cz/kpl-detail?pid=KORN9LLCUJIC>

Tato úprava „procesní účinné lítosti“ představuje dle názoru autora této práce velmi elegantní řešení jak požadavků orgánů činných v trestním řízení na větší podporu a ochranu oznamovatelů, tak výtek mezinárodních organizací. Zánik trestnosti nenastává automaticky, bezprostředně po oznámení trestného činu, jak tomu bylo v případě hmotněprávní účinné lítosti, nýbrž je podmíněn rozhodnutím policejního orgánu a následně státního zástupce, které přichází v úvahu pouze tehdy, pokud takový oznamovatel dodrží svůj závazek a po celou dobu trestního řízení proti pachateli bude spolupracovat a bude vypovídat. Současně je oznamovatelům poskytnuta jistota, že když budou s orgány činnými v trestním řízení spolupracovat, nebude to mít za následek jejich trestní stíhání.

Po terminologické stránce však lze připravované úpravě vytýkat určitou nesystematičnost, kdy dle názoru autora této práce, zákonodárce zcela zbytečně do již tak roztržitého a pro laika obtížně přehledného trestního řádu, zavádí vedle rozhodnutí o odložení, odevzdání, postoupení věci, narovnání, dočasného upuštění a podmíněného zastavení a zastavení trestního stíhání, novou formu rozhodnutí o *nestíhání podezřelého*. Státní zástupce bude rozhodovat ve fázi prověřování a není proto žádný zřejmý důvod, proč takovéto rozhodnutí neoznačit jednoduše jako *odložení věci*, což by konečně i logicky navazovalo na obligatorně předcházející rozhodnutí o *dočasném odložení věci*. To samozřejmě za předpokladu, že by takové rozhodnutí nadále tvořilo překážku věci rozhodnuté. Autor práce samozřejmě chápe, že se touto terminologií zákonodárce pokusil vyjádřit odlišnou povahu tohoto ustanovení, kdy na rozdíl *odložení věci* tak, jak je v současné době upraveno, brání dalšímu trestnímu stíhání. V zájmu srozumitelnosti a přehlednosti platné právní úpravy také pro laickou veřejnost je však na druhou stranu na místě, aby zákony nepřekypovaly různorodou terminologií pro z neodborného hlediska takřka totožná rozhodnutí. Označení institutu jako zvláštní formy odložení věci, proto lze považovat za vhodnější řešení.

3.2 Stav kriminality ve vztahu k trhu veřejných zakázek

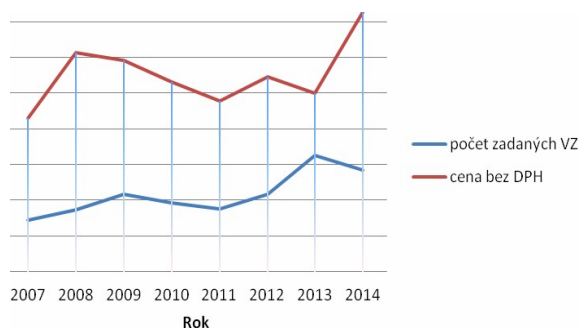
Jak již bylo uvedeno výše, zanedbatelné údaje o registrované kriminalitě samy o sobě neznamenají, že by rovněž k trestné činnosti při zadávání veřejných zakázek docházelo pouze ojediněle. O tom konečně svědčí rovněž celá řada sociologických průzkumů. Příkladem lze poukázat na výzkum zadaný a připravený Asociací malých a

středních podnikatelů a živnostníků v roce 2010, z jehož závěrů mimo jiné vyplývá, že na otázku: „Domníváte se, že je možné získat veřejnou zakázku v ČR bez provize nebo úplatku?“ odpovědělo 29,4 % respondentů „rozhodně NE“ a 29,9 % respondentů „spíše NE“, zatímco „rozhodně ANO“ odpovědělo 7,1 % respondentů a „spíše ANO“ 23,3 % respondentů¹⁴⁴.

Přesto je z řad kritiků různých protikorupčních iniciativ či snah o vyšší transparentnost při zadávání veřejných zakázek, právě na tyto statistiky pravidelně odkazováno s tím, že o jakémkoli vážnějším systémovém problému nesvědčí, a tedy jakékoli zásahy v tomto směru nejsou nezbytné¹⁴⁵. Takováto argumentace nicméně zjevně zcela pomíjí charakter dané trestné činnosti a její významnou latenci. Tu samozřejmě není možné zkoumat na „tvrdých datech“, ale je nutné zohlednit i specifické indikátory a trendy, které korupci při zadávání veřejných zakázek nasvědčují. Až při jejich porovnání se statistickými údaji o stavu trhu veřejných zakázek lze dojít k určité představě o tom, jakého rozsahu tento druh kriminality může dosahovat.

Tabulka č. 3, Graf č. 2 – Vývoj velikosti trhu veřejných zakázek v ČR

Rok	počet zadanych VZ	cena bez DPH v mld. Kč
2007	7 245	214,907
2008	8 701	306,78
2009	10 786	295,915
2010	9 663	265,8
2011	8 763	239,476
2012	10 844	273,487
2013	16 328	250,48
2014	14 172	363,415



Zdroj: Informační systém o veřejných zakázkách¹⁴⁶

Jak je patrné z tabulky č. 3 dosahují výdaje každoročně vynakládané prostřednictvím veřejných zakázek zcela zásadních hodnot. Jen pro představu celkové

¹⁴⁴ Názor podnikatelů na korupci, Asociace malých a středních podnikatelů a živnostníků. Citováno dne 15.01.2015, dostupné na: http://www.amsp.cz/uploads/soubory/pruzkum4_web_final.pdf.

¹⁴⁵ Srov. Ryska, P., Průša, J.: Korupce, Ekonomie vs. mýty. Praha: Institut Václava Klause. 2013, s. 18an

¹⁴⁶ Dostupné na: http://www.isvz.cz/ISVZ/Podpora/ISVZ_statisticke_vystupy.aspx

výdaje státního rozpočtu za rok 2013 dosáhly výše 1 173,1 mld. Kč¹⁴⁷, z čehož veřejné zakázky představují podíl 21,35 %. Nutno podotknout, že výše uvedené údaje se týkají pouze těch zakázek evidovaných prostřednictvím Věstníku veřejných zakázek a nezahrnují tak např. zakázky malého rozsahu. Celkový rozsah finančních prostředků vynaložených každoročně prostřednictvím veřejných zakázek tak dosahuje výše 17,5% HDP¹⁴⁸. Z grafu č. 2 je pak zjevné, že co do množství celkově vydaných finančních prostředků sleduje trh veřejných zakázek jak ekonomické cykly, tak zejména hospodářskou politiku aktuální vlády. Žádný jednotný trend tedy v tomto směru zaznamenat nelze. Za pozornost nicméně stojí srovnání těchto absolutních čísel s údaji o celkovém množství zakázek, prostřednictvím, kterých byly tyto finanční prostředky vynaloženy. V tomto směru je vhodné poukázat především na rok 2012, kdy je patrný poměrně výrazný nárůst celkového množství veřejných zakázek navzdory tomu, že výše vynaložených prostředků oproti předcházejícímu kalendářnímu období poklesla. Tento jev lze zřejmě připsat nabytí účinnosti zák. č. 55/2012 Sb., tedy tzv. „protikorupční novely“ ZVZ, kterou byly mimo jiné významně sníženy limity pro podlimitní veřejné zakázky, resp. zakázky malého rozsahu. Naproti tomu v roce 2014 došlo opět k výraznému nárůstu vydaných finančních prostředků navzdory tomu, že zadávacích řízení ubylo.

Celkové množství vydaných finančních prostředků, stejně jako množství zadaných zakázek samozřejmě samy o sobě o rozsahu kriminality s jejich zadáváním spojené nesvědčí, pouze dokládají, jak významným lákadlem pro pachatele trestné činnosti mohou veřejné zakázky být. To, že k trestné činnosti v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek skutečně dochází v rozsahu výrazně vyšším než by nasvědčovala statistická data o registrované kriminalitě, nicméně více než naznačují specifické okolnosti a trendy, kterými se trh veřejných zakázek dlouhodobě vyznačuje. Na základě rozhodovací praxe NKÚ lze mezi tyto „indikátory korupce“ zařadit mimo jiné následující skutečnosti:

1) Nejasně stanovená hodnotící kritéria

¹⁴⁷ Dostupné na www.mfcr.cz

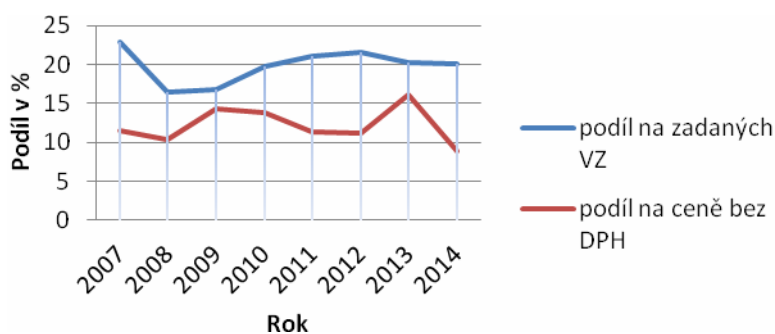
¹⁴⁸ Nikolová, P., Palguta, J., Pertold, F., Vozár, M., Veřejné zakázky: Co říkají data o chování zadavatelů. Cerge EI. 2012, s. 1, dostupné na: http://idea.cerge-ei.cz/documents/studie_2012_05.pdf

- 2) Nerovné zacházení a diskriminace některých uchazečů
- 3) Prosazení neobvyklého postupu bez zjevných vysvětlení
- 4) Bránění přístupu k informacím
- 5) Úhrada vyšší ceny než je obvyklé
- 6) Nedůvodné navýšení ceny, vícepráce¹⁴⁹

Nutno podotknout, že se jedná pouze o demonstrativní výčet, kdy navíc některé z těchto indikátorů prostřednictvím souhrnných statistických údajů sledovat nelze, přestože se na ně v praxi zcela běžně naráží (např. bránění přístupu k informacím dle zák. č. 106/1999 Sb.). Zásadním indikátorem manipulace s veřejnou zakázkou nicméně nepochybně je jakýkoli netradiční postup zadavatele při jejím zadání a v tomto směru již shromážděná statistická data určitou představu poskytnout mohou.

Příkladem lze poukázat na praxi při využívání jednacím řízení bez uveřejnění. Jak již bylo uvedeno výše, tento typ zadávacího řízení by měl být zadavatelem využíván pouze zcela výjimečně v případech, kdy reálně není možné z objektivních důvodů zadat zakázku jiným způsobem. Těmto legislativním předpokladům však poznatky z praxe zjevně neodpovídají.

Graf č. 3 – podíl VZ zadaných v jednacím řízení bez uveřejnění



Zdroj: Informační systém o veřejných zakázkách¹⁵⁰

¹⁴⁹ Kala, M. Korupce. Státní zastupitelství, č. 04/2011, s. 4

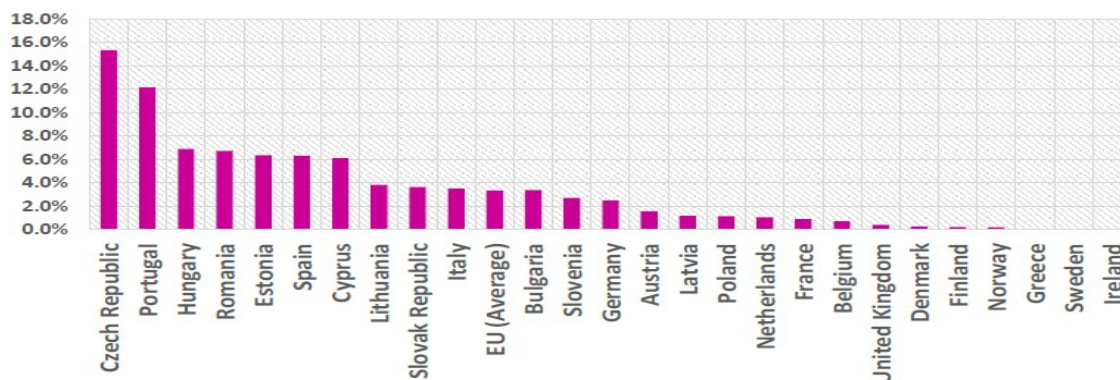
¹⁵⁰ Dostupné na: http://www.isvz.cz/ISVZ/Podpora/ISVZ_statisticke_vystupy.aspx

Jak je patrné z grafu č. 3, jednací řízení bez uveřejnění v České republice zjevně žádnou výjimkou není, naopak pravidelně dosahuje až pětiny všech zadávacích řízení. Zadavatelé k tomuto postupu sahají dokonce výrazně častěji, než je tomu např. v případě jednacího řízení s uveřejněním (2,83 % zadaných zakázek za rok 2014) či užšího řízení (2,86 % zadaných zakázek za rok 2014), a to i přes to, že k využití těchto druhů zadávacího řízení zákon stanoví podstatně mírnější podmínky. Nejenže se přitom v případě jednacího řízení bez uveřejnění jedná o nejméně transparentní druh zadávacího řízení, ale současně netransparentní bývají často také důvody, které k jeho využití zadavatelé uvádějí. Jak vyplývá ze zprávy Centra aplikované ekonomie, mezi těmito důvody zcela dominují stavební vícepráce, či zakázky zadávané přímo z důvodů technických či právních. Takové důvody však svědčí spíše než o objektivních překážkách pro zadání zakázky v jiné formě zadávacího řízení, o pochybení zadavatele při její přípravě (např. v podobě nesprávně připraveného projektu). S ohledem na vymezené indikátory pak za pozornost stojí, že v řadě případů zadavatelé vůbec důvody, pro které zvolili využití jednacího řízení bez uveřejnění, v Informačním systému veřejných zakázek neuvádí (v roce 2013 činil podíl takových veřejných zakázek až 40 % z všech JŘBÚ)¹⁵¹.

Shora uvedené samozřejmě samo o sobě neznamená, že by všechny zakázky zadané v jednacím řízení bez uveřejnění, byly zadány protiprávně, či snad v důsledku trestněprávně relevantního jednání. Na druhou stranu však tyto údaje svědčí o skutečnosti, že zadavatelé mají tendenci využívat pokud možno co nejméně transparentní postupy výrazně více, než by mělo být za daných podmínek nezbytně nutné. To se přitom potvrzuje rovněž v mezinárodním srovnání, kdy podíl takto zadaných zakázek v České republice se od zahraničních zkušeností významně odchyluje. Právě velikost této odchylky, stejně jako míra nestandardnosti postupů zadavatelů svědčí pro závěr, že u těchto zakázek může docházet k protiprávní manipulaci.

¹⁵¹ Centrum aplikované ekonomie, o.s., Zakázky bez soutěže, citováno dne 09.01.2015, dostupné na: http://www.zindex.cz/data/2014-08-28-Zakazky_bez_souteze.pdf

Graf č. 4 - Podíl jednacích řízení bez uveřejnění



Zdroj: Srovnání zemí EU dle počtu nadlimitních zakázek zadaných v JŘBÚ v roce 2013, Centrum aplikované ekonomie¹⁵²

Za pozornost stojí také skutečnost, že prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejnění jsou nejčastěji pořizovány takové zboží a služby, u nichž je v případě realizace zakázky obtížné a někdy až nemožné určit, zda poskytnuté plnění skutečně odpovídá hodnotě, za kterou byla zakázka zadána, či dokonce, zda vůbec zadavatel odevzdal požadované plnění. Typicky se v tomto směru jedná o informační a komunikační technologie, zadávané zadavateli v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na výhradní autorská práva jejich poskytovatele. Z kontrolních závěrů NKÚ vyplývá, že v posledních čtyřech letech vynaložila ministerstva a další ústřední orgány státní správy na pořízení různých informačních systémů více než 12,3 mld. Kč, z toho bylo 61 % zadáváno formou JŘBU. Projekty na pořízení a provoz ICT nejsou často řádně připraveny a naplánovány, nemají ujasněny finanční potřeby a v některých případech není ani zajištěn provoz příslušných ICT. Tyto skutečnosti jsou příčinou nedostatečné funkčnosti informačních systémů, prodlužujících se termínů jejich uvedení do provozu a především i několikanásobného navýšení nákladů. Ekonomické přínosy takových systémů pak nejsou zadavateli ve vazbě k vynaloženým prostředkům vůbec zohledňovány¹⁵³. Tento trend je do značné míry dán častou neschopností zadavatelů, přesně definovat své aktuální potřeby, na druhou stranu s ohledem na předmět plnění i

¹⁵² Centrum aplikované ekonomie, o.s., Zakázky bez soutěže, citováno dne 09.01.2015, dostupné na: http://www.zindex.cz/data/2014-08-28-Zakazky_bez_souteze.pdf

¹⁵³ Výroční zpráva NKÚ za rok 2013, s. 19, dostupné na: <http://www.nku.cz/assets/publikace/vyrocnizprava-nku-2013.pdf>

četnost výskytu takovýchto pochybení, má působení latentní kriminality zjevně rovněž nezanedbatelný vliv.

Zvýšené a často neúčelné využívání jednacího řízení bez uveřejnění přitom není jediným indikátorem, svědčícím o tom, že s veřejnými zakázkami je manipulováno podstatně častěji, než naznačují data registrované kriminality. V tomto směru je nutné poukázat především na nebývalé množství zakázek, které se kumulují těsně pod hranicí některého ze zákonných limitů určených pro podlimitní zakázky, či zakázky malého rozsahu. Takový postup je přitom typický zejména u jednacího řízení s uveřejněním a u zjednodušeného podlimitního řízení, tj. tam kde je zakázky možno nejsnáze manipulovat, naopak u otevřeného řízení se téměř nevyskytuje. Manipulace s hodnotou veřejné zakázky lze navíc zaznamenat zejména u úzké skupiny zadavatelů, jejichž „zkorumpovanost“ je ze strany veřejnosti dlouhodobě kritizována (např. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Hlavní město Praha či Technická zpráva komunikací hl. města Prahy). Jak je patrné z předchozích částí, snížení hodnoty veřejné zakázky pod některý z legislativních limitů umožňuje zadavatelům využít pro zadání předmětné veřejné zakázky jiný druh zadávacího řízení, než je zadávací řízení otevřené, kterému se zadavatelé zjevně snaží vyhnout navzdory tomu, že se jedná o řízení, do kterého se pravidelně přihlašuje největší množství dodavatelů a dosahuje pravidelně nejvyšších úspor oproti odhadní hodnotě zakázky¹⁵⁴. Tento postup zadavatelů samozřejmě může být motivován jejich snahou zjednodušit a urychlit celý proces zadání veřejné zakázky, na druhou stranu s ohledem na omezenou soutěž umožňuje potenciálním pachatelům zadat předmětnou zakázku některému z předem vybraných zájemců. To přitom platí zejména pro zjednodušené podlimitní řízení, kdy zadavatelé přímo oslovují 5 libovolně vybraných dodavatelů, což dává značný prostor protiprávním dohodám. Přitom právě o tento druh zadávacího řízení zadavatelé prostřednictvím manipulací s cenou zakázky usilují, což potvrzují rovněž statistická data, kdy ke kumulacím veřejných zakázek pod hranicí zákonných limitů dochází až od roku 2007, tedy po účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., který tento druh zadávacího řízení do českého právního řádu opětovně implementoval¹⁵⁵.

¹⁵⁴ *Nikolová, P., Palguta, J. Pertold, F., Vozár, M.*, Veřejné zakázky: Co říkají data o chování zadavatelů. Cerge EI. 2012, s. 2 an., dostupné na: http://idea.cerge-ei.cz/documents/studie_2012_05.pdf

¹⁵⁵ Viz Příloha 1

Konečně z hlediska shora uvedených indikátorů je vhodné poukázat rovněž na praxi, kdy zadavatelé nejenže uzavírají veřejné zakázky netransparentním způsobem, ale současně za cenu výrazně převyšující cenu v čase a místě obvyklou, kdy dokonce dochází k proplácení vyšších částek, než by byl zadavatel dle smlouvy povinen. To se týká zejména případů zakázek na externí právní, poradenské a konzultační služby. Opět se tedy jedná o druh zakázek, jejichž předmět je do značné míry netransparentní, u nějž hodnotu poskytnutého plnění nelze zpravidla zpětně kvantitativně ohodnotit. Vysoké náklady na tyto služby přitom zadavatelé často vynakládají i přesto, že uvedené činnosti mají podle organizačních řádů plnit jejich odborné útvary. Takový postup pak samozřejmě vede k významné nehospodárnosti při nakládání s veřejnými prostředky, navzdory tomu však náklady takto vynaložené dle poznatků NKÚ každoročně vzrůstají¹⁵⁶.

Závěrem této kapitoly tak s ohledem na výše uvedené skutečnosti nezbyvá než konstatovat, že přestože o reálné míře kriminality spojené se zadáváním veřejných zakázek skutečně žádná „tvrdá data“ k dispozici nejsou, pozorovatelné trendy a deformace trhu veřejných zakázek závěr, že míra registrované kriminality je pouhým zlomkem té skutečné, bezpečně ospravedlňují. Tyto trendy s ohledem na jejich význam a četnost či povahu pochybení, nelze přičítat pouze neobratnosti či neznalosti zadavatelů. A to i přesto, že také tento faktor bude mít na chyby v zadávacím řízení neopominutelný vliv (někteří autoři zmiňují, že až 70% všech chyb a jimi vyvolaných ztrát je způsobeno právě nedostatečnou kompetencí zadavatelů¹⁵⁷). Míra latence kriminality spojené se zadáváním veřejných zakázek bude i s ohledem na tyto poznatky zřejmě vysoká. Snad jen pro zajímavost stojí v tomto směru za citaci poměrně svérázný komentář současného ministra spravedlnosti, Roberta Pelikána, který k latenci trestné činnosti spojené se zadáváním veřejných zakázek uvedl mimo jiné následující:

¹⁵⁶ Výroční zpráva NKÚ za rok 2013, s. 22, dostupné na: <http://www.nku.cz/assets/publikace/vyrocnizprava-nku-2013.pdf>

¹⁵⁷ Např. Dvořák, D. v Jak ovlivní nová evropská směrnice zadávání veřejných zakázek? Právní rádce č. 3/2014, s. 22 - 23

„Šokující je ovšem míra objasněnosti této trestné činnosti. ... Vezmeme-li v úvahu všudypřítomnost této trestné činnosti v naší společnosti, zůstává nad tím rozum stát a vnucuje se otázka, zda má vůbec smysl zabývat se kvalitou naší legislativní úpravy, nestihá-li se hospodářská kriminalita ani tam, kde tomu nic nebrání a k jejímu odhalení by v podstatě stačilo otevřít telefonní seznam.“¹⁵⁸ Přestože se jedná o prohlášení spíše politické než právní, názor především laické veřejnosti na skutečný stav kriminality páchané v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek, poměrně trefně vystihuje.

¹⁵⁸ Pelikán, R. Trestní právo obchodní z pohledu komercialisty, Sborník Karlovarské právnické dny 20/2012, s. 155

4. Veřejné zakázky v rozhodovací praxi trestních senátů českých soudů

Jak již bylo nastíněno v předchozích částech, případů, kdy by se orgánům činným v trestním řízení podařilo úspěšně odstíhat trestnou činnost spáchanou v souvislosti s procesem zadávání veřejných zakázek, je pouze velmi málo. Přesto se takové případy v praxi vyskytují, a je proto s ohledem na zaměření této práce zcela namístě podrobit právě taková rozhodnutí podrobnější analýze, a to obzvláště za situace, kdy k dané problematice není dostupná téměř žádná judikatura Nejvyššího soudu.

V souladu se zákonem č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím proto byla vyžádána všechna rozhodnutí, která nabyla v období od 01.01.2012 do 30.05.2015 právní moci ve věcech trestných činů dle § 256 a 257 tr. zákoníku resp. § 128a a § 128b zák. č. 140/1961 Sb., přičemž poskytnuto bylo celkem 25 pravomocných rozhodnutí, z toho sedm rozhodnutí o odvolání a pouze dvě rozhodnutí týkající se trestného činu dle § 257 tr. zákoníku. Je nutné podotknout, že rozhodnutí o souvisejících trestných činech (tak jak jsou pro účely této práce tyto trestné činy označeny výše v třetí kapitole první části) nebyla požadována z toho důvodu, že v případě těchto trestných činů nelze v informačním systému justice rozlišit, zda se daný případ týkal právě veřejných zakázek. Bylo by tedy nutné vyžadovat všechna rozhodnutí vydaná pro daný trestný čin bez ohledu na to, zda se dotýkají veřejných zakázek či nikoli, což by bylo i s ohledem na jejich množství řešení objektivně značně nevhodné. Přesto je shora uvedený vzorek dále doplňován rovněž o relevantní rozhodnutí vydaná v letech 2007 až 2012 pro úplatkářské trestné činy¹⁵⁹ spáchané v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek. Součástí tohoto vzorku jsou pak dvě rozhodnutí vydaná v letech 2007 až 2009 jimiž bylo v souběhu kromě úplatkářství rozhodnuto rovněž o trestném činu pletich dle § 128a, resp. § 128b tr. zákona. Analyzovaný vzorek je konečně doplňován také o dostupnou judikaturu Nejvyššího soudu.

¹⁵⁹ Pozn. Tato rozhodnutí byla vyžádána postupem dle zák. č. 106/1999 Sb. v rámci zpracování „Analýzy soudních rozhodnutí vydaných v letech 2007 až 2009 ve věcech úplatkářských trestných činů“ a v rámci navazující analýzy za období let 2010 až 2012.

Je nutné doplnit, že analyzovaný vzorek neobsahuje dosud nepravomocná rozhodnutí, a to i přesto, že právě v době psaní práce byla vydána rozhodnutí, která se svým významem a rozsahem páchané trestné činnosti, běžným případům této formy kriminality zcela vymykají. Důvodem je především to, kromě skutečnosti, že se nejedná o rozhodnutí pravomocná, že k těmto rozhodnutím často dosud není k dispozici písemné odůvodnění a zprávy z medií dle zkušeností a názoru autora této práce, nelze v tomto směru považovat za dostatečně hodnověrný zdroj. V případě kauzy kolem bývalého hejtmána MUDr. Davida Ratha je pak autor práce nadto vázán advokátní mlčenlivostí.

4.1 Způsob páchání

Jak již bylo uvedeno výše, rozhodnutí nebylo vydáno mnoho, a tedy jich ani nemohlo být obecnými soudy mnoho poskytnuto. Na základě žádosti dle zák. č. 106/1999 Sb. bylo získáno 16 pravomocných prvoinstančních rozhodnutí týkajících se celkem 23 obviněných, z čehož v případě 4 obviněných bylo rozhodnuto o jejich zproštění. Zkoumaný vzorek tedy zjevně není široký, přesto se lze při pohledu na statistické údaje obsažené v předchozí části zcela důvodně domnívat, že obsahuje naprostou většinu registrované kriminality dané právní kvalifikace za období uplynulých tří let.

Co se týká způsobů páchání, je po prostudování jednotlivých rozhodnutí nutné podotknout, že se v převážné míře jedná o případy, kdy se pachatelé dopouštěli svého protiprávního jednání v tzv. předzadávacím stadiu procesu zadávání veřejné zakázky, příp. ve stadiu zahájení zadávacího řízení¹⁶⁰. Tato skutečnost pouze potvrzuje tezi vyslovenou výše v příslušné části této práce, že právě tyto počáteční fáze zadávání jsou z hlediska manipulací s veřejnou zakázkou po trestněprávní stránce nejrizikovější.

Příkladem lze poukázat na rozhodnutí Okresního soudu v Hradci Králové¹⁶¹. Předmětem dané trestní věci byly dvě veřejné zakázky, na dodávku jednoho sanitního vozu a na zásobování zdravotnickým materiálem, zadávané veřejným zdravotnickým zařízením jako veřejným zadavatelem. Jak vyplývá z výroku tohoto rozhodnutí,

¹⁶⁰ Viz oddíl 2.3.2. výše

¹⁶¹ Rozsudek Okresního soudu v Hradci Králové ze dne 10.02.2014, sp.zn. 6 T 220/2012

spočívalo trestněprávně relevantní jednání obviněného v tom, že jako statutární orgán, zástupce zadavatele a pořadatel veřejné zakázky zadávané v rámci zjednodušeného podlimitního řízení, v rozporu s ustanovením § 38 odst. 2 ZVZ a vnitřními předpisy zadavatele, vhodným způsobem neuveřejňoval výzvu k účasti v zadávacím řízení, kterou v případě dodávky sanitního vozu zaslal pouze pěti předem vybraným dodavatelům. V případě zakázky na zásobování, která navazovala na obdobnou zakázku zadanou již v předcházejícím kalendářním období, pak obviněný nejenom opětovně vhodným způsobem neuveřejnil výzvu k účasti v zadávacím řízení, ale nadto ji v rozporu s ustanovením § 38 odst. 3 ZVZ rozeslal shodným dodavatelům, osloveným již v předcházejícím zadávacím řízení, a to přestože věděl, že tito dodavatelé, až na jediného, účast na takové veřejné zakázce v minulosti odmítli, neboť nebyli schopni splnit požadované dodávky, což následně učinili rovněž v předmětném zadávacím řízení. U této zakázky pak stojí za pozornost také skutečnost, že odmítavé vyjádření čtyř z pěti oslovených společností, stejně jako přihláška vítězné společnosti, byly zadavateli doručeny až měsíc po údajném jednání hodnotící komise a poté, co obviněný podepsal „Zprávu o posouzení a hodnocení nabídek“. Jinými slovy, k výběru nejvhodnější nabídky a k podpisu smlouvy došlo dříve, než vůbec byla nabídka vítězného dodavatele doručena zadavateli.

Shora popsany skutkový děj pouze potvrzuje teze vyslovené výše v předcházející části této práce. *Modus operandi* pachatele v dané trestní věci se skládal v podstatě ze dvou jednoduchých kroků, nejprve v porušení zásady transparentnosti omezením přístupu k informacím potenciálním dodavatelům o probíhajícím zadávacím řízení a následně v odchýlení se od běžných zadávacích postupů tak, aby mohl zvítězit pouze předem vybraný uchazeč. Lze tak zaznamenat hned dva indikátory, které jsou příznakem manipulací se zadávacím řízením, tak jak byly vymezeny výše v příslušné části této práce. Citovaný případ potvrzuje rovněž nezanedbatelné korupční riziko, které představuje zjednodušené podlimitní řízení a význam výběru okruhu dodavatelů, kteří jsou zadavatelem v jeho rámci oslovováni.

Kromě samotného skutku stojí v dané trestní věci za pozornost také poznatky týkající se vnitřního fungování zadavatele, které vplynuly v průběhu dokazování.

Nutno podotknout, že obviněný se ke svému protiprávnímu jednání v řízení nedoznal, na svou obhajobu uváděl, že přestože z titulu své funkce odpovídal za výběrová řízení a jejich vyhlášení, se samotnými dodavateli nejednal. To bylo náplní práce jeho podřízeného, který rovněž odpovídal za okruh oslovených dodavatelů. Do průběhu zakázek obviněný údajně nijak osobně nezasahoval, pouze jmenoval členy hodnotící komise a po přezkoumání jejich správnosti, podepisoval listiny, které mu předložili jeho podřízení. Měl za to, že komise postupují řádně a v souladu se zákonem. Obhajoba pak dále namítala rovněž obsah pracovní náplně obviněného, která administraci zadávacích řízení nezahrnuje.

Tato obhajoba obviněného byla dle přesvědčení nalézacího soudu provedeným dokazováním spolehlivě vyvrácena. Zejména z výpovědí v řízení slyšených svědků, především z řad členů hodnotících komisí, které měly o předmětných zakázkách rozhodovat, vyplývá, že funkce v komisích byla výhradně formální. Komise se nikdy nescházely, nevykonávaly žádnou činnost v rámci zadávacího řízení, její členové pouze dodatečně podepisovali předložené protokoly. Technická specifikace a zadávací dokumentace byla zpracovávána na přímý pokyn obviněného s tím, že se příslušný podřízený neodvážil tento pokyn neuposlechnout z obavy o své zaměstnání. Přestože po formální stránce byla jednotlivých výběrová řízení v gesci příslušných náměstků, fakticky je zabezpečoval výhradně obviněný prostřednictvím svého sekretariátu. Jednotlivé úseky pouze připravovaly podklady pro administraci.

K uvedenému je vhodné doplnit, že tento druh obhajoby je v případech korupčního ovlivňování činnosti státní správy poměrně obvyklý. Podstatou argumentace v obdobných případech bývá právě poukázání na nedostatek formální pravomoci zakázku ovlivnit, resp. na odpovědnost podřízeného zaměstnance, a to bez ohledu na to, jak fakticky daný úřad fungoval. Stejně tak, jako tomu bylo v daném případě, však pachatelé tohoto druhu trestné činnosti, zejména pak pokud se jedná o představitele politické reprezentace, mají nad rozhodováním úředníků podstatně větší vliv, než jim právní předpisy po formální stránce přiznávají. Jsou to totiž právě tyto osoby, které z titulu svých funkcí rozhodují o faktické odpovědnosti úředníků za protiprávní jednání, či způsobnou škodu a mohou také velmi snadno rozhodnout o ukončení pracovního poměru neposlušného vedoucího úředníka. Odpovědní úředníci tak buďto rozhodují

v souladu s vůlí politického vedení, resp. nadřízených, nebo bývají rychle vyměněni za osoby více „loajální“¹⁶². Tato situace je prostředky trestního práva pouze obtížně řešitelná, nicméně je důrazným podtržením nezbytnosti přijetí a účinné aplikace právní úpravy regulující státní službu tak, aby byla zajištěna nezávislost jejího výkonu.

Nalézací soud pak v dané trestní věci nepřijal ani obhajobu obviněného, že pouze uzavřel kupní smlouvu s dodavatelem, jehož nabídku mu doporučila svým rozhodnutím hodnotící komise. S takovým závěrem, že by tedy obžalovaný byl povinen pouze trpně převzít rozhodnutí hodnotící komise, nalézací soud kategoricky nesouhlasil. Dle přesvědčení nalézacího soudu měl obžalovaný naopak jako statutární zástupce zadavatele před rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky povinnost v souladu s ustanovením § 79 odst. 5 ZVZ přezkoumat, zda hodnotící komise skutečně postupovala v souladu s příslušnými ustanoveními ZVZ. Nalézací soud v tomto dále poukázal rovněž na ustanovení § 81 odst. 1 ZVZ a § 151 ZVZ, dle kterých o výběru nejvhodnější nabídky rozhoduje vždy zadavatel s tím, že hodnotící komise je pouze orgánem poradním. Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky tedy bylo ve výhradní odpovědnosti obžalovaného, kterou nebyl oprávněn přenést na třetí osoby, tedy ani na hodnotící komisi.

S takovým závěrem lze dle přesvědčení autora této práce bez výhrad souhlasit, přičemž je přiměřeně aplikovatelný nejenom v případě uzavírání smluv na realizaci veřejných zakázek, ale rovněž v případech jiných forem nakládání s veřejným majetkem (např. v podobě jeho prodeje či pronájmu). Skutečnost, že samotnému uzavření smlouvy předcházelo rozhodnutí příslušného orgánu či nadřízeného, nezbavuje podepsanou osobu její povinnosti správnost a hospodárnost takového rozhodnutí přezkoumat a případně připojení svého podpisu odmítnout. To, že tak neučiní a slovy nalézacího soudu trpně převezme rozhodnutí příslušného orgánu, ji odpovědnosti za případné následky takového právního jednání zbavovat nemůže, neboť je to právě tato osoba, kdo připojením svého podpisu za daný subjekt na venek právně jedná. Samozřejmě i v takovém případě nicméně bude nezbytné pečlivě zkoumat formu zavinění, kdy pro naplnění znaků trestného činu dle § 256 tr. zákoníku je nezbytné alespoň srozumění s tím, že byl ZVZ ve prospěch některého dodavatele porušen. V případě, že se pachateli nepodaří úmyslné zavinění prokázat, lze

¹⁶² Jansa, P., Bureš, R. Studie národní integrity. Praha: Transparency International – Česká republika. 2011, s. 85

v případě nevhodných úkonů zadavatele uvažovat o právní kvalifikaci dle § 221 tr. zákoníku. Zavinění z vědomé nebo hrubé nedbalosti by pak bylo možné dovodit mimo jiné v případech, kdy byla rozhodující osoba (typicky starosta) např. upozorněna členy zastupitelstva na to, že cena je nepřiměřená, a tuto skutečnost by vědomě pominula¹⁶³.

V dané věci stojí za pozornost konečně také forma odměny, úplatku, který obviněný za manipulaci se zakázkou na pořízení sanitního vozu obdržel. Tento úplatek představovala dle přesvědčení soudu úhrada letenky a hotelového pobytu v rámci účasti obviněného na odborném lékařském kongresu v Dubaji. Obdobná praxe, kdy farmaceutické firmy a výrobci zdravotnických přístrojů jednotlivé lékaře a další důležitý zdravotnický personál podílející se na organizování veřejných zakázek ve zdravotnictví, zvou do exotických destinací na tzv. kongresy, přičemž jsou veškeré náklady na cestu a pobyt těmito společnostmi hrazeny, je v rámci českého zdravotnictví značně rozšířená. Přestože se jedná o jednání, o jehož protiprávnosti přetrvávají zejména ze strany lékařské veřejnosti pochyby, je nutné konstatovat, že v dané trestní věci nalézací soud ani soud odvolací, tyto pochybnosti nesdílel.

Po skutkové stránce komplexnější případ byl projednáván před Městským soudem v Brně¹⁶⁴. Jak vyplývá z výroku tohoto rozhodnutí, bylo základem celého skutku jednání investiční referentky úřadu městské části, která v souvislosti s připravovanou veřejnou zakázkou na stavební práce, nejprve s cenovou poptávkou oslovila zástupce předem vybraného dodavatele, a následně po poradě s ním, i další jím určené společnosti, s nimiž se následně společně domluvili na vytvoření cenových nabídek tak, aby veřejnou zakázku vyhrál právě tento předem dohodnutý dodavatel. Z uvedeného případu je tak opětovně zřejmé, že k rozhodnému protiprávnímu jednání docházelo především ještě před samotným zahájením zadávacího řízení tak, aby postup dle zákona o veřejných zakázkách, byl již pouhou formalitou. Za pozornost stojí, že všichni tito konkurenční dodavatelé s takovou dohodou souhlasili a rovněž se jí v zadávacím řízení také řídili. Přesto byl původní záměr pachatelů zkomplikován vstupem dalšího, předem nedomluveného konkurenta, který podal nižší nabídku, než

¹⁶³ Srov. přim. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 19.12.2012, sp.zn. 5 Tdo 827/2012, [publikováno Rt 2/2014]

¹⁶⁴ Trestní příkazy Městského soudu v Brně ze dne 22.11.2013, č.j. 10 T 140/2013-713, 10 T 140/2013-710, 10 T 140/2013-716

domluvený uchazeč. Součástí skutku pachatelů tak bylo kromě protiprávních dohod před samotným zahájením zadávacího řízení, také jednání po otevření obálek, tedy ve fázi hodnocení nabídek. Když totiž vyšlo najevo, že v zadávacím řízení neztvítězil předem vybraný dodavatel, obviněná zástupkyně zadavatele umožnila tomuto dodavateli upravit svou nabídku tak, aby nově byla v zadávacím řízení nejvýhodnější. Bohužel, poskytnutá rozhodnutí jsou pouze trestními příkazy, tedy bez znalosti odůvodnění není zřejmé, jak konkrétně obviněná postupovala, aby si záměny nabídky nepovšimli členové hodnotící komise, případně vítězný konkurenční dodavatel. Stejně tak naneštěstí není zřejmé, čím byli ostatní dodavatelé k účasti na takovéto dohodě motivováni. Nutno však podotknout, že v souvislosti s touto trestnou činností byla obžaloba podána celkem proti 10 obviněným. Právní moci dosud nabyly pouze poskytnuté trestní příkazy vydané proti 3 obviněným jednatelům konkurenčních dodavatelů. U zbylých sedmi obžalovaných je v současnosti nařízeno hlavní líčení.

Velmi podobný případ, minimálně co se týká první části jednání obviněných, pak byl řešen rovněž Okresním soudem ve Frýdku Místku¹⁶⁵. Rovněž v této trestní věci spočívalo protiprávní jednání skupiny pachatelů v dohodách mezi zástupcem zadavatele a jedním z dodavatelů na výsledcích konkrétních zadávacích řízení. Také v tomto případě tento dodavatel „opatřil“ další dvě konkurenční společnosti, které předstíraly o předmětnou zakázku zájem, jejichž účast v zadávacím řízení však byla čistě formální. Zástupce zadavatele následně obeslal s nabídkou k účasti pouze tyto předem domluvené dodavatele, čímž předstíral naplnění zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace dle § 6 ZVZ, přičemž z domluvených nabídek bylo všem zúčastněným subjektům od počátku zřejmé, kdo bude vítězem předmětné zakázky.

V obou shora uvedených případech se jednalo o zakázky malého rozsahu, tedy veřejné zakázky, jejichž hodnoty nedosahovaly zákonného limitu dle § 12 odst. 2 ZVZ. Uvedené opětovně potvrzuje, že právě tento druh zakázek, je k protiprávním manipulacím nejnáchylnější. Omezení přístupu k informacím o zadávacím řízení nejen veřejnosti, ale současně ostatním potencionálním dodavatelům, pachatelům umožňuje podstatně významnější porušování zákonem stanovených povinností, než by si mohli

¹⁶⁵ Rozsudek Okresního soudu ve Frýdku Místku ze dne 25.03.2014, sp.zn. 4 T 30/2014

dovolit v případě zakázek, které je nutné ze zákona uveřejnit, u nichž se předpokládá větší počet konkurentů, a které jsou tedy pod větší kontrolou. O tom konečně svědčí především shora popsany případ vedený před Městským soudem v Brně, z něhož je patrné, že stačil jediný na dohodě nezúčastněný konkurent, který nejenom že svou účastí dokázal snížit cenu zadané veřejné zakázky, ale současně donutil pachatele k tak zásadnímu a podstatně nápadnějšímu porušení ZVZ, jako je umožnění změny nabídky po otevření obálek. Nezbyvá proto než konstatovat, že zajištění otevřenosti a především veřejnosti zadávacího řízení také v případě zakázek malého rozsahu, např. povinným uveřejňováním výzev k účasti na webových stránkách zadavatele, může být účinným krokem, jak podobné trestné činnosti zabránit. Naopak se potvrzuje, že omezování přístupu k informacím o plánovaném či probíhajícím zadávacím řízení je indikátorem toho, že je se zakázkou protiprávně manipulováno.

Manipulaci s veřejnou zakázkou uskutečněnou převážně ve fázi posouzení kvalifikačních kritérií a hodnocení nabídek, se podařilo odhalit v případě vedeném před Okresním soudem v Ostravě¹⁶⁶. Jednání celkem tří obviněných v dané trestní věci spočívalo v tom, že v souvislosti se zadáním podlimitní zakázky na stavební práce, zadávané v otevřeném zadávacím řízení, jedna z obviněných jako zástupkyně zadavatele a členka hodnotící komise a komise pro otevírání obálek, mimo jiné v rozporu s ustanovením § 71 odst. 2 ZVZ sdělila druhému obviněnému, zástupci jednoho z účastníků zadávacího řízení, obsah nabídek konkurenčních dodavatelů. Když bylo zřejmé, že společnost obviněného v zadávacím řízení nezvítězí, upravili společně nabídku této společnosti tak, že pozměnili údaj o výši smluvní pokuty, která byla jedním z dílčích hodnotících kritérií zakázky, a takto upravenou nabídku zařadil v součinnosti s posledním obviněným, úředníkem zadavatele, mezi již podané nabídky. Vzhledem k tomu, že ani tento zásah společnosti obviněného nezajišťoval vítězství v zadávacím řízení, dohodli se obvinění, že bude navrženo rovněž vyřazení nabídky vítězného dodavatele z formálních důvodů, a to i přesto, že bylo možné odstranit vady této nabídky žádostí o doplnění informací dle § 59 odst. 4 ZVZ. K vyřazení vítězného dodavatele spolu následně s dalšími šesti uchazeči na základě jednání obviněné

¹⁶⁶ Rozsudek Okresního soudu v Ostravě ze dne 17.12.2012, sp.zn. 72 T 7/2011

skutečně došlo, v důsledku čehož byla jako vítěz zakázky vyhodnocena společnost obviněného, a to i přesto, že původně měla skončit až na pátém místě.

Rovněž v dané trestní věci přitom započala spolupráce obviněných na zmanipulování veřejné zakázky již dlouho před samotným zahájením zadávacího řízení. Jak totiž vyplývá z pořízených odposlechů, již samotné stanovení hodnotících kritérií ve fázi přípravy veřejné zakázky podléhalo konzultaci obviněné zaměstnankyně zadavatele s obviněným jednatelem jednoho z dodavatelů. Konkrétně je zmíněna váha hodnotícího kritéria nabídkové ceny 60 %. V tomto směru je zajímavé, že přestože obviněný jednatel oficiálně nebyl členem místní samosprávy ani jinak nepůsobil v rámci zadavatele, byl to právě on, kdo obviněnou informoval, že bude předmětnou zakázku připravovat a následně, při domluvách o stanovení hodnotících kritérií, jí s jistotou sdělil, že dohodnutá kritéria „v radě projdou“. Dle zápisů z rady obvodu, které byly v řízení provedeny, skutečně ohledně hodnotících kritérií v radě žádná diskuse neproběhla a bylo pouze rozhodnuto o vyhlášení zadávacího řízení. Mezi obviněným jednatelem a některými členy rady pak dle pořízených odposlechů probíhala v rozhodné době komunikace, z níž lze důvodně usuzovat, že o protiprávních dohodách obviněného při realizaci veřejných zakázek tohoto zadavatele, minimálně mohli vědět¹⁶⁷. Nutno podotknout, že jednání spočívající v dohodách mezi obviněnými o stanovení hodnotících kritérií, následně odvolací soud z podnětu odvolání státního zástupce zahrnul, na rozdíl od nalézacího soudu, také do skutkové věty odsuzujícího rozhodnutí¹⁶⁸.

V dané věci stojí za pozornost rovněž způsob rozložení dílčích hodnotících kritérií domluvený obviněnými. Vybrána měla být nabídka ekonomicky nejvýhodnější, a to na základě 7 kritérií: nabídkové ceny (váha pro rozhodnutí 60 %), lhůta realizace v týdnech (10 %), délka záruky v měsících (10 %), výše smluvní pokuty za pozdní předání díla v procentech (5 %), výše smluvní pokuty za pozdní odstranění vady v Kč (5 %), výše smluvní pokuty za pozdní odstranění z reklamované vady v Kč (5 %), výše smluvní pokuty za pozdní nástup na odstranění vady v Kč (5 %). Již na první pohled je zřejmé, že takto komplikované rozložení hodnotících kritérií u zcela běžné zakázky jako

¹⁶⁷ s. 11 citovaného rozhodnutí

¹⁶⁸ Rozsudek Krajského soudu v Ostravě ze dne 14.08.2013, sp.zn. 4 To 84/2013

je rekonstrukce bytového domu, je postupem nestandardním, který protiprávnímu jednání v souvislosti se zadáním takové zakázky zjevně nasvědčuje. To konečně potvrzují rovněž údaje samotného zadavatele, dle kterých byly v rozhodném roce zadávány pouze 2 další veřejné zakázky, u nichž zadavatel zvolil ještě jiná kritéria než nabídkovou cenu a lhůtu realizace, z čehož bylo nakonec dokončeno pouze jediné zadávací řízení.

V tomto směru je vhodné upozornit, že užívání dílčích kritérií spočívajících v hodnocení zajišťovacích či platebních podmínek předložené nabídky, bylo dříve jedním z charakteristických způsobů, kterými bylo možné veřejnou zakázku ovlivnit. Důvodem je přitom nejen to, že bylo v praxi možné prostřednictvím nepřiměřeně vysoké smluvní pokuty získat veřejnou zakázku s vyšší nabídkovou cenou, než jak by bylo ekonomicky výhodné¹⁶⁹, ale současně také skutečnost, že i v případě porušení ujednaného smluvního závazku nebyly při dohodě pachatelů jak na straně zadavatele, tak na straně dodavatele, sankční ujednání vymáhány, či byly smlouvy uzavírány s prázdnými společnostmi, které vlastní majetek neměly a případná sankční ujednání po nich nemělo smysl vymáhat. Zákonodárce proto přistoupil k novelizaci ustanovení § 78 odst. 4 ZVZ a od 01.04.2012 tak již nemohou být dílčím hodnotícím kritériem smluvní podmínky, *jejichž účelem je zajištění povinností dodavatele, nebo platební podmínky.*

Co se týká zmiňovaného případu vedeného před Okresním osudem v Ostravě, stojí za pozornost, že standardní hodnotící kritéria nabídkové ceny a doby realizace byly součástí původního návrhu zadávací dokumentace, přičemž ke změně došlo až v důsledku nátlaku obviněné. Dle výpovědi členů rady městského obvodu nicméně bylo zvýšení počtu hodnotících kritérií v té době projednáváno a obviněná byla tímto úkolem údajně dokonce pověřena. Nálezací soud v tomto k hodnotícím kritériím konstatoval mimo jiné následující *„pokud se jedná o množství a důležitost jednotlivých hodnotících kritérií, soud poukazuje na zjevné skutečnosti, že více kritérií znamená větší možnost zakázku vyhrát bez ohledu na cenu provedeného díla a tedy je zde prostor ke korupčnímu jednání, kdy nemusí vyhrát nejnižší nabídka (dle výše nabídky by se*

¹⁶⁹ Jurčík, R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, 3.vydání. Praha : C.H. Beck, 2012, s. 491

Bytostav umístil až na 5. místě) a tudíž je zde větší prostor pro „finanční ohodnocení“ korupčního jednání“.

Pokud jde o okolnosti záměny nabídky smluvené společnosti, je vhodné podotknout, že k ní došlo přesto, že v rámci postupů zadavatele byl originál předložené nabídky vždy kopírován a kopie i originál byly vždy uloženy na různých odděleních zadavatele, konkrétně originál na oddělení právním, kde působila obviněná a kopie na oddělení investičním, přičemž jak originál, tak kopie jsou zabezpečeny proti manipulacím provázkem a pečeti. Právě tato okolnost také vedla k odhalení pachatelů. Zatímco v případě originálu nabídky pachatelé zaměnili pouze jedinou stránku s údaji o smluvní pokutě, kopie nabídky obsahovala rovněž pozměněný výpis z bankovního účtu společnosti prokazující uhrazení jistiny, který však na rozdíl od originálu byl opatřen datem následujícím několik dní po té, co byla samotná nabídka odevzdána. Tato skutečnost tedy prokázala, že kopie nabídky byla jako celek později pachateli zaměněna, neboť bylo nutné upravit výši smluvní pokuty tak, aby odpovídala originálu nabídky, která byla v držení právního odboru. Z výsledků dokazování vyplývá, že pachatelé neměli v době vytváření duplicitní nabídky k dispozici originál původního potvrzení banky o složení jistiny, proto byl založen do nové kopie nabídky výpis z bankovního účtu, který však již byl opatřen pozdějším datem vyhotovení. K samotné záměně kopie nabídky uložené na investičním oboru pak pachatelé využili dlouhodobé známosti obviněného jednatele se spoluobviněným úředníkem tohoto odboru, který ji po předchozí dohodě vyměnil a původní kopii nezjištěným způsobem zničil.

V tomto směru je vhodné podotknout, že právě klientelismus, nepotismus, či obdobný konflikt zájmů, je v případě zadávání veřejných zakázek jedním z nejvýznamnějších faktorů, který protiprávní manipulace se zadávacím řízením nejenom indikuje, ale současně, který je do značné míry také umožňuje. V případech, kdy pracovníci veřejného zadavatele nebo poskytovatele služeb v oblasti zadávání veřejných zakázek, vykazují finanční, hospodářský nebo jiný osobní zájem na výsledku zadávacího řízení, a přesto se podílejí na vedení zadávacího řízení, nemohou jednat nestranně a je tudíž dáno významné riziko, že bude výsledek zadávacího řízení ovlivněn. Pokud tedy má být zadávání veřejných zakázek efektivní a hospodárné, je nezbytné, aby

každý prokázaný konflikt zájmů vedl k vyloučení dotčené osoby z procesu zadávání veřejné zakázky. Zadavatelé proto musí provádět pečlivou kontrolu potencionálního střetu zájmu již v předzadávací fázi procesu zadání veřejné zakázky a po celou dobu zadávacího řízení důsledně aplikovat všeobecné principy zadávání veřejných zakázek, v tomto kontextu zejména princip nediskriminace a princip transparentnosti. Úkon posuzování konfliktu zájmů je třeba náležitě odůvodnit a zaznamenat tak, aby se i navenek jevil jako legitimní¹⁷⁰.

Jak již bylo uvedeno v úvodu této kapitoly, na základě podaných žádostí byly obecnými soudy poskytnuty pouze dvě rozhodnutí týkající se trestného činu dle § 257 tr. zákoníku, a z toho pouze jediné má formu odůvodněného rozsudku, nadto zprošťujícího. Z takto omezeného vzorku zjevně nelze činit kategorické závěry o tom, jakým způsobem je tato forma trestné činnosti páchána. Přesto stojí za pozornost, jaký druh jednání byl orgány činnými v trestním řízení pod danou právní kvalifikací odstíhán.

Co se týká zmiňovaného rozsudku¹⁷¹, bylo protiprávní jednání obviněného spatřováno v tom, že jako jednatel obchodní společnosti kontaktoval v souvislosti s veřejnou zakázkou na stavební práce konkurenčního dodavatele s nabídkou částky 250.000,- Kč za to, že se tato společnost nebude účastnit zadávacího řízení. V návaznosti na tuto nabídku pak připravil rovněž smlouvu o provedení subdodávek mezi těmito společnostmi, která obsahovala smluvní pokutu ve výši 350.000,- Kč pro případ, že tyto subdodávky nebudou vykonány. Nalézací soud nicméně po hlavním líčení dospěl k závěru, že provedeným dokazováním se nepodařilo nade vší důvodnou pochybnost prokázat, že se skutek stal. Předně sám obžalovaný od počátku svou vinu popíral, kdy na svou obhajobu uvedl, že pouze hledal potencionálního regionálního partnera, se kterým by mohl na realizaci předmětné zakázky do budoucna spolupracovat. Obžaloba byla postavena výhradně na výpovědi jednoho z jednatelů oslovené společnosti, který dle svého vyjádření vnímal nabídku obžalovaného jako

¹⁷⁰ Hodás, M. Konflikt zájmů při zadávání veřejných zakázek. Bulletin advokacie. Citováno dne 10.06.2015, dostupné na <http://www.bulletin-advokacie.cz/konflikt-zajmu-pri-zadavani-verejnych-zakazek?browser=mobi>

¹⁷¹ Rozsudek Okresního soudu v Třebíči ze dne 05.12.2012, sp.zn. 1 T 19/2012

korupční. Tento dojem však nesdílel druhý z jednatelem, který se předmětné schůzky rovněž zúčastnil. Za rozhodné pak soud vzal i skutečnost, že oslovená společnost nesplňovala kvalifikační kritéria předmětné zakázky, což všichni zúčastnění, tedy včetně obžalovaného, v době předmětného jednání věděli. Na základě shora uvedeného tak dospěl nalézací soud k závěru, že v důsledku zásadních rozporů mezi výpověďmi slyšených jednatelem oslovené společnosti, a absenci jakýchkoli jiných přímých či nepřímých důkazů, dle kterých by bylo možné usuzovat na korupční povahu nabídky obžalovaného, nezbylo než obžalovaného zprostit podané obžaloby, neboť při respektování zásady *in dubio pro reo* nebylo prokázáno, že se skutek stal.

Přes výše uvedené je nutné obecně konstatovat, že zakrývání poskytnutí úplatku prostřednictvím smluvních dokumentů na fiktivní práce, či jako tomu mělo být dle přesvědčení obžaloby v tomto případě, v podobě úhrady smluvní pokuty za neuskutečněné plnění, není v praxi nijak ojedinělé. Stejně tak styl obhajoby vydávající korupční jednání za běžný obchodní vztah je poměrně obvyklý. Přestože v dané trestní věci skutečně soud na tuto obhajobu s ohledem na důkazní situaci přistoupil, je vhodné upozornit, že dle poznatků z praxe obecné soudy na tento typ obhajoby minimálně v případě korupčních trestných činů přistupují spíše výjimečně¹⁷².

Druhým z poskytnutých rozhodnutí o trestném činu dle § 257 tr. zákoníku je rozsudek Okresního soudu v Rychnově nad Kněžnou jímž byla schválena dohoda o vině a trestu¹⁷³. V dané trestní věci pak byl obviněný uznán vinným tím, že jako zástupce obchodní společnosti účastníci se zadávacího řízení veřejné zakázky na stavební práce, oslovil konkurenčního dodavatele, kdy mu sdělil, že jeho společnost se podílela na přípravě zakázky a je domluveno, že ji i získá, a proto tomuto dodavateli navrhl, aby se zadávacího řízení buďto vůbec neúčastnil, případně aby podal nabídku, která by nesplňovala kritéria zakázky. Na následné schůzce pak již obviněný nabídl tomuto dodavateli za to, že podá nadhodnocenou nabídku, odměnu ve výši 50.000,- Kč.

¹⁷² Srov. Analýza soudních rozhodnutí vydaných v letech 2010 až 2012 ve věcech úplatkářských trestných činů, s. 38, dostupné na <http://www.transparency.cz/analyza-soudnich-rozhodnuti-vydanych-letech-2010-2012-vecech/>

¹⁷³ Rozsudek Okresního soudu v Rychnově nad Kněžnou ze dne 27.06.2013, sp.zn. 2 T 80/2013

Co se týká úplatkářských trestných činů páchaných v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek, bylo pro účely vypracování této práce k dispozici celkem 8 pravomocných prvoinstančních rozhodnutí. V převážné většině se pak jedná o jednání spočívající v nabídce úplatku zástupci zadavatele za sjednání výhody či přednosti v zadávacím řízení, tedy o „párový“ trestný čin k § 256 odst. 3 tr. zákoníku.

Příkladem lze poukázat na dva související případy řešené před Okresním soudem ve Svitavách. Protiprávní jednání obžalovaných vystupujících v pozici zájemců o přidělení veřejné zakázky malého rozsahu na stavební práce zde spočívalo v příslibu úplatku osobám rozhodujícím o jejím zadání.

Oba obžalovaní se takového jednání dopustili při přebírání zadávací dokumentace k totožné veřejné zakázce, kdy nezávisle na sobě příslibili předsedovi výběrové komise a zároveň řediteli městské knihovny přesněji neurčený finanční úplatek, který při předávání nabídky následně konkretizovali. První z nich na částku 10.000,- Kč¹⁷⁴, druhý pak na částku ve výši 30.000,- Kč¹⁷⁵

Za pozornost stojí skutečnost, že u obou pachatelů se skutkový děj téměř shoduje, přestože v době páchaní trestné činnosti jeden o druhém nevěděl. To minimálně ukazuje na určitou zavedenost podobného jednání při zadávání veřejných zakázek, obzvláště v situacích, kdy se jedná o zakázky malého rozsahu. Zároveň však jde o jednání, které se obtížně odhaluje, natož prokazuje, neboť zde zpravidla nevznikají žádné věcné či listinné důkazy. Bez včasného informování orgánů činných v trestním řízení a nasazení operativně pátracích prostředků či odposlechů je úspěšné vyšetřování takovéto trestné činnosti takřka nemožné. Právě k tomu došlo i v daném případě, v němž se po vyslovení prvotní nabídky úplatku obrátil předseda výběrové komise na policii, která jej pro další řízení vybavila operativní technikou.

Za obvyklou pak je možno označit obhajobu obou obžalovaných uplatněnou v hlavním líčení, kdy jeden se hájil tím, že nabídnuté plnění mělo být částkou určenou na provoz knihovny a druhý tím, že se mělo jednat o sponzorský dar. Uvedené obhajobě

¹⁷⁴ Rozsudek Okresního soudu ve Svitavách ze dne 08.11.2010, sp.zn. 1 T 36/2010

¹⁷⁵ Rozsudek Okresního soudu ve Svitavách ze dne 24.11.2010, sp.zn. 1 T 40/2010

však nalézací soud neuvěřil, nicméně konkrétními důvody nepřijetí obhajoby se detailně nezabýval. Z hlediska odůvodnění předmětných rozhodnutí je bohužel nutné konstatovat, že jsou velmi strohá, podrobnější skutkový děj ani úvahy soudu z nich vyčíst nelze.

Naproti tomu je nicméně nutné poukázat na rozhodnutí vydané Okresním soudem v Domažlicích¹⁷⁶. V dané trestní věci byla obžalovaná rovněž stíhána pro jednání, kdy jako obchodní zástupkyně soukromé společnosti slíbila úplatek referentce zásobování nemocničního zařízení za uzavření dodavatelské smlouvy. Přestože nalézací soud zde rozhodl o podmíněném zastavení trestního stíhání obžalované, tedy ačkoli dospěl k závěru o protiprávnosti jejího jednání, v odůvodnění svého rozhodnutí označil jednání obžalované, spočívající v nabídce úplatku ve výši 3% z každé vystavené faktury, za běžnou obchodní praxi v dodavatelsko-odběratelských vztazích mezi nemocnicemi a jejich dodavateli. Podstatnou část skutkového děje pak soud vyhodnotil jako nedorozumění mezi obžalovanou a uplácenou, kdy si obžalovaná dotaz uplácené na „náhradní plnění“ v souvislosti s daňovými úlevami spojenými se zaměstnáváním invalidů vyložila jako žádost o úplatek, ačkoliv o takovou žádost ve skutečnosti nešlo.

Z hlediska otázky stanovení výše úplatku za zadání veřejné zakázky stojí za pozornost případ vedený před Obvodním soudem pro Prahu 4¹⁷⁷. V dané trestní věci bylo obviněnému kladeno za vinu, že jako správce budovy ve vlastnictví veřejného zadavatele požadoval po fyzické podnikající osobě úplatek ve výši 10% z ceny zakázky za to, že zajistí, aby tato zakázka byla právě tomuto subjektu zadána. O tuto hodnotu úplatku si pak oslovený dodavatel měl dle nabídky obviněného navýšit podanou nabídku, tak aby úplatek byl *de facto* uhrazen z rozpočtu veřejného zadavatele. K dané trestní věci je nicméně nutné podotknout, že soud obviněného obžaloby zprostil, neboť nepřijal jako použitelný usvědčující důkaz ve formě soukromé nahrávky jednání obviněného pořízené osloveným dodavatelem.

K tomuto rozhodnutí je nicméně nutné poznamenat, že se jedná o starší rozhodnutí a závěry soudu o použitelnosti nahrávky nelze považovat za správné.

¹⁷⁶ Usnesení Okresního soudu v Domažlicích ze dne 14.07.2011, sp. zn. 2T 64/2011

¹⁷⁷ Rozsudek Obvodního soudu pro Prahu 4 ze dne 05.01.2012, sp.zn. 37T 53/2011

Procesní použitelnost soukromé nahrávky nelze dle judikatury nejvyššího soudu bez dalšího vyloučit, a to bez ohledu na to, zda byl takový záznam pořízen bez souhlasu osob, jejichž hlas je na něm zachycen. Přípustnost takového důkazu je však nezbytné vždy posuzovat též s ohledem na respektování práva na soukromí zakotveného v čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, práva na nedotknutelnost osoby a jejího soukromí ve smyslu čl. 7 a čl. 10 odst. 2 Listiny základních práv a svobod. Významnou okolností v takových případech bude především to, zda důkaz v podobě tohoto zvukového záznamu stojí v konkrétní věci osamocen v rámci hodnocení otázky viny pachatele, anebo zda má soud k dispozici jiné důkazy, které významným způsobem nasvědčují důvodnosti obvinění a s nimiž je zvukový záznam v obsahové shodě.¹⁷⁸

Co se týká starších rozhodnutí, vydaných v období let 2007 až 2009 jedná se až na jedinou výjimku pouze o zprošťující rozhodnutí, nutno však podotknout, že po skutkové stránce jde o případy podstatně složitější a z hlediska společenské škodlivosti, závažnější.

Příkladem je vhodné poukázat na případ, který byl veden před Okresním soudem v Pardubicích¹⁷⁹. Předmětem dané trestní věci bylo protiprávní jednání skupiny celkem osmi obžalovaných spočívající zejména v manipulacích s veřejnými zakázkami města, zakázky na výstavbu autobusového terminálu, samostatné zakázky na přípravu projektové dokumentace k této stavbě a zakázky na rekonstrukci hokejového stadionu, a v podplácení osob rozhodujících o jejich zadávání. Mezi obžalovanými pak byly kromě čtyř zástupců konkurenčních obchodních společností rovněž starosta a zastupitel obce, odpovědný úředník městského úřadu a prokurista hokejového klubu obce. Jak vyplývá z výroku tohoto rozhodnutí, obžalovaným zástupcům zadavatele bylo obžalobou kladeno za vinu, že v případě dvou nadlimitních veřejných zakázek na stavební práce, ačkoli věděli, že někteří dodavatelé jsou dohodnuti na obsahu podaných nabídek, jako členové hodnotících komisí a zástupci zadavatele o tom ostatní členy komisí neinformovali a naopak sami působili za přislíbený úplatek na členy hodnotící komise, aby jako vítězné vybrali nabídky předem dohodnutých dodavatelů. Obžalovaný

¹⁷⁸ Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 03.05.2007, sp.zn. 5 Tdo 459/2007 [publikováno R 7/2008]

¹⁷⁹ Rozsudek Okresního soudu v Pardubicích ze dne 14.04.2010, sp. zn. 22T 153/2008

prokurista pak dokonce požadoval úplatek ve formě příspěvku hokejovému klubu ještě před zahájením zadávacího řízení po jednom z dodavatelů za to, že bude v rámci užšího řízení vůbec zadavatelem osloven. Nutno podotknout, že nejvýznamnějším důvodem pro zprošťující rozhodnutí nalézacího soudu zjevně bylo nepřipuštění provedení pořizovaných usvědčujících odposlechů, neboť dle názoru nalézacího soudu příkazy k jejich provedení nesplňoval náležitosti vymezené judikaturou Ústavního soudu¹⁸⁰.

Z hlediska procesu zadávání stojí za pozornost, že v případě nadlimitní zakázky na výstavbu autobusového terminálu bylo jako forma zadávacího řízení zvoleno užší řízení. Kriteria pro omezení počtu zájemců, kteří budou přizváni do druhého kola zadávacího řízení, nicméně nebyla předem stanovena a žádný důvod nebyl uveden ani v písemném oznámení o odmítnutí zájemců z důvodu omezení jejich počtu, což obviněným umožnilo vybrat subjekty přizvané do druhého kola zadávacího řízení *de facto* zcela libovolně. Tuto skutečnost pak kritizoval rovněž Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. Ten současně v rámci svého rozhodnutí, jímž zadavateli uložil pokutu za správní delikt dle § 102 odst. 1 písm. b) ZVZ v tehdejší znění poukázal také na to, že mezi hodnotícími kritérii této zakázky bylo zařazeno také kritérium „*reference a jejich odborná způsobilost*“, které však dle přesvědčení úřadu nevyjadřovalo ekonomickou výhodnost nabídky, ale kvalifikaci uchazeče, přičemž tento postup mohl ovlivnit pořadí nabídek¹⁸¹.

4.2 Právní kvalifikace a její aplikační problémy

Co se týká užití právní kvalifikace, bylo v rámci analyzovaného vzorku stíháno pro trestný čin dle § 256 tr. zákoníku celkem 21 osob, z toho u 11 obviněných obžaloba shledala rovněž naplnění znaků kvalifikované skutkové podstaty dle § 256 odst. 1, 2 písm. a) tr. zákoníku. Tři obvinění pak dle obžaloby svým jednáním naplnili současně písm. b) citovaného ustanovení a jeden obviněný písm. c). Naplnění znaků kvalifikovaných skutkových podstat dle § 256 odst. 3 a 4 tr. zákoníku, nebylo u pravomocných rozhodnutí shledáno ani v jediném případě. Co se týká ustanovení § 257 tr. zákoníku, byl poskytnuta pouze dvě rozhodnutí, z čehož v jednom případě bylo

¹⁸⁰ Srov. např. rozhodnutí Ústavního soudu publikovaná pod č. Rt 23/96; Rt 56/2001

¹⁸¹ Rozhodnutí ÚOHS ze dne 21. 12. 2005, č. j. VZ/S234/05-152/5926/05-KV

trestní stíhání obviněného vedeno pro § 257 odst. 1 písm. b) tr. zákoníku, v druhém pro písm. d) předmětného ustanovení.

Na základě vyhodnocení poskytnutých rozhodnutí nezbyvá než obecně konstatovat, že analyzovaný vzorek nemůže poskytovat dostatečný podklad pro kategorický závěr, zda v praxi zásadní problémy s aplikací příslušných ustanovení trestního zákoníku obecně vznikají či nikoli, neboť není dostatečně široký. Přesto však stojí z hlediska zaměření práce za pozornost případy, kdy byla právě užitá právní kvalifikace jednou z nejvýznamnějších otázek, kterou se nalézací, případně odvolací soud, v dané trestní věci zabýval.

Zřejmě nejvýraznějším příkladem je v tomto směru již shora zmiňované rozhodnutí Okresního soudu v Hradci Králové¹⁸². Jednou z mnoha právních otázek, kterou nalézací soud musel v dané věci posoudit, bylo také to, zda je na místě aplikovat právní úpravu trestního zákona, či trestního zákoníku. Nalézací soud se v tomto nakonec přiklonil k závěru, že přestože jednání obviněného bylo spácháno za účinnosti trestního zákona, je na místě aplikovat novější právní úpravu, neboť je ve smyslu § 2 odst. 1 tr. zákoníku pro obviněného příznivější. A to navzdory tomu, že hrozící sankce jsou jak v ustanovení § 128a tr. zákona, tak v ustanovení § 256 tr. zákoníku shodné. Nutno podotknout, že takto nalézací soud učinil až v důsledku zrušujícího rozhodnutí odvolacího soudu. V původním rozhodnutí soud kvalifikoval jednání obviněného spočívající v přijetí úplatku v souvislosti se zakázkou na pořízení sanitního vozu jako trestný čin dle § 128a odst. 1, 2 písm. a), odst. 3 tr. zákona, v případě rámcové smlouvy na nákup zdravotnického materiálu pak jako trestný čin dle § 128a odst. 1, 2 písm. a), b) tr. zákona¹⁸³. S takovou právní kvalifikací se však odvolací soud neztotožnil a vyslovil názor, že změnou formulace skutkové podstaty, kdy byl znak „zjedná“ nahrazen v nové právní úpravě znakem „sjedná“, došlo k zpřísnění podmínek trestnosti jednání pachatele, neboť je dle přesvědčení nalézacího soudu evidentní, že předpokladem „sjednání“ je naproti „zjednání“ vzájemná aktivní interakce jednajících subjektů¹⁸⁴. Nutno podotknout, že tento výklad je zcela nový a v rámci analyzovaného vzorku

¹⁸² Rozsudek Okresního soudu v Hradci Králové ze dne 10.02.2014, sp.zn. 6 T 220/2012

¹⁸³ Rozsudek Okresního soudu v Hradci Králové ze dne 18.02.2013, sp.zn. 6 T 220/2012

¹⁸⁴ Usnesení Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 18.7.2013, sp.zn. 10 To 164/2013

ojedinělý, přičemž oporu ani v komentáři k trestnímu zákoníku, ani v důvodové zprávě, nemá.

Je nicméně zajímavé, že původní návrh trestního zákoníku pojem „sjedná“ neobsahoval, nýbrž nadále užíval dosavadní termín „zjedná“, přičemž ke změně pojmosloví nedošlo ani v důsledku podaných pozměňovacích návrhů. Schválené znění zákona tudíž zachovávalo dosavadní terminologii a ke změně tak zjevně došlo až při jeho publikaci v důsledku edičního zásahu v redakci sbírky zákonů. Dle informací autora této práce se v době dokončování práce již připravuje oprava tohoto nesprávně vyhlášeného znění. Do budoucna by tedy měl být problém sjedná/zjedná odstraněn.

Určité pochybnosti o správnosti užití právní kvalifikace je možné mít v případě poskytnutých rozhodnutí Městského soudu v Brně¹⁸⁵. V dané trestní věci nalézací soud kvalifikoval jednání obviněných, jako přečin sjednání výhody při zadání veřejné zakázky, při veřejné soutěži a veřejné dražbě dle § 256 odst. 1 tr. zákoníku spáchaný ve formě pomoci dle § 24 odst. 1 písm. c) tr. zákoníku. Nabízí se nicméně otázka, proč daný skutek, spočívající v předchozí dohodě obviněných zástupců konkurenčních dodavatelů na konkrétním vítězi veřejné zakázky, nebyl nalézacím soudem resp. obžalobou, kvalifikován jako přečin pletichy při zadání veřejné zakázky a při veřejné soutěži dle § 257 odst. 1 písm. d) tr. zákoníku. Naneštěstí poskytnutá rozhodnutí mají formu trestních příkazů, tedy neobsahují odůvodnění, není tak zřejmé, z jakých důvodů se nalézací soud k zvolené právní kvalifikaci přiklonil. Lze nicméně uvažovat, že se v přípravném řízení nepodařilo prokázat *nepřiměřeně vysokou, či jinak nevýhodnou* cenu zakázky, k jejímuž zjednání dohoda pachatelů měla směřovat. Znaky ustanovení § 257 odst. 1 písm. d) tr. zákoníku tedy nemohly být naplněny a nalézacímu soudu by v takovém případě nezbylo nic jiného, než jednání obviněných kvalifikovat dle § 256 odst. 1 tr. zákoníku. Samozřejmě, bez znalosti odůvodnění rozhodnutí, natož spisu, jsou uvedené úvahy spíše hypotetické, neboť z výroku rozhodnutí patrné nejsou.

K dané věci je vhodné podotknout, že prokázání právě tohoto znaku, tedy nepřiměřenosti ceny zakázky, může být v praxi problematické. A to obzvláště za

¹⁸⁵ Trestní příkazy Městského soudu v Brně ze dne 22.11.2013, č.j. 10 T 140/2013-713, 10 T 140/2013-710, 10 T 140/2013-716

situace, kdy ve věci nebyly včas nasazeny operativně pátrací prostředky, a žádný z účastníků takové protiprávní dohody, s orgány činnými v trestním řízení nespolupracuje. Zejména v případech, kdy je zakázka zadávána na ne zcela tradiční plnění (typicky se jedná o různé druhy specifických služeb), je pak pro orgány činné v trestním řízení prakticky nemožné ex post prokázat, že dohodnutá nabídka je nepřiměřeně vysoká, či jinak nevýhodná, neboť nabídky ostatních dodavatelů bývají v důsledku vzájemné dohody velmi podobné a výslednou cenu tak není s čím porovnat¹⁸⁶.

Obecně co se týká právního hodnocení věci, je na základě provedené analýzy poskytnutých rozhodnutí nutné konstatovat, že v případech, kdy byla obhajoba obviněných vedena aktivně, resp. kdy nebyla založena na spolupráci s orgány činnými v trestním řízení, patří právě odchylný výklad jednotlivých právních pojmů a relevantních znaků skutkových podstat předmětných trestných činů, vždy mezi stěžejní argumenty obhajoby. Z analyzovaného vzorku rozhodnutí nicméně vyplývá, že taková argumentace, bývá soudy přijímána pouze ojediněle.

Zcela typickým příkladem je v tomto směru již shora jednou zmiňované rozhodnutí Okresního soudu v Hradci Králové¹⁸⁷. V uvedené trestní věci byla obhajoba obviněného vedena po celou dobu trestního řízení velmi pečlivě, a nalézací soud, stejně jako soud odvolací, se musel v rámci svého rozhodnutí vypořádat s celou řadou zásadních právních námitek. Jak vyplývá z odůvodnění nalézacího soudu, obhajoba především namítala, kromě již výše zmiňovaného nedostatku rozhodovací pravomoci, že veřejná zakázka na nákup sanitního vozu byla zakázkou malého rozsahu, tedy obviněný dle názoru obhajoby nebyl povinen vyhlášovat zadávací řízení ve formě zjednodušeného podlimitního řízení. S takovým závěrem se nicméně nalézací soud neztotožnil.

Nalézací soud v tomto směru poukázal především na skutečnost, že předmětná zakázka byla od počátku zadávána ve zjednodušeném podlimitním řízení, tedy bez ohledu na povahu této zakázky byl zadavatel, a tudíž i obviněný, povinen postupovat

¹⁸⁶ Pozn. o této problematice bude podrobněji pojednáno v následující části

¹⁸⁷ Rozsudek Okresního soudu v Hradci Králové ze dne 10.02.2014, sp.zn. 6 T 220/2012

v souladu s ustanovením § 26 odst. 5 ZVZ dle ustanovení pro zadávání podlimitní veřejné zakázky po celou dobu zadávacího řízení. Nalézací soud proto uzavírá, že pokud bylo zadávací řízení zahájeno jako zjednodušené podlimitní řízení, nebylo již možné postupovat jiným způsobem, než tím, který je určený pro podlimitní řízení.

Nad rámec uvedeného je nicméně vhodné upozornit, že i pokud by zadávací řízení nebylo v daném případě zahájeno, nelze považovat odkaz na typ veřejné zakázky z hlediska užití právní kvalifikace za relevantní. Jak vyplývá z ustanovení § 18 odst. 5 ZVZ, přestože zadavatel není povinen zadávat veřejné zakázky malého rozsahu dle tohoto zákona, i nadále je povinen respektovat ustanovení § 6 ZVZ, tedy zásady transparentnosti, rovného zacházení a nediskriminace. Bez ohledu na zvolenou formu zadávání, je zakázka malého rozsahu stále veřejnou zakázkou ve smyslu ustanovení § 7 odst. 1 ZVZ, a tedy jakékoli zvýhodnění či přednost poskytnutá potencionálním dodavatelům v souvislosti s jejím zadáním, jsou dle přesvědčení autora této práce způsobilé naplnit znaky skutkové podstaty ustanovení § 256 tr. zákoníku. Konečně, přestože s odkazem na předchozí právní úpravu, k obdobným závěrům dospěl v jiné trestní věci rovněž v již jednou citovaném rozhodnutí také Městský soud v Praze.¹⁸⁸

V souvislosti s jednáním obžalovaného v rámci předmětné veřejné zakázky na dodávku sanitního vozu, se nalézací soud, s ohledem na obhajobu obviněného, musel zabývat rovněž otázkou, zda v dané trestní věci byly naplněny také ostatní znaky skutkové podstaty stíhaného trestného činu. Nalézací soud v tomto směru konstatoval, že přestože obžalovaný nepochybně jednal v souvislosti se zadáním veřejné zakázky a rovněž v úmyslu opatřit konkrétnímu dodavateli prospěch v podobě možnosti realizovat předmětnou zakázku, a tedy z ní generovat zisk, znaky skutkové podstaty trestného činu dle § 256 tr. zákoníku v dané trestní věci naplněny nebyly. Dle přesvědčení nalézacího soudu se v řízení nepodařilo prokázat, že by obžalovaný svým jednáním poskytl některému z dodavatelů časovou výhodu, tedy *přednost*, ani to, že by porušení ZVZ, ke kterému v dané trestní věci došlo, bylo možné hodnotit jako *přivození výhodnějších podmínek*. Nalézací soud v tomto poukazuje na skutečnost, že přestože lze uvažovat, že obžalovaný rozhodl o výběru vítězné nabídky předem a hodnotící komise byla ustanovena

¹⁸⁸ Srov. Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 08.12.2008, sp.zn. 40 T 3/2008, publikováno v [Trestněprávní revue č. 5/2012, s. 121 - 124]

pouze pro dodržení předepsané formy zadávacího řízení, z provedeního dokazování vyplývá, že v zadávacím řízení bylo skutečně osloveno vícero dodavatelů s výzvou k podání nabídky. Potřebný počet zájemců tedy byl obžalovaným osloven a z podaných nabídek byla podle stanovených kritérií hodnotící komisí doporučena ta nejvhodnější. Dle přesvědčení nalézacího soudu proto sama skutečnost, že výzva k podání nabídky v zadávacím řízení nebyla vhodným způsobem zveřejněna, neopodstatňuje závěr, že by obžalovaný sjednal konkrétnímu dodavateli *výhodnější podmínky* na úkor jiných soutěžitelů, když v minimální míře předpokládané ZVZ byla soutěž uskutečněna.

Jednání obžalovaného tak bylo nalézacím soudem kvalifikované nikoli jako zločin sjednání výhody při zadání veřejné zakázky, při veřejné soutěži a veřejné dražbě, nýbrž jako přečin přijetí úplatku dle § 331 odst. 1 al. první tr. zákoníku, tedy jako přijetí úplatku v podobě úhrady cesty a pobytu obžalovaného na konferenci v Dubaji, a to v souvislosti s obstaráním věci obecného zájmu.

Nutno však podotknout, že k uvedenému závěru dospěl nalézací soud až v důsledku zrušujícího rozhodnutí soudu odvolacího. V původním rozhodnutí naopak konstatoval, že neregulérním vedením soutěží, při nichž nebyly dodrženy rovné podmínky, a byla omezena možnost účasti dalších soutěžitelů, obviněný vítězným dodavatelům *zjednal výhodnější podmínky* a vyloučením řádné veřejné soutěže vybraným dodavatelům současně *zjednal přednost*¹⁸⁹. S takovým právním názorem se však odvolací soud neztotožnil¹⁹⁰. Odvolací soud naproti tomu přisvědčil námitkám obhajoby, že v daném zadávacím řízení bylo obžalovaným osloveno vícero dodavatelů (konkrétně 2), přičemž nabídka vítězného dodavatele byla nejvýhodnější. Není proto zřejmé, kdo měl být postupem obžalovaného vlastně zvýhodněn, když jediným hodnotícím kritériem předmětné zakázky byla cena, a tu nabídl vítězný uchazeč nejnižší.

S takovým názorem se však dle přesvědčení autora této práce ztotožnit nelze. Jak vyplývá z odborné literatury, stejně jako z logického výkladu příslušného ustanovení, objektem trestného činu sjednání výhody při zadání veřejné zakázky, při veřejné soutěži a veřejné dražbě, resp. trestného činu pletich dle § 128a tr. zákona, je nejenom zájem společnosti na ochraně veřejných prostředků, ale současně zájem společnosti na zachování

¹⁸⁹ Rozsudek Okresního soudu v Hradci Králové ze dne 18.02.2013, sp.zn. 6 T 220/2012

¹⁹⁰ Usnesení Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 18.7.2013, sp.zn. 10 To 164/2013

rovných podmínek a ochraně hospodářské soutěže při zadávání veřejných zakázek.¹⁹¹ Právě tento zájem však byl v dané trestní věci jednáním obviněného zjevně porušen. Obviněný tím, že v rozporu se závaznými pravidly odpovídajícím způsobem neuveřejnil výzvu k podání nabídek, zcela zjevně znemožnil ostatním potencionálním dodavatelům se o probíhajícím zadávacím řízení dozvědět, a tedy se do něj logicky ani nemohli přihlásit. Oslovené společnosti se tak v důsledku jednání obviněného nejenom exkluzivně dozvěděly o probíhajícím zadávacím řízení, ale současně mohly při zpracování svých nabídek počítat s podstatně nižší konkurencí, než by tomu bylo v případě řádného průběhu řízení nezbytné. Obviněný tedy dle přesvědčení autora této práce tím, že o průběhu zadávacího řízení informoval pouze vybrané dodavatele, sjednal těmto dodavatelům výhodnější podmínky. Na tomto závěru výše podaných nabídek oslovených dodavatelů ničeho nemění, neboť sjednání výhodnějších podmínek spočívalo již v tom, že jim jako jediným bylo v rozporu s právními předpisy umožněno se zadávacího řízení účastnit. Nutno podotknout, že ke zcela shodnému závěru dospěl v rámci svého původního rozhodnutí rovněž nalézací soud¹⁹².

Naplnění znaku *zjednání výhodnějších podmínek* ve smyslu ustanovení § 128a odst. 1 tr. zákona bylo klíčovou právní otázkou rovněž v případě vedeném před Obvodním soudem pro Prahu 4¹⁹³. Trestněprávně relevantní jednání obviněného v dané trestní věci mělo spočívat v tom, že jako zástupce zadavatele zaslal před vyhlášením nadlimitní veřejné zakázky zadávací dokumentaci spoluobviněnému zástupci jednoho z dodavatelů a požádal jej o kontrolu této dokumentace, včetně technické dokumentace a následně mu rovněž přednostně sdělil termín, kdy bude tato veřejná zakázka vyhlášena. Nalézací soud shledal na základě výsledků hlavního líčení znak *zjednání výhodnějších podmínek některému soutěžiteli* tímto jednáním za naplněný. V odůvodnění svého rozhodnutí k tomuto s odkazem na nespécifikovanou judikaturu konstatoval, že *zjednáním výhodnějších podmínek* bylo v dané trestní věci již jen samotné přednostní sdělení termínu vyhlášení zakázky, nadto však z provedeného dokazování vyplynulo, že shora uvedené nebylo jedinou komunikací mezi obviněnými, ale spolupráce byla zjevně dlouhodobá.

¹⁹¹ Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2620

¹⁹² Rozsudek Okresního soudu v Hradci Králové ze dne 18.02.2013, sp.zn. 6 T 220/2012

¹⁹³ Rozsudek Obvodního soudu pro Prahu 4 ze dne 30.11.2011, sp.zn. 33 T 101/2010

S tímto závěrem se však neztotožnil soud odvolací a na rozdíl od soudu nalézacího obviněné podané obžaloby zprostil¹⁹⁴. V odůvodnění svého rozhodnutí soud poukázal především na okolnosti předcházející samotné komunikaci mezi obviněnými, kdy konstatoval, že jednotlivé parametry veřejné zakázky, byly v převážné míře neodvislé od vůle obviněných, nýbrž vycházely z vnějších podmínek. Technická kritéria, stejně jako požadavky na jednotlivé certifikáty vycházely výhradně z příslušné evropské legislativy, a krátký termín realizace byl dán rozpočtovými důvody, nikoli obviněnými. Vítězná společnost byla jediná, kdo v dané době předmětem plnění aktuálně disponoval, a tedy důvodem skutečnosti, že se do předmětného zadávacího řízení přihlásila jako jediná, bylo dáno její výrobní připraveností, nikoli jednáním obviněných. Samotná elektronická komunikace mezi obviněnými tak nemohla tuto společnost oproti ostatním soutěžitelům nijak zvýhodnit. V řízení se proto dle názoru odvolacího soudu nepodařilo prokázat, že by obviněný zástupce zadavatele svým jednáním, přestože krajně nevhodným a neprofesionálním, *zjednal některému soutěžiteli výhodnější podmínky*, a to navzdory tomu, že samotná zakázka na základě výsledků provedeného dokazování působí dojmem, že byla tzv. ušita vítěznému dodavateli na míru. Jako *zjednání výhodnějších podmínek* pak odvolací soud na rozdíl od soudu nalézacího nevyhodnotil ani přednostní sdělení termínu vyhlášení zadávacího řízení, neboť se dle přesvědčení soudu odvolacího jednalo „o veřejné tajemství“. Pohnutkou jednání obviněného tak dle přesvědčení odvolacího soudu nebyl úmysl přivodit jinému prospěch či způsobit jinému škodu, nýbrž nedostatek odbornosti obviněného zástupce zadavatele. Rovněž ve vztahu k druhému z obviněných soud konstatoval, že samotné jednání, kdy na výzvu zástupce zadavatele připomínkoval zaslanoú zadávací dokumentaci k připravované veřejné zakázce, nenaplnuje znaky trestného činu dle § 128a tr. zákona.

Danou trestní věcí se pak konečně z podnětu dovolání Nejvyššího státního zástupce zabýval rovněž Nejvyšší soud, který se se závěry odvolacího soudu plně ztotožnil¹⁹⁵. Nad rámec argumentů vyslovených již odvolacím soudem Nejvyšší soud zdůraznil, že obviněný nebyl osobou, která stanovila podmínky předmětné veřejné soutěže, tou bylo Ministerstvo vnitra. Z provedeného dokazování pak ani nevyplývalo, že by obviněný aktivně vykonával činnost k úpravě podmínek zadávacího řízení, nýbrž se omezil pouze na technické zajištění průběhu veřejné zakázky, k čemuž využil konzultace s jedním ze subjektů, který měl

¹⁹⁴ Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 16.05.2012, sp.zn. 9 To 90/2012

¹⁹⁵ Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 24.04.2013, sp.zn. 5 Tdo 1555/2012

v daném oboru významné zkušenosti. Tato konzultace však dle přesvědčení Nejvyššího soudu nijak neovlivnila základní zadání veřejné zakázky ani rovnost všech v úvahu přicházejících soutěžitelů a jako taková není způsobilá být dostatečným důvodem pro založení trestní odpovědnosti obviněných pro trestný čin dle § 128a odst. 1,2 písm. a) tr. zákona.

K dané věci je vhodné doplnit, že se Nejvyšší soud vůbec nezabýval otázkou, zda znak *zjednání přednosti nebo výhodnějších podmínek* naplnilo jednání obviněného spočívající v přednostním vyzrazení termínu zahájení zadávacího řízení. Nutno dodat, bohužel, neboť i tato otázka byla mezi nalézacím soudem a soudem odvolacím, sporná. Nadto takový způsob jednání výslovně zmiňuje jako způsobilý k naplnění znaku *sjednání přednosti* rovněž odborná literatura. Ve světle odůvodnění předmětného rozhodnutí Nejvyššího soudu nicméně je možné dospět k závěru, že ani toto jednání Nejvyšší soud za způsobilé naplnit znaky trestného činu dle § 128a tr. zákona nepovažoval, neboť jak vyplývá z uplatněné argumentace, obvinění nebyli dle přesvědčení Nejvyššího soudu, stejně jako soudu odvolacího, schopni svým jednáním předmětnou zakázku jakkoli ovlivnit.

Přestože bez kompletní znalosti soudního spisu lze správnost předmětných rozhodnutí hodnotit pouze velmi obtížně, je možné dle přesvědčení autora této práce závěry vyslovené Nejvyšším soudem, resp. soudem odvolacím, označit za poměrně diskutabilní.

Jak již bylo uvedeno shora v příslušné kapitole této práce, dle respektované odborné literatury je znak *sjednání přednosti* naplněn tehdy, kdy pachatel v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky poskytne některému z dodavatelů určitý časový předstih.¹⁹⁶ Tedy např. takové informace o připravovaném zadávacím řízení, jejichž dřívější znalost oproti ostatním dodavatelům, může být způsobilá výsledkem zadávacího řízení ovlivnit. V dané trestní věci přitom obviněný poskytl jednomu z dodavatelů nikoliv pouze informace, které by vyplývaly z veřejně známé normy, ale rovněž např. informace o výši požadovaného pojištění, referencích, nutných objemech předchozích zakázek, termínu vyhlášení a realizace dodávek a o technických podrobnostech výrobku a dále soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících

¹⁹⁶ Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 1. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2622

předmět veřejné zakázky nezbytných pro zpracování nabídky ve smyslu § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Tyto informace, které nebyly poskytnuty žádnému z konkurenčních dodavatelů, zcela nepochybně umožňovaly tomuto dodavateli se připravit na zadávací řízení dříve, než kterémukoli jinému subjektu, který se mohl o předmětnou zakázku potencionálně ucházet. To přitom mohlo být významné obzvláště za situace, kdy lhůta pro realizaci této nadlimitní zakázky, stejně jako jednotlivé lhůty zadávacího řízení, byly zadavatelem stanoveny poměrně krátce s tím, že potencionální vítězný dodavatel byl povinen dodat první významnou část plnění již do 4 měsíců od vyhlášení veřejné zakázky.

Dle přesvědčení autora této práce, stejně jako Nejvyššího státního zástupce v podaném dovolání, byly takové informace poskytnuté obviněným způsobily přivodit tomuto konkrétnímu dodavateli přednost, přičemž s tímto následkem musel být obviněný jako dlouholetý zaměstnanec státní správy působící na úseku veřejných zakázek, minimálně srozuměn. Na této skutečnosti přitom nic nemění ani argumentace Nejvyššího soudu, stejně jako soudu odvolacího, že se do řízení nepřihlásil žádný z dodavatelů způsobilý splnit podmínky soutěže, neboť o této skutečnosti obviněný, i dle názoru obou těchto soudů, v době svého jednání jako neodborník nevěděl. Pokud tedy jednáním obviněného v konečném důsledku ke sjednání přednosti resp. výhodnějších podmínek některému z dodavatelů fakticky nedošlo, nemohla jej tato skutečnost dle přesvědčení autora této práce zcela vyvinít a bylo na místě věc jako skutkový omyl pozitivně posoudit dle ustanovení o pokusu trestného činu dle § 128a tr. zákona.

Je však nezbytné opětovně zdůraznit, že uvedené závěry jsou činěny bez znalosti soudního spisu a z odůvodnění předmětných rozhodnutí přirozeně nelze vyčíst veškeré okolnosti daného případu. Charakteristickým prvkem veřejných zakázek je skutečnost, že o podmínkách jejich zadávání často rozhodují osoby, které ačkoliv mají zkušenosti se zadávacím řízením, samotnému předmětu zakázky nerozumí. Typicky se tak děje při poptávce sofistikovaných technologií, např. ve zdravotnictví. Dovození trestní odpovědnosti u takovýchto osob v případech, kdy v rámci plnění svých pracovních úkolů se pouze pokouší konzultacemi s jediným či s jedním z mála výrobců sestavit

zadávací dokumentaci tak, aby po technické stránce odpovídala poptávanému plnění, je jen stěží obhajitelné. Právě k takovému závěru konečně dospěl i Nejvyšší soud ve shora uvedené věci.

Specifickou problematiku z hlediska právní kvalifikace představuje otázka stanovování výše *prospěchu*, k němuž jednání pachatele směřovalo, případně, kterého skutečně dosáhl, resp. *škody*, která měla být jednáním pachatele způsobena. Jak bylo uvedeno výše v příslušné části práce, představuje hodnota získaného *prospěchu* jeden ze znaků kvalifikovaných skutkových podstat jak trestného činu dle § 256, tak § 257 tr. zákoníku. Způsobená *škoda* je pak znakem kvalifikované skutkové podstaty dle § 256 odst. 2 písm. b) tr. zákoníku. Dle relevantní judikatury Nejvyššího soudu je nicméně při určování výše *prospěchu* nutné vycházet z tzv. „čistého *prospěchu*“, který vyjadřuje skutečné obohacení pachatele nebo jiné osoby, ke kterému jednání pachatele směřovalo¹⁹⁷. V praxi však bývá takový požadavek pouze obtížně splnitelný, a to především u specifických zakázek na ne zcela tradiční dodávky či služby, u nichž nelze stanovit obvyklou hodnotu plnění, resp. nelze z konkrétní nabídky učinit jednoznačný závěr, jakého *prospěchu* mohlo být realizací takové zakázky dosaženo. Typicky se jedná o veřejné zakázky na právní služby, kde standardně nebývá hodnotícím kritériem celková cena zakázky, nýbrž pouze hodinová sazba za poskytnuté právní služby a tudíž nelze předem odhadnout, jakého *prospěchu* by vítězný dodavatel mohl za soutěžené období na základě podané nabídky dosáhnout. Obdobné závěry pak platí rovněž pro způsobenou škodu.

S komplikacemi při stanovování výše škody se v rámci svého rozhodnutí musel potýkat na příklad Okresní soud v Ostravě, a to i přesto, že veřejná zakázka, k jejímuž ovlivnění jednání obviněných směřovala, byla zakázkou na zcela běžné stavební práce¹⁹⁸. Ve věci byl zpracován znalecký posudek, z jehož závěru nicméně vyplynulo, že dle propočtu znaleckého ústavu by dodavatel, v jehož prospěch jednali obvinění, ze zakázky nedosáhl žádného zisku, ale naopak by dosáhl z plnění zakázky ztráty. Z výsledku zpracovatele posudku nicméně v řízení vyplynulo, že ceny, s nimiž znalec

¹⁹⁷ Srov. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. 5. 2008, sp. zn. 3 Tdo 496/2008, [publikováno pod R 4/2009 tr.]

¹⁹⁸ Rozsudek Okresního soudu v Ostravě ze dne 17.12.2012, sp.zn. 72 T 7/2011

v rámci zpracování posudku pracoval, nejsou a ani nemohou být ceny platné či běžné, ale jedná se pouze o ceny směrné. Nikde není stanoveno, že by dodavatel musel nutně užívat při realizaci zakázky ceny směrné. Zakázky se pak dle názoru znalce dala realizovat rovněž za ceny až o 10 % nižší. V oboru stavebnictví je běžné, že firmy nabízejí ceny pod hranicí svých režijních nákladů, neboť se o zakázku ucházejí vyloženě jen proto, že je nedostatek práce a takto se jim alespoň peníze protočí přes účet. V řízení pak byl slyšen rovněž zástupce vítězného dodavatele, který k věci uvedl, že jeho společnost byla schopna předmětnou zakázku za nabídnutou cenu realizovat s tím, že očekávali zisk ve výši 5% z nabídnuté ceny zakázky. V rámci stavebního odvětví je v současné době standardní, že se nabídkové ceny pohybují v oblasti 30 % předpokládané hodnoty zakázky, a tomu odpovídala rovněž předložená nabídka.

Na základě takto provedeného dokazování dospěl nalézací soud k závěru, že v řízení nebylo možné stanovit hodnotu způsobené škody zpracovaným znaleckým posudkem, a proto mu nezbylo než stanovit výši škody jako rozdíl mezi částkou finančně nejnižší (tedy nabídkou vítězného dodavatele) a druhou nejlepší nabídkou předloženou v daném zadávacím řízení. S takovýmto postupem při stanovování výše způsobené škody se i přes námitky obviněných ztotožnil také odvolací soud¹⁹⁹.

Rovněž v případě vedeném před Okresním soudem v Hradci Králové nebyla výše prospěchu soutěžitelů určována prostřednictvím znaleckého zkoumání²⁰⁰. Nalézací soud v dané trestní věci opětovně vycházel především z vyjádření jednotlivých společností k tomu, jakého prospěchu skutečně dosáhly. Nutno podotknout, že oproti předchozí trestní věci, v daném případě byla zakázka skutečně realizována, tudíž byla hodnota prospěchu objektivně určitelná z účetnictví příslušných společností. Přesto odvolací soud ve svém zrušujícím rozhodnutí²⁰¹ stanovení výše prospěchu ve formě „generovaného zisku“ zpochybnil, kdy konstatoval, že obě společnosti zadanou zakázku splnily, přičemž jiné okamžité řešení v zájmu zachování akceschopnosti zadavatele nepřicházelo v dané věci v úvahu.

¹⁹⁹ Rozsudek Krajského soudu v Ostravě ze dne 14.08.2013, sp.zn. 4 To 84/2013

²⁰⁰ Rozsudek Okresního soudu v Hradci Králové ze dne 18.02.2013, sp.zn. 6 T 220/2012

²⁰¹ Usnesení Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 18.07.2013, sp.zn. 10 To 164/2013

S takovou úvahou se však dle přesvědčení autora této práce ztotožnit nelze. Otázka, zda zadavatel mohl v daném zadávacím řízení postupovat jinak, resp. zda bylo předmětné plnění vůbec poskytnuto, nepochybně může mít vliv na splnění znaků předmětné skutkové podstaty jako je *sjednání výhody*, či způsobení *škody*. Na hodnotu přivozeného prospěchu však tyto okolnosti žádný vliv nemají. Prospěchem se rozumí hodnota, kterou někdo získal v důsledku protiprávního jednání pachatele. Samotný prospěch přitom nemusí být roven způsobené škodě, ale jedná se o hodnotu, kterou daná osoba získala v důsledku protiprávního jednání pachatele. Může se tak jednat o hodnotu nižší (např. poníženou o náklady účelně vynaložené na realizaci zakázky) nebo i vyšší (v praxi se nejběžněji bude jednat o prospěch hospodářské povahy, hmotný zisk²⁰²). Není zřejmý žádný důvod, proč by takovou hodnotou nemohl být rovněž čistý zisk generovaný z realizace veřejné zakázky a to bez ohledu na to, zda zakázka zadána být musela, či zda byla řádně a včas plněna.

Závěrem této části je z hlediska právní kvalifikace vhodné se krátce zabývat rovněž otázkou naplnění subjektivní stránky. Zejména v případě základní skutkové podstaty trestného činu dle § 256 tr. zákoníku je totiž z analyzovaného vzorku patrné, že právě prokázání tohoto znaku v praxi může působit problémy, a na jeho absenci je ze strany obhajoby často odkazováno. Příkladem lze poukázat na rozhodnutí Nejvyššího soudu, vydané v dosud nepravomocné věci vedené před Krajským soudem v Hradci Králové jako soudem prvoinstančním pod sp.zn. 6 T 8/2012²⁰³. Nalézací soud zde v první stupni uznal skupinu celkem pěti obviněných vinnými mimo jiné pro trestný čin podle § 128a písm. b) tr. zákona, spáchaného ve spolupachatelství dle § 9 odst. 2 tr. zákona, kterého se dopustili ve stručnosti tím, že jako členové hodnotící komise protiprávně vyloučili ze zadávacího řízení nabídku vítězného uchazeče čímž umožnili zvítězit uchazeči na druhém místě, který byl osobně i ekonomicky propojený s předsedou hodnotící komise, jedním z obviněných. Toto rozhodnutí nicméně bylo zrušeno rozhodnutím Vrchního soudu v Praze ze dne 16.07.2013, sp.zn. 12 To 33/2013, kdy odvolací soud opětovně uznal vinným obviněného předsedu hodnotící komise a naopak ostatní obviněné dle § 226 písm. b) tr. řádu zprostil. V odůvodnění zprošťujícího

²⁰² Sorv. Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 1422

²⁰³ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30.07.2014, sp.zn. 5 Tdo 178/2014

rozhodnutí pak soud argumentoval právě tím, že naplnění subjektivní stránky nebylo v případě těchto obviněných prokázáno, neboť nebylo zjištěno, že by tito obvinění věděli o propojení spoluobviněného předsedy hodnotící komise s dodavatel, jehož vítězství v zadávacím řízení svým protiprávním postupem sjednali. S uvedeným závěrem se však Nejvyšší soud neztotožnil. V odůvodnění svého rozhodnutí pak k otázce naplnění subjektivní stránky mimo jiné konstatoval, že *pokud všichni členové hodnotící komise jednomyslným rozhodnutím znemožnili uchazeči s ekonomicky nejvýhodnější nabídkou, který splnil všechny podmínky zadavatele, pokračovat v soutěži o veřejnou zakázku a úmyslně ho tak vyřadili, pak lze z jejich jednání usuzovat nejen na srozumění s tím, že dalším uchazečům, kteří by jinak v soutěži neuspěli, dali přednost na úkor uchazeče neoprávněně vyřazeného, ale logicky i s tím, že pozdějšímu vítězi soutěže opatřili finanční prospěch plynoucí ze získané zakázky. Z pohledu naplnění subjektivní stránky je přitom nerozhodné, co obviněné k takovému kroku motivovalo, či zda si byli vědomi výše finančního prospěchu, který tím zvýhodněnému uchazeči zajistili.* S citovanými závěry Nejvyššího soudu se lze dle přesvědčení autora této práce, bez výhrad ztotožnit.

5. Vybraná specifika dokazování

Kriminalita spojená se zadáváním veřejných zakázek je, oproti jiným druhům trestné činnosti uvedené v hlavě VI. zvláštní části trestního zákoníku, do značné míry specifická. Na jednu stranu nelze popřít její hospodářskou povahu. K jednání pachatelů dochází v rámci hospodářské soutěže, v souvislosti s přerozdělováním významného objemu HDP, a to prostřednictvím administrativně i právně značně komplikovaného systému. Na druhou stranu však jde rovněž o korupční trestnou činnost, která se, obdobně jako tomu je v případě trestných činů úplatkářství dle § 331 až 333 tr. zákoníku, vyznačuje značnou mírou konspirativnosti jednání dotčených subjektů. Typické jsou klientelistické vazby, nepotismus a zneužívání střetu zájmů. Obdobně jako je tomu u jiných hospodářských trestných činů, se pak řada jednání v rámci procesu zadávání veřejných zakázek, pohybuje v určité šedé zóně, kdy přestože se může jednat o jednání v rozporu s pravidly pro zadávání veřejných zakázek, o trestněprávně relevantní jednání se jednat nemusí. To vše klade na orgány činné v trestním řízení při odhalování a objasňování jednotlivých trestných činů po materiální i personální stránce značné nároky, které tuto formu kriminality od jiných druhů trestné činnosti do značné míry odlišují²⁰⁴. S ohledem na zvolené zaměření této práce je tak na místě se právě těmito specifiky, které jsou typické pro prokazování této formy trestné činnosti, alespoň krátce zabývat.

5.1 Sledování osob a věci; odposlech

Jak již bylo uvedeno výše, neopominutelnou součástí trestné činnosti páchané při zadávání veřejných zakázek je její korupční povaha a s ní související konspirativnost jednání jejích pachatelů. Trestná činnost je tudíž páchána v rámci omezeného okruhu subjektů, které se na ní do větší či menší míry osobně podílejí a tudíž logicky nemají žádný zájem na jejím odhalení. Jedním z nejvýznamnějších prostředků jak do těchto uzavřených skupin pachatelů proniknout, jsou tak přirozeně rovněž skryté, utajené operativní postupy orgánů činných v trestním řízení, tedy především sledování osob a věci dle § 158d tr. řádu, resp. odposlechy dle § 88 tr. řádu. Úkolem této kapitoly

²⁰⁴ Mazánek, J. Specifika dokazování hospodářské kriminality. Trestní právo č. 2/2008, s. 5 - 12

nicméně není a nebude rozbor platné právní úpravy těchto procesních institutů. Této problematice je již věnováno značné množství odborné literatury a pro potřeby této práce by bylo takové pojednání nadbytečné. Stojí nicméně za pozornost se krátce podívat na význam těchto institutů konkrétně při objasňování trestné činnosti spojené se zadáváním veřejných zakázek, resp. na způsob, jakým jsou tyto prostředky orgány činnými v trestním řízení využívány.

Přesto co bylo uvedené výše, je totiž z poznatků orgánů činných v trestním řízení zřejmé, že ačkoliv důkazy získané prostřednictvím telefonních či prostorových odposlechů jsou často nedocentitelné, množství případů, kdy se těmito prostředky podaří zachytit usvědčující informace, neustále klesá²⁰⁵. To přitom platí především pro odposlechy dle § 88 tr. řádu, kdy s ohledem na vzrůstající povědomí veřejnosti, a tudíž i pachatelů, o možnostech policie, jsou případy, kdy by pachatelé sdělovali rozhodné skutečnosti přímo do telefonu, již spíše výjimečné. Opatřené záznamy tak bývají častěji především podpůrným, nepřímým důkazem, který má do značné míry povahu operativního poznatku, nastiňujícího orgánům činným v trestním řízení směr, jakým další prověřování či vyšetřování dále zaměřit.

O tom konečně svědčí rovněž poskytnutá rozhodnutí obecných soudů, kdy v rámci analyzovaného vzorku byly pouze ve dvou věcech telefonní odposlechy rozhodným důkazem obžaloby svědčícím přímo o vině obžalovaných.

Příkladem lze poukázat na věc vedenou před Okresním soudem v Ostravě²⁰⁶. Po skutkové stránce je v daném případě pozoruhodné, že se orgánům činným v trestním řízení podařilo prostřednictvím pořízených odposlechů zaznamenat takřka kompletní dohodu pachatelů. Ti tak v rámci telefonických hovorů řešili například rozložení jednotlivých hodnotících kritérií, obsah konkurenčních nabídek i podrobnosti postupu spočívajícího v záměně již odevzdané nabídky. Nutno však podotknout, že takovýto nedostatek obezřetnosti při užívání telekomunikačních prostředků, je v současné době u pachatelů obecně spíše ojedinělý. Po právní stránce je pak daná věc zajímavá také tím,

²⁰⁵ Srov. Zpráva o činnosti státního zastupitelství za rok 2012, s. 20, dostupné na <http://www.nsz.cz/index.php/cs/udaje-o-cinnosti-a-statisticke-udaje/zprava-o-innosti>

²⁰⁶ Rozsudek Okresního soudu v Ostravě ze dne 17.12.2012, sp.zn. 72 T 7/2011

že odposlechy, které měly tak zásadní význam pro výrok o vině obviněných, byly původně nařízeny v jiné trestní věci, resp. pro skutek, který byl následně vyloučen k samostatnému projednávání a poté odložen dle § 158a odst. 1 tr. řádu. Nalézací soud se proto musel podrobně zabývat otázkou přípustnosti těchto odposlechů, a to zejména s ohledem na ustanovení § 88 odst. 6 tr. řádu. K tomu nalézací soud konstatoval, že v původním řízení byl odposlech nařízen v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 tr. řádu, přičemž v předmětné trestní věci je vedeno trestní stíhání pro trestné činy na něž zákon nasazení odposlechů umožňuje. Argumentaci obhajoby, poukazující na tehdejší znění trestního řádu, dle kterého mělo údajně vyplývat, že i v původní věci bylo nutné vést trestní stíhání, nalézací soud nepřijal. Odkázal přitom na důvodovou zprávu k novele trestního řádu, zákonu č. 335/2011 jímž byla z původního znění ustanovení § 88 odst. 6 tr. řádu, dle kterého bylo možné užít odposlech v jiné trestní věci tehdy, pokud „*je i v této věci vedeno trestní stíhání pro trestný čin uvedený v odstavci 1*“, spojka „*i*“ vypuštěna. Příčinou této změny pak bylo dle důvodové zprávy právě to, že „*stávající dikce navozovala nesprávný dojem, jako by v jiném trestním řízení bylo možné použít odposlechy jako důkaz pouze v případě, že byly v původním trestním řízení získány až po zahájení trestního stíhání, což zcela odporuje smyslu a účelu daného ustanovení*“. Z uvedených důvodů proto nalézací soud pořízené odposlechy připustil, s čímž se konečně Krajský soud v Ostravě jako soud odvolací plně ztotožnil²⁰⁷.

Naproti tomu v trestní věci vedené před Okresním soudem v Pardubicích nalézací soud odposlechy, přestože svědčící přímo o vině obviněných, jako důkaz v řízení nepřipustil²⁰⁸. V daném případě bylo trestní řízení vedeno proti celkem osmi obžalovaným pro jednání spočívající v manipulování s veřejnými zakázkami města a v úplatkářství s tím, že podplácenými byly osoby rozhodující o veřejných zakázkách.

V odůvodnění svého závěru o nepřípustnosti důkazu provedenými odposlechy nalézací soud odkázal na rozhodnutí Ústavního soudu²⁰⁹ a konstatoval, že, aby byl odposlech procesně použitelný jako zákonný důkaz, musí příkaz k jeho provedení splňovat tři kritéria. Musí být vydán ve vztahu ke konkrétní osobě, musí alespoň

²⁰⁷ Rozsudek Krajského soudu v Ostravě ze dne 14.08.2013, sp.zn. 4 To 84/2013

²⁰⁸ Rozsudek Okresního soudu v Pardubicích ze dne 14.04.2010, sp. zn. 22T 153/2008

²⁰⁹ Nález Ústavního soudu ze dne 23. 5. 2007, sp.zn. II. ÚS 615/2006

v minimální míře uvést, jaké skutečnosti mají být provedením odposlechu zjištěny a na základě čeho tak policejní orgán usuzuje. Poslední podmínkou je v případě, že je trestní řízení vedeno na základě důvodného podezření, nezbytnost uvedení indicií, které k tomu policejní orgán vedly. Je třeba také zdůraznit, že výše uvedené náležitosti nemusí splňovat pouze samotný příkaz, ale už samotný návrh státního zástupce či policejního orgánu.

Dle přesvědčení nalézacího soudu pak v dané trestní věci nebyly uvedené podmínky splněny vůbec, kdy vydané příkazy byly odůvodněny pouze obecnými frázemi typu: „*zjištěné skutečnosti nasvědčují tomu*“ a „*lze důvodně předpokládat, že budou sdělovány významné skutečnosti pro trestní řízení*“. Důsledkem tohoto procesního pochybení pak bylo úplné zproštění všech obviněných, a tedy zmaření účelu trestního řízení v případě, kde jednání pachatelů směřovalo k zmanipulování veřejných zakázek v řádech desítek milionů korun.

K uvedenému případu je nicméně nutné zdůraznit, že se jedná o relativně starší rozhodnutí, zabývající se jednáním obviněných v průběhu roku 2005. Příkazy k provedení odposlechů, stejně jako návrhy k jejich vydání, tak byly příslušnými orgány vydány dříve, než Ústavní soud náležitosti takových podání kategoricky vymezil. V současnosti proto tak zásadní pochybení při aplikaci těchto procesních ustanovení očekávat nelze a výsledky z praxe je ani nepotvrzují²¹⁰.

Co se týká sledování osob a věcí, stojí za pozornost, že důkazně významné využití tohoto procesního institutu nebylo v rámci analyzovaného vzorku zaznamenáno ani v jediném případě, a to i přesto, že právě utajené sledování je v případě úplatkářských trestných činů jedním z nejvýznamnějších prostředků jejich odhalování a objasňování²¹¹. Při pátrání po příčinách tohoto stavu nelze než narazit na limity, které tyto důkazní prostředky při odhalování trestné činnosti v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek mají.

²¹⁰ Srov. přim. Analýza soudních rozhodnutí vydaných v letech 2010 až 2012 ve věcech úplatkářských trestných činů, s. 170, dostupné na <http://www.transparency.cz/analyza-soudnich-rozhodnuti-vydanych-letech-2010-2012-vecech/>

²¹¹ tamtéž

Jak již bylo uvedeno výše v příslušné části této práce, k převážné většině kriminálně relevantního jednání dochází v tzv. předzadávacím stadiu procesu zadávání veřejné zakázky, příp. ve stadiu zahájení zadávacího řízení, tedy ve fázi, kdy veřejná zakázka ještě vůbec není uveřejněna, či krátce po jejím uveřejnění, současně s přijímáním nabídek dodavatelů. Jak odposlechy telekomunikačního provozu, tak sledování osob a věcí jsou přitom tzv. proaktivní způsoby dokazování a mají-li takové prostředky přinést přímé trestněprávně relevantní poznatky, musí být nasazeny nejpozději současně s kriminálním jednáním, které mají zaznamenat. To nicméně v případě veřejných zakázek předpokládá, že by podezřelé zakázky musely být ze strany orgánů činných v trestním řízení aktivně vytipovávány již v době předcházející uveřejnění záměru, či nejpozději v době bezprostředně následující po jejich vyhlášení. K takto systematickému vyhledávání potencionálně rizikových veřejných zakázek v nepřeborném množství byť zahájených zadávacích řízení, nicméně ze strany orgánů činných v trestním řízení nedochází a za stávajícího stavu ani efektivně docházet nemůže. A to navzdory tomu, že zejména pro ty nejzávažnější případy je v rámci útvarů policie zavedena specializace a v rámci celé České republiky vykonává prověřování i vyšetřování Útvar odhalování korupce a finanční kriminality (dle vyhodnocení činnosti ÚOKFK za rok 2014 nicméně představoval trestný čin sjednání výhody při zadání veřejné zakázky, při veřejné soutěži a veřejné dražbě dle § 256 tr. zákoníku pouze 5 % veškerého nápadu útvaru²¹²) a v rámci soustavy státního zastupitelství je dozor svěřen Vrchním státním zastupitelstvím. Ani posílení specializace orgánů činných v trestním řízení, např. o specializované státní zastupitelství jak předpokládá návrh nového zákona o státním zastupitelství, tak zřejmě k častějšímu nasazování odposlechů a sledování, potažmo k vyššímu množství odhalených trestných činů, samo o sobě nepovede.

K zlepšení stávajícího stavu pak dle autora této práce s ohledem na množství každoročně zadávaných veřejných zakázek nepostačuje ani personální navýšení stavů příslušných útvarů. Jako vhodný prostředek k posílení vyhledávací činnosti policie však lze navrhnout vytvoření automatizovaného varovného systému, který by na základě veřejně dostupných údajů na podezřelé zakázky příslušné orgány sám a s předstihem

²¹² Vyhodnocení činnosti ÚOKFK za rok 2014, citováno dne 10.06.2015. dostupné na <http://www.policie.cz/clanek/vyhodnoceni-cinnosti-uokfk-2014.aspx>

upozorňoval. Pro inspiraci jak by takový systém mohl vypadat a fungovat, lze poukázat na systém ARACHNE užívaný v rámci Evropského úřadu pro boj proti podvodům, OLAF. Základním úkolem úřadu OLAF je vyšetřování podvodné činnosti dotýkající se rozpočtu EU, jakož i případů korupce v orgánech EU a závažných pochybení ze strany jejich pracovníků. Za tímto účelem OLAF mimo jiné v rámci forenzního oddělení využívá vyšetřovací prostředky a softwarové nástroje, jejichž účelem je identifikace a shromáždění dat, které mohou sloužit pro následné správní či trestní řízení²¹³. Právě mezi tyto nástroje se pak řadí, v souladu se Strategií Evropské komise proti podvodům ze dne 24.06.2011, rovněž systém ARACHNE, vybudovaný jako nadstavba již dříve existujícího systému včasného varování Evropské komise²¹⁴. Účelem tohoto systému je detekce podvodů v rámci strukturálních fondů EU, a to výhradně prostřednictvím předem stanoveného okruhu indikátorů rizika, na základě kterých systém z veřejně dostupných informačních zdrojů identifikuje potenciale nejproblematictější projekty. Nutné zdůraznit, že takto stanovené „skóre rizika“ nemá za následek žádný automatický postih vůči příjemcům dotací ani jejich administrátorům, pouze příslušné orgány upozorňuje, že právě tyto projekty je nezbytné podrobit zvýšené kontrole²¹⁵.

Samozřejmě, algoritmus, na základě kterého systém ARACHNE vypočítává skóre rizika, je velmi složitý a do značné míry neveřejný. Určitý náhled do toho, jak daný systém funguje, může poskytnout např. manuál uveřejněný na webových stránkách strukturálních fondů České republiky²¹⁶. V případě zadávání veřejných zakázek tak systém užívá jako jednotlivá kritéria podílející na určení skóre rizika:

1. dobu mezi uveřejněním a zadáním veřejné zakázky

²¹³ OLAF Digital Forensic Operations, Information Leaflet, citováno dne 22.06.2015, dostupné na: http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/forensics/digital_forensic_operations_info_leaflet_en.pdf

²¹⁴ Communication from the commission to the european parliament, the council, the european economic and social committee, and the committee of the regions and the court of auditors on the commission anti-fraud strategy, citováno dne 22.06.2015, dostupné na: http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/preventing-fraud-documents/ec_antifraud_strategy_en.pdf

²¹⁵ Opinion on a notification for Prior Checking received from the Data Protection Officer of the European Commission regarding the "Risk analysis for fraud prevention and detection in the management of ESF and ERDF" – ARACHNE, citováno dne 22.06.2015, dostupné na: https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Supervision/Priorchecks/Opinions/2014/14-02-17_ARACHNE_EN.pdf

²¹⁶ ARACHNE User Manual, citováno dne 10.06.2015, dostupné na [http://www.strukturalni-fondy.cz/getmedia/4c8c06e9-53e5-47c0-b18d-2c41c682e42f/Arachne-User-Manual-\(EN\).pdf](http://www.strukturalni-fondy.cz/getmedia/4c8c06e9-53e5-47c0-b18d-2c41c682e42f/Arachne-User-Manual-(EN).pdf)

2. množství přijatých a vyloučených nabídek
3. množství nabídek, které postoupili k hodnocení
4. množství zakázek zadaných v jednacím řízení s uveřejněním či bez uveřejnění
5. množství uzavřených dodatků
6. předchozí pochybení zadavatele²¹⁷

Vytvoření obdobného systému v případě veřejných zakázek si lze rovněž velmi dobře představit. Minimálně u veřejných zakázek uveřejňovaných ve Věstníku, jsou takřka všechny zásadní informace dostupné již z veřejných zdrojů, a tedy nic v zásadě nebrání tomu, aby byly na základě předem stanoveného algoritmu systematicky analyzovány. Samozřejmě je otázkou, jaké konkrétní indikátory by měly být takovým systémem vyhledávány. Částečně lze v tomto směru poukázat na příslušnou část této práce, kde byly některé z nich nastíněny²¹⁸. Dalšími informacemi by pak mohly být rovněž údaje o dodavatelích, z nichž by bylo možno získat poznatky o možném provázání na některou z osob činných u zadavatele, případně na jiné dodavatele či o tom, že majetková struktura dodavatele je nedohledatelná. Konkrétní vymezení algoritmu, na základě kterého by takovýto systém mohl fungovat, by bylo nepochybně nutné zkonzultovat rovněž se softwarovými odborníky a zjevně by nezbylo než rozšířit také množství údajů, které jsou dodavateli uveřejňovány. V každém případě by však byla existence takového systému pro práci orgánů činných v trestním řízení, nepochybně prospěšná, neboť by jim umožnil nejenom zaměřit svou činnost na skutečně rizikové zakázky, ale v případech kdy indikované riziko povede k poznatkům o podezření ze spáchání trestného činu, včas nasadit odposlechy resp. sledování a tím posílit efektivnost a účelnost těchto procesních nástrojů.

5.2 Znalecké posudky

Význam znaleckého zkoumání, je obecně v případě odhalování a vyšetřování hospodářské kriminality nezastupitelný. V trestně procesní činnosti je nutno zvládat

²¹⁷ ARACHNE User Manual, s. 116 a násl., citováno dne 10.06.2015, dostupné na [http://www.strukturalni-fondy.cz/getmedia/4c8c06e9-53e5-47c0-b18d-2c41c682e42f/Arachne-User-Manual-\(EN\).pdf](http://www.strukturalni-fondy.cz/getmedia/4c8c06e9-53e5-47c0-b18d-2c41c682e42f/Arachne-User-Manual-(EN).pdf)

²¹⁸ Viz. kapitola 3.2

vysoce odborné otázky, při nichž je třeba využívat odborných znalostí, kterými zpravidla orgán činný v trestním řízení nedisponuje a k jejichž objasnění mu nezbývá než přibrat znalce²¹⁹. Tato skutečnost pak platí v případě veřejných zakázek obzvláště.

Z hlediska zaměření je možné se u tohoto druhu kriminality setkat s celou škálou různých oborů. Příkladem lze uvést znalecké posudky z oboru kybernetiky²²⁰, či písmoznalectví, jejichž předmětem je zkoumání zajištěných věcných a listinných důkazů z hlediska identifikace osoby, která je vytvořila či pozměnila. Pro potřeby stanovení právní kvalifikace jsou nicméně v případě tohoto druhu trestné činnosti nejvýznamnější znalecké posudky z oboru ekonomiky, odvětví ceny a odhady, jejichž úkolem je stanovování výše škody, resp. prospěchu, který si pachatelé svým jednáním opatřili. Problémy, které to v praxi přináší, byly částečně nastíněny výše v příslušných kapitolách této práce a lze na ně na tomto místě v zásadě odkázat²²¹.

V této souvislosti je nicméně vhodné se nad rámec již uvedeného krátce pozastavit nad problematikou stanovení ceny obvyklé. Jak již bylo poznamenáno výše, je způsobení škody znakem kvalifikovaných skutkových podstat jak trestného činu sjednání výhody při zadání veřejné zakázky dle § 256 tr. zákoníku, tak trestného činu pletich při zadání veřejné zakázky dle § 257 tr. zákoníku. Zejména v případech, kdy byla zakázka protiprávně uzavřena na základě nabídky jediného dodavatele, nemůže být způsobenou škodou hodnota celé uzavřené zakázky, nýbrž bude nezbytné stanovit cenu poskytnutého plnění v čase a místě obvyklou a z té následně vycházet pro potřeby určení výše škody²²². Jinými slovy, výše škody způsobené zadavateli bude v takových případech rovna rozdílu mezi skutečnou cenou zakázky a cenou, které mohl zadavatel dosáhnout v případě, pokud by se zakázkou nebylo protiprávně manipulováno. Zcela zásadní význam pak má stanovení ceny obvyklé také v případech tzv. předražených zakázek, kdy bude dovozována trestní odpovědnost rozhodujících osob pro trestné činy dle § 220, resp. § 221 tr. zákoníku.

²¹⁹ Mazánek, J. Specifika dokazování hospodářské kriminality. Trestní právo č. 2/2008, s. 5 - 12

²²⁰ Např. Rozsudek Okresního soudu v Hradci Králové ze dne 10.02.2014, sp.zn. 6 T 220/2012

²²¹ Viz např. kapitola 4.2

²²² Srov. přim. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne resp. 25.05.2009, sp.zn. 6 Tdo 545/2009 [publikováno Výběr NS 7445/2009]

Trestní zákoník sám pojem *cena obvyklá* nevymezuje. Jediným předpisem, který jej definuje je tak zák. č. 151/1997 Sb. o oceňování majetku, který dle § 2 zákona cenou obvyklou rozumí cenu, *kteřá by byla dosažena při prodeji stejného, popřípadě obdobného majetku nebo při poskytování stejné nebo obdobné služby v obvyklém obchodním styku v tuzemsku ke dni ocenění. Přitom se zvažují všechny okolnosti, které mají na cenu vliv, avšak do její výše se nepromítají vlivy mimořádných okolností trhu, osobních poměrů prodávajícího nebo kupujícího ani vliv zvláštní obliby. ... Obvyklá cena vyjadřuje hodnotu věci a určí se porovnáním.*

Cena obvyklá se tak pro účely trestního řízení stanovuje, za podpůrného užití § 2 zák. o oceňování majetku, především porovnáním na trhu běžně dostupných cen, a to zpravidla prostřednictvím vypracovaného znaleckého posudku za využití odborných znalostí. To se však může v praxi projevit jako poněkud komplikovanější. Základní podmínkou pro porovnání cen, a tedy pro určení ceny obvyklé, je to, zda je zboží na trhu vůbec obchodováno a tedy zda jsou k dispozici ceny, s nimiž je možné cenu poskytnutého plnění porovnávat. Tak tomu přitom v případě řady veřejných zakázek často nebývá, kdy předmět plnění je natolik specifický, že u něj nelze porovnání cen se zakázkami o zcela shodném plnění vůbec provést. Typicky se bude jednat o zakázky na různé unikátní služby, či software. V některých případech je však plnění za specifické pouze vydáváno, třeba za účelem protiprávního využití určitého typu zadávacího řízení. K oběma těmto případům je však nutné poznamenat, že ani specifická předmětu plnění, vypracování znaleckého posudku k stanovení ceny obvyklé zpravidla nebrání. Oceňovaný majetek totiž nemusí být zcela shodný s tím, s jehož cenou je porovnáván, ale je na znalci, aby pro porovnání vybral majetek vhodný, který má dostatek shodných parametrů, aby posuzované plnění bylo srovnatelné. Předmět plnění je pak za těchto podmínek srovnatelný tehdy, pokud je dostupný na stejném trhu, slouží k srovnatelnému účelu, pokrývá podobné potřeby, je obdobné kvalitativní úrovně a obdobného množství²²³.

Jak je tedy ze shora uvedeného patrné, stanovení ceny obvyklé pro potřeby určení výše způsobené škody do značné míry závisí na odborném odhadu znalce, který

²²³ Hálek, V. Cena obvyklá po 1. lednu 2014. Trestněprávní revue, č. 04/2015, s. 90 – 97.

se nicméně může mezi jednotlivými znalci do menší či větší míry lišit. Logickým důsledkem této skutečnosti, který je pro případy trestního řízení vedeného v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek zcela typický, je větší množství znaleckých posudků, které jsou v rámci důkazního řízení ve shodné trestní věci prováděny. Správnost závěrů znaleckých posudků předkládaných obžalobou bývá nejenom ze strany obhajoby zpochybňována, ale současně jsou obhajobou nezdědky předkládány znalecké posudky vlastní a nebývá výjimkou, když vlastní znalecký posudek předloží rovněž poškozený.

Na tomto místě je nutné zdůraznit, že provedení takovýchto důkazů v zásadě nic nebrání. Ustanovení § 110a tr. řádu, doplněné do trestního řádu novelou č. 265/2001 Sb., výslovně ukládá orgánům činným v trestním řízení povinnost provést znalecký posudek předložený procesní stranou shodně, jako by si jej vyžádaly sami. To nicméně za podmínky, že posudek splňuje všechny zákonem požadované náležitosti a znalec byl o důsledcích nepravdivého znaleckého posudku dle § 106 tr. řádu poučen a znalecký posudek je v tomto směru opatřen odpovídající doložkou. Je pak na soudu, kterému ze znaleckých posudků uvěří, případně zda provedení předloženého znaleckého posudku pro nadbytečnost odmítne. Nadbytečnost provedení takového důkazu však nemůže záležet jen ve skutečnosti, že ve věci byl již znalecký posudek orgány činnými v trestním řízení opatřen (srov. R 3/1996)²²⁴.

V praxi se tak může stávat, že mezi zpracovanými znaleckými posudky předloženými obžalobou a obhajobou, případně poškozeným, mohou být i zcela zásadní rozpory. Pokud takovéto rozpory budou patrné již v přípravném řízení, nabízí se z procesního hlediska otázka, zda je nezbytné všechny znalce ještě před podáním obžaloby vyslechnout. Dle ustanovení § 108 odst. 2 tr. řádu, pokud se různí závěry přibráných znalců, je třeba vyslechnout každého zvlášť, přičemž dle odst. 3 citovaného ustanovení, lze v přípravném řízení od takového výsledku upustit tehdy, pokud policejní orgán ani státní zástupce nemají o spolehlivosti a úplnosti písemně podaného znaleckého posudku pochybnosti. V odborné literatuře je možné se setkat zejména ze strany obhájců s názorem, že již samotná existence posudků obsahujících odlišné názory znalců vylučuje, aby orgán činný v přípravném řízení odkazem na

²²⁴ Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 1612

ustanovení § 108 odst. 3 tr. řádu od výsledku znalce upustil a odůvodnil to subjektivně formulovaným přesvědčením, že policejní orgán ani státní zástupce nemají o spolehlivosti a úplnosti písemně podaného znaleckého posudku znalce přibráného orgánem činným v trestním řízení pochybnosti, neboť tyto pochybnosti vzniknou objektivně již v okamžiku, kdy obhajoba předloží druhý či další znalecký posudek, jehož závěry jsou odlišné²²⁵.

S takovým závěrem se však dle přesvědčení autora této práce nelze ztotožnit. Jak vyplývá z gramatického i logického výkladu ustanovení § 108 odst. 3 tr. řádu, zákon neváže možnost policejního orgánu, resp. státního zástupce nevyslechnout v přípravném řízení znalce na existenci pochybností o správnosti zpracovaných posudků, ale pouze na pochybnosti o spolehlivosti, resp. úplnosti jejich písemného vyhotovení. Skutečnost, že spolu znalci ve shodné věci odborně nesouhlasili, takové pochybnosti sama o sobě nezakládá. Pokud byli znalci řádně poučeni, jsou zapsáni v seznamu znalců a nejsou známy žádné skutečnosti, které by zakládaly podezření např. pro podjatost některého ze znalců, není důvod pochybovat o spolehlivosti podaného znaleckého posudku. Stejně tak pokud je podaný posudek ve svém obsahu i závěrech logický a vnitřně nerozporný, není ani důvod pochybovat o jeho úplnosti. Pokud tedy jsou uvedené podmínky splněny, není důvod znalce v přípravném řízení vyslýchat, a to už jenom proto, že takový postup by byl z procesního hlediska rovněž nevhodný, neboť znalci by následně museli být opět vyslechnuti v hlavním líčení a je to pouze soud, kdo je oprávněn hodnotit jednotlivých posudků hodnotit. Konečně uvedené závěry potvrzují rovněž poznatky z praxe, kdy k provádění výsledku znalce již v přípravném řízení je přistupováno pouze zcela ojediněle²²⁶.

Nutno zdůraznit, že existence rozporů mezi podanými znaleckými posudky, které jsou rozhodné pro výrok o vině (např. v případě trestných činů dle § 220 a 221 tr. zákoníku, kde je škoda znakem skutkové podstaty), sama o sobě nemůže být důvodem ani pro zprošťující rozhodnutí, resp. pro postup *in dubio pro reo*. Soud je v takovém

²²⁵ Vantuch, P. K znaleckým posudkům vyžádaným obhajobou po novele trestního řádu. Bulletin advokacie, č. 4/2002, s. 32

²²⁶ Vantuch, P. Může být znalec, který vypracoval posudek pro stranu obhajoby, vyslechnut soudem jako svědek?, Bulletin advokacie č. 6/2012, s. 17

případě povinen znalece, kteří zpracovali předmětné posudky, v hlavním líčení, případně ve veřejném zasedání řádně vyslechnout a jejich výpovědi vyhodnotit²²⁷. Pokud se ani na základě takového postupu soud nebude schopen k žádnému ze zpracovaných znaleckých posudků bez důvodných pochybností přiklonit, nezbude mu než postupem dle § 110 tr. řádu přibrat ke zpracování revizního znaleckého posudku znalecký ústav. Takto však soud může postupovat právě až tehdy, kdy vyčerpal postup podle § 109 tr. řádu, tj. teprve tehdy, jestliže nejasnosti nebo neúplnosti posudku nebyly odstraněny ani osobním výslechem znalce a vysvětlením, které od něho bylo vyžádáno²²⁸. K provádění znaleckého posudku vypracovaného znaleckým ústavem pak stojí z procesního hlediska za doplnění, že na rozdíl od znaleckého posudku vyhotoveného znalcem, není zapotřebí k přečtení jeho písemného vyhotovení souhlasu státního zástupce a obžalovaného ve smyslu ustanovení § 211 odst. 5 tr. řádu. To však nic nemění na tom, že pokud má takový posudek zásadní význam pro správné zjištění skutkového stavu věci nebo pokud jsou mezi ním a jiným znaleckým posudkem zásadní rozpory, je třeba osobu, která posudek vypracovala, v hlavním líčení vyslechnout jako znalce²²⁹.

Specifická situace pak může nastat v případech, kdy byl znalecký posudek obhajobou předložen dříve, než jeho zpracování zadaly orgány činné v trestním řízení. Tak tomu bude např. tehdy, pokud je obhajobou usilováno o aplikaci některého z odklonů trestního řízení. V takových případech má autor této práce za to, že pokud předložený posudek splňuje všechny náležitosti vymezené v § 110a tr. řádu, orgány činné v trestním řízení jsou povinny k němu přistupovat shodně, jako by si jej vyžádaly samy. Tedy jinými slovy pouze skutečnost, že znalecký posudek byl předložen jednou ze stran a nikoli vypracován na základě vyžádání orgánů činných v trestním řízení, sama o sobě nemůže být důvodem pro sníženou hodnověrnost takového posudku a orgány činné v trestním řízení nejsou v takovém případě bez dalšího povinny a s ohledem na zásadu hospodárnosti ani oprávněny, zadávat si vypracování znaleckého posudku vlastního. To však samo o sobě neznamená, že by předložení znaleckého posudku jednou ze stran zbavovalo orgány činné v trestním řízení povinnosti postupovat

²²⁷ Srov. přím. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 20.02.2003, sp.zn. 4 Tz 80/2002, [publikováno T 566]

²²⁸ Šámal, P. a kol. Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 1607

²²⁹ Srov. usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 08.03.2012, sp.zn. 2 To 15/2012, publikováno v [Trestněprávní revue č. 6/2012, s. 150 - 151]

dle § 2 odst. 5 tr. řádu. I takový posudek musí přezkoumat z hlediska jeho správnosti a v případě pochybností postupovat v souladu s ustanovením § 109 a 110 tr. řádu. Vyžádání vlastního znaleckého posudku tak bude přicházet v úvahu zejména v případech, kdy závěry posudku předloženého některou ze stran, budou v rozporu s ostatními shromážděnými důkazy.

5.3 Právní stanoviska, audity a role advokátů

Existence různých právních stanovisek či auditů, které zpochybňují protiprávnost jednání obviněných a na jejichž obsah je v rámci obhajoby poukazováno, je další z typických okolností provázející trestnou činnost spojenou se zadáváním veřejných zakázek. Je nutné zdůraznit, že o zadání veřejných zakázek velmi často rozhodují osoby nejen bez právního vzdělání, ale např. v případě územně samosprávných celků, dokonce bez jakéhokoli vyššího vzdělání. Je potom zcela logické, že právě tyto osoby v rámci obhajoby argumentují, že o protiprávnosti svého jednání nevěděly, neboť jednaly za ujištění právníka, že se ničeho trestného nedopouští.

Tento druh obhajoby byl obžalovaným uplatněn např. v již shora popsané trestní věci vedené před Okresním soudem v Hradci Králové²³⁰. Obžalovaný se v dané trestní věci hájil mimo jiné tím, že postup uzavření rámcové smlouvy na nákup zdravotnického materiálu konzultoval s právníkem, advokátem, který jej označil za legální. A to i přesto, že výzva k účasti nebyla řádně uveřejněna a přestože byl v rozporu s ustanovením § 38 odst. 3 ZVZ vyzván stejný okruh dodavatelů oslovených již v předchozím zadávacím řízení. Soud však takovouto obhajobu nepřijal, kdy argumentoval, že pouhá konzultace s právníkem nemůže obviněného zbavovat trestní odpovědnosti, neboť jednal v postavení statutárního orgánu, přičemž pro postup při uzavírání rámcové smlouvy jsou zákonem stanovena jasná pravidla. Obžalovaný pak potvrdil rovněž to, že mu byly známy také vnitřní předpisy zadavatele, které postup pro zadávání veřejných zakázek formou rámcové smlouvy podrobně upravovaly. Pokud tedy obžalovaný tento postup nerespektoval, musel jednat minimálně v nepřímém úmyslu. K uvedenému je vhodné ještě doplnit, že advokát, který byl v rámci dalšího řízení vyslechnut, žádnou konzultaci s obžalovaným nepotvrdil.

²³⁰ Rozsudek Okresního soudu v Hradci Králové ze dne 18.02.2013, sp.zn. 6 T 220/2012

Přestože se autor práce se shora uvedenými právními názory nalézacího soudu v dané věci plně ztotožňuje, je na tomto místě nutné zdůraznit, že je nelze aplikovat paušálně. Rovněž Nejvyšší soud v jednom ze svých rozhodnutí upozornil, že pokud se laické osoby spolehnou na informace advokáta, jako osoby práva znalé, aniž by měly nějaké věrohodné signály, z nichž by mohly rozpoznat nesprávnost takových informací, nelze u nich zpravidla dovést úmyslné zavinění v právním smyslu²³¹. Na druhou stranu pokud pro naplnění intelektuální složky zavinění není třeba žádných odborných právních znalostí, které by měly být právníkem zprostředkovány, ale postačuje znalost zcela obecných, pro běžného občana srozumitelných informací, na jejichž základě nečinilo žádných obtíží usoudit na protiprávnost činu, nemůže argumentace, že pachatel jednal v souladu s názorem advokáta, vyloučit jeho úmyslné zavinění²³².

Z uvedeného je zřejmé, že otázku zavinění pachatele, případně jeho omylu, je nutné zkoumat vždy přísně individuálně s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu. Přitom je však nutné mít na paměti, že ustanovení trestného činu dle § 256 a 257 tr. zákoníku nemá blanketní ani odkazovací dispozici²³³. Omyl v normativních znacích, nebo mimotrestních normách (např. ZVZ) je tedy nutné posuzovat dle ustanovení o skutkovém omylu, nikoli omylu právním²³⁴. V případě existence nesprávné právní rady je tak pro prokázání úmyslného zavinění v případě uvedených trestných činů nutné zjistit, zda se pachatel takovou radou skutečně řídil a zda o nesprávnosti rady, a tudíž protiprávnosti svého jednání, věděl. Pokud by tomu tak nebylo, a pachatel by nesprávnost právní rady nerozpoznal, bylo by nutné věc hodnotit jako negativní skutkový omyl, který však úmyslné zavinění, a tudíž i trestní odpovědnost pro trestné činy dle § 256 a 257 tr. zákoníku, vylučuje.

Další problematikou, kterou je v souvislosti s veřejnými zakázkami nutné se zabývat, je trestní součinnost advokátů přímo na jednání pachatele, a to ať už v jakékoli

²³¹ Srov. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 19.01.2011, sp.zn. 5 Tdo 848/2010 [publikováno Výběr NS 1899/2001]

²³² Srov. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26.03.2014, sp.zn. 3 Tdo 74/2014[publikováno Výběr NS 2000/2014]

²³³ Srov. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 24.06.2009, sp.zn. 5 Tdo 572/2009[publikováno TR 12/2009, s. 381]

²³⁴ Šámal, P. Judikatura k omylu v trestním právu, Soudní rozhledy č. 10/1998, s. 253

formě. Jak již bylo zmiňováno výše, typickým jevem, který se vyskytuje v činnosti zadavatelů, je přenechání administrace veřejné zakázky některému externímu, na zadavateli nezávislému subjektu. Takovými subjekty jsou často i advokátní kanceláře a v praxi tak může vyvstat otázka, kde leží hranice mezi poskytováním právní služby a součinností na trestné činnosti pachatele, pokud k ní v rámci zadávacího řízení dochází. V tomto směru je nutné zdůraznit, že trestněprávní předpisy neobsahují žádné zvláštní skutkové podstaty trestných činů, které by mohli spáchat jen advokáti, nebo naopak kterých by se advokáti dopustit nemohli. Odpovědnost advokáta je tak nutné zkoumat s ohledem na povahu jeho participace na trestné činnosti stejně jako u kteréhokoli jiného pachatele. Jako spolupachatel tak advokát může jednat příkladem tehdy, pokud vědomě a úmyslně, na základě součinnosti s pachatelem na straně zadavatele, připraví právní dokumenty zjevně nevýhodné pro zadavatele (např. smlouvy na nadhodnocené plnění). Naopak o návod k trestnému činu dle § 10 odst. 1 písm. b) tr. zákoníku se může jednat tehdy, pokud advokát v rámci poskytování právních služeb vzbudí ve svém klientovi rozhodnutí spáchat trestný čin např. tím, že mu poradí, aby upravil zadávací dokumentaci tak, že by vyhrál konkrétní dodavatel. Pomoci k trestnému činu ve smyslu § 10 odst. 1 písm. c) tr. zákoníku se pak v případě zadávání veřejných zakázek může advokát dopustit např. tím, že by pro svého klienta, dodavatele, vědomě a úmyslně sepsal nabídku v zadávacím řízení, v níž by klient jako dodavatel v rozporu se skutečností deklaroval naplnění některých z kvalifikačních kritérií²³⁵.

V této souvislosti je vhodné upozornit na případy, kdy je jak advokát, tak jeho klient z řad zadavatele nebo dodavatele, stíhán ve společném řízení. Je nutné zdůraznit, že obviněný advokát nepřestává být ve vztahu ke svému klientovi vázán povinností mlčenlivosti dle § 20 zákona o advokacii, na druhou stranu mu nelze upírat ani ústavní právo na obhajobu. Existující kolizi mezi tímto právem a povinností mlčenlivosti je proto nutné řešit maximálně šetrně tak, aby došlo k pokud možno co nejmenšímu zásahu do obou. Takového advokáta lze proto jako spoluobviněného vyslýchat pouze ohledně společně stíhaného skutku, a to pouze v míře nezbytně nutné pro účely trestního řízení. K jiným okolnostem či skutku, pro který je spolupachatel stíhán, pak obviněného advokáta s odkazem na ustanovení § 99 odst. 2 tr. řádu *per analogiam*

²³⁵ Srov. přim. *Púry, F.* K trestní odpovědnosti advokátů v aktuální judikatuře Nejvyššího soudu ČR, Bulletin advokacie č. 1-2/2010, s. 26

vyslýchat nelze vůbec²³⁶. Ani takový přístup však v případě porušení mlčenlivosti nevyklučuje odpovědnost advokáta za kárné provinění.

S otázkou advokátní mlčenlivosti pak souvisí i aktuální a často diskutovaná problematika domovních prohlídek a prohlídek jiných prostor, v nichž probíhá výkon advokacie. Jak již bylo naznačeno výše, tento důkazní prostředek může nabýt obzvláště na významu v případech, kdy se advokát v rámci výkonu své profese podílí na trestné činnosti spojené se zadávacím řízením nebo ji dokonce sám páchá. V prostorách výkonu advokacie tak lze očekávat nejenom důkazy o komunikaci advokáta se spolupachateli, ale např. také zadávací dokumentaci či další listiny související se zadávacím řízením, z jejichž elektronických verzí lze identifikovat, kdy a kým byly vytvořeny případně měněny. V takových případech jsou domovní prohlídka, resp. prohlídka jiných prostor v podstatě jedinými prostředky, jak se u advokáta uložených důkazů, pro potřeby trestního řízení domoci. Nutno však podotknout, že se jedná právě v důsledku kolize trestního řízení s advokátním tajemstvím, o prostředky značně limitované.

Základem právní úpravy dané problematiky je ustanovení § 85b tr. řádu dle kterého lze prohlídku prostor v nichž je vykonávána advokacie provést výhradně za účasti zástupce ČAK. Seznámit se s obsahem na místě zajištěných listin je pak možné pouze se souhlasem takového zástupce. Pokud souhlas udělen není, listiny se zabezpečí a uloží u ČAK po dobu 15 dnů, po kterou má státní zástupce právo podat soudu návrh k nahrazení souhlasu zástupce ČAK. Po marném uplynutí této lhůty se zajištěné listiny vrací zpět advokátovi, jemuž byly odebrány.

Zřejmě v současnosti nejdiskutovanějším aspektem předmětné právní úpravy, je výklad pojmu „výkon advokacie“. Dle názoru některých soudů a advokátní veřejnosti nelze pod tímto pojmem chápat pouze činnost v sídle advokáta, ale rozumí se jím veškerá činnost, která s profesí advokáta souvisí. To mimo jiné znamená, že postup dle § 85b tr. řádu je nutné uplatnit prakticky u každé prohlídce prostor, v nichž advokát

²³⁶ Teryngel, J., Schramhauser, J. Obviněný advokát, obviněný klient a povinnost mlčenlivosti, Bulletin advokacie, č. 5/2013, s. 39 - 43

potencionálně mohl svou profesi vykonávat. Tedy např. také v jeho bydlišti či v soukromém vozidle²³⁷.

S uvedeným závěrem polemizoval ve svém rozhodnutí Městský soud v Praze²³⁸, který se zabýval problematikou prohlídky v prostorách datových úložišť externí společnosti, na něž byly prostřednictvím tzv. „cloudu“ ukládány data advokátní kanceláře. Soud se neztotožnil se závěrem, že by v takových prostorách docházelo k „výkonu advokacie“ ve smyslu ustanovení § 85b tr. řádu a s odkazem na judikaturu Nejvyššího soudu²³⁹ konstatoval, že pouhá možnost, že by se v prostorách mohly nacházet listiny podléhající mlčenlivosti advokáta, postup dle § 85b tr. řádu neodůvodňuje. Toto ustanovení dle názoru soudu sleduje případy, kdy se prohlídka provádí v místech, kde advokát skutečně vykonává advokacii a současně, kde se nachází listiny podléhající mlčenlivosti či větší množství informací o klientech advokáta. Externí úložiště dat takovým místem proto dle soudu není.

Rozhodnutí Městského soudu v Praze bylo ze strany odborné veřejnosti podrobena poměrně přísné kritice²⁴⁰, s níž se autorovi této práce nezbyvá než plně ztotožnit. Argumentace soudu totiž zcela pomíjí nejenom současnou realitu výkonu advokátní činnosti, stejně jako vývoj technologií, který ji zásadně ovlivnil, ale současně také smysl a účel ustanovení § 85b tr. řádu. Tím je totiž ochrana nikoli advokáta či prostor, kde vykonává svou činnost, nýbrž ochrana jeho klienta, advokátní mlčenlivosti a z ní vyplývajícího práva na obhajobu jako neopominutelné součásti práva na spravedlivý proces. Otázka, zda by písemnost či data měly být chráněny režimem dle § 85b tr. řádu by tak neměla být dána místem uložení, ale povahou dokumentu. Pokud je tedy prohlídka vykonávána v prostorech, kde mohou být uloženy listiny podléhající advokátnímu tajemství, měly by dle názoru autora této práce orgány činné v trestním řízení postupovat dle § 85b tr. řádu vždy. To přitom platí i tehdy, pokud jsou taková

²³⁷ Usnesení Vrchního soudu v Olomouci ze dne 30.04.2014, sp.zn. 6 To 24/2014 a 6 To 25/2014 [publikováno Bulletin advokacie, č. 6/2014, s. 38 - 39]

²³⁸ Usnesení Městského soudu v Praze ze dne 09.07.2014, sp.zn. Nt 615/2014 [publikováno pod Bulletin advokacie, č. 11/2014, s. 51 - 53]

²³⁹ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30.10.2013, sp.zn. 3 Tdo 947/2013 [publikováno Výběr NS 5601/2013]

²⁴⁰ Srov. *Karmášek, J. Suchánková, L.* Domovní prohlídka v cloudovém úložišti – otázka rozsahu situací, v nichž mají orgány činné v trestním řízení povinnost použít postup podle § 85b tr. řádu, Bulletin advokacie, č. 11/2014, s. 39 - 41

data uložena u třetích subjektů, kterým je advokát poskytl k dalšímu zpracování či správě²⁴¹.

Takovýmto závěrům konečně přisvědčuje rovněž v aktuálním stanovisku Nejvyšší soud, kdy konstatoval, že za *jiné prostory, v nichž advokát vykonává advokacii* je nutné považovat „*jakýkoli prostor, který souvisí s výkonem advokacie a v němž se proto vyskytují informace o klientech ať již v písemné, elektronické či jiné podobě*“. Takovými prostory jsou pak rovněž místa, v nichž lze ukládat, zpracovávat a využívat informace o klientech, jichž se dotýká povinnost mlčenlivosti advokáta, tedy rovněž různá elektronická úložiště dat²⁴².

Jedním z nejpálčivějších problémů spojených s prohlídkami v místě výkonu advokacie, je náležité odůvodnění návrhu, resp. příkazu k prohlídce v místě výkonu advokacie a návrhu na nahrazení souhlasu zástupce advokátní komory ve smyslu § 85b odst. 3 tr. řádu. Jak vyplývá z judikatury ESLP, nařízení prohlídky musí být cílené, nikoli obecné a musí být omezeno pouze a toliko na dané trestní řízení zahájené proti advokátu či jeho klientovi. Široce formulovaný příkaz, jednoduše nařizující prohlídku a zabavení dokumentů nezbytných k získání důkazů na různých místech, kde mohou být uloženy, porušuje právo na obhajobu stejně jako právo na ochranu soukromého života, obydlí a korespondence ve smyslu čl. 8 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod²⁴³. Splnit takto vymezené požadavky však může být v praxi velmi obtížné a v některých případech skoro až nemožné. Advokacie již ze své podstaty souvisí se shromažďováním velkého množství listin i dat. Orgány činné v trestním řízení se s obsahem relevantních listin nikdy neměly příležitost seznámit, a tudíž v době předcházející provedení prohlídky neznají ani nemohou znát, jaké konkrétní listiny u podezřelého advokáta hledají a už vůbec ne, kde přesně (např. v jakém šanonu) mohou být takové důkazy uloženy. Ještě komplikovanější je pak situace, pokud jsou data uchovávána v elektronické podobě.

²⁴¹ Smejkal, V. Ochrana dat advokátů v elektronických úložištích, Bulletin advokacie, č. 3/2015, s. 15 - 22

²⁴² Stanovisko trestního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 25.06.2015, sp.zn. Tpjn 306/2014

²⁴³ Pejchalová, V., Hajičková, K. Problematika domovních prohlídek advokátních kanceláří ve světle evropské judikatury, Bulletin advokacie, č. 4/2014, s. 19 - 25

Trestní řád ve svých ustanoveních nijak nevynezuje, jak určitě má být věc důležitá pro trestní řízení v podaném návrhu, resp. nevydaném příkazu identifikována. Přesto s ohledem na ochranu ústavních práv a konečně také již zmiňovanou judikaturu ESLP a s ní související rozhodnutí Ústavního soudu²⁴⁴, je nedostatečná specifikace hledané věci ze strany zejména obhájců podrobována celkem oprávněné kritice. V tomto směru stojí za pozornost některé názory ze strany odborné veřejnosti, dle kterých by měla být v návrhu ve smyslu ustanovení § 85b odst. 3 tr. řádu jasně definována věc, jejíhož vydání se orgány činné v trestním řízení domáhají, a to s odůvodněním, že není v možnostech soudů se často s GB dat náležitě seznámit, aby mohly objektivně posoudit obecně vymezený návrh²⁴⁵. Takový postup se však jeví dle názoru autora této práce z hlediska účelu trestního řízení a rovnosti před zákonem, jako pouze obtížně přijatelný.

Předně, jak již bylo poznamenáno výše, policie ani státní zástupce neznají obsah zajištěných dat. Zatímco tedy u „běžného“ pachatele by z důkazů zajištění v rámci prohlídky policie na základě následné analýzy zjistila i skutečnosti, o kterých dříve nevěděla (a konečně mimo jiné i z těchto důvodů mohou být domovní prohlídky prováděny), v případě prohlídky u podezřelého advokáta by bylo možné se domáhat pouze důkazů, jejichž existence je orgánům činným v trestním řízení již v době prohlídky známa a důkazy, do té doby neznámé, rovněž svědčící o trestné činnosti takového advokáta, by zůstaly utajeny. Tomu se lze dle názoru autora této práce vyhnout pouze prostřednictvím obecnějších požadavků na vydání konkrétních nosičů, u nichž je podezření, že obsahují informace korespondující s odůvodněním příkazu. Otázkou, do jaké míry je obsah nosiče chráněn advokátním tajemstvím, se pak bude povinen zabývat v souladu s ustanovením § 85b odst. 7 tr. řádu soud, neboť je to právě tento soud, který jako nezávislý orgán má jediný možnost a povinnost se s obsahem takovýchto nosičů seznámit. Konečně k obdobným závěrům dospěl ve svém rozhodnutí rovněž Ústavní soud²⁴⁶.

²⁴⁴ Např. nález Ústavního soudu ze dne 28. 8. 2009, sp. zn. II. ÚS 2894/08, [publikováno 191/2009 USn.]

²⁴⁵ Srov. *Sokol, T.* Problematika domovní prohlídky advokáta, Právní rádce č. 8/2014, s. 58 - 61

²⁴⁶ Srov. Usnesení Ústavního soudu ze dne 24.3.2014, sp.zn. III. ÚS 3988/13 [publikováno ÚS 559/2014]

Je nicméně nutné přisvědčit, že v některých případech, například pokud je nosičem informace pevný disk serveru, není prakticky v možnostech soudu celý obsah shromážděných dat odpovídajícím způsobem přezkoumat. *De lege ferenda* se proto autor této práce přiklání k úpravě ustanovení § 85b tr. řádu tak, aby soudu umožňovalo vyžádat si ke svému rozhodnutí odbornou expertizu jejímž předmětem bude zjištění toho, zda se na nosiči vůbec informace důležité pro trestní řízení nacházejí. I v takovém případě by však bylo nutné zajistit, aby i osoby vykonávající expertní činnost (ideálně specializované pracoviště policie ČR) byly vázány nejenom povinnostmi vymezenými v ustanovení § 85b odst. 7 al. 2 a 3 tr. řádu, ale současně mlčenlivostí tak, aby nemohla být ohrožena důvěrnost informací k jejichž užití soud souhlas neudělí.

Závěr

Jak již bylo nastíněno v úvodu, úkolem této práce je a bylo z trestněprávního hlediska přezkoumat systém zadávání veřejných zakázek v České republice a prostřednictvím aktuálních poznatků identifikovat konkrétní problémy, ať už kriminalistické či právní, které v současnosti brání efektivnímu postihu trestné činnosti spojené se zadáváním veřejných zakázek. Při respektování uvedeného cíle lze získané poznatky zhodnotit následovně.

Po právní stránce je možné na základě provedeného zkoumání uzavřít, že aktuální trestněprávní úprava se jeví pro potřeby postihu trestné činnosti spojené se zadáváním veřejných zakázek jako dostatečná. Úprava je komplexní, ustálená a ustanovení § 256 a 257 tr. zákoníku jsou dále odpovídajícím způsobem doplňovány příslušnými obecnými, či subsidiárními ustanoveními trestního zákoníku. Žádné zásadní problémy, ať už po teoretické či praktické stránce, se při její aplikaci, až na drobné výjimky, neprojeví. Nutno však podotknout, že to je do značné míry zapříčiněno nízkým množstvím rozhodnutí, které se podařilo při stanovené právní kvalifikaci získat a vyhodnotit. Zmínit tak lze problematiku interpretace ustanovení § 256 odst. 3 a 4 tr. zákoníku či nejednotnost terminologie v případě § 257 odst. 1 písm. d) tr. zákoníku. Nutno však podotknout, že se jedná o problémy spíše teoretické, které se v rozhodovací praxi obecných soudů v rámci provedené analýzy dosud výrazně neprojeví. Jejich případné definitivní řešení, stejně jako určení vzájemného vztahu ustanovení § 256 odst. 3 a 4 a úplatkářských trestných činů, tak bude úkolem pro budoucí judikaturu, spíše než pro zákonodárce. Výklad, který je obsažen v příslušných částech této práce, je nicméně možné vnímat jako potencionální inspiraci, jak by mohly být tyto otázky do budoucna řešeny.

Naopak již projudikovanou otázkou je problematika stanovení výše prospěchu, který je znakem kvalifikovaných skutkových podstat jak ustanovení § 256 tak § 257 tr. zákoníku. V tomto směru nicméně poznatky z praxe ukazují, že ne vždy je možné tuto judikaturu, ukládající stanovení čistého prospěchu zpravidla prostřednictvím znaleckého zkoumání, bezvýhradně respektovat, neboť u mnoha druhů veřejných zakázek předmět

zakázky neumožňuje čistý prospěch tímto způsobem určit. Orgány činné v trestním řízení tak za účelem jeho vyčíslení musí vycházet a rovněž tak na základě analýzy činí, z ostatních provedených důkazů, zejména pak z obsahu nabídek učiněných v zadávacím řízení.

Co se týká zákona o veřejných zakázkách, nelze než podotknout, že se jedná o právní úpravu sice komplexní, nicméně značně komplikovanou a pro laika nepřehlednou. To se projevuje nejenom v množství případů, které se podaří odhalit a případně úspěšně odstíhat, ale rovněž v obhajobě obviněných. Výsledky analýzy soudních rozhodnutí potvrzují, že právě argumentace na nepochopení, případně neznalost zákona o veřejných zakázkách, bývá jedním z nejčastějších způsobů obhajoby. Vyloučení jednání v právním omylu a dovození úmyslného zavinění v případech, kdy ani osoby s právním vzděláním nedokážou poskytnout jednoznačnou odpověď na to, zda daný postup byl v souladu s ZVZ, je pro orgány činné v trestním řízení více než problematické. V tomto směru se odpovídající legislativní zásah směřující k zjednodušení a zejména zpřehlednění pravidel pro zadávání veřejných zakázek již jeví jako nezbytný. Je však nutné podotknout, že k tomuto závěru zjevně dospěl také zákonodárce, kdy aktuálně probíhají v reakci na vývoj evropské legislativy, zákonodárské práce na zcela nové právní úpravě regulujících zadávání veřejných zakázek, kdy jedním z jejích účelů je poskytnutí vyšší flexibility zadavatelům. Jak se tato úprava projeví na potencionální kriminalitě spojené se zadáváním veřejných zakázek lze pouze spekulovat. V době dokončování práce byl vládou schválen pouze věcný záměr připravovaného zákona a připomínkové znění nebylo volně k dispozici. Bude zajímavé sledovat, kam nová právní úprava povede. Účinná by měla být do 18.04.2016, kdy je Česká republika nejpozději povinna implementovat nové evropské směrnice.

Jedním z nejjednoznačnějších závěrů, které lze na základě získaných poznatků učinit je, že k odhalení, objasnění a následném potrestání protiprávních manipulací se zadáváním veřejných zakázek, dochází spíše ojediněle. A to i přesto, že se rozhodně nejedná o jev nijak výjimečný. Jak již bylo poznamenáno výše, příčinou tohoto stavu není nekvalitní hmotněprávní úprava obsažená v trestním zákoníku a z veřejně

dostupných zdrojů nelze objektivně vyzkoumat, do jaké míry se na něm podílí komplikovaná úprava zákona o veřejných zakázkách, přestože i tato bude mít nepochybně svůj vliv. Na druhou stranu je však z analyzovaného vzorku soudních rozhodnutí zřejmé, že k proaktivní činnosti policie či státního zastupitelství při odhalování této formy trestné činnosti takřka nedochází. V žádném z poskytnutých rozhodnutí nebylo zaznamenáno nasazení operativně pátracích prostředků a k úspěšnému nasazení odposlechů telefonních hovorů došlo pouze jedenkrát. A to navzdory tomu, že i ze strany orgánů činných v trestním řízení je opakovaně zdůrazňováno, že při odhalování trestné činnosti korupční povahy, kterou kriminalita spojená se zadáváním veřejných zakázek nepochybně je, je nasazení utajených prostředků sledování nenahraditelné. Příčinou tohoto stavu však dle přesvědčení autora této práce není platná právní úprava, ale materiální a personální zázemí, kterým především policie disponuje. Pokud je prověřování trestné činnosti prováděno až poté, kdy byla zakázka zadána, nasazení operativně pátracích prostředků či odposlechů již zpravidla nebude možné považovat za účelné. V tomto směru práce navrhuje doplnit zejména materiální vybavení policie ČR, přinejmenším jejich specializovaných útvarů, případně dalších kontrolních orgánů, o automatizovaný systém včasného varování po vzoru evropského systému ARACHNE, který by měl umožnit podezřelé projekty včas identifikovat a práci policie tím zefektivnit.

Legislativní zásah bude dle zjištěných poznatků zřejmě nezbytný v případě problematiky provádění domovních prohlídek a prohlídek jiných prostor, kde je vykonávána advokacie. Přestože se tato problematika netýká výhradně trestné činnosti při zadávání veřejných zakázek, s ohledem na vzrůstající množství takových prohlídek i vyhrocenost odborné diskuze, která se jimi zabývá, je zřejmé, že se jedná o oblast, která by si podrobnější úpravu zasloužila. Autor této práce se v příslušné kapitole přiklání k volnějšímu výkladu příslušných ustanovení se zdůrazněním kontrolní role soudu, který by měl o povaze zajištěných věcí rozhodovat. V úvahu pak přichází v tomto směru i posílení pravomocí a vybavení soudu tak, aby analytická činnost obvykle příslušející policii, nepředstavovala pro soudce nepřiměřenou zátěž, která by jim v objektivním zhodnocení shromážděných materiálů bránila. Na druhou stranu je však nutné připustit, že se jedná pouze o jednu z cest, jakou by se mohl zákonodárce ubírat a bude zajímavé

sledovat, jakou si zvolí. Na nové trestním řádu se konečně v současné době již dlouhodobě pracuje.

Úplným závěrem nezbývá než konstatovat, že problematika trestné činnosti spojené se zadáváním veřejných zakázek je tématem, které zjevně i do budoucna zůstane aktuálním. Objem prostředků, které jsou každoročně prostřednictvím veřejných zakázek vynakládány, bude i nadále významným kriminogenním faktorem. Snížení skutečného stavu této formy kriminality proto i s ohledem na probíhající ekonomické oživení nelze předpokládat. Je tak možné pouze doufat, že vývoj stavu registrované kriminality oproti té latentní se bude do budoucna zlepšovat. Minimálně velké případy z poslední doby, které se podařilo obžalovat a v některých případech dokonce dosud nepravomocně odsoudit, pozitivnímu vývoji nasvědčují. Na to, aby se nejednalo pouze o ojedinělé výjimky, ale aby byly počátkem dlouhodobějšího trendu však bude mít do budoucna vliv nejenom kvalita činnosti příslušných orgánů veřejné moci, ale rovněž výsledky zákonodárského procesu. Nová právní úprava zadávání veřejných zakázek, nový trestní řád, nový zákon o státním zastupitelství a zákon o státní službě jsou všechno právní předpisy, které možnosti odhalit a objasnit kriminalitu spojenou se zadáváním veřejných zakázek nepochybně ovlivní. To do jaké míry zákonodárce zvládne svou ústavní úlohu, bude pro úspěšné stíhání trestné činnosti spojené se zadáváním veřejných zakázek zcela zásadní.

Seznam zkratek

ČAK	Česká advokátní komora
ESLP	Evropský soud pro lidská práva
OLAF	Evropského úřadu pro boj proti podvodům
OZř	zák. č. 128/2000 Sb., o obcích
KZř	zák. č. 129/2000 Sb., o krajích
Tr. řád	zák. č. 141/1961 Sb., trestní řád
Tr. zákon	zák. č. 140/1961 Sb., trestní zákon
Tr. zákoník	zák. č. 40/2009 Sb., trestní zákoník
Zák. o st. podniku	zák. č. 77/1997 Sb., o státním podniku
Zák. práce	zák. č. 262/2006 Sb., zákoník práce
ZHmP	zák. č. 131/2000 Sb., o hlavním městě Praze
ZOK	zák. č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích
ZTOP	zák. č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob
ZVZ	zák. č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách

Použitá literatura

Komentáře, učebnice, monografie:

1. *Dančák, B., Hloušek, V., Šimíček, V.(eds).* Korupce – Projevy a potírání v České republice a Evropské unii. Brno: Masarykova univerzita – politologický ústav, 2006
2. *Fenyk, J., Smejkal, L.* Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Komentář. Příloha: Modelová interní opatření k předcházení trestné činnosti právnické osoby. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012
3. *Forejt, P., Habarta, P., Trešlová, L.* Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim s komentářem. Praha. Linde 2012,
4. *Chmelík, J., Tomica, Z.* Korupce a úplatkářství. Praha: Linde 2011
5. *Krč, R.* Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a judikaturou. Praha: Linde, 2013
6. *Kruták, T., Krutáková, L.* Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady, 2. Aktualizované vydání. ANAG, 2013
7. *Jelínek, J. a kol.* Trestní právo hmotné. 3. Vydání. Praha: Leges, 2013
8. *Jelínek, J., Herczeg, J.* Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Komentář s judikaturou. Praha: Leges, 2012,
9. *Jurčík, R.* Veřejné zakázky a koncese, 2. dopl. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014
10. *Jurčík, R.* Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, 3.vydání. Praha : C.H. Beck, 2012
11. *Kuchta, J.* Kurs trestního práva. Trestní právo hmotné. Zvláštní část. Praha : C. H. Beck, 2010.
12. *Nett, A.* Nové jevy v hospodářské kriminalitě. Brno: Masarykova univerzita. 2007
13. *Novotný, O., Vanduchová M., Šámal, P. a kol.* Trestní právo hmotné, Obecná část. 6. vydání, Praha : Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010
14. *Novotný, O., Vanduchová M., Šámal, P. a kol.* Trestní právo hmotné, Zvláštní část. 6. vydání, Praha : Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010
15. *Novotný, O., Zapletal, J. a kol.* *Kriminologie*, 1. vydání. Praha: ASPI – Wolters Kluwer. 2008, s. 528
16. *Podešva, V., Olík, M., Janoušek, M. Stránský, J.* Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2.vydání. Praha : Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011
17. *Ryska, P., Průša, J.:* Korupce – Ekonomie vs. Mýty. Praha: Institut Václava Klause. 2013,
18. *Šámal, P. a kol.:* Trestní odpovědnost právnických osob. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012,
19. *Šámal, P. a kol.* Trestní řád I. § 1 až 156. Komentář. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013
20. *Šámal, P. a kol.* Trestní zákoník II. § 1 až 140. Komentář. 2. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2012
21. *Šámal, P. a kol.* Trestní zákoník II. § 140 až 421. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012
22. *Schelle, K., Tauchen, J.* Korupce – včera a dnes. Ostrava: Key publishing, s.r.o., 2013

Časopisecké články:

1. *Doleček, F.* Reakce na článek „Co se musí zkoumat při zjednodušeném podlimitním řízení“. Právní rádce, č. 7/2013
2. *Dvořák, D.* v Jak ovlivní nová evropská směrnice zadávání veřejných zakázek? Právní rádce č. 3/2014, s. 22 - 23
3. *Grulich, T.* Zadání víceprací v režimu tzv. „měřené“ veřejné zakázky na stavební práce. Právní rozhledy 18/2013,
4. *Hálek, V.* Cena obvyklá po 1. lednu 2014. Trestněprávní revue, č. 04/2015,
5. *Janoušek, M., Měkota, J.* Dokumentace ke splnění kvalifikace po lhůtě. Právní rádce č. 3/2014
6. *Jurčík, R.* Je příjem zadavatele či udělení práva veřejnou zakázkou? Právní rádce č. 4/2015
7. *Kala, M.* Korupce. Státní zastupitelství, č. 04/2011,
8. *Karmášek, J. Suchánková, L.* Domovní prohlídka v cloudovém úložišti – otázka rozsahu situací, v nichž mají orgány činné v trestním řízení povinnost použít postup podle § 85b tr. řádu, Bulletin advokacie, č. 11/2014
9. *Klouček, Z., Topinka, P.* Trestní odpovědnost právnických osob a základní zásady trestního práva. Trestněprávní revue, č. 10/2011,
10. *Kolman, P.* Vybrané aktuální aspekty veřejných zakázek z pohledu trestního práva. Trestní právo, č. 11/2012,
11. *Kratochvíl, V.* Trestní odpovědnost právnických osob a základní zásady trestního práva. Trestněprávní revue, č. 9/2011,
12. *Marek, K.* Veřejné zakázky dnes v České republice. Státní zastupitelství, č. 3/2010,
13. *Mayer, J.* Poslední změny ve veřejných zakázkách z pohledu zadavatele. Právní rádce č. 7/2014
14. *Mazánek, J.* Specifika dokazování hospodářské kriminality. Trestní právo č. 2/2008
15. *Nováčková, S.* Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob – od návrhu k účinné úpravě. Trestněprávní revue, č. 2/2012,
16. *Pejchalová, V., Hajíčková, K.* Problematika domovních prohlídek advokátních kanceláří ve světle evropské judikatury, Bulletin advokacie, č. 4/2014
17. *Pelikán, R.* Trestní právo obchodní z pohledu komercialisty, Sborník Karlovarské právnické dny 20/2012
18. *Podešva, V.* Veřejné zakázky v EU dostanou moderní kabát. Právní rádce č. 3/2014
19. *Púry, F.* K trestní odpovědnosti advokátů v aktuální judikatuře Nejvyššího soudu ČR, Bulletin advokacie č. 1-2/2010,
20. *Richter, M.* Kdy mají zastupitelé trestněprávní odpovědnost za hlasování. Právní rádce, č. 8/2013
21. *Smejkal, V.* Ochrana dat advokátů v elektronických úložištích, Bulletin advokacie, č. 3/2015
22. *Sokol, T.* Problematika domovní prohlídky advokáta, Právní rádce č. 8/2014
23. *Šámal, P.* Judikatura k omylu v trestním právu, Soudní rozhledy č. 10/1998,
24. *Teryngel, J.* K postihu hospodářských trestných činů v novém trestním kodexu. Trestní právo, č. 06/2009,
25. *Teryngel, J., Schramhauser, J.* Obviněný advokát, obviněný klient a povinnost mlčenlivosti, Bulletin advokacie, č. 5/2013

26. *Vantuch, P.* Může být znalec, který vypracoval posudek pro stranu obhajoby, vyslechnut soudem jako svědek?, Bulletin advokacie, č. 6/2012,
27. *Vantuch, P.* K znaleckým posudkům vyžádaným obhajobou po novele trestního řádu. Bulletin advokacie, č.4/2002,
28. *Votrubec, J., Měkota, J.* Vázanost uchazeče podanou nabídkou, Právní rádce č. 10/2014

Internetové zdroje:

1. ARACHNE User Manual, citováno dne 10.06.2015, dostupné na [http://www.strukturalni-fondy.cz/getmedia/4c8c06e9-53e5-47c0-b18d-2c41c682e42f/Arachne-User-Manual-\(EN\).pdf](http://www.strukturalni-fondy.cz/getmedia/4c8c06e9-53e5-47c0-b18d-2c41c682e42f/Arachne-User-Manual-(EN).pdf)
2. *Centrum aplikované ekonomie, o.s.*, Zakázky bez soutěže, citováno dne 09.01.2015, dostupné na: http://www.zindex.cz/data/2014-08-28-Zakazky_bez_souteze.pdf
3. Communication from the commission to the european parliament, the council, the european economic and social committee, and the committee of the regions and the court of auditors on the commission anti-fraud strategy, citováno dne 22.06.2015, dostupné na: http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/preventing-fraud-documents/ec_antifraud_strategy_en.pdf
4. *Hodás, M.* Konflikt zájmů při zadávání veřejných zakázek. Bulletin advokacie. Citováno dne 10.06.2015, dostupné na <http://www.bulletin-advokacie.cz/konflikt-zajmu-pri-zadavani-verejnych-zakazek?browser=mobi>
5. Metodickém doporučení č. 7 – povinnosti obcí při nakládání s obecním majetkem, stanovené zákonem o obcích, s. 19 – 20, citováno dne 17.06.2015, dostupné na www.mvcr.cz
6. *Nikolová, P., Palguta, J. Pertold, F., Vozár, M.*, Veřejné zakázky: Co říkají data o chování zadavatelů. Cerge EI. 2012, dostupné na: http://idea.cerge-ei.cz/documents/studie_2012_05.pdf
7. Názor podnikatelů na korupci, Asociace malých a středních podnikatelů a živnostníků. Citováno dne 15.01.2015, dostupné na: http://www.amsp.cz/uploads/soubory/pruzkum4_web_final.pdf.
8. OLAF Digital Forensic Operations, Information Leaflet, citováno dne 22.06.2015, dostupné na: http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/forensics/digital_forensic_operations_info_leaflet_en.pdf
9. Opinion on a notification for Prior Checking received from the Data Protection Officer of the European Commission regarding the "Risk analysis for fraud prevention and detection in the management of ESF and ERDF" – ARACHNE, citováno dne 22.06.2015, dostupné na: https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Supervision/Priorchecks/Opinions/2014/14-02-17_ARACHNE_EN.pdf
10. *Pavlišová, R., Novák, M.* Analýza soudních rozhodnutí vydaných v letech 2010 až 2012 ve věcech úplatkářských trestných činů, dostupné na <http://www.transparency.cz/analyza-soudnich-rozhodnuti-vydanych-letech-2010-2012-vecech/>