



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy senátu Mgr. Milana Procházky a soudců JUDr. Viktora Kučery a JUDr. Petra Polácha v právní věci žalobce: **Město Jablonné v Podještědí**, se sídlem náměstí Míru 22, Jablonné v Podještědí, zastoupeného JUDr. Mgr. Lukášem Váňou, Ph.D., advokátem se sídlem Teplého 2786, Pardubice, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 08.10.2015, č.j. ÚOHS-R465/2014/VZ-32207/2015/322/EDy,

t a k t o :

- I.** Žaloba **se zamítá**.
- II.** Žalobce **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- III.** Žalovanému **se nepřiznává** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í

I.

Vymezení věci

Žalobce se u Krajského soudu v Brně (dále též „krajský soud“ či „zdejší soud“) domáhal zrušení v záhlaví označeného rozhodnutí předsedy žalovaného (dále též „napadené rozhodnutí“), kterým byl zamítnut rozklad žalobce a současně potvrzeno rozhodnutí

žalovaného (dále též „správní orgán I. stupně“) ze dne 9. 12. 2014, č. j. ÚOHS-S850/2014/VZ-26121/2014/533/SWa (dále též „prvostupňové rozhodnutí“). Tímto rozhodnutím byla žalobci jako zadavateli veřejné zakázky s názvem „Revitalizace Markvartického rybníka, zadávané v užším řízení, uložena pokuta ve výši 100.000 Kč za správní delikt podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“). Tohoto správního deliktu se měl žalobce dopustit tím, že porušil ustanovení § 61 odst. 4 ZVZ a zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 ZVZ. Dne 1. 3. 2012 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení, prostřednictvím elektronického zařízení, totiž neumožnil na žádost zájemce změnu pořadových čísel zájemců o účast v užším řízení. Způsob omezení počtu zájemců za použití elektronického losovacího zařízení pak neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy zachování zásady transparentnosti losování. Současně tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel dne 22. 5. 2012 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

Žalobce uveřejnil podle ZVZ v informačním systému veřejných zakázek dne 29. 11. 2011 pod ev. č. 101988 oznámení o veřejné zakázce „Revitalizace Markvartického rybníka“ (dále též „veřejná zakázka“), zadávané jako podlimitní zakázka v užším řízení.

Žalobce v bodě IV. 1.1) oznámení uvedl, že veřejná zakázka bude zadávána v užším řízení. V bodě IV.1.2) oznámení stanovil počet 10 zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídek. Současně žalobce stanovil, že kritériem pro omezení počtu zájemců bude náhodný výběr provedený losem za účasti notáře, přičemž číslo přiřazené zájemci pro losování bude odpovídat pořadovému číslu jeho žádosti o účast v užším řízení dle evidence doručených žádostí o účast. Z „Evidence podaných žádostí o účast v užším řízení“ vyplývá, že žalobce obdržel ve stanovené lhůtě celkem 26 žádostí o účast v užším řízení, z nichž jedna byla následně vzata zpět. Podle protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 24. 2. 2012 všichni zájemci splnili kvalifikace v požadovaném rozsahu. Termín losování žalobce stanovil na 1. 3. 2012 ve 12:00 hodin na adrese Dukelských hrdinů 47, Praha 7, místnost Veletržní palác, 5. patro. Jednotlivé zájemce o tomto termínu informoval prostřednictvím dopisu ze dne 23. 2. 2012. V tomto termínu taktéž losování proběhlo.

Z notářského zápisu sepsaného dne 1. 3. 2012, č. j. N 102/2012, NZ 85/2012, který je součástí dokumentace o veřejné zakázce, vyplynulo, že losování proběhlo dne 1. 3. 2012 prostřednictvím elektronického losovacího zařízení ROPRO v 1.0.0.32. Zajištěním losování byla pověřena společností SOFO Group a.s. (zastoupená Ing. Sunkem) a v průběhu losování byl přítomen rovněž Ing. Jirkův za společnost DEVELOPER CZ s.r.o., jež byl žalobcem pověřen výkonem zadavatelských činností. Podle notářského zápisu Ing. Sunek seznámil přítomné se způsobem losování prostřednictvím elektronického nástroje, tj. počítač vybavený k tomuto účelu odbornou firmou vyvinutým příslušným programem s optimálním zabezpečením, zajišťujícím současně i kontrolu celého počítače, která je trojstupňová, je monitorován HW, SW a vlastní program (kontrola stisknutím kláves, kontrola činnosti myši, kontrola proti vnějšímu prostředí). SW firmou byl vygenerován unikátní kód (HASH kód), s nímž se musí shodovat kód aplikace při jejím zahájení, v jejím průběhu i po ukončení, jako záruka, že program je stále stejný a ničím neovlivněný. V průběhu aplikace poté měl být

vygenerován náhodný algoritmus, který měl být použit pro samotné losování. Ing. Sunek dále přítomným nabídl možnost kontroly losovacího zařízení a zejména písemné zprávy o zkoušce elektronického nástroje pro losování vydané Elektrotechnickým zkušebním ústavem, s.p., č. 101644-01/01 (dále jen „Zpráva o zkoušce“). Zprávu nabídl k nahlédnutí a následně i zodpovězení dotazu k losovacímu zařízení a způsobu losování. Přítomní nevznesli žádné připomínky. Ing. Sunek po spuštění aplikace zadal identifikační údaje o veřejné zakázce, a to název a evidenční číslo veřejné zakázky, zadavatele, celkový počet přihlášených zájemců, tj. 25. Dále bylo označeno č. 1 patřící zájemci, který vzal svoji žádost zpět a byl proto vyřazen z losování. Jeho číslo bylo vyřazeno z losování a byl potvrzen počet 25 zájemců účastnících se losování a zadán požadovaný počet zájemců k vylosování. Nato byl vytvořen klíč pro losování a několikrát proběhlo pro kontrolu funkce náhodnosti opakované testovací losování. Zástupce uchazeče zájemce s přiděleným pořadovým číslem 24 – Petr Březina ze společnosti APB Plzeň – vznesl před zahájením losování požadavek, aby bylo změněno pořadí zájemců. K jeho požadavku se pak připojil ještě jeden ze zástupců zájemců, ale ten nebyl v notářském zápisu nikterak konkretizován. Této žádosti Ing. Jirkův nevyhověl, neboť by dle jeho tvrzení došlo k porušení podmínek dle kvalifikační dokumentace. V kvalifikační dokumentaci je totiž stanoveno, že uchazečům bude přiděleno číslo v pořadí, v jakém byly doručeny nabídky. Po ukončení testovacího losování v 12:14 hodin byl dán pokyn k vlastnímu losování, v němž bylo vylosováno deset čísel představujících deset zájemců postupujících do užšího kola. Dne 22. 5. 2012 žalobce uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky s vybraným uchazečem.

Dne 17. 10. 2014 zahájil žalovaný správní řízení z moci úřední, neboť po přezkoumání dokumentace o veřejné zakázce shledal pochybnosti nasvědčující nedodržení postupu dle ustanovení § 61 odst. 4 a 5 ZVZ v návaznosti na ustanovení § 6 ZVZ. Žalobce před zahájením losování na základě žádosti jednoho ze zájemců totiž nepřidělil nová pořadová čísla zájemcům o účast v užším řízení. V prvostupňovém rozhodnutí žalovaný na základě závazných právních názorů Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu dospěl k závěru, že použití elektronického zadávacího zařízení zužuje možnost kontrolovat celý proces losování pouze na fázi před a po losování, když vlastní výběr zájemců generuje elektronické zařízení, jehož funkci lze jen stěží přezkoumat. Samotná předchozí informace o způsobu přidělení pořadových čísel pro účely losování nezaručuje transparentnost celého procesu losování. Provedení přečíslování je pak dle žalovaného jednou z mála možností, kterou bylo možné transparentnost výběru s ohledem na použitý elektronický prostředek pro losování alespoň nějakým způsobem zajistit. Napadené rozhodnutí tyto závěry potvrdilo.

Způsob losování a závěry žalovaného k této otázce žalobce napadá v nyní podané žalobě.

II. Obsah žaloby

Žalobce v úvodu podané žaloby shrnul dosavadní průběh správního řízení a skutkové okolnosti posuzované věci, přičemž dále vymezil jednotlivé žalobní body.

Žalobce byl přesvědčen o správnosti svého postupu při zadávání veřejné zakázky. Omezení počtu zájemců splňujících kvalifikaci náhodným výběrem pomocí losu umožňovalo

ustanovení § 61 ZVZ. K provedení losování je pak připuštěno i využití elektronických zařízení, a to za splnění podmínek vymezených v ustanovení § 61 odst. 4 ZVZ. Změna čísel zájemců pro účely losování nebyla možná, neboť právě přečíslování by vedlo k porušení nejen zásady transparentnosti, nýbrž i zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace. Žalobce by se současně dopustil i porušení zadávacích podmínek. Pokud žalobce v zadávacích podmínkách rozhodl o jasně daném mechanismu přidělení čísel, nebylo by v souladu s ZVZ toto rozhodnutí v průběhu zadávacího řízení jakkoliv měnit, nadto pouze na žádost některých ze zájemců. Dle žalobce je třeba vzít v úvahu, že losování byli přítomni pouze někteří ze zájemců. V případě, kdy by žalobce bezprostředně před losováním svolil k přečíslování, mohlo by se jednat o jednání ve prospěch zájemce vyžadujícího přečíslování. Přečíslování by tedy vedlo spíše k netransparentnosti losování. Jasně stanovení mechanismu přidělování čísel jednotlivým zájemcům pro účely losování v zadávacích podmínkách přispělo k transparentnosti zadávacího procesu a jeho předvídatelnosti. Předem uveřejněným způsobem byla dodavatelům dána možnost volby, zda se takové zakázky účastnit či nikoliv. Pokud by se tento způsob losování, včetně přidělování čísel těmto zájemcům, jevil jako netransparentní či diskriminační, měli dodavatelé možnost dospět k nápravě tohoto stavu podáním námitek proti zadávacím podmínkám v souladu s ustanovením § 110 odst. 3 ZVZ, což však žádný z dodavatelů neučinil.

Žalobce namítal, že využil maximum prostředků pro zajištění férovosti a transparentnosti losování. Celý elektronický přístroj standardně prošel prozkoušením provedeným Elektrotechnickým zkušebním ústavem, s.p., a před finálním losováním bylo opakovaně přistoupeno k testovacímu losování pro ověření náhodnosti výběru čísel. Při zamítnutí žádosti o přečíslování postupoval v souladu s tehdy platnou rozhodovací praxí žalovaného (rozhodnutí ze dne 12. 8. 2011, č.j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/Mne). Obdobně se lze opřít rovněž o aktuální případ č. j. ÚOHS-P434/2014/VZ-14910/2014/521/MGr, ve kterém veřejný zadavatel nevyhověl návrhu na změnu čísel přiděleným zájemcům a žalovaný neshledal důvod pro zahájení řízení o možném správním deliktu. V době zahájení zadávacího řízení neexistovala žádná relevantní rozhodovací praxe správních soudů v této oblasti. Žalobce tudíž postupoval v dobré víře, že žalovaný bude postupovat v souladu se svou rozhodovací praxí.

Žalobce dále uvedl, že žalovaný se ve svých rozhodnutích při tvrzeném porušení zásady transparentnosti losování opíral o závěry Krajského soudu v Brně v rozhodnutí č. j. 62 Af 61/2012-108. Dle názoru žalobce však toto rozhodnutí aplikoval nesprávně, neboť se v několika podstatných aspektech lišil skutkový stav. Nepřiměřená aplikace tohoto rozsudku by mohla vést až k situacím, které by odporovaly vlastnímu smyslu a účelu ZVZ, co do samotného využití losování.

Žalobce dále uvedl, že postup přidělování pořadových čísel není v ZVZ výslovně upraven, což potvrdil rovněž žalovaný. Stejně tak žalovaný potvrdil, že zadavatelé nemají zákonem stanovenou povinnost vyhovět návrhu na přečíslování. V oblasti veřejnoprávní regulace však musí mít konkrétní práva a povinnosti výslovnou oporu v právní úpravě a bez dalšího nelze volně dovozovat povinnosti nové. Žalovaný tedy v napadeném rozhodnutí dovodil povinnosti žalobce nad rámec platné právní úpravy. Žalobce má za to, že předem stanovený mechanismus přidělování pořadových čísel je způsob, který je schopný zajistit

předvídatelnost a průhlednost postupu zadavatele. Žalovaný se přitom nezabýval argumentací žalobce, dle které by navrhované přečíslování nepřispělo k transparentnosti losování. Z toho důvodu považuje žalobce obě rozhodnutí za nepřezkoumatelná.

Žalobce rovněž namítal, že jeho postup při zamítnutí požadavku na přečíslování nebyl nikterak veden spekulací o tom, jak by se v tomto případě zachovali jiní zájemci. Vyhovění předmětnému požadavku by bez ohledu na další jednání ostatních zájemců objektivně představovalo porušení zadávacích podmínek a současně jednání v rozporu se zásadou transparentnosti, rovného zacházení a zákazem diskriminace. Rozhodnutí Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2012-108, hovoří o tzv. objektivních pochybnostech o korektnosti a fair průběhu losování, které postačují k učinění závěru o netransparentnosti aktu losování. Žalovaný pak zmiňuje tzv. kvalifikované pochybnosti. Dle žalobce je nutné zkoumat míru těchto pochybností, neboť závěr, že jakákoliv sebenepřavděpodobnější pochybnost by vedla k netransparentnosti zadávacího řízení, je absurdní. Vznesení požadavku na přečíslování je totiž pouhým přáním zájemce a případně i obstrukčním jednáním. V žádném případě však nemůže představovat objektivní či kvalifikovanou pochybnost. Žalobce je tedy přesvědčen, že šetřenou zakázku neprovázely žádné kvalifikované pochybnosti, neboť ani žádný z dodavatelů nepodal námitku.

Dle názoru žalobce existují vedle přečíslování i další a účinnější postupy, které vyvrací pochybnosti o jakémkoliv neférovosti losování, a jsou schopné bezprostřední kontrolu losovacího zařízení suplovat v okamžiku, kdy tato není fakticky možná. Mezi tyto postupy patří vnější kontrola elektronického zařízení včetně programu v něm obsaženého, trojstupňová ochrana zařízení včetně vygenerování unikátního kódu a generování náhodného algoritmu pro vlastní losování. Rovněž i přistoupení k opakovanému testovacímu losování a provedení zkoušky Elektrotechnického zkušebního ústavu, s.p., jehož písemná zpráva byla přítomným nabídnuta k nahlédnutí. V neposlední řadě byl o celém procesu losování vyhotoven notářský zápis. Žalobce má za to, že by měla být dodržena jistá míra přiměřenosti co do nároků kladených na zadavatele při zajišťování férovosti losování. Mělo být vzato v úvahu i to, že se jedná o podlimitní veřejnou zakázku, tj. i jiné zákonné požadavky na průběh zadávacího řízení.

Žalobce dále rozvedl, z jakých důvodů nelze výše zmíněný rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2012-108 aplikovat v posuzovaném případě. Zaprvé byly v případě řešeném Krajským soudem v Brně jedním ze zájemců podány zdůvodněné námitky proti úkonu zadavatele, a to mj. proti použití losovacího zařízení. Podání námitek by mohlo signalizovat určité pochybení zadavatele a bylo by možné uvažovat o kvalifikovaných pochybnostech vzhledem k transparentnosti losování. Vůči žádnému úkonu žalobce však námitka nebyla podána. Krajský soud se sice zabýval nesvolením se změnou přidělených čísel, avšak za situace, kdy v zadávacích podmínkách nebyl předem žádný mechanismus stanoven. V případě žalobce však byl tento mechanismus jasně definován. Na rozdíl od rozhodnutí Krajského soudu v Brně bylo žalobcem zájemcům pregnantně vysvětleno, jaké důvody jej vedly k odmítnutí žádosti. Důvody přitom vycházely z podmínek uvedených v kvalifikační dokumentaci. Nadto se v případě žalobce jednalo o zakázku výrazně nižšího rozsahu, podlimitní veřejnou zakázku. Žalovaný se ani k námitce nepřenositelnosti rozhodnutí

na věc žalobce nevyjádřil, a tudíž shledal žalobcem napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným.

Žalobce již ve správním řízení namítal porušení zásady legitimního očekávání, principu právní jistoty a předvídatelnosti rozhodování orgánů veřejné moci. V okamžiku zamítnutí žádosti zájemce totiž jednal v důvěře ve výklad zákona správním orgánem. Přes závěry žalovaného o neexistenci konstantní a dlouhodobé praxe je žalobce přesvědčen, že rozhodnutí žalovaného č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/Mne, bylo způsobilé vyvolat legitimní očekávání u zadavatele. Do okamžiku zúžení počtu v šetřené zakázce neexistovala ani rozhodovací praxe správních soudů, která by se výslovně zabývala elektronickým losováním. Dle názoru žalobce nelze změnit zadávací podmínky ani ve prospěch podpory hospodářské soutěže, a proto není možné upravit zadávací podmínky ve smyslu změny předem deklarovaného mechanismu losování.

Není-li kontrola elektronického zařízení možná, pak již ze samé povahy losování bude vždy existovat prostor pro pochybnosti a nezdár při zadávání veřejné zakázky. Žalovaný však nebere v úvahu prostředky nápravy, jež ZVZ dodavatelům nabízí, a to konkrétně námitky k úkonu zadavatele. Proces losování je natolik komplikovaný z pohledu kontroly, že není v silách zadavatele rozptýlit veškeré pochybnosti o férovosti losování, které mohou u zájemců vyvstat. Stejná míra podezření by přitom mohla setrvat i po přečíslování provedeném bezprostředně před vlastním losováním, jelikož nelze nikterak vyvrátit pochybnost, že zadavatel mohl toto přečíslování provést tak, aby ve výsledku konkrétním zájemcům byla přidělena čísla, která „zmanipulovaný“ elektronický nástroj pro losování vygeneruje. Smyslem a účelem ustanovení umožňujícího zúžení počtu zájemců za pomoci losování je pak zjednodušení administrativy. Pokud by zadavatel měl při každém využití losování vynakládat nepřiměřeně zvýšené úsilí na rozptýlení sebemenších pochyb, k žádné administrativní a finanční úspoře by nedošlo. Tento excesivní výklad žalovaného by vedl k situaci, že jakékoliv využití elektronického losovacího zařízení by a priori způsobilo netransparentnost zadávacího řízení, čímž by učinil ustanovení § 61 ZVZ toliko obsolentním. V posuzovaném případě bylo přitom dostatečně zabezpečeno, aby elektronické zařízení generovalo skutečně náhodná čísla. Při opakování losování při využití náhodného algoritmu je vysoce pravděpodobné, že by byl vylosován jiný okruh zájemců. Není ani vyloučeno, že by některý z nich mohl zadavateli nabídnout výhodnější podmínky. Tato skutečnost je však spojena se samotnou podstatou losování, přičemž toto zjednodušení probíhá za zachování adekvátní míry hospodářské soutěže. Žalobce přitom připustil do užšího výběru 10 zájemců, což je dvojnásobek zákonného minima.

Žalobce se dále vyjádřil k rozsudku Krajského soudu v Brně, č. j. 62 Af 61/2012-108, kterým byl potvrzen rozhodnutím Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 64/2013-49. Uvedl, že ve správním řízení se analogicky využijí zásady trestního práva, a to např. princip zákonnosti, zásada *nullum crimen/nulla poena sine lege*, *in dubio pro reo*, dodržení minimálních důkazních standardů pro vynesení trestajícího rozhodnutí, a rovněž zásada, dle které břemeno důkazní leží na správním orgánu. Žalovaný se však dopustil uložení povinnosti nad rámec zákona, což je nepřijatelné. Rovněž nelze žalobci uložit pokutu na základě pouhé domněnky netransparentnosti, aniž by tato skutečnost byla alespoň v minimální míře žalovaným prověřena a odůvodněna. Rozhodnutím Krajského soudu v Brně nebyl žalovaný

zbaven důkazní povinnosti. V silách žalobce přitom není předem rozptýlit veškeré pochybnosti. Tuto povinnost však zadavateli ani zákon neukládá. Pokud by žalovaný dodržel při vedení správního řízení uvedené zásady, nemohlo by nastat, že by byl zadavatel využívající elektronické losování odsouzen bez dalšího k nezdaru při zadání veřejné zakázky.

Žalobce závěrem uvedl, že další negativa jsou spojena s celkovou či částečnou nemožností čerpání dotace v případě financování předmětu zakázky tímto způsobem či v krajním případě s pokutou od orgánu dohledu. Přestože žalobce namítal nedodržení základních zásad správního trestání již ve správním řízení, žalovaný se s touto námitkou nikterak nevypořádal. Z tohoto důvodu žalobce považoval napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné.

Žalobce proto závěrem navrhl, aby krajský soud napadené i prvostupňové rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Pro případ, že by krajský soud neshledal důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí, navrhl žalobce, aby soud s ohledem na celkové okolnosti případu ve smyslu ustanovení § 78 odst. 2 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s.ř.s.“) od uloženého trestu upustil či jej adekvátně snížil.

III.

Vyjádření žalovaného k žalobě

Žalovaný ve svém vyjádření nejprve uvedl, že naprostá většina námitek je pouhým opakováním námitek obsažených v rozkladu, přičemž žalovaný se těmito námitkami vyčerpávajícím způsobem zabýval.

Žalovaný nesouhlasil s argumentací žalobce, že naplnil veškeré podmínky stanovené v ustanovení § 61 odst. 4 ZVZ. Odmítnutím požadavku na přidělení nových pořadových čísel zájemců o účast v užším řízení byla totiž zájemcům v podstatě znemožněna kontrola losovacího zařízení, neboť vzhledem k povaze losovacího zařízení žádná jiná kontrola ze strany zájemců bezprostředně před zahájením losování nebyla fakticky možná. K učinění závěru o porušení zásady transparentnosti přitom stačí pouhá pochybnost o regulérnosti postupu zadavatele. Žalobce byl tedy ten, na němž ve smyslu ustanovení § 61 odst. 4 a 5 ZVZ spočívalo důkazní břemeno v prokázání neexistence jakýchkoliv reálných a objektivizovaných pochybností o způsobu a průběhu losování. Žalovaný nebyl povinen zkoumat, zda v šetřeném případě došlo při losování k manipulaci či nikoliv. Byl pouze povinen přezkoumat konkrétní okolnosti případu, čemuž dostal. Tyto okolnosti ve vzájemné kombinaci přitom vedly k netransparentnímu postupu při omezení počtu zájemců o účast v užším řízení na veřejnou zakázku. Pro zachování zásady transparentnosti bylo třeba uvést racionální důvod, proč k přečíslování nepřistoupit. Požadavek na přečíslování přitom nemohl být neočekávaný. Zákon nadto ani žalobci neukládal stanovit dopředu způsob číslování zájemců. Skutečnost, že si žalobce takovou zadávací podmínku stanovil, ačkoliv to nebylo nutné, pak v souvislosti s následným losováním, kdy žalobce touto zadávací podmínkou zdůvodnil zamítnutí požadavku na přečíslování, nemůže být vnímáno jako prvek přispívající ke zvýšení transparentnosti postupu losování. Odkaz žalobce na sdělení žalovaného č. j. ÚOHS-D411/2011/VZ-17838/2011/520/DŘí je poté nepřipadný, neboť toto se nevztahovalo

na samotnou možnost přečíslování. Rozhodující není ani skutečnost, že se losování neúčastnili všichni zájemci, neboť všichni měli právo se losování účastnit a bylo pouze na jejich rozhodnutí, zda toho využijí. Skutečnost, zda zástupci zájemců brojili proti způsobu losování podáním námitek či podáním návrhu k žalovanému, nemá na posouzení porušení zásady transparentnosti žádný vliv. Porušení zásady transparentnosti lze totiž shledat jen na základě přezkumu průběhu losování.

K námitce legitimního očekávání žalovaný uvedl, že jedno jeho rozhodnutí v jednom správním řízení není možné považovat za konstantní, ustálenou a dlouhodobou správní praxi. Jde-li o případ sp. zn. ÚOHS-P434/2014/VZ, žalovaný uvedl, že se jednalo pouze o šetření podnětu, které nelze zaměňovat se správním rozhodnutím. Důvodem pro nezahájení řízení byla skutečnost, že šetřená veřejná zakázka nespádala pod režim ZVZ, neboť se jednalo o veřejnou zakázku malého rozsahu. Proto nelze případ žalobce považovat za stejný či obdobný. Žalovaný proto setrval na názoru, že napadené rozhodnutí není v rozporu s principem legitimního očekávání žalobce.

Žalovaný se dále vyjádřil k námitce nesprávného výkladu. Uvedl, že žalobce si nejenom dobrovolně zvolil jednotlivá konkrétní řešení související s průběhem losování, nýbrž taktéž zvolil jejich kombinaci. Pak se ocitl v situaci, která neumožňovala odstranit pochybnosti o férovosti průběhu losování v okamžiku, kdy bylo požádáno o přečíslování. Cílem žalovaného není vytvořit podrobný návod, jak by mělo losování konkrétně probíhat. Zákon dává zadavateli možnost svobodně si vybrat druh zadávacího řízení, a v užším řízení pak i druh omezení počtu zájemců. Je to proto zadavatel, kdo si má zvolit takový způsob, u kterého bude schopen zajistit jeho transparentnost a soulad svého postupu se zákonem.

K žalobní námitce porušení základních zásad správního trestání žalovaný uvedl, že k porušení principu transparentnosti došlo jednáním žalobce popsaným v prvostupňovém rozhodnutí. Žalovaný přitom správně posoudil jednání žalobce jako narušující princip transparentnosti dle ustanovení § 6 ZVZ, neboť ve správním řízení předcházejícím vydání napadeného rozhodnutí bylo prokázáno, že existují okolnosti vzbuzující důvodnou pochybnost o férovosti průběhu omezení počtu zájemců dle ZVZ a tyto závěry měly oporu v provedeném dokazování.

S ohledem na vše výše uvedené proto žalovaný závěrem navrhl, aby krajský soud podanou žalobu v celém rozsahu jako nedůvodnou zamítl.

IV.

Replika žalobce

Žalobce především poukázal na skutečnost, že došlo k vydání rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 18. 4. 2016, č. j. 11 A 107/2014-38, kterým bylo zrušeno rozhodnutí Ministerstva životního prostředí ze dne 12. 5. 2014, č. j. 1342/330/14, 28667/ENV/14. Tímto rozhodnutím byla žalobci pro údajnou netransparentnost při zadávání veřejné zakázky s názvem „Revitalizace Markvartického rybníka“ udělena poskytovatelem dotace tzv. korekce. Městský soud přitom Ministerstvu životního prostředí vytknul, že rezignoval na konkrétní zdůvodnění, proč je zamítnutí požadavku na výměnu čísel považováno za krok,

který činí celé zadávací řízení netransparentním. Výhrady soudu vůči rozhodnutí Ministerstva životního prostředí lze pak vztáhnout i na napadené rozhodnutí.

K vyjádření žalovaného uvedl, že také v případě zadávání zakázek malého rozsahu je uloženo zadavatelům ctít mj. zásadu transparentnosti. Spatřovat při posuzování transparentnosti výběrového/zadávacího řízení odlišnost u dvou skutkově/průběhem stejných případů toliko v tom, že jeden proběhl v režimu zakázek malého rozsahu a druhý v režimu zákonném, je pak chybné. Žalovaný tak nebere v potaz závěry věci jím vedené pod sp. zn. ÚOHS-P434/2014/VZ, kde žádné porušení zákona nebylo shledáno.

V.

Průběh jednání

Žalobce při jednání především zdůraznil, že posuzovaná věc se rozpadá do třech směrů. První část se týká losování a žalovaného, další pak poskytovatele dotace a poslední finančního úřadu a případného odvodu za porušení rozpočtové kázně. Rozhodnutí žalovaného či jeho předsedy pak není v souladu se shora uvedeným rozsudkem Městského soudu v Praze. Rovněž zdůraznil, že nemohlo být měněno pořadí, neboť čísla byla přidělena podle toho, jak došly přihlášky. Odmítnutí přečíslování mělo racionální důvod, neboť 16 uchazečů nebylo přítomno a mohla by vzniknout pochybnost. Rovněž žalovaný v této době uváděl, že změna čísel není potřeba. Z 25 uchazečů bylo vylosováno 10, což zajišťuje dostatečně velkou soutěž, která nebyla ovlivněna. Pochybnosti přitom ani nešly od uchazečů, ale z ministerstva financí.

Žalovaný při jednání především uvedl obdobnou argumentaci jako v napadeném rozhodnutí a ve vyjádření k žalobě. Zdůraznil, že v posuzovaném případě jedinou možnou kontrolou losování bylo provedení přečíslování. Pokud se tak nestalo, pak existují pochybnosti o netransparentnosti losování.

K dotazu soudu žalobce uvedl, že žalovaný podle jeho názoru v daném období posuzoval jenom jeden stejný případ. Žalovaný pak uvedl, že se jednalo o jediný případ rozhodnutí. Praxe účastníků byla v začátcích a vždy se posuzovaly konkrétní okolnosti případu.

Soud k důkazu provedl rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 18. 4. 2016, č. j. 11 A 107/2014-38.

VI.

Posouzení věci krajským soudem

Žaloba byla podána v zákonné dvouměsíční lhůtě (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního – dále jen „s.ř.s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.) a jde o žalobu přípustnou (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Napadené rozhodnutí žalovaného krajský soud přezkoumal v řízení podle části třetí, hlavy II, dílu 1, § 65 a následujících s.ř.s. v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2

s.ř.s), ověřil přitom, zda rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti, a vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době vydání rozhodnutí (§ 75 odst. 1 s.ř.s.).

Krajský soud v Brně dospěl k závěru, že žaloba není důvodná. Soud při svém rozhodování vyšel z následujících skutečností, úvah a závěrů.

Zdejší soud se v nyní řešené věci v podstatě ztotožnil s právním hodnocením podaným žalovaným v odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí. Na argumentaci žalovaného pak soud výslovně odkazuje též vzhledem k obsahové podobnosti rozkladových a žalobních námitek.

Přednostně se zdejší soud zabýval námitkou nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, neboť se jedná o tak závažnou vadu, že se jí musí zabývat i tehdy, pokud by to žalobce nenamítal, tedy z úřední povinnosti. Je-li totiž správní rozhodnutí nepřezkoumatelné, lze jen stěží uvažovat o jeho přezkumu správním soudem, což ostatně vyplývá již z lingvistické stránky věci, kdy nepřezkoumatelné rozhodnutí logicky nelze věcně přezkoumat. Nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí tedy obvykle bývá překážkou posouzení důvodnosti dalších žalobních námitek, což však v daném případě nenastalo.

Žalobcem byla namítána nepřezkoumatelnost rozhodnutí pro nedostatek důvodů. K nepřezkoumatelnosti správních rozhodnutí pro nedostatek důvodů uvedl Vrchní soud v Praze v rozsudku ze dne 26. 2. 1993, sp. zn. 6 A 48/92, SJS 27/0, SP č. 27/1994, že: *„Z odůvodnění rozhodnutí musí být seznatelné, proč správní orgán považuje námitky účastníka za liché, mylné nebo vyvrácené, které skutečnosti vzal za podklad svého rozhodnutí, proč považuje skutečnosti předestírané účastníkem za nerozhodné, nesprávné, nebo jinými řádně provedenými důkazy za vyvrácené, podle které právní normy rozhodl, jakými úvahami se řídil při hodnocení důkazů a jaké úvahy jej případně vedly k uložení sankce v konkrétní výši. Z odůvodnění správního rozhodnutí musí jednoznačně vyplývat, že se správní orgán posuzovanou věcí zabýval, neopomenul žádné účastníkovy námitky a přihlédl i k námitkám strany druhé. Užití argumenty a úvahy správního orgánu nesmí vzbudit pochybnosti o jeho nezávislosti a odbornosti. Z odůvodnění musí plynout vztah mezi skutkovými zjištěními a úvahami při hodnocení důkazů na straně jedné a právními závěry na straně druhé. Pokud by tomu tak nebylo, rozhodnutí by bylo nepřezkoumatelným, neboť by nedávalo dostatečné záruky pro to, že nebylo vydáno v důsledku libovůle.“*

Při výkladu pojmu „nepřezkoumatelnost rozhodnutí správního orgánu“ vyšel zdejší soud dále i z konstantní judikatury vztahující se k nepřezkoumatelnosti soudních rozhodnutí, která je shrnuta např. v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 12. 2011, č. j. 2 As 85/2011-170 (všechny rozsudky Nejvyššího správního soudu jsou dostupné na www.nssoud.cz), kde je mj. uvedeno: „K vymezení rozsahu přezkoumatelnosti soudních rozhodnutí přispěl Ústavní soud, který např. v nálezu ze dne 11. 4. 2007, sp. zn. I. ÚS 741/06, publ. ve Sb.n.u. ÚS, svazek 45, náleží 64, str. 77, vyslovil, že odůvodnění rozhodnutí soudu jednajícího a rozhodujícího ve správním soudnictví, z něhož nelze zjistit, jakým způsobem postupoval soud při posuzování rozhodné skutečnosti, nevyhovuje zákonným požadavkům kladeným na obsah odůvodnění a v konečném důsledku takové rozhodnutí zasahuje do

základních práv účastníka řízení, který má nárok na to, aby jeho věc byla spravedlivě posouzena. Ústavní soud rovněž v nálezu ze dne 17. 12. 2008, sp. zn. I. ÚS 1534/08 (dostupný na nalus.usoud.cz) také konstatoval: „*Soudy jsou povinny své rozhodnutí řádně odůvodnit; jsou povinny též vysvětlit, proč se určitou námitkou účastníka řízení nezabývaly (např. proto, že nebyla uplatněna v zákonem stanovené lhůtě). Pokud tak nepostupují, porušují právo na spravedlivý proces garantované čl. 36 odst. 1 Listiny.*“ V tomto nálezu Ústavní soud dále vyslovil, že „... *je-li povinností krajských soudů vyplývající z práva na spravedlivý proces podle článku 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod to, aby se vypořádaly i s námitkami žalobců uplatněnými opožděně, a to z pohledu včasnosti jejich uplatnění, tím spíše je dána povinnost krajských soudů vypořádat se s námitkami uplatněnými v žalobě, tedy řádně a včas*“. Z konstantní judikatury Ústavního soudu (např. nálezy ze dne 20. 6. 1996, sp. zn. III. ÚS 84/94, publ. ve Sb. n. u. ÚS, svazek 3, nálezy 34, str. 257, a nálezy ze dne 26. 6. 1997, sp. zn. III. ÚS 94/97, publ. ve Sb. n. u. ÚS, svazek 8, nálezy 85, str. 287) také vyplývá, že jedním z požadavků vyplývajících z práva na spravedlivý proces a z principů právního státu je povinnost soudů svá rozhodnutí odůvodnit. Ve správním soudnictví nachází tato zásada vyjádření v ustanovení § 54 odst. 2 s.ř.s. Z odůvodnění rozsudku musí vyplývat vztah mezi skutkovými zjištěními a úvahami při hodnocení důkazů na straně jedné a právními závěry na straně druhé. Pokud by tomu tak nebylo, rozhodnutí by bylo nepřezkoumatelné, protože by nedávalo dostatečné záruky pro to, že nebylo vydáno v důsledku libovůle a způsobem porušujícím ústavně zaručené právo na spravedlivý proces.

Také Nejvyšší správní soud ve svých rozsudcích opakovaně vyslovil, že není-li z odůvodnění napadeného rozsudku krajského soudu zřejmé, proč soud nepovažoval za důvodnou právní argumentaci účastníka řízení v žalobě a proč žalobní námitky účastníka považuje za liché, mylné nebo vyvrácené, nutno pokládat takové rozhodnutí za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů ve smyslu § 103 odst. 1 písm. d) s.ř.s. zejména tehdy, jde-li o právní argumentaci, na níž je postaven základ žaloby. Soud, který se vypořádává s takovou argumentací, ji nemůže jen pro nesprávnost odmítnout, ale musí také uvést, v čem konkrétně její nesprávnost spočívá (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005-44, publ. pod č. 689/2005 Sb. NSS, a také rozsudek ze dne 29. 7. 2004, č. j. 4 As 5/2003-52). Obdobně v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 11. 2007, č. j. 1 Afs 53/2007-34, bylo vysloveno, že „... *je povinností soudu stranám sporu ozřejmit, jakými úsudky byl veden a k jakým závěrům dospěl*“. V této souvislosti lze také poukázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 1. 2008, č. j. 5 As 29/2007-64, v němž se uvádí, že v situaci, kdy „... *je část odůvodnění rozsudku krajského soudu, v níž se měl krajský soud vyjádřit ke skutkovým a právním otázkám vyplývajícím z uplatněných žalobních bodů, tvořena z valné části toliko pasážemi převzatými bez dalšího komentáře z publikovaného judikátu v jiné, skutkově i právně odlišné věci, aniž by krajský soud zároveň vyložil, jaký význam mají tyto převzaté závěry pro jeho rozhodnutí ve věci, je rozsudek krajského soudu nepřezkoumatelný pro nesrozumitelnost a nedostatek důvodů*“. Za nepřezkoumatelná pro nesrozumitelnost pak lze považovat zejména ta rozhodnutí, která postrádají základní zákonné náležitosti, z nichž nelze seznat, o jaké věci bylo rozhodováno či jak bylo rozhodnuto, která zkoumají správní úkon z jiných než žalobních důvodů (pokud by se nejednalo o případ zákonem předpokládaného přezkumu mimo rámec žalobních námitek), jejichž výrok je v rozporu s odůvodněním, která neobsahují vůbec právní závěry vyplývající z rozhodných skutkových okolností nebo jejichž důvody nejsou ve vztahu k výroku

jednoznačné (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Azs 47/2003-130, publ. pod č. 244/2004 Sb. NSS). Také správní rozhodnutí lze považovat za nepřezkoumatelné buď pro nedostatek důvodů, nebo pro nesrozumitelnost. Stejně závěry je třeba zásadně vztáhnout i na rozhodnutí správních orgánů.

Krajský soud neshledal žádnou z vad, pro kterou by bylo napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné, ať už pro nesrozumitelnost (nelze seznat určitý a jednoznačný výrok, jde o výrok s obsahem rozporuplným, nevykonatelným apod.), nebo pro nedostatek důvodů (odůvodnění je v rozporu s výrokem, popř. jiné důvody než ty, v nichž má mít dle zákona oporu, odůvodnění postrádá rozhodný důvod pro výrok či neobsahuje žádné hodnocení provedených důkazů a závěr z nich učiněný). Pokud žalobce namítá, že se žalovaný nedostatečně vypořádal se všemi důvody uvedenými v rozkladu, je třeba připomenout, že mu žádný právní předpis nestanoví povinnosti vypořádávat námitky či jednotlivé důkazy ve stejné struktuře, v jaké byl podán rozklad. Je pouze na žalovaném, aby rozkladové námitky či navržené důkazy vypořádal, logicky odůvodnil a argumentoval s uvedením skutkových a právních důvodů.

To se ve zde projednávaném případě stalo a soud proto nemůže přisvědčit žalobci ani v jednom z jeho odkazů na vady, které by vedly k nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí. Žalovaný se v dostatečné míře, zcela zřetelně a srozumitelně vyjádřil ke všem žalobcem uplatněným rozkladovým námitkám, přičemž žádnou tuto námitku neopomenul. Zdejší soud má taktéž za to, že zamítnutí jednotlivých rozkladových námitek zdůvodnil a srozumitelně uvedl, co jej vedlo k závěru napadeného rozhodnutí. Žalobce namítal, že se žalovaný nevypořádal s tím, že by navrhované přečíslování nepřispělo k transparentnosti losování. K tomu soud uvádí, že se žalovaný otázkou přečíslování a transparentností s tím spojenou velmi podrobně zabýval, a to konkrétně v bodech 21-35 napadeného rozhodnutí, kde se rozsáhle věnoval otázce transparentnosti losování. Žalobce dále v rozkladu uváděl námitku týkající se nepřenositelnosti rozhodnutí Krajského soudu v Brně, č. j. 62 Af 61/2012-108, na posuzovanou věc. K tomu soud uvádí, že se jednalo o námitku velmi obecnou, neboť žalobce v tomto směru neuvedl žádné konkrétní výhrady. Navzdory tomuto obecnému znění námitky se však žalovaný v napadeném rozhodnutí zabýval zdůvodněním, na základě jakých konkrétních skutečností považoval za příhodné aplikovat na posuzovanou věc rozsudek Krajského soudu v Brně. Lze přisvědčit žalobci v jeho tvrzení, že žalovaný skutečně v odůvodnění napadeného rozhodnutí konkrétně a jednotlivě nezmínil námitky nedodržení základních zásad správního trestání. Napadené rozhodnutí je však nutné vnímat jako celek a je tedy nutné zkoumat, zda vypořádání dané námitky nevyplývá obecně z textu odůvodnění napadeného rozhodnutí. Krajský soud považuje v tomto směru za nepochybné, že žalovaný v rámci napadeného rozhodnutí shledal postup a rozhodnutí správního orgánu I. stupně za zcela správné a odpovídající výkladu ZVZ i konstantní judikatuře. Z toho bez dalšího plyne, že neshledal jakékoliv pochybení stran nedodržení základních zásad správního trestání. Je rovněž nutné poznamenat, že rozporovaná námitka byla formulována nadmíru obecně. Žalobce v odporu uvedl: „*Jestliže pak ÚHOS jakousi od jiného případu „převzatou“ – pro zde řešený případ však blíže nepodloženou – úvahou dospívá k závěru o možném nedostatečném zabezpečení losovacího zařízení užitého v případě předmětného výběrového řízení, činí tak zcela v rozporu s alespoň minimálními standardy dokazování a rozhodování platnými pro řízení o správních deliktech. Jak známo, požadavky kladené na postup při*

správním trestání jsou totožné jako v případě řízení trestního (srov. např. již rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. května 2007, sp. zn. 8 As 17/2007).“ Pokud žalobce uplatní zcela obecnou rozkladovou námitku, aniž ji blíže specifikuje, pak správní orgán postupuje správně, vypořádá-li rozkladovou námitku ve stejné obecnosti, což se stalo i v posuzovaném případě. Z kontextu odůvodnění napadeného rozhodnutí je tak zřejmé, že se žalovaný se všemi žalobcem rozporovanými námitkami zabýval, byť některými obecně, a napadené rozhodnutí tudíž nelze označit za nepřezkoumatelné.

Z odůvodnění napadeného rozhodnutí, stejně jako prvostupňového rozhodnutí, je tak seznatelné, které otázky správní orgány považovaly za rozhodné. Vzájemná souvislost jednotlivých úvah, jež v napadeném rozhodnutí vyslovil žalovaný, je zřetelná. Napadené rozhodnutí proto krajský soud považuje za přezkoumatelné. Ostatně sám žalobce s tímto rozhodnutím polemizuje, což by v případě nepřezkoumatelnosti nebylo možné. Skutečnost, že se závěry žalovaného nesouhlasí, nutně neznamená, že je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné.

Ve světle těchto skutečností považuje krajský soud námitku nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí za nepřipadnou. Přistoupil proto k posouzení podstaty projednávané věci.

V nyní řešené věci je nepochybné, že žalobce jakožto zadavatel omezoval v užším řízení počet zájemců losováním prostřednictvím elektronického prostředku. Žalobce rozporuje závěry žalovaného, že se mělo jednat o losování netransparentní a jeho postup byl v rozporu s pravidly pro omezování účasti zájemců losováním.

Podle ustanovení § 6 ZVZ (v jeho na věc aplikovatelném znění) je zadavatel *povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.*

Podle ustanovení § 61 odst. 1 ZVZ *omezil-li veřejný zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním nebo v soutěžním dialogu, provede výběr ze zájemců, kteří řádně prokázali splnění požadované kvalifikace, a to podle objektivních kritérií podle odstavce 2 nebo 4 uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace objektivních kritérií může být uvedena v kvalifikační dokumentaci.*

Podle ustanovení § 61 odst. 4 ZVZ *objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle odstavce 1 může být rovněž náhodný výběr provedený losem, popřípadě kombinace objektivních kritérií podle odstavce 2 a náhodného výběru losem. Losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6 prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování. Účastnit se losování mají právo zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním.*

Podle ustanovení § 61 odst. 5 ZVZ je zadavatel *povinen umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.*

Krajský soud v Brně ve svém rozhodnutí ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108 dovodil: „(...) pokud jde o jednotlivé podmínky (požadavky) na losování, které pramenily z tehdejšího znění § 61 odst. 4 a 5 ZVZ, pak těmi jsou:

1. soulad se zásadami uvedenými v § 6 ZVZ;
2. uskutečnění losování prostřednictvím mechanických, elektromechanických, elektronických nebo obdobných zařízení;
3. účast notáře, který osvědčuje průběh losování;
4. právo všech zájemců, jichž se losování týká, účastnit se losování;
5. písemné vyrozumění o termínu losování nejméně 5 dnů před losováním;
6. umožnění zájemcům reálně zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.“

Pokud se týká první z podmínek, jedná se o soulad se zásadami uvedenými v ustanovení § 6 ZVZ, kterými jsou zásada transparentnosti, zákazu diskriminace a rovného zacházení. V případě zásady transparentnosti, v souladu s níž má být losování prováděno a o jejíž porušení je mezi žalobcem a žalovaným sporu, má tato zajistit, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem (srov. rozsudky Krajského soudu v Brně ze dne 15. 2. 2012, č. j. 62 Af 47/2010-53, a ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108). Význam zásady transparentnosti v první řadě směřuje k cíli samotného práva veřejných zakázek, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Právě k zajištění konkurence mezi dodavateli slouží rovněž zásada transparentnosti (srov. přiměřeně rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, publ. pod č. 1771/2009 Sb. NSS). Transparentním postupem je poté takový postup, který nevzbuzuje žádné reálné a objektivizované pochybnosti o tom, že zadavatel jedná korektně a regulérně a že v zadávacím řízení využívá fair prostředků. Požadavek transparentnosti poté není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelském postupu shledány „(...) takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků.“ (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. 5. 2007, sp. zn. 31 Ca 166/2005).

Výkladem pojmu transparentnosti se dále podrobně zabýval taktéž Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159 (č. 2189/2011 Sb. NSS), ve kterém svůj výklad opřel mimo jiné o judikaturu Soudního dvora (zejména rozsudky ve věcech C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH a Telefonadress GmbH proti Telekom Austria AG*, Sb. rozh. s. I-10745, bod 62; a C-324/07, *Coditel Brabant SA proti Commune d'Uccle a Région de Bruxelles-Capitale*, Sb. rozh. s. I-8457, bod 25). Uzavřel přitom, že „(...) podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. Motivy jednotlivých osob participujících na výběru zájemců o veřejnou zakázku (ať již budou tyto motivy plně zákonné, dané pouhou neschopností navenek působit férově a řádně, event. nezákonné, nebo snad dokonce kriminální) jsou v tomto ohledu pro posouzení porušení zásady transparentnosti irelevantní.

Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti. Tyto úvahy platí tím spíše v případě, kdy se přistoupí k losování, protože losování je úkon ze své povahy nepřezkoumatelný.“ Nejvyšší správní soud dále dovodil, že „(...) pojem zásada transparentnosti spadá do kategorie tzv. neurčitých právních pojmů; jejich definování obecně v právních předpisech pro jejich povahu samu nemusí být vhodné, dokonce ani možné. To platí tím spíše o právních zásadách, jejichž obecnost a abstraktnost je již samotným klasifikačním znakem právních zásad jako specifického druhu právních pravidel (srov. Holländer, P. Filosofie práva, Aleš Čeněk, Plzeň 2006, s. 139 násl.). Neurčité právní pojmy zahrnují jevy nebo skutečnosti, které nelze úspěšně zcela přesně právně definovat; jejich obsah a rozsah se může měnit, často bývá podmíněn časem a místem aplikace normy. Při interpretaci neurčitého právního pojmu se správní orgán musí zabývat konkrétní skutkovou podstatou, jakož i ostatními okolnostmi případu, přičemž sám musí alespoň rámcově obsah a význam užitého neurčitého pojmu objasnit, a to z toho hlediska, zda posuzovanou věc lze do rámce vytvořeného rozsahem neurčitého pojmu zařadit. Proto se zjištění, zda v daném případě byla porušena zásada transparentnosti, musí odvíjet od hodnocení všech okolností konkrétního případu, z nichž správní orgán učiní závěr, zda je daný pojem naplněn či nikoli. Zákonodárce užitím neurčitých právních pojmů dává orgánu aplikujícímu právní předpis prostor, aby posoudil, zda konkrétní situace patří do rozsahu neurčitého právního pojmu či nikoli.“

Krajský soud v nyní řešeném případě z obsahu správního spisu ověřil, že postup žalobce před uskutečněním losování nebyl v rozporu s ustanovením § 6 ZVZ, neboť losování bylo pro omezení účasti zájemců na veřejné zakázce ve smyslu ZVZ možné použít. Žalobce rovněž řádně oznámil, jakým způsobem dojde k omezení počtu zájemců, přičemž taktéž označený způsob losování odpovídal základním zásadám zadávacího řízení. Losování, které je prováděno řádně a způsobem vylučujícím jakékoliv pochybnosti ohledně fair postupu, je totiž jistě dostatečně nediskriminační i transparentní, když ZVZ v jeho na věc aplikovatelném znění losování jako formu omezování účasti v užším řízení obecně připouštěl. Ve vztahu k rozhodné právní úpravě tak nelze bez dalšího dovozovat, že by jakékoliv losování za účelem omezení účasti zájemců v užším řízení bylo netransparentní, a tedy v rozporu s ustanovením § 6 ZVZ.

Lze dovodit, že zajištění toho, aby veškeré kroky prováděné v zadávacím řízení (a tedy i losování) nepůsobily netransparentně, je vždy na zadavateli příslušné veřejné zakázky (v tomto případě na žalobci). Zadavatel měl tedy v daném případě zabezpečit, aby losování probíhalo férově, aby jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti a aby řádný průběh losování byl dostatečně jasně kontrolovatelný. Jak již konstatoval zdejší soud ve svém rozhodnutí ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108: „Přistoupí-li tedy zadavatel k losování, musí být připraven unést břemeno, které spočívá v neexistenci jakýchkoli reálných a objektivizovaných pochybností o způsobu a průběhu losování. Zadavatel, hodlal-li omezovat účast zájemců losováním, tedy měl v daném případě zabezpečit, aby losování probíhalo férově, aby jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti a aby řádný průběh losování byl dostatečně jasně kontrolovatelný.“ Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012-55, uvedl, že „(...) posouzení transparentnosti losování v žádném případě nespočívá v dokazování, zda došlo při losování k manipulaci či nikoliv. Po porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou

pochybnost o férovosti průběhu losování. K tomu může dojít i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo. (...) pochybnosti mohou vzejít i z pouhé neschopnosti působit navenek při losování férově.“

Žalovaný přitom dle názoru soudu dospěl ke správnému závěru, že v případě žalobce jakožto zadavatel veřejné zakázky výše uvedené povinnosti nedostál. Pohlíží-li totiž soud na skutečnosti uvedené žalovaným v napadeném rozhodnutí, které losování provázely z hlediska zásady transparentnosti, dospívá ke zcela shodnému závěru. I soud má totiž za to, že kombinace žalovaným uvedených skutečností, které provázely proces losování, způsobuje porušení zásady transparentnosti ve smyslu ustanovení § 6 ZVZ.

Soud dále předesílá, že posouzení transparentnosti losování v žádném případě nespočívá v dokazování, zda došlo při losování k manipulaci či nikoliv. Pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. K tomu může dojít taktéž v případě, kdy k žádné manipulaci nedošlo. Jak uvedl Nejvyšší správní soud ve výše citovaném rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, pak pochybnosti mohou vzejít i z pouhé neschopnosti působit navenek při losování férově (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012-55).

Žalobci nelze upřít, že nepochybně splnil velkou část podmínek stanovených v ustanovení § 61 odst. 4 ZVZ, když stanovil termín losování s dostatečným předstihem (o kterém rovněž jednotlivé účastníky včas vyrozuměl), umožnil všem zájemcům účast na losování, zvolil prostředek k losování ZVZ výslovně zmíněný a zajistil účast notáře na losování. Tyto skutečnosti bezpochyby nelze při posuzování transparentnosti dané části zadávacího řízení přehlédnout, nicméně tyto z losování ještě transparentní proces nečinily. Podle ustanovení § 61 odst. 4 ZVZ je totiž transparentnost samostatným požadavkem stojícím vedle splnění dalších (výše citovaných) podmínek týkajících se průběhu losování.

V souladu s vysloveným právním názorem zdejšího soudu v jeho rozhodnutí ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108 (potvrzený rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49), je třeba brát v potaz, že samotné losovací zařízení, které bylo k losování použito, v kombinaci s dílčími prvky procesu losování transparentnost losování nezaručilo. Skutečnost, že notář pořizující záznam uvedl, že losování proběhne prostřednictvím elektronického nástroje, počítače vybaveného k tomuto účelu příslušným programem s optimálním zabezpečením, zajišťujícím současně i kontrolu celého počítače, která je trojstupňová, přičemž byl SW firmou vygenerován unikátní kód, s nímž se musí shodovat kód aplikace při jejím zahájení, v jejím průběhu i po ukončení, jako záruka, že program je stále stejný a ničím neovlivněný, neznamená nic víc, než že notář pouze přetlumočil sdělení osoby, která losování za osobu zadavatele moderovala, přičemž ze strany notáře nebylo k technické otázce fungování a průběhu losování prostřednictvím předmětného elektronického prostředku učiněno žádné odborné vyjádření, kterým by bylo sdělení osoby moderující losování jakkoliv ověřeno. Notářský zápis přitom řádný průběh losování nikterak sám o sobě neosvědčuje (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49).

V posuzovaném případě přitom existují okolnosti, které oslabují důvěru v korektní a obecně fair postup při losování, jak správně dovodil žalovaný. Žalovaný založil svůj závěr o pochybnostech o férovosti a transparentnosti řízení zejména na skutečnosti, že žalobce jakožto zadavatel neumožnil na žádost jednoho ze zájemců změnu pořadových čísel zájemců o účast v užším řízení. Způsob omezení počtu zájemců za použití elektronického losovacího zařízení přitom z povahy věci neumožňoval účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, čímž porušil svou povinnost stanovenou v ustanovení § 61 odst. 4 a ustanovení § 6 ZVZ. Tento svůj závěr žalovaný v napadeném i prvostupňovém rozhodnutí zcela logicky vysvětlil a založil ho na skutečnostech, které není třeba dokazovat, neboť jsou osvědčeny notářským zápisem.

K dosažení dostatečné míry transparentnosti losování pak může přispět dodržení dalších podmínek losování, a to umožnění kontroly losovacího zařízení ze strany zájemců. Přestože určitá kontrola byla provedena Elektrotechnickým zkušebním ústavem, s.p. (jak vyplývá z notářského zápisu), je třeba připomenout, že se nejednalo o bezprostřední kontrolu ze strany jednotlivých zájemců (ve smyslu ustanovení § 61 odst. 5 ZVZ), nýbrž o předchozí kontrolu třetí osobou bez přítomnosti zájemců. S ohledem na charakter losovacího zařízení je podstatné uvést, že účinná kontrola tohoto elektronického zařízení fakticky nebyla možná. Zájemci totiž měli toliko možnost se na losovací zařízení podívat a zvenčí si jej prohlédnout, avšak nemohli samostatně provést jakoukoliv efektivní a odbornou kontrolu losovacího zařízení z pohledu samotného postupu při losování. Jak dovodil zdejší soud v rozsudku ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, „(...) kontrolou losovacího zařízení a prostředků sloužících k losování ve smyslu § 61 odst. 5 ZVZ musí být rozuměna taková kontrola, která na místě losování s využitím prostředků, které mohou mít zájemci coby účastníci losování bezprostředně před zahájením losování k dispozici, umožní objektivně posoudit, zda losování může proběhnout korektním způsobem či nikoliv.“ Taková kontrola však v posuzovaném případě logicky nemohla ze strany zájemců proběhnout, a to právě s ohledem na charakter losovacího elektronického zařízení – tedy počítače s příslušným počítačovým programem, jenž byl v losovacím zařízení použit. K takové kontrole přitom nemohli být zájemci na samotném místě losování před jeho zahájením vybaveni, neboť by to vyžadovalo velmi specifické odborné znalosti, jež nelze po zájemcích bez dalšího vyžadovat a ani je předpokládat. Již z tohoto důvodu nemůže soud souhlasit se žalobcem, že zájemcům byla před zahájením losování umožněna dostatečná kontrola losovacího zařízení a prostředků sloužících k losování. Neumožnil-li tedy žalobce tuto kontrolu, pak bylo porušeno ustanovení § 61 odst. 5 ZVZ, ale došlo i k oslabení celkově transparentního dojmu z losování ve smyslu ustanovení § 6 ZVZ. Na této skutečnosti nemůže ničeho změnit ani argumentace žalobce, že mezi kontrolu elektronického losovacího zařízení patří ochrana obsaženého programu, přistoupení k opakovanému testovacímu losování a provedení zkoušky Elektrotechnickým zkušebním ústavem, s.p., jakož i provedení notářského zápisu, neboť tyto prostředky nejsou podřaditelné pod samostatnou, objektivní a účinnou kontrolu zájemců losovacího zařízení. Lze tedy shrnout, že v otázce kontroly použitého elektronického losovacího zařízení se skutečně nejednalo jak o kontrolu samotnými zájemci, tak o kontrolu samotného procesu losování, neboť tato kontrola byla z pohledu zájemců vzhledem k charakteru elektronického způsobu losování na místě losování fakticky neuskutečnitelná.

K tomuto pochybení ze strany žalobce jakožto zadavatele následně přistoupila další okolnost, která značně oslabilo důvěru v korektní a fair postup při losování, a to nevyhovění žádosti dvou zájemců o změnu pořadí uchazečů (resp. o změnu čísel jednotlivých zájemců, jež byly zájemcům pro účely losování přiděleny podle pořadí, v jakém byly doručeny jejich nabídky). Dle notářského zápisu žalobce svůj závěr zdůvodnil tak, že došlo k porušení podmínek tak, jak byly dány v kvalifikační dokumentaci. V ní bylo totiž stanoveno, že uchazečům bude přiděleno číslo v pořadí, v jakém byly doručeny jejich nabídky. Dle názoru soudu nelze tento důvod považovat z pohledu transparentnosti losování za opodstatněný. Předně je nutno poznamenat, že ZVZ nikterak neupravuje povinnost přiřazovat čísla pro losování konkrétním způsobem (např. právě v zadávací dokumentaci). Pokud tedy žalobce tento krok zcela nad rámec zákonných povinností učinil, nemohl následně pouze tímto zdůvodňovat zamítnutí předmětné žádosti. Měl-li žalobce pořadová čísla zájemců pro účely losování předem připravená (byť podle vzorce stanoveného v zadávacích podmínkách), činí již pouze tato skutečnost věc neprůhlednou a může být důvodem pro vznik pochybností o transparentnosti průběhu losování. Byla-li čísla zájemcům předem stanovena a kontrola losovacího zařízení bezprostředně před zahájením losování byla fakticky nemožná, pak postrádalo odmítnutí přečíslování před zahájením losování (jehož požadavek zdejší soud s ohledem na zjištěné skutkové okolnosti nepokládá za zjevně obstrukční postup jednotlivých zájemců) racionální zdůvodnění a pochyby o způsobu losování skutečně posiluje. Dopředné stanovení zadávací podmínky o přidělení čísel zájemcům pak s ohledem na kontext a průběh losování nelze označit za prvek, který by přispíval ke zvýšení transparentnosti postupu při losování. Žalobce pak věrohodně nezdůvodnil, z jakého důvodu není změna možná.

V posuzovaném případě tak byla de facto jediným způsobem, jak mohli sami zájemci sledovat transparentnost procesu losování, právě změna čísel přiřazených jednotlivým zájemcům bezprostředně před losováním. Tento návrh byl však odmítnut, neboť by došlo k porušení zadávacích podmínek. V podané žalobě bylo namítáno, že změna čísel na poslední chvíli bez informování všech zájemců by nebyla transparentní. Dle názoru soudu však jako argument nemůže obstát tvrzení, že by museli být o přečíslování vyrozuměni dopředu všichni zájemci. Ze správního spisu totiž nevyplývá, že by byly zájemci dopředu (např. v oznámení o termínu losování) vyrozuměni, jaká jim budou přidělena čísla pro účely losování. Pokud tedy někteří zájemci nevyužili svého práva účastnit se procesu losování, jednalo se o jejich zcela dobrovolné rozhodnutí, přičemž museli být srozuměni s případnými negativními důsledky svého rozhodnutí, která měli strpět. Dobrovolnou absenci těchto zájemců poté nelze klást k tíži zájemcům, kteří se konání losování zúčastnili, a měli zájem na uplatnění všech svých oprávnění v jeho průběhu. Stejně tak nelze souhlasit s tvrzením, že by změna čísel na poslední chvíli byla netransparentní. Je sice třeba přisvědčit žalobci, že ze ZVZ nevyplývá žádná povinnost zadavatele provést přečíslování zájemců o účast, nicméně pro zachování zásady transparentnosti dle ustanovení § 6 ZVZ (s ohledem na všechny nastanuvší okolnosti) bylo třeba v případě žalobce racionálně zdůvodnit, proč k přečíslování nemohlo dojít. Žalobce však tomuto nedostal a jeho argumentace (ať již přímo v dané situaci či následná) nebyla shledána za opodstatněné zdůvodnění odmítnutí přečíslování zájemců pro potřeby losování. Krajský soud má naopak ve shodě se žalovaným za to, že změna čísel zájemců bezprostředně před zahájením losování by umožnila zájemcům faktickou kontrolu losovacího postupu. S ohledem k technické povaze a charakteru losovacího zařízení totiž jiná kontrola ze strany zájemců bezprostředně před zahájením losování nebyla reálně možná. Odmítnutím požadavku na

přidělení nových čísel zájemců byla zájemcům v podstatě znemožněna kontrola losovacího zařízení. V důsledku tohoto postupu poté mohlo vzniknout podezření, že mechanismus výběru čísel by mohl být zadavatelem nastaven tak, aby byli vylosováni právě konkrétní zájemci s předem přidělenými pořadovými čísly.

Souhrn uvedených okolností vyvolává objektivizovaný dojem, že použité losovací zařízení nemuselo zaručovat náhodný výběr čísel jednotlivých zájemců, když přitom samotnou podstatou losování je právě náhodný výběr.

Z pohledu posuzování dodržení zásady transparentnosti losování není podstatné, zda zájemci byli skutečně losováni náhodným výběrem či nikoliv. Již samotná pochybnost o korektnosti a fair průběhu losování, která vyvstane na základě určitých indicií, jež byly shora podrobně rozvedeny, je postačující k závěru, že byla porušena zásada transparentnosti. Na základě této úvahy tedy není podstatné, zda k unfair ovlivňování losování skutečně došlo či nikoliv. Podstatnou je toliko skutečnost, že existuje reálná možnost, že k určitému ovlivňování dojít mohlo. Vyvstala tak objektivní pochybnost o korektnosti a fair průběhu losování.

Soud k tomu dále dodává, že to byl právě žalobce jakožto zadavatel veřejné zakázky, na němž spočívalo důkazní břemeno k prokázání neexistence jakýchkoliv reálných a objektivizovaných pochybností o způsobu a průběhu losování. Žalobce však toto své důkazní břemeno neunesl. Žalovaný přitom nebyl s ohledem na výklad zásady transparentnosti povinen zkoumat, zda v posuzovaném případě skutečně došlo při losování prostřednictvím elektronického zařízení k manipulaci či nikoliv. Žalovaný byl pouze povinen zkoumat konkrétní okolnosti případu, což taktéž učinil. Pro porušení zásady transparentnosti totiž stačí, pokud okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. K tomu může dojít i v případě, kdy k žádné manipulaci nedošlo. Z prvostupňového i napadeného rozhodnutí je přitom zřejmé, že správní orgány posuzovaly dodržení podmínek transparentnosti individuálně a s ohledem na zjištění konkrétních okolností případu žalobce. Tyto okolnosti následně ve vzájemné kombinaci vedly k závěru, že se žalobce dopustil netransparentního postupu při omezení počtu zájemců o účast v užším řízení na veřejnou zakázku. Soud má za to, že správní orgány hodnotily všechny rozhodné okolnosti skutkového stavu, které byly podstatné pro posouzení jednání žalobce. Správní orgány přitom správně posoudily, že jednání žalobce jako zadavatele veřejné zakázky narušilo princip transparentnosti dle ustanovení § 6 ZVZ, neboť bylo prokázáno, že existovaly okolnosti vzbuzující důvodnou pochybnost o korektnosti a fair průběhu omezení počtu zájemců dle ZVZ, přičemž tyto závěry měly oporu v provedeném dokazování a v obsahu správního spisu. Žalobce však argumentoval porušením základních zásad správního trestání. Tuto námitku nelze s ohledem na vše výše uvedené považovat za důvodnou, neboť správní orgány dostaly všem základním zásadám správního trestání. Jednotlivé procesní kroky a důvody svého rozhodnutí pak náležitě odůvodnily.

Rovněž i soud shledává v kombinaci výše uvedených okolností významné pochybnosti o transparentnosti průběhu losování. Žalobci skutečně nic nebránilo v tom, aby na žádost zájemců učinil přečíslování jednotlivých zájemců pro potřeby losování. Tak by byla zachována jediná možnost zájemců o kontrolu předmětného zařízení před samotným

losováním a rovněž vyloučena možnost, že průběh losování mohl být dopředným očíslováním zájemců ovlivněn. Je zcela zjevné, že skutečný průběh úkonů spojených s losováním byl mnohem méně čitelný a kontrolovatelný, než kdyby bylo zájemcům v jejich žádosti vyhověno. Po žalobci jakožto zadavateli je přitom nutno požadovat, aby se vyvaroval obdobných pochybení, které značně snižují průhlednost losování. Je totiž především na něm, aby zajistil transparentnost jednotlivých úkonů, které provádí on sám či jím pověřená osoba. Soud v tomto směru odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012-55, ve kterém je mj. uvedeno: *„Losování nelze považovat za netransparentní pouze z toho důvodu, že teoreticky existuje způsob, jak mohlo být ovlivněno. I přesto že celé losování proběhne transparentně, nelze zcela vyloučit možnost, že k určitému ovlivnění jeho výsledku dojde. V takovém případě by ovšem nemohlo být losování nezákonné pro porušení zásady transparentnosti, nýbrž jedině proto, že losování bylo skutečně ovlivněno, což by bylo nutné prokázat. Naopak, pokud by losování neproběhlo transparentně, došlo by k porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách i za situace, kdy by snad bylo možné prokázat, že k žádnému ovlivnění výsledku losování nedošlo.“* V nyní posuzovaném případě byly nezpochybnitelně dány výše zmíněné skutkové okolnosti a byly to právě ony, které ve své vzájemné kombinaci založily důvodné pochybnosti o férovosti losování.

Žalobce rovněž namítal nepřenositelnosti závěrů rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, na případ žalobce. Soud v souladu se žalovaným vyhodnotil, že závěry daného rozhodnutí lze aplikovat i na nyní posuzovanou věc, přičemž k mnohým důvodům údajné nepřenositelnosti už se soud vyjádřil výše. Skutečnost, že žádné pochybnosti o průběhu losování ani notář ani zástupci zájemců nevznesli na místě samém, či případně později prostřednictvím námitek, nemůže vést bez dalšího k závěru, že losování proběhlo korektně a v souladu se zásadou transparentnosti. Rozhodnutí žalovaného totiž nelze vázat na aktivitu jednotlivých zájemců, neboť tito nemuseli disponovat dostatečnými znalostmi ohledně hodnocení postupu zadavatele ve smyslu ZVZ. Právě mj. z těchto důvodů existuje v ZVZ možnost zahájit žalovaným řízení taktéž z moci úřední, kdy právě žalovaný ze své povahy může postupy zadavatelů veřejných zakázek kontrolovat a zjišťovat, zda nedošlo k pochybení. Konstatování porušení zásady transparentnosti tak lze učinit i na základě přezkumu průběhu losování v řízení zahájeném ex offio. Tento rozdíl tudíž nelze považovat za důvod pro nemožnost aplikace závěrů na nyní řešenou věc. Jak již soud uvedl výše, dopředné stanovení mechanismu pro přidělení čísel jednotlivým zájemcům je pouze jakýmsi dobrovolným krokem žalobce zcela nad rámec povinností stanovených v ZVZ, který nadto pro zájemce neznamenal větší transparentnosti celého průběhu losování. Ani v této okolnosti tedy zdejší soud neshledává natolik zásadní rozdíl, aby nebylo možné závěry předmětného rozsudku na věc žalobce aplikovat. Shodně jako v případě řešeném v rozsudku č. j. 62 Af 61/2012-108 žalobce taktéž (navzdory svému přesvědčení o opaku) pregnantně nezdůvodnil důvody pro odmítnutí žádosti zájemců na jejich přečíslování pro potřeby losování. Žalobce odlišnost shledával v tom, že se jednalo o zakázku podlimitní, přičemž v rozsudku č. j. 62 Af 61/2012-108 byla posuzována zakázka nadlimitní. Soud souhlasí se žalovaným, že ani tato odlišnost nevede k nemožnosti použít závěry daného rozsudku na posuzovaný případ. Rozdíl v hodnotách veřejných zakázek totiž v tomto konkrétním případě nehraje žádnou roli, neboť v obou případech je zcela shodně nezbytné dodržet jak ustanovení § 6 ZVZ, tak i ustanovení § 61 odst. 4 a 5 ZVZ. Krajský soud má tedy s ohledem na vše výše uvedené za to, že správní

orgány zcela správně na přezkoumávaný případ aplikovaly předmětnou judikaturu Krajského soudu v Brně.

Ani žalobcem předložený a soudem provedený důkaz, tj. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 18. 4. 2016, č. j. 11 A 107/2014-38, na závěrech zdejšího soudu nemohl ničeho změnit. Rozsudkem bylo pro nepřezkoumatelnost zrušeno rozhodnutí Ministerstva životního prostředí, jímž tento informoval žalobce, že mu nebude v souladu s ustanovením § 14e zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, vyplacena část dotace odpovídající odvodu za pochybení při realizaci výběrového řízení spočívající v netransparentnosti průběhu losování. Městský soud v Praze dospěl k závěru, že Ministerstvo životního prostředí (ačkoliv své rozhodnutí rovněž opíralo o rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108) neuvedlo konkrétní zdůvodnění, proč je zamítnutí požadavku na výměnu čísel považováno za krok, který činí celé zadávací řízení netransparentním. V tomto směru je třeba uvést, že Městský soud v Praze nevyloučil aplikaci předmětného rozsudku Krajského soudu v Brně na danou věc. V rozhodnutí Ministerstva životního prostředí mu však scházela argumentace spočívající ve vlastním odůvodnění konkrétních okolností dané věci. Takové pochybení však žalovanému v nyní posuzované věci v žádném případě vytýkat nelze. Žalovaný sice rovněž využil závěry výše citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně, avšak současně velmi konkrétně a fundovaně rozvedl, na základě jakých okolností tyto závěry aplikoval. Argumentace žalovaného v prvostupňovém i napadeném rozhodnutí je však založena i na vlastních úvahách a výkladu ZVZ žalovaným, jimiž jsou pouze závěry Krajského soudu v Brně dokreslovány. Napadené rozhodnutí není nepřezkoumatelné (viz výše tento rozsudek). Rozsudek Městského soudu v Praze proto nelze v posuzované věci využít a nemůže mít na posouzení věci žádný vliv.

Žalobce dále namítal porušení zásady legitimního očekávání. Soud především odkazuje na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, sp. zn. 6 Ads 88/2006, který se vyjadřoval k otázce nutné kvality správní praxe, která může dále založit legitimní očekávání: „(...) *správní praxe zakládající legitimní očekávání je ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost (příp. i nečinnost) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů. Takovou praxí je správní orgán vázán. Lze ji změnit, pokud je změna činěna do budoucna, dotčené subjekty mají možnost se s ní seznámit a je rádne odůvodněna závažnými okolnostmi.*“ Dále Nejvyšší soud k zásadě legitimního očekávání v rozhodnutí ze dne 16. 3. 2010, sp. zn. 1 Afs 50/2009, dovedl, že: „(...) *pokud pak správní orgán zamýšlí rozhodnout v obdobném či shodném případě jiným způsobem, může tak učinit pouze, jak stanoví § 2 odst. 4 správního řádu, pokud je to důvodné. Jinými slovy, zásada legitimního očekávání účastníka správního řízení nemá v žádném případě absolutní hodnotu a je např. omezena jinými zásadami, jež je v rámci správního řízení správní orgán povinen respektovat. (...) zásada legitimního očekávání je omezena zejm. zásadou legality (§ 2 odst. 1 a 2 správního řádu). Lze tedy přitakat krajskému soudu, že jedním ze závažných důvodů, na základě nichž může správní orgán prolomit legitimní očekávání účastníků správního řízení, by mohl být např. rozpor rozhodování správního orgánu s právními předpisy.*“ Krajský soud se v tomto směru zcela přiklání k názoru žalovaného, že žalobcem zmiňovaná rozhodnutí žalovaného, jež měla u žalobce dle jeho přesvědčení vzbudit legitimní očekávání, nelze považovat za rozhodnutí zakládající legitimní očekávání. Uvedená rozhodnutí totiž nelze označit za ustálenou, jednotnou a dlouhodobou

činnost žalovaného a nadto je zpětně nelze označit za souladná se ZVZ. Je zcela pochopitelné, že žalovaný musel navzdory svým předcházejícím minoritním rozhodnutím reagovat na aktuální judikaturu správních soudů a upravit svou dosavadní správní praxi tak, aby jeho rozhodnutí byla v souladu se smyslem a účelem ZVZ. Je však třeba poznamenat, že již v době konání losování byla známá judikatura Nejvyššího správního soudu týkající se transparentnosti, ze které vycházel ve svém odůvodnění i zdejší soud, a která již byla v předmětné době považována za ustálenou a jednotnou. Žalobce si jí měl být tudíž za situace, kdy měl zájem o konání losování za účelem zúžení počtu zájemců, dostatečně vědom a v souladu s ní měl reagovat na okolnosti vzniknuvší v průběhu losování. Pokud se tedy týká jednotlivých žalobcem uvedených rozhodnutí žalovaného, nepovažoval soud za vhodné dále pouze transkribovat velmi podrobné a správné zdůvodnění nemožnosti založení legitimního očekávání na jejich základě, jež je obsaženo v prvostupňovém i napadeném rozhodnutí. I při jednání před soudem bylo uvedeno, že neexistovala širší správní praxe žalovaného, přičemž se jednalo jen o jedno rozhodnutí.

Žalobce dále argumentoval tím, že žalovaný jej svým výkladem sankcionoval proti smyslu a účelu zákona za využití losování, které přitom ZVZ výslovně umožňoval. Předně je třeba poznamenat, že ZVZ dává žalobci možnost svobodně volit druh řízení a v případě volby užšího řízení taktéž i druh omezení počtu zájemců. Je proto vždy na zadavateli samotném, aby zvolil takový způsob omezení počtu zájemců, u kterého bude schopen zajistit jeho transparentnost. V posuzovaném případě to byl žalobce, kdo si dobrovolně zvolil konkrétní způsob zúžení počtu zájemců i elektronické losovací zařízení. Současně se i rozhodl pro přidělení pořadových čísel zájemcům, což mu umožnilo znát čísla konkrétních zájemců v časovém předstihu před samotným konáním losování. Žalobce si tak zvolil konkrétní řešení související s průběhem losování a rovněž jejich vzájemnou kombinaci. Následně se ocitl v situaci, jež neumožňovala odstranit pochybnosti o férovosti (resp. transparentnosti) průběhu losování v okamžiku, kdy zájemci požadovali přečíslování před samotným zahájením losování, a žalobce tomuto nevyhověl. S pojmem transparentnost je nutné zacházet s vysokou mírou opatrnosti. Flexibilita pojmu transparentnosti však předpokládá svůj vývoj právě v závislosti na proměňujících se protizákonných praktikách narušujících hodnoty chráněné právem veřejných zakázek. Podle názoru zdejšího soudu je tedy třeba s ohledem na vývoj technologií, které mohou být k protizákonným praktikám použity, přiměřeně aplikovat a vykládat i zásadu transparentnosti. Jinak řečeno i způsob losování, které by byl před několika lety považován za řádný a férový, a tedy transparentní, nelze za transparentní považovat v době, kdy lze reálně losování prováděné takovým způsobem ovlivňovat. K takovému závěru je třeba dojít tím spíše, pokud je zásada transparentnosti aplikována na akt elektronického losování, který je ze své povahy reálně nepřezkoumatelný (k tomu srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108). Výklad zásady transparentnosti tedy není neměnný, nýbrž rovněž podléhá nutnému vývoji v závislosti na vývoji mj. druhů losovacích zařízení, u nichž se při vzniku ZVZ nepředpokládala žádná reálná možnost ovlivnění procesu losování. S postupem času i nově vzniklých praktik bylo nutné i u těchto losovacích zařízení vykládat transparentnost procesu losování za jejich použití opatrněji. Transparentnost je tedy v zákoně vymezena, a judikaturou chápána, jako obecný princip, který je nutno zohlednit při posuzování toho, zda byla dodržena konkrétní pravidla daná zákonem, přičemž musí být zohledněny všechny rozhodné okolnosti toho konkrétního případu. I pokud je zákonem dána možnost, aby v případě omezení počtu zájemců bylo

použito mj. elektronického losovacího zařízení, není vyloučena situace, aby i v případě využití této možnosti vznikaly pochybnosti o transparentnosti takového losování. Stane se tak zpravidla na základě konkrétních a jedinečných okolností, které ve vzájemné souvislosti budou svědčit o objektivizovaných pochybnostech o férovosti průběhu losování. Nelze se tudíž ztotožnit s tvrzením žalobce, že není v silách žádného zadavatele rozptýlit veškeré pochybnosti o férovosti losování, které mohou u zájemců vyvstat, a to bez ohledu na to, jaká opatření zadavatel na podporu transparentnosti losování zvolí. V silách žalobce nepochybně bylo rozptýlit vzniklé pochybnosti, a to právě minimálně prostřednictvím vyhovění žádosti zájemců o jejich přečíslování pro účely losování. Této žádosti však žalobce bez dostatečně racionálního zdůvodnění nevyhověl, čímž se dobrovolně vystavil stínu pochybností, zda skutečně dopředné očíslování jednotlivých zájemců nebylo záměrné a nemělo sloužit k vylosování konkrétních čísel do užšího řízení. Žalobce dále argumentuje tím, že zmíněným přečíslováním by byl v důsledku zvýšeného úsilí, administrativy a zvýšení nákladu na zadávací řízení zmařen smysl a účel ustanovení o zúžení počtu zájemců. Soud s jeho tvrzením nesouhlasí, neboť samotné přečíslování zájemců je úkon tak jednoduchý a spěšný, že by jeho učiněním nemohl nastat žádný ze žalobcem namítaných důsledků.

Není však správný závěr žalovaného, že v případě losování v souladu se zásadou transparentnosti by mohli být vybráni uchazeči, kteří jsou schopni zadavateli nabídnout výhodnější podmínky při plnění veřejné zakázky. Je samotnou podstatou losování, že v jejím průběhu mohou být právě vyloučeni takoví zájemci, kteří by mohli zadavateli poskytnout výhodnější nabídku. Toto je „cena“ za zjednodušení administrace celého procesu veřejné zakázky, se kterou musí taktéž zadavatel počítat. Přestože však krajský soud v tomto ohledu v prvostupňovém rozhodnutí shledal jisté pochybení, je třeba vzít v úvahu, že na této myšlence nebylo založeno rozhodnutí správních orgánů a tato měla pouze podporovat odůvodnění správních rozhodnutí. Soud v tomto směru odkazuje na závěry Nejvyššího správního soudu v rozhodnutí ze dne 4. 6. 2009, č. j. 9 As 72/2008-69, kde je uvedeno: „*Na druhou stranu však nelze konstatovat, že každé procesní pochybení správního orgánu, resp. podstatné porušení ustanovení o řízení před správním orgánem, má bez dalšího za následek závěr o nezákonnosti rozhodnutí ve věci samé a tedy i o důvodnosti podané žaloby. Vždy je třeba zkoumat, zda to které porušení vede rovněž ke zkrácení subjektivních veřejných práv žalobce, k němuž může dojít nejenom porušením procesních práv účastníka řízení, ale též nesprávnou aplikací hmotněprávních předpisů.*“ V této nesprávné úvaze tak soud sice spatřuje jisté částečné pochybení žalovaného, avšak toto pochybení nemělo žádný vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Z kontextu odůvodnění prvostupňového rozhodnutí je však zřejmé, že na této úvaze nebylo postaveno odůvodnění správních rozhodnutí.

Závěrem se pak soud musel zabývat eventuálním návrhem žalobce na moderaci uložené pokuty.

Podle ustanovení § 78 odst. 2 s.ř.s. *rozhoduje-li soud o žalobě proti rozhodnutí, jímž správní orgán uložil trest za správní delikt, může soud, nejsou-li důvody pro zrušení rozhodnutí podle odstavce 1, ale trest byl uložen ve zjevně nepřiměřené výši, upustit od něj nebo jej snížit v mezích zákonem dovolených, lze-li takové rozhodnutí učinit na základě skutkového stavu, z něhož vyšel správní orgán, a který soud případně vlastním dokazováním v nikoli zásadních směrech doplnil, a navrhl-li takový postup žalobce v žalobě.*

Podstatu moderačního oprávnění vyložil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 19. 4. 2012, č. j. 7 As 22/2012–23, publ. pod č. 2672/2012 Sb. NSS, když uvedl: „*Slovo ‚lze‘ použité v ust. § 78 odst. 2 s. ř. s. je totiž ve spojení s obecným skutkovým důvodem moderace, považujícím za nežádoucí trest uložený ve zjevně nepřiměřené výši, avšak jinak plně odpovídající zákonným kritériím pro ukládání sankcí stanoveným v příslušném zvláštním zákoně, zmocněním pro soud, aby (...) moderoval sankci, je-li zjevně nepřiměřená. Zároveň je ale zmocněním k moderaci nepřistoupit, i když sankce je zjevně nepřiměřená, jsou-li k tomu v konkrétním případě zvláštní důvody, a tedy se v konkrétním případě odchýlit od stálé rozhodovací praxe soudů, vytvořila-li se. (...) Smyslem a účelem moderace totiž není hledání ‚ideální‘ výše sankce soudem místo správního orgánu, ale její korekce v případech, že by sankce, pohybující se nejen v zákonném rozmezí a odpovídající i všem zásadám pro její ukládání a zohledňující kritéria potřebná pro její individualizaci, zjevně neodpovídala zobecnitelné představě o adekvátnosti a spravedlnosti sankce.*“ S ohledem na tento závěr Nejvyššího správního soudu proto v případě relativně nízkých sankcí bude moderace ze strany správního soudu málo častá. Stejně tak z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 4. 2012, č. j. 1 Afs 1/2012-36, plyne, že soud koriguje jen natolik závažnou nepřiměřenost uložené sankce, která má kvalitu nezákonnosti.

Krajský soud opakuje, že se žalobce dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZOVZ, za nějž lze dle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) ZVZ uložit pokutu do výše 5 % ceny zakázky, nebo do 10.000.000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se žalobce dopustil uvedeného správního deliktu, činila 56.529.651,06 Kč včetně DPH, horní hranice možné pokuty tedy po zaokrouhlení činila částku ve výši 2.826.483 Kč (tj. 5 % z ceny veřejné zakázky). Za uvedený delikt byla žalobci vyměřena pokuta v celkové výši 100.000 Kč. Je tedy zřejmé, že sankce byla uložena ve výši cca 3,5 % z maximální možné výše sankce. To samo o sobě svědčí o tom, že správní orgány hodnotily celou škálu okolností, a to jednak společenskou nebezpečnost postihovaného jednání žalobce (tedy že se jedná o závažné provinění), jakož i skutečnost, že se v posuzovaném případě nejednalo o správní delikt svým charakterem nejzávažnější, neboť zadavatel zahájil zadávání veřejné zakázky v užším řízení. Správní orgány rovněž zohlednily, že nebyly shledány žádné indicie, že by zadavatel při omezování počtu zájemců o účast v užším řízení jednal v přímém či nepřímém úmyslu s cílem ovlivnit výsledek losování ve prospěch konkrétních zájemců. Způsob spáchání správního deliktu tedy nevykazoval znaky svědčící o tom, že by uložená pokuta měla být adekvátním způsobem zvýšena. Správní orgány dále přihlédly k následkům spáchání správního deliktu, a to možnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, v jehož důsledku mohla být vybrána nabídka jiného uchazeče. Přitěžující okolnost správní orgány shledaly v tom, že zadavatel odmítl přechíslovat jednotlivé zájemce, aniž by tento svůj postup jakkoli rozumně zdůvodnil. Ve prospěch žalobce poté správní orgány přihlédly k tomu, že postup zadavatele při přidělování pořadových čísel pro účely losování není v ZVZ výslovně nikde upraven a v době zadávání dané veřejné zakázky k otázce zamítnutí požadavku na přechíslování přidělených čísel pro losování neexistovala výkladová praxe založená na rozhodnutích žalovaného, Krajského soudu v Brně či Nejvyššího správního soudu. Správní orgány poté přihlédly k ekonomické situaci žalobce, kdy posoudily výši finančních prostředků, jimiž disponuje a výše pokuty nebyla shledána za likvidační. Krajský soud má za to, že žalovaný velmi

podrobně a dostatečně hodnotil jednotlivé okolnosti rozhodné pro stanovení výše pokuty, přičemž vzal v potaz rovněž závažnost správního deliktu. Následně stanovená výše pokuty je dle názoru zdejšího soudu zcela přiměřená řešenému případu, a naplňuje jak preventivní, tak rovněž represivní funkci pokuty. Pokud tedy zdejší soud po zohlednění všech skutečností neshledal, že by pokuta byla nepřiměřená, tím spíše nemohl dovodit, že by pokuta byla uložena ve zjevně nepřiměřené výši, což je zákonnou podmínkou pro její snížení nebo úplné upuštění od ní. Žalovaný v napadeném rozhodnutí zohlednil všechny skutečnosti, které zohlednit měl, a výsledek jeho úvah, co do výše uložené pokuty je zjištěným okolnostem přiměřený. Nepřiměřenost zdejší soud nedovozuje ve vztahu k jednotlivým krokům žalovaného, jimiž byla pokuta stanovována, ani ve vztahu k výsledné částce. Za situace, kdy správní orgány výši uložené sankce velmi podrobně, srozumitelně a koherentně zdůvodnily, přičemž žalobce v žalobě neuvedl žádné relevantní skutečnosti, na základě kterých by se i takto nízká sankce jevila jako zjevně nepřiměřená, neshledal soud prostor k postupu podle ustanovení § 78 odst. 2 s.ř.s. Krajský soud proto ani tento návrh žalobce neshledal důvodným.

S odkazem na vše shora uvedené lze shrnout, že žalovaný nepochybil, pokud zamítl rozklad žalobce a potvrdil rozhodnutí správního orgánu I. stupně, neboť přitom vycházel ze správného právního posouzení dané věci.

VII.

Závěr a náklady řízení

Soud tak neshledal žádný z uplatněných žalobních bodů důvodným a nad rámec uplatněných žalobních bodů nezjistil žádnou vadu, jež by měla za následek nezákonnost žalobou napadeného rozhodnutí a k níž by musel přihlížet z úřední povinnosti. Soud proto žalobu jako nedůvodnou podle ustanovení § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

Výroky II. a III. o náhradě nákladů řízení jsou odůvodněny ustanovením § 60 odst. 1 s.ř.s., když úspěšnému žalovanému nevznikly náklady řízení nad rámec jeho běžné úřední činnosti a žalobce nebyl v řízení úspěšný, pročež nemá právo na náhradu nákladů řízení.

P o u č e n í : Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 23. 11. 2017

Mgr. Milan Procházka, v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Jaroslava Předešlá