



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců JUDr. Kateřiny Mrázové, Ph.D., a Mgr. Petra Pospíšila v právní věci žalobce: **Statutární město Chomutov**, se sídlem Chomutov, Zborovská 4602, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 5. 2015, č. j. ÚOHS-R125/2014/VZ-11113/2015/322/DRu,

t a k t o :

- I. Žaloba **s e z a m í t á .**
- II. Žalobce **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **s e n e p ř i z n á v á** náhrada nákladů řízení.

Odůvodnění

I. Vymezení věci a shrnutí obsahu správních rozhodnutí

[1] V záhlaví označeným rozhodnutím předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „předseda Úřadu“) zamítl rozklad žalobce a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 31. 3. 2014, č. j. ÚOHS-S757,758,776/2013/VZ-6918/2014/512/PDr. Tímto rozhodnutím žalovaný uložil žalobci pokutu dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), ve výši 600.000 Kč, a to za spáchání několika správních deliktů

naplňujících skutkovou podstatu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách při zadávání veřejných zakázek. Jednalo o pochybení při zadávání veřejné zakázky *Oddychové a relaxační centrum a Doplnění parkovacích ploch a technické infrastruktury*, kdy zadavatel nedodržel zásady transparentnosti podle § 6 cit. zák., když před zahájením losování neumožnil zástupci zájemce EUROVIA CS, a.s. zkontrolovat losovací kartičky, a dále když omezení počtu zájemců neprovede náhodným výběrem losem, protože losující osoba de facto nelosovala z kartiček rozložených na stole, pouze v konečné fázi přímo určila 5 kartiček, které otáčela lícem nahoru, přičemž takový postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky; zadavatel uzavřel na tuto veřejnou zakázku dne 23. 12. 2010 smlouvu s vydanými společnostmi Stavební a obchodní společnost Most spol. s r.o. a ELTE, s.r.o.

[2] Dalšího pochybení se žalobce dopustil při zadávání veřejné zakázky *Centrum sportu a volného času – Zimní stadion* a dále při zadávání veřejné zakázky *Centrum sportu a volného času – Tréninková hala a šatnovací blok*. V těchto případech žalobce nepostupoval v souladu se zákonem a nedodržel postup uvedený v § 13 odst. 3 cit. zák., když předmět veřejné zakázky spočívající ve výstavbě zimního stadionu a tréninkové haly, včetně šatnovacího bloku, rozdělil na 2 samostatné veřejné zakázky, tj. na nadlimitní veřejnou zakázku „*Zimní stadion*“ a na podlimitní veřejnou zakázku „*Tréninková hala a šatnovací hala*“, čímž došlo u druhé citované veřejné zakázky ke snížení předpokládané hodnoty pro finanční limity stanovené v § 12 odst. 1 cit. zák., přitom však předměty plnění obou těchto zakázek vykazují znaky věcné, místní a časové souvislosti. Tímto postupem mohl zadavatel podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Současně bylo zjištěno, že zadavatel uzavřel dne 4. 4. 2009 na veřejnou zakázku „*Zimní stadion*“ smlouvu o dílo s vybraným uchazečem North stav a.s. a dne 21. 4. 2009 uzavřel smlouvu o dílo s tímž uchazečem na veřejnou zakázku „*Tréninková hala a šatnovací blok*“.

[3] Žalobce také dopustil pochybení při zadávání veřejné zakázky *Letní stadion s tréninkovým zázemím – IPRM*, kdy žalobce jako zadavatel nedodržel zásadu transparentnosti podle § 6 cit. zák., když omezení počtu zájemců neprovedl náhodným výběrem losem, protože osoba provádějící losování z kartiček rozložených lícem dolů na stole de facto nelosovala a v konečné fázi jen přímo určila pět kartiček, které postupně otáčela lícem nahoru. Tímto postupem mohl žalobce podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky; na veřejnou zakázku žalobce uzavřel dne 2. 11. 2010 smlouvu o dílo s vybraným uchazečem FRK s.r.o. a SWIETELSKY stavební s.r.o., jenž podali společnou nabídku dle smlouvy o sdružení.

[4] Žalovaný se v napadeném rozhodnutí dále vypořádal s odvolacími námitkami. K námitce odchýlení se od rozhodovací praxe Úřadu uvedl, že v posuzované věci bylo učiněno zadost v zásadě legitimního očekávání a konzistence rozhodování správních orgánů. Ustálená rozhodovací praxe je tvořena pravomocnými rozhodnutími, která pro nabytí právní moci jsou závazná pro účastníky řízení a správní orgány. Rovněž z nálezů Ústavního soudu Pl. ÚS 33/97 a I. ÚS 647/02 vyplývá závaznost výslovně těch rozhodnutí, která jsou pravomocná, tzn., že legitimní očekávání navrhovatele nemohlo vyplývat z těch rozhodnutí Úřadu, která právní moci nikdy nenabyla. Pokud žalobce

odkazoval na rozhodnutí Úřadu ze dne 3. 11. 2011, č. j. ÚOHS-S382/2010/VZ-13557/2011/520/Ema, kde podle žalobce neshledal Úřad po přezkoumání vyloučení zájemce formou losování důvody pro uložení opatření k nápravě, pak k tomu žalovaný dále uvedl, že z namítaných výroků citovaného rozhodnutí nevyplývá nic, co by podporovalo nynější tvrzení žalobce, v namítaném rozhodnutí byl pouze rekapitulován dosavadní průběh správního řízení tím, že správní řízení bylo zastaveno podle § 66 odst. 1 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), z důvodu zpětvzetí návrhu společnosti SKANSKA a.s. Žalobcem odkazovaná nepravomocná rozhodnutí byla vydána Úřadem v průběhu roku 2011. Od té doby byla problematika losování několikrát rozhodována v soudních sporech před správními soudy, které opakovaně vyslovily jednotný právní názor, v jehož souladu je povinen rozhodovat i Úřad, a to zejména s ohledem na zásadu legitimního očekávání.

[5] Netransparentnost postupu žalobce jako zadavatele dovodil Úřad z konkrétního postupu žalobce, resp. ze zjištěného skutkového stavu a z provedeného dokazování. Z notářského zápisu o průběhu losování jasně vyplynulo, že losovací kartičky nebyly fakticky losovány, nýbrž po jejich rozložení na stole z nich byly de facto vybírány konkrétní kartičky. Další pochybnosti vzbuzovalo neumožnění kontroly losovacích kartiček jednomu z přítomných uchazečů o veřejnou zakázku. Podle NSS pro 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. Dodržením zásady transparentnosti podle § 6 cit. zák. se rozumí takový postup, který nevzbuzuje žádné reálné a objektivizované pochybnosti o tom, že zadavatel jedná korektně a regulérně, a že v zadávacím řízení využívá fér prostředků. V souladu s judikaturou NSS je tedy nutné po zadavateli veřejné zakázky požadovat, aby se vyvaroval takových pochybení, která značně snižují průhlednost losování. Musí zajistit transparentnost úkonů, které on sám provádí (rozhodnutí NSS ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012-55, a ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49). V této souvislosti žalovaný uzavřel, že existence možnosti ovlivnění výsledku losování v podstatě vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast v užším řízení. V dané věci takové skutečnosti byly zjištěny, zadavatel jednak neumožnil zástupci jednoho z uchazečů zkontrolovat losovací kartičky před zahájením losování a jednak z kartiček rozložených na stole de facto nelosoval, nýbrž určil pět kartiček, proto bylo uzavřeno, že žalobce porušil zákonné povinnosti tím, že nedodržel zásadu transparentnosti. Ve věci bylo vycházeno z posouzení zjištěného skutkového stavu a z dokumentace k veřejné zakázce, přitom uvedený závěr se nevztahoval plošně na každé losování ve smyslu § 61 odst. 3 cit. zák.

[6] Žalovaný nebagatelizoval účast notářského dohledu při losování a v tomto ohledu dále odkázal na rozsudek NSS ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012-60, z něhož vyplývá, že ani to, že pochybnost o transparentnosti průběhu losování neshledal přítomný notář a nevtělil ji do notářského zápisu, nemůže být samo o sobě důkazem toho, že losování bylo transparentní. V posuzované věci notářka v notářském zápise uvedla, že „Losování prováděl pan Mgr. M. P., a to s pomocí kartiček, které si zástupce zadavatele překontroloval, zda jsou stejné z hlediska velikosti, neprůhlednosti, tvrdosti atp. (Poznamenává se, že o kontrolu kartiček v 9,20 hod. požádal i zástupce zájemce EUROVIA CS a. s. Ing. Hek, což mu nebylo umožněno).“ V této souvislosti žalovaný

nesouhlasil s tvrzením žalobce, že by v notářském zápise nebyly žádné podezřelé okolnosti, neboť při nejmenším neumožnění kontroly kartiček zájemcem o veřejnou zakázku si přítomná notářka zjevně všimla. Notářský zápis neposkytuje závazné hodnocení skutkového stavu, nýbrž pouze osvědčuje skutečnosti, kterým byla notářka přítomna. Notářský zápis a přítomnost notáře nezaručuje transparentní průběh losování, neboť v notářském zápisu je zaznamenán jen průběh losování, aniž by notář mohl do jeho průběhu nějak zasahovat. Z notářského zápisu ani nevyplývá, zda byly kartičky připraveny již před losováním, anebo až v přítomnosti notářky. Pokud byly připravovány mimo jakoukoliv kontrolu notáře či zástupců zájemců, nebyla vyloučena možnost kartičky upravit tak, aby byly zaměnitelné, i když na první pohled se mohly jevit jako totožné. Pokud si zadavatel jejich nezaměnitelnost překontroloval za přítomnosti notářky, nesvědčí to o vyloučení okolností vzbuzujících odůvodněnou pochybnost o transparentním průběhu losování. Zadavatel mohl umožnit kontrolu kartiček všem přítomným zájemcům, čímž by spekulace o „domluvené hře“ byla vyloučena a kontrolu kartiček notářkou mohl provést až jako poslední kontrolu těsně před losováním. V dané věci kontrola kartiček přímo notářkou vůbec neproběhla a tato v notářském zápisu pouze osvědčila, že kontrolu provedl zástupce zadavatele. Neumožnění kontroly losovacích karet přes žádost přítomného uchazeče a faktické nelosování karet, nýbrž jejich otáčení z povrchu stolu, jsou okolnostmi, které jsou takovým testem, jenž průběh losování činí nekontrolovatelným a nečitelným ve smyslu judikatury správních soudů. Na takovém závěru nic nemění ani to, že zástupci ostatních zájemců proti způsobu losování nijak nebrojili. Tyto osoby si pouze neuvědomily okolnosti způsobující porušení zásady transparentnosti, což nemůže mít vliv na shora popsany závěr o porušení této zásady. V dané věci nedošlo k nepřipustné retroaktivitě právních předpisů. Přestože ustanovení o povinnosti umožnit zájemcům kontrolu losovacích zařízení bylo do zákona vtěleno až novelou č. 179/2010 Sb. (s účinností během účinnosti ke dni 15. 9. 2010), neznamená to, že by uvedená povinnost nevyplývala již z dřívější dikce zákona o veřejných zakázkách. Dle § 31 odst. 4 cit. zák. (ve znění účinném do 14. 9. 2010) platilo, že „losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6“. Aby zadavatel zajistil dodržení těchto zásad, měl umožnit zájemci kontrolu losovacích kartiček na jeho žádost. Povinnost dodržení transparentnosti losování vyplývala ze zákona o veřejných zakázkách i před jeho novelou provedenou zákonem č. 179/2010 Sb., kterým byl mimo jiné změněn zákon č. 137/2006 Sb. (s účinností ke dni 15. 9. 2010). Pokud došlo pozdější právní úpravou k explicitnímu vyjádření takové povinnosti přímo textem zákona, nemohlo to mít na dodržování uvedené povinnosti zadavatele vliv, neboť tato povinnost mu vyplývala z § 6 cit. zák. i před uvedenou novelizací. Výše uvedené porušení transparentnosti při losování pak bylo u žalobce prokázáno ve dvou případech veřejných zakázek „*Oddychové a relaxační centrum a Doplnění parkovacích ploch a technické infrastruktury*“ a „*Letní stadion s tréninkovým zázemím – IPRM*“.

[7] K námitkám žalobce, že neshledává jakoukoliv věcnou, časovou a ekonomickou souvislost mezi veřejnou zakázkou „Zimní stadion“ a „Tréninková hala a šatnovací blok“, pročež je oprávněně rozdělil do dvou veřejných zakázek, žalovaný uvedl, že Úřad řádně posuzoval, zda jde o jednu veřejnou zakázku, jejichž předmětem byl rozdělen, či o více samostatných zakázek s odlišným předmětem plnění, přičemž dospěl ke správným

závěrům. K tomu dále odkázal na rozhodnutí NSS pod sp. zn. 2 Afs 55/2010 a sp. zn. 2 Afs 198/2006. V případě „Zimního stadionu“ a „Tréninkové haly“ nelze zpochybnit jejich věcnou souvislost ani dílčími rozdílnostmi v zamýšlených účelech projektů (na jedné straně pro činnost profesionálního hokejového klubu, popř. po konání společenských akcí, a na straně druhé k veřejnému bruslení a tělovýchovným aktivitám mládeže). Předmětem plnění v obou případech jsou stavební práce, tedy výstavba dvou objektů (výstavba zimního stadionu včetně zázemí, pozemních komunikací, inženýrských sítí a venkovních rozvodů a v druhém případě tréninkové haly a šatnovacího bloku, včetně vnitřního vybavení, potřebných inženýrských sítí a médií) se vzájemnou a přímou provazbou mezi objekty. O naplnění podmínky věcné souvislosti obou veřejných zakázek svědčí i to, že na jejich realizaci byla vybrána nabídka stejného uchazeče – North stav a.s. Pokud zadavatel obecně odkázal na ustálenou judikaturu Soudního dvora Evropské unie, pak nerozvedl, v čem se právě přezkoumávaný případ shoduje nebo liší a není tak zřejmé, s jakou námitkou se měl Úřad vypořádat. Není v žádném případě rozhodující, že obě veřejné zakázky byly zadávány v rámci dvou různých projektů Regionálního operačního programu Severozápad. V daném případě existuje věcná souvislost plnění, tedy plnění obdobného charakteru. Po srovnání shod a rozdílů obou plnění totiž převažují jejich vzájemné shodné znaky.

[8] K otázce financování posledně uvedené veřejné zakázky žalovaný uvedl, že nejistota získání finančních prostředků a odlišnost míry veřejné podpory nejsou relevantními okolnostmi pro rozdělení veřejné zakázky v rozporu s § 13 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Dle rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 15. 9. 2011, č. j. 62 Ca 44/2009-75, nemají vliv okolnosti financování zakázky na posouzení srovnatelnosti či stejnosti předmětu plnění, neboť žádným způsobem nemění charakter tohoto plnění. Zadavatel sice může rozdělit veřejnou zakázku na části, připouští-li to povaha předmětu veřejné zakázky (§ 98 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách), avšak tímto postupem nemůže docházet k porušení § 13 odst. 3 cit. zák. Riziko toho, že dojde k realizaci pouze jedné z veřejných zakázek (nebylo jisté, zda dojde k poskytnutí dotace), mohl zadavatel vyřešit zadáním předmětu plnění na realizaci obou projektů jako jedinou veřejnou zakázku rozdělenou na části dle § 98 cit. zák. To, že je možná realizace pouze jedné části rozdělené veřejné zakázky, nevypovídá o samostatnosti a izolovanosti obou předmětů plnění a nemůže být odůvodněním pro rozdělení veřejné zakázky v rozporu s § 13 odst. 3 cit. zák. U velkých stavebních projektů je využívána možnost rozdělit jednu veřejnou zakázku na více částí, které jsou zadávány buď najednou, anebo na etapy. V dané věci však zadavatel neuvedl žádný konkrétní příklad stavebního projektu, který by měl být realizován několika samostatnými veřejnými zakázkami a neprokázal, že tento postup by byl zavedenou praxí Úřadu a správních soudů, které by jej považovaly za zákonný. Etapové realizace velkých objektů jsou možná zdůvodňovány postupným financováním a možnostmi investora v daném období, nicméně v takových případech bývají uvedené etapy zadávány v režimu odpovídajícímu předpokládané hodnotě celkového předmětu zakázky.

[9] Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadávací řízení na veřejné zakázky byly zadavatelem zahájeny odesláním oznámení o zakázce uveřejněného v informačním systému o veřejných zakázkách dne 14. 11. 2008, ve znění opravy ze dne 5. 12. 2008, a to u

veřejné zakázky „Zimní stadion“, a v případě veřejné zakázky „Tréninková hala a šatnovací blok“ dne 18. 11. 2008. Smlouvu na plnění veřejné zakázky „Zimní stadion“ uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dne 4. 4. 2009 (dobu trvání stanovil na 21 měsíců) a dne 21. 4. 2009 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění veřejné zakázky „Tréninková hala a šatnovací blok“ (dobu trvání stanovil na 18 měsíců). Z výše uvedeného vyplývá, že zadávací řízení na obě veřejné zakázky byly zahájeny v totožném kalendářním roce, a to v roce 2008, ba dokonce v totožném kalendářním měsíci. Uvedené pak platí i pro okamžik uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky. Popsaný časový rámec dokládá souladný postup zadavatele při zadávání obou veřejných zakázek a je nesporné, že časová souvislost mezi veřejnými zakázkami je v posuzované věci zjevně dána. O naplnění místní souvislosti obou veřejných zakázek také není sporu.

[10] Cílem zákazu v § 13 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách je, aby zadání veřejných zakázek probíhalo některým z druhů zadávacího řízení, které zákon stanoví pro konkrétní rozmezí hodnoty veřejné zakázky. Čím vyšší je předpokládaná hodnota veřejné zakázky, tím širší má být hospodářská soutěž o veřejnou zakázku. Nerespektování zákazu v § 13 odst. 3 cit. zák. pak popírá samotný účel zákona. Jelikož žalobce nezadal veřejnou zakázku v režimu pro nadlimitní veřejné zakázky, který je režimem přísnějším, než který sám využil, mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Žalovaný se ztotožnil se závěry uvedenými v prvostupňovém správním rozhodnutí Úřadu (v bodě 136) a doplnil, že v případě veřejné zakázky „Tréninková hala a šatnovací blok“, zadávané v mírnějším režimu pro podlimitní zakázky, obdržel zadavatel 17 nabídek, zatímco v případě veřejné zakázky „Zimní stadion“, zadávané v režimu nadlimitním, se jednalo o 23 podaných nabídek. Jelikož žalobce nedodržel postup uvedený v § 13 odst. 3 cit. zák., když předmět veřejné zakázky spočívající ve výstavbě Zimního stadionu a Tréninkové haly s šatnovacím blokem rozdělil na dvě samostatné veřejné zakázky, čímž došlo u veřejné zakázky „Tréninková hala a šatnovací blok“ ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limit uvedený v § 12 odst. 1 cit. zák., mohl tím podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, přičemž dne 4. 4. 2009 uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem na veřejnou zakázku Zimní stadion a dne 21. 4. 2009 uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem na veřejnou zakázku Tréninková hala a šatnovací blok.

[11] K uložení sankce žalovaný uvedl, že byly splněny podmínky předpokládané v § 120 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách pro uložení pokuty ve výši 600.000 Kč. Postup prvostupňového Úřadu v této souvislosti označil za správný a zákonný. Úřad dostatečně zhodnotil způsob spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách a rovněž okolnosti, za nichž byly spáchány. Potvrdil rovněž, že pokuta nebyla stanovena v likvidační výši, přičemž bylo řádně přihlédnuto k ekonomické situaci žalobce. Výše stanovené pokuty naplňuje obě její funkce, tedy preventivní i represivní. Úřad rovněž postupoval v souladu s § 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách a se zásadami správního trestání.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

[12] Ve včas podané žalobě žalobce namítal nezákonnost napadeného rozhodnutí, přičemž své argumenty shrnul do čtyř věcných okruhů: 1. nerespektování zákonnosti institutu losování dle § 61 odst. 3 a 4 zákona o veřejných zakázkách a nepochopení principu losování; 2. bezdůvodné odchýlení se od dosavadní rozhodovací praxe; 3. nesprávné právní posouzení „rozdělení“ zakázky; 4. nepřiměřená výše sankce. Jelikož žalobce srozumitelně formuloval své argumenty již v rozkladu, přičemž předseda Úřadu prvostupňové rozhodnutí nezměnil a jeho závěry potvrdil, žalobce v podané žalobě pouze shrnul své základní námitky a v podrobnostech odkázal na text rozkladu.

[13] Žalobce se ohradil proti tvrzení žalovaného, že omezení počtu uchazečů neprovedl náhodným výběrem losem, když osoba provádějící losování de facto z kartiček nelosovala, nýbrž měla jen určit pět kartiček, které postupně otáčela lícem nahoru. Žalobce označil uvedené tvrzení za absurdní s tím, že jej nutí vysvětlit princip „losování“.

[14] Základním principem losování je skutečnost, že je na výběr několik možností, které se navenek jeví naprosto shodně, avšak jejich pravá podstata je odhalena až poté, co je provedena volba. Způsobů losování může být nespočet, od tahání zápalek či hracích karet rozložených do vějíře v ruce, přes losování z osudí, až po metody automatizované, např. náhodné generování dat prostřednictvím výpočetní techniky. Stejně účinky má i metoda zvolená žalobcem. Na stůl jsou po promíchání rozloženy lícem dolů neprůsvitné a shodné kartičky, na jejichž lícové straně jsou uvedena čísla, která jsou odhalena až v momentě provedení volby losující osobou, tedy otočení jedné či více kartiček lícem nahoru. Tvrzení žalovaného, že kartičky byly vybrány „přímo“, je sice pravdivé, avšak žalobce nechápe, proč by v takovém případě nemělo jít o los. Při každém druhu losování vybere losující osoba los „přímo“ (např. vytažení míčku z osudí) a nelze si představit, jak by bylo možné provést výběr „nepřímo“. U losování je podstatné, že losující v okamžiku výběru neví, jaké důsledky bude zvolení konkrétního předmětu mít (princip losování), což bylo naplněno i u metody, kterou zvolil žalobce.

[15] Žalobce vyjádřil souhlas se žalovaným v tom, že je na zadavateli veřejné zakázky, aby zajistil transparentnost úkonů, které sám provádí. Na rozdíl od žalovaného má však žalobce za to, že pro transparentnost losování učinil maximum, protože zvolená metoda losování s kartičkami probíhala přímo před zraky všech přítomných, včetně jejich promíchání, přehledného rozložení na stole a samotného výběru, čímž byla znemožněna neoprávněná manipulace či výměna kartiček, popř. použití magnetů. Záruku řádného průběhu losování spatřoval žalobce v jeho jednoduchosti, přičemž jistotu řádného průběhu losování posílil přítomností notářky.

[16] Pokud by žalobce připustil kontrolu kartiček s uchazečem, čelil by podezření, že uchazeč mohl kartičku označit a navíc by musel tuto kontrolu umožnit všem uchazečům. Pak by se zvyšovala pravděpodobnost označení či poškození kartičky a kontroly by musely probíhat neustále dokola. Proto prováděl fyzickou kontrolu kartiček pouze zadavatel a všichni zúčastnění prováděli vizuální kontrolu. Každý uchazeč si tak mohl kartičky prohlédnout a případně požádat o jejich detailnější předvedení zadavatelem. Uchazeči byli omezeni pouze v tom, že nedostali kartičky přímo do ruky.

Netransparentnost postupu zadavatele je spatřována v tom, že údajně fyzická kontrola uchazečem mohla odhalit případné nedovolené úpravy kartiček. Tvrzené nerozpoznatelné úpravy kartiček si žalobce neumí představit, neboť šlo o obyčejné papírové kartičky, a pokud byly nerozpoznatelné pro uchazeče, pak je nemohla rozpoznat ani losující osoba. Výběr byl prováděn prostým otočením kartiček a nikoliv jejich taháním z osudí, kdy by bylo možno kartičky osahat a vybrat případně označenou. Tvrzení žalovaného o tom, že měl žalobce svým jednoznačným postupem vyloučit jakoukoli pochybnost o zapojení osob ovládajících karetní triky do losování, označil žalobce za čistou spekulaci, jenž směřuje k nemožnosti použití losování vůbec. Takovému triku by jistě nezabránila pouhá fyzická kontrola kartiček. Vyloučení pochybností, že by k takovému triku mohlo dojít, má za důsledek úplnou nemožnost použití losování, přičemž to je naprosto běžným a legitimním nástrojem. K vyloučení pochybností nestačí žádné z opatření, které žalobce učinil (příprava kartiček, losování na stole před zraky uchazečů, promíchání kartiček, účast notáře, vizuální kontrola kartiček zúčastněnými, apod.). žalovaný činí zpětně institut losování nevyužitelným, což však žalobce nemohl předvídat a oprávněně se domníval, že při zvolení co nejotevřenější formy losování bude konat v souladu se zákonem.

[17] Žalovaný podepřel domněnku o netransparentnosti losování tím, že následně byl uvedený institut jako celek zákonem zrušen pro jeho zneužitelnost. Ačkoliv žalovaný tvrdí, že argument o zrušení institutu losování použil pouze podpůrně, a že nešlo o hlavní důvod pro závěr o porušení zákona žalobcem, v napadeném rozhodnutí žalobci vytyká právě využití postupu, jenž byl zákonodárcem zrušen. V oblasti správního trestání je však zpětné působení práva nepřipustné. Pokud se institut losování v praxi neosvědčil, pak není vinou žalobce, že jej použil v době, kdy šlo o naprosto běžnou metodu omezení počtu uchazečů. Žalobce měl plné právo použít institutu losování, pokud v jeho rámci zachoval dostatečnou míru transparentnosti. Aby mohl být ztížen sankcí za netransparentní postup při použití losování, musela by k tomu přibýt i jiná skutečnost zpochybňující losování. Taková skutečnost nenastala, kromě neumožnění fyzické kontroly kartiček zájemci. V souhrnu s dalšími opatřeními má žalobce za to, že učinil v zásadě transparentnosti zadost. O tom svědčí i to, že v průběhu losování ani po něm nevyjádřil nikdo z účastníků žádné pochybnosti o řádném průběhu losování. Podezřelé okolnosti nezaznamenala ani přítomná notářka.

[18] Výše uvedené argumenty žalobce uvedl již v rozkladu, avšak předseda Úřadu se s nimi vypořádal jen povrchně a omezil se na obecná konstatování. Jeho rozhodnutí nepřineslo žádné nové odpovědi na námitky žalobce. Proto jsou argumenty žalobce plně použitelné i v žalobním řízení.

[19] Žalobce dále odkázal na jeho text rozkladu, kde argumentoval zásadou předvídatelnosti správních rozhodnutí ve smyslu § 2 odst. 4 správního řádu, kterou nelze omezovat pouze na formálně pravomocná rozhodnutí, nýbrž pojem „rozhodování“ je třeba vykládat materiálně jako veškerou aplikační a výkladovou činnost žalovaného. V rozkladu žalobce uvedl několik příkladů řízení, v nichž žalovaný při zkoumání legitimnosti losování formou otočení náhodné karty vyslovil, že uvedená metoda losování je v souladu se zákonem o veřejných zakázkách. Žalovaný však na některé uvedené

příklady nereagoval vůbec a jiné odmítl s pouhým konstatováním, že řízení bylo následně zastaveno z důvodu zpětvzetí návrhu, a že z výroků nevyplývá nic, co by podporovalo tvrzení žalobce (poznámka soudu: žalobce nekonkretizoval, o jaká řízení se mělo jednat). Podle žalobce však z odůvodnění rozhodnutí (poznámka soudu: nekonkretizováno) vyplývá, že se žalovaný věci zabýval a postup zadavatele neshledal v rozporu se zákonem. Rozhodnutí nenabýlo právní moci jen proto, že návrhovač vzal návrh zpět a nikoliv z důvodu jeho zrušení. Proto může být názor žalovaného vyslovený v rozhodnutí, které nebylo zpochybněno, zdrojem informací pro další chování účastníků v zadávacích řízeních, a to i přesto, že z formálních důvodů nenabýlo právní moci. Ostatně, pokud by měl žalovaný pochybnosti o postupu zadavatele, byl by povinen ze zákona zahájit s ním správní řízení z úřední moci, což neučinil.

[20] Žalovaný je povinen postupovat konzistentně a žalobce nevidí důvod, proč by měl v jiných případech (poznámka soudu: žalobce nekonkretizoval) shledat postup zadavatelů v souladu se zákonem a v případě žalobce nikoliv. Předseda Úřadu se navíc ani nepokusil změnu názoru odůvodnit a raději tvrdil, že citovaná rozhodnutí (poznámka soudu: žalobce nekonkretizoval) uvedenou informaci neobsahují.

[21] Argumentuje-li žalovaný tím, že závazná jsou pouze pravomocná rozhodnutí, což dovozuje z nálezů Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 33/97 a I. ÚS 647/02, pak z uvedených právních vět jen vyplývá, že pravomocná rozhodnutí jsou závazná, což žalobce nezpochybňuje. Podle žalobce však tvoří dlouhodobou a ustálenou praxi nejen činnost správního orgánu korunovaná pravomocným rozhodnutím, ale i jeho průběžná rozhodovací činnost nebo dokonce nečinnost. Tato činnost by měla být konzistentní. Žalobce nezpochybňuje, že by se správní orgán nemohl od dříve vysloveného názoru odchýlit, tuto změnu však musí náležitě odůvodnit.

[22] Žalobce dále namítal, že žalovaný nesprávně posoudil souvislost veřejných zakázek „Zimní stadion“ a „Tréninková hala a šatnovací blok“, zejména z věcného, ekonomického a časového hlediska. Žalovaný bagatelizuje veškeré námitky žalobce, které svědčí pro vzájemnou oddělitelnost obou zakázek. Vykazují sice znaky vzájemné souvislosti (výstavba objektů v jednom areálu, realizace přibližně ve stejné době), avšak vykazují i mnoho znaků, z nichž plyne, že jde o dva zcela rozdílné projekty.

[23] Realizace obou projektů byla závislá na dotačních zdrojích financování a žalobce byl srozuměn s tím, že nemusí získat prostředky na oba projekty, nebo že bude jeden z projektů realizovat později. Každý z projektů byl financován z jiného programu, proto žalobce očekával zcela rozdílný průběh a rychlost řízení o poskytnutí dotace. Zimní stadion předpokládat náročné posuzování, zda jde o veřejnou podporu slučitelnou se společným trhem EU a zda vůbec bude možné dotaci na tento projekt poskytnout.

[24] Oba projekty se výrazně liší účelem i způsobem využití. v Případě „Zimního stadionu“ jde o multifunkční objekt, sloužící potřebám profesionálního klubu ledního hokeje, včetně kompletního zázemí, tribun pro 5 tisíc diváků a prostor pro obvyklé služby, např. restaurace, přičemž využitelnost je plánována i pro konání jiných kulturních,

sportovních či společenských akcí. Cílovou skupinou je divák, proto využití objektu je spíše pasivní. Naopak druhý projekt má skromnější charakter, slouží pro aktivní sportovní využití široké veřejnosti, jako je veřejné bruslení nebo činnost žákovských sportovních klubů, bez tribun či komerčně využitelných prostor. Jde o objekt základní občanské vybavenosti.

[25] V této souvislosti žalobce poukázal na rozhodnutí Soudního dvora EU ve věci C-16/98 (Komise proti Francii), kde se soudní dvůr zabýval vzájemnou souvislostí dvou zdánlivě podobných zakázek, a to na rekonstrukci souběžného vedení veřejného osvětlení a vedení elektrického, přičemž konstatoval, že souvislost není dána, neboť obě vedení slouží k poskytování různých služeb a jsou různým způsobem hrazeny. Předseda Úřadu v napadeném rozhodnutí k tomu pouze uvedl, že mu není zřejmé, jak měl s touto námitkou naložit, ačkoliv je naprosto nepochybné, že žalobce poukazoval na podobnost nyní projednávané věci s věcí rozhodnutou soudním dvorem a očekával příslušné porovnání a posouzení věci v uvedeném kontextu. V tomto smyslu však předseda Úřadu nereagoval.

[26] žalobce považuje za nepřijatelný argument žalovaného o tom, že byla naplněna podmínka věcné souvislosti obou zakázek, protože byla jako nejvhodnější vybrána nabídka stejného uchazeče. Žalobce nemůže ovlivnit to, kteří uchazeči se do zadávacího řízení přihlásí a ani to, který z nich bude vybrán. Jelikož jde o zakázky na stavební práce, je logické, že se o ně budou ucházet stavební firmy, a to bez ohledu na to, o jaký typ stavby se jedná.

[27] I kdyby soud přisvědčil závěru žalovaného, že vzájemná souvislost obou zakázek byla dána, pročez měly být posuzovány jako zakázka jediná, je žalobce přesvědčen o tom, že rozdělení zakázky na dvě části nemohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

[28] Ačkoliv administrace nadlimitní veřejné zakázky je o něco náročnější než administrace zakázky podlimitní, nemělo to žádný vliv na okruh potencionálních uchazečů, neboť obě řízení jsou maximálně otevřená, veřejná a transparentní, pročez uchazečům nabízí naprosto shodné možnosti pro účast v řízení. V obou zakázkách žalobce obdržel mimořádně vysoké množství nabídek, u zakázky podlimitní 17 a u zakázky nadlimitní 23, což podporuje názor žalobce o srovnatelnosti obou typů řízení.

[29] Ve výše uvedené souvislosti žalobce připomíná námitku, kterou uvedl v rozkladu, že žalovaný měl výše uvedené okolnosti nesprávně hodnotit pouze jako polehčující okolnost při úvahách o výši sankce, místo hodnocení z hlediska naplnění definičních znaků spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Pokud tak žalovaný neučinil, zatížil rozhodnutí vadou nesprávnosti a nezákonnosti. Předseda Úřadu se s touto námitkou nevypořádal, a proto jeho rozhodnutí vykazuje tutéž vadu.

[30] Při stanovení výše sankce vycházel žalovaný z nesprávných údajů, resp. údajů, jenž dostatečně nevypovídají o skutečné hospodářské situaci žalobce, což způsobuje nesprávnost úvahy žalovaného o přiměřenosti sankce.

[31] Objem rozpočtu žalobce ve výši 1,3 mld. Kč, z něhož žalovaný vycházel a který zjistil z webových stránek města, totiž v sobě zahrnuje též mnohasetmilionový úvěr, který si žalobce vzal za účelem realizace projektů v rámci Integrovaného plánu rozvoje města (IPRM), k nimž patří i přezkoumávané veřejné zakázky. V objemu rozpočtu jsou zahrnuty i nenárokové dotace. Financování i dotace se tak v rozpočtu objevují dvakrát, což rozpočet opticky navyšuje. Z toho důvodů není správný závěr žalovaného o tom, že uložená pokuta nemůže nepřiměřeným způsobem ovlivnit hospodaření a činnost žalobce. Vzhledem ke skutečné hospodářské situaci žalobce se uložená pokuta jeví nepřiměřeně vysoká a znamená citelný zásah do hospodaření.

[32] S ohledem na výše uvedené žalobce soudu navrhl, aby zrušil napadené rozhodnutí předsedy Úřadu a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě

[33] Ve vyjádření k žalobě žalovaný především odkázal na odůvodnění napadených rozhodnutí a setrval na své předchozí argumentaci, neboť v žalobě byly uplatněny obdobné námitky jako v rozkladu.

[34] Žalovaný souhlasil se žalobcem v tom, že losování bylo v době zahájení zadávacího řízení legitimním zákonným institutem. Zákon pouze stanovil povinnost, aby losování bylo provedeno v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona o veřejných zakázkách (zásadou transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace) a aby se losování mohli účastnit zájemci, kterých se výběr losem týká. Minimální standard řádného průběhu losování tak byl dán neexistencí pochybností o transparentnosti průběhu losování, včetně možné účasti všech zájemců. Žalovaný nadále trval na tom, že losování v nyní přezkoumávané věci bylo netransparentní.

[35] Z notářského zápisu o průběhu losování vyplývá, že zástupce jednoho z uchazečů o kontrolu losovacích kartiček požádal, což mu nebylo umožněno. Notářka tak do zápisu jasně uvedla, že kontrola kartiček byla odepřena, tedy ve smyslu jakékoliv kontroly (i vizuální). Za zcela účelovou označil žalovaný námitku žalobce spočívající v tom, že pokud by umožnil uchazečům kontrolu kartiček, čelil by podezření, že kartičku mohl uchazeč označit, a navíc by musel umožnit všem uchazečům kontrolu kartiček, čímž by se pravděpodobnost označení kartičky zvyšovala. Označení kartičky uchazečem by bylo těžko proveditelné. Pokud by měl jiný uchazeč pochyb o označení kartiček, nic nebránilo žalobci v tom, aby i jemu umožnil kontrolu kartiček. Je nepravděpodobné, že by kontroly probíhaly donekonečna.

[36] Fyzická kontrola kartiček zadavatelem nikterak nepřispívá k zachování zásady transparentnosti. Tímto se nezabrání žalobci v úmyslu provést losování netransparentně.

Usiloval-li o zachování transparentnosti průběhu losování, měl na žádost přítomného uchazeče umožnit kontrolu losovacích kartiček. Žalobce tedy přispěl k hůře kontrolovatelnému průběhu losování a porušil zásadu transparentnosti tím, že neumožnil kontrolu kartiček na žádost uchazeče. Žalovaný tedy vytýkal žalobci netransparentní postup a nikoliv to, že využil losování jako zákonného postupu. Žalovaný k tomu blíže odkázal na napadené rozhodnutí (body 68.-71., v nichž se vypořádal s obsahem uplatněné námitky).

[37] Účast notářky při provádění losování pouze osvědčuje průběh losování, přičemž byla současně zákonnou povinností žalobce podle zákona účinného ke dni zahájení zadávacího řízení. Splnění této zákonné povinnosti nezmenšuje odpovědnost žalobce za dodržení transparentnosti. Současně není pravdivé tvrzení žalobce, že přítomná notářka nezaznamenala žádnou podezřelou okolnost. Notářka totiž zapsala, že kontrola kartiček byla přítomné u uchazeči odepřena. Blíže k tomu odkázal žalovaný na napadené rozhodnutí (body 62.-65., v nichž se s obsahem této námitky vypořádal).

[38] Ústavní soud se v nálezech sp. zn. Pl. ÚS 33/97 a I. ÚS 647/02 zabýval principem respektování smyslu pravomocných rozsudků. Pokud by chtěl vztáhnout tuto povinnost i na rozsudky nepravomocné, nezužoval by výslovně svá konstatování pouze na rozsudky pravomocné. V případě, že by navrhovatel vzal svůj návrh zpět, neměl by žalobce jistotu, že by v rozkladu odkazovaná rozhodnutí nebyla napadená opravným prostředkem a tato rozhodnutí by nebyla předsedou žalovaného zrušena. I v případě, že by nabyla právní moci, pak vzhledem k tomu, že byla vydána v průběhu roku 2011, je třeba upozornit na to, že od té doby byla problematika losování několikrát rozhodována před Krajským soudem v Brně i Nejvyšším správním soudem, pak žalovanému nezbylo, než rozhodovat v souladu s jednotně vysloveným právním závěrem těchto soudů. Blíže žalovaný odkázal na napadené rozhodnutí (body 44.-55., v nichž vypořádal i tyto námitky).

[39] Námitce závislosti realizace obou projektů na přidělených dotačních prostředcích žalovaný odkázal na obsah napadeného rozhodnutí (body 81.-88., v nichž tuto žalobní námitku vypořádal). Žalovaný se rovněž vypořádal s námitkou věcné odlišnosti obou projektů s tím, že tuto nelze zpochybnit ani dílčími rozdílnostmi v zamýšlených účelech projektů (viz napadené rozhodnutí a jeho body 76.-80., v nichž tuto námitku vypořádal).

[40] Žalovaný odmítl tvrzení žalobce, že rozdělení veřejné zakázky na dvě (nadlimitní a podlimitní), nemohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Podle žalovaného žalobce snižuje význam rozdílů stanovených zákonem rozdílně pro podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky. Pokud by nebylo záměrem zákona dárce tyto dva režimy odlišit, nestanovoval by pro nadlimitní veřejné zakázky přísnější pravidla, než pro zakázky s nižší předpokládanou hodnotou odpovídající podlimitním zakázkám (blíže viz body 97.-99. Napadeného rozhodnutí, v nichž byla tato žalobní námitka vypořádána).

[41] Žalovaný odmítl i poslední žalobní námitku týkající se nepřiměřenosti uložené sankce a odkázal k tomu na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 As 9/2008-133. Z uvedeného rozhodnutí vyplývá závěr o důkazním

břemenu účastníka řízení, které nese ohledně prokázání jeho vlastních tvrzení. Záleží tedy na účastníku, zda projeví svůj zájem na tom, aby uložená pokuta neměla pro něj likvidační důsledky, a doloží údaje o svých osobních a majetkových poměrech. Žalobce však v posuzovaném řízení nedoložil jakkoliv svoji aktuální ekonomickou a především majetkovou situaci. Na likvidační důsledek lze v obecné rovině usuzovat z poměrů výše pokuty a majetkových poměrů žalobce, nikoliv pouze z poměrů k vybraným příjmům jeho rozpočtu. Pokud si sám žalobce nevyčlenil v rozpočtu rezervu pro možné nenadálé výdaje, tak nese sám riziko platební neschopnosti či omezení výdajů na některé investiční akce.

[42] Žalovaný s ohledem na výše uvedené navrhl soudu, aby žalobu zamítl jako nedůvodnou.

IV. Replika žalobce k vyjádření žalovaného

[43] V reakci na vyjádření žalovaného k žalobě žalobce v podání ze dne 21. 7. 2015 uvedl, že vizuální kontrolu prováděli jednoznačně všichni, kdo se losování zúčastnili, neboť fyzicky byli přítomni na místě a kartičky byly rozloženy na stole před jejich očima. Nevidí důvod, proč by se takto zjevná věc měla objevit v notářském zápisu.

[44] V notářském zápise bylo uvedeno, že si zadavatel kartičky překontroloval. Z toho lze dovodit, že kontrola zadavatele byla fyzická. Pokud notářka uvádí, že o kontrolu požádal také zástupce zájemce, je zjevné, že usiloval o kontrolu ve stejném rozsahu jako zadavatel. Tu mu zadavatel neumožnil. Nebylo jeho povinností nabízet mu jako alternativu detailnější předvedení kartiček, to v žalobě pouze uvedl proto, že by proti takové kontrole nic neměl a na žádost uchazeče by ji umožnil. Uchazeč však stál o kontrolu fyzickou a o jiný způsob kontroly nepožádal. Kontrola vizuální mu byla umožněna po celou dobu.

[45] Vycházet při zjišťování, jak to s žádostí o kontrolu kartiček ze strany uchazeče bylo, jen z notářského zápisu, je vytržené z kontextu. Ze všech okolností je zjevné, že žádost uchazeče směřovala ke kontrole fyzické a žalovaný to mohl odvodit i z notářského zápisu.

[46] Kartičky byly z tvrdého papíru, jehož označení není těžko proveditelné, může k němu dojít ohnutím kartičky či otiskem špinavého prstu. Čím více rukama by kartičky prošly, tím by byla větší pravděpodobnost, že se poškodí. I kdyby kontroly neprobíhaly „donekonečna“, což je nepravděpodobné, i pouhá jedna cesta rukama všech zúčastněných by mohla způsobit, že by se kartičky už nedaly použít. K případné námitce, že měl zadavatel zvolit kartičky z jiného materiálu, žalobce uvádí, že právě jednoduchost kartiček a otevřenost losovací metody byla největší výhodou celého procesu. Žalovaný na žalobce klade tak vysoké požadavky na zaručení transparentnosti, že tím ve skutečnosti použití losování zcela vylučuje.

[47] žalobce považoval výklad žalovaného za nesprávný zejména v tom, že přikládal nálezu ústavního soudu jiný význam. Z nálezu nevyplývá, že by se Ústavní soud zabýval myšlenkou závaznosti nepravomocných rozsudků. Pokud se tímto nezabýval, nelze v dané věci aplikovat závěry uvedeného nálezu. Žalobce dále odkázal na podanou žalobu, v níž vyjádřil myšlenku, že pokud by bylo citované rozhodnutí nesprávné a postup účastníka řízení v rozporu se zákonem, bylo povinností žalovaného zahájit řízení z moci úřední. Jelikož to žalovaný neučinil, vyjádřil svůj postoj k dané věci, a to v tom smyslu, že akceptoval jednání účastníka řízení. I takto vytvořená vůle žalovaného, zejména je-li zjiitelná z veřejně přístupné elektronické databáze rozhodnutí (slouží zadavatelům i uchazečům o veřejné zakázky), je do jisté míry závazná.

[48] Žalobce si je vědom odlišného režimu podlimitních a nadlimitních zakázek, ovšem podle jeho názoru nejde o odlišnosti tak zásadní, aby mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Obě řízení jsou otevřená, veřejná a transparentní, přičemž uchazečům nabízejí naprosto shodné možnosti pro účast v řízení. To žalobce doložil i mimořádně vysokým počtem nabídek.

[49] Z výše uvedených důvodů žalobce navrhl soudu, aby žalobě bylo vyhověno.

V. Posouzení věci krajským soudem

[50] Soud, v souladu s § 51 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále též „s.ř.s.“) bez nařízení jednání, přezkoumal v mezích žalobních bodů napadené rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i předcházející rozhodnutí žalovaného včetně řízení předcházejících jejich vydání, a shledal, že **žaloba není důvodná**.

[51] Dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem. Z uvedeného ustanovení je zřejmé, že deliktu se dopustí již ten zadavatel, který nedodrží zákon o veřejných zakázkách, přičemž tím pouze hypoteticky ovlivní výběr nejvhodnější nabídky. V posuzované věci žalovaný dospěl k logickému a odůvodněnému závěru, že žalobce nedodržel zásady transparentnosti, když před zahájením losování dne 31. 8. 2010 neumožnil zástupci zájemce zkontrolovat losovací kartičky, a dále když pro omezení počtu zájemců zvolil způsob losování, při kterém osoba provádějící losování z kartiček rozložených lícem dolů na stole de facto nelosovala, nýbrž v konečné fázi přímo určila 5 kartiček, které postupně otáčela lícem nahoru, přičemž se nejednalo o náhodný výběr losem. Postup zadavatele, který porušil zákonem stanovený požadavek na transparentnost jeho postupu, tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (viz body 56.-71. napadeného rozhodnutí). Deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách se zadavatel dále dopustil tím, že nedodržel postup uvedený v § 13 odst. 3 cit. zák., když předmět veřejné zakázky spočívající ve výstavbě zimního stadionu a tréninkové haly s šatnovacím blokem rozdělil na dvě samostatné veřejné zakázky, tedy na nadlimitní veřejnou zakázku (zimní stadion) a na podlimitní veřejnou zakázku (Tréninková hala a šatnovací blok), čímž u veřejné zakázky Tréninková

hala a šatnovací blok došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limit uvedený v § 12 odst. 1 cit. zák., přičemž předměty plnění obou zakázek vykazují znaky věcné, místní a časové souvislosti, a výše uvedeným postupem zadavatel mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. K výše uvedenému je nutno doplnit, že u všech veřejných zakázek uzavřel zadavatel na veřejnou zakázku smlouvu o dílo s vybraným uchazečem.

[52] V posuzované věci musel krajský soud přisvědčit argumentaci žalovaného i předsedy Úřadu o naplnění shora citovaných ustanovení zákona o veřejných zakázkách. Předseda Úřadu se řádně a přezkoumatelným způsobem vypořádal s námitkami žalobce uvedenými v rozkladu. Na argumentaci předsedy Úřadu lze i nyní v mnohém odkázat, neboť uplatněné žalobní námitky jsou obdobné jako ty, co byly uplatněny v rozkladu.

[53] Žalobce brojil proti tomu, aby losování bylo paušálně označováno za nezákonné, a aby jeho netransparentnost postupu byla nesprávně dovozována z obtížně proveditelné kontroly losování. V této souvislosti však krajský soud musí i s odkazem na závěry správních orgánů uvést, že netransparentnost postupu žalobce jako zadavatele vyplývala z jeho konkrétního postupu při provádění losování za účelem omezení počtu zájemců, tedy konkrétně ze zjištěného skutkového stavu a z výsledků provedeného dokazování.

[54] Žalobci lze přisvědčit v tom, že v době zahájení zadávacího řízení bylo podle tehdy účinného zákona o veřejných zakázkách losování legitimním zákonným institutem, kterého mohl žalobce k omezení počtu zájemců v užším zadávacím řízení použít. Omezení počtu zájemců losem zákon blíže neupravoval. Avšak stanovoval povinnost, aby losování bylo provedeno v souladu se základními zásadami pro postup zadavatele uvedenými v § 6 zákona o veřejných zakázkách, tedy zásadou transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, a dále s podmínkou, aby se losování mohli účastnit zájemci, kterých se výběr losem týká. Standard řádného průběhu losování tak byl dán neexistencí objektivních pochybností o transparentnosti průběhu losování a možností účasti u losování všech zájemců, včetně jejich zástupců.

[55] Soud nemůže přisvědčit žalobci v tom, že v notářském zápise nebyly zachyceny žádné podezřelé okolnosti provázející losování. Z obsahu správního spisu a notářského zápisu o průběhu losování jasně vyplývá, že losovací kartičky nebyly fakticky losovány, nýbrž po jejich rozložení na stole z nich byly de facto kartičky vybírány zástupcem zadavatele a notářka si zjevně všimla i neumožnění kontroly kartiček přítomnému zájemci o veřejnou zakázku, což vzbuzuje další pochybnosti o narušení transparentnosti průběhu losování.

[56] Také z recedentní judikatury správních soudů, konkrétně z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012-55, vyplývá, že posouzení transparentnosti losování 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 i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo.* Z uvedeného vyplývá, že nejvyšší správní soud vykládá dodržení zásady transparentnosti dle § 6 zákona o veřejných zakázkách jako postup, který

nevzbuzuje žádné pochybnosti o tom, že zadavatel jedná korektně a regulérně, a že využívá v zadávacím řízení fér prostředků.

[57] S ohledem na výše uvedené je tak třeba po žalobci – zadavateli veřejné zakázky požadovat, aby se vyvaroval pochybení, která značně snižují průhlednost losování. Zadavatel tedy musí zajistit transparentnost úkonů, které on sám či jím pověřená osoba provádí (blíže např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49).

[58] Lze přisvědčit závěru o tom, že existence možnosti ovlivnění výsledku losování vylučuje náhodnost výběru zájemců o účast v užším zadávacím řízení. V posuzované věci zadavatel nedodržel zásadu transparentnosti, neboť před zahájením losování neumožnil zástupci jednoho z uchazečů zkontrolovat losovací kartičky, přičemž z kartiček rozložených na stole osoba provádějící losování de facto nelosovala, nýbrž určila 5 kartiček, které postupně otáčela lícem vzhůru. Uvedené vyplývá ze správního spisu a pořízené dokumentace k prověřovaným veřejným zakázkám. Kritika losování se vztahovala k nyní posuzované věci a nikoliv plošně na každé losování.

[59] ačkoliv žalobce tvrdil, že učinil maximum pro zajištění transparentnosti losování, když prováděl vizuální kontrolu kartiček přímo před zraky všech přítomných uchazečů, nelze dodržení zásady transparentnosti v daném případě přisvědčit. Není také pravdou, že žalovaný ignoroval podstatné skutečnosti, které transparentnost a zákonnost průběhu losování osvědčovaly. Z judikatury správních soudů vyplývá, že pokud přítomný notář neshledal žádnou pochybnost o transparentnosti průběhu losování, a proto do notářského zápisu žádné takové pochybnosti nevtělil, *nemůže to být samo o sobě důkazem toho, že losování bylo transparentní* (blíže rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012-60). Z notářského zápisu pořízeného přítomnou notářkou o průběhu losování vyplývá, že „Losování samotné prováděl pan Mgr. Michal Petřík, a to s pomocí kartiček, které si zástupce zadavatel překontroloval, zda jsou stejné z hlediska velikosti, neprůhlednosti, tvrdosti atp. (Poznamenává se, že o kontrolu kartiček v 9:20 hod. požádal i zástupce zájemce Eurovia CS a.s., Ing. Hek, což mu nebylo umožněno).“

[60] Z výše uvedeného vyplývá, že transparentnost losování nepotvrzuje takový notářský zápis, který nezaznamenal žádné podezřelé okolnosti. Z notářského zápisu provedeného v této věci však vyplývá, že zástupce jednoho z uchazečů o kontrolu kartiček požádal, což mu nebylo umožněno. Nelze tak souhlasit s žalobcem v tom, že by v notářském zápise nebyly uvedeny jakékoliv podezřelé okolnosti provádějící losování. Přítomná notářka si zjevně všimla neumožnění kontroly kartiček zájemcem. Notářský zápis však neuvádí, že by tomuto uchazeči byla navrhnutá možnost vizuální kontroly kartiček a odepřena pouze fyzická manipulace s kartičkami. Notářka jasně uvedla, že byla odepřena jakákoliv kontrola kartiček. Z textu dále nevyplývá, že by byla uchazeči o jeho žádosti o kontrolu navržena možnost detailnějšího předvedení kartiček, kterého by uchazeč pravděpodobně využil, a informace o tom by byla pojata do notářského zápisu. Notářský zápis osvědčuje skutečnosti, kterým byla notářka přítomna a nemůže poskytovat závazné hodnocení skutkového stavu. Sama přítomnost notáře nezaručuje transparentní

průběh losování. Notář do průběhu losování nezasahuje, pouze jeho průběh zaznamenává do notářského zápisu.

[61] Z textu notářského zápisu nevyplývá, zda byly kartičky připraveny před zahájením losování anebo až v přítomnosti notářky. Pokud byly připravovány kartičky mimo kontrolu notáře nebo zájemců, nelze vyloučit možnost úpravy kartiček. Fyzická kontrola kartiček žalobcem, byť za přítomnosti notářky, nesvědčí o vyloučení okolností vzbuzujících odůvodněnou pochybnost o transparentním průběhu losování a ani nepřispívá k zachování zásady transparentnosti. Taková kontrola nebrání provedení netransparentního losování. Úsilí o zachování transparentnosti losování by odpovídalo umožnění kontroly losovacích kartiček přítomnému uchazeči a nikoliv odepření této možnosti s tím, že kontrola provedená žalobcem je dostačující. Zadavatel navíc mohl umožnit kontrolu kartiček všem přítomným zájemcům, čímž by vyloučil spekulace o označení kartiček a rovněž provést kontrolu kartiček notářkou jako poslední kontrolu před losováním. V posuzované věci však kontrola kartiček přímo notářkou neproběhla. V notářském zápise bylo osvědčeno pouze to, že kontrolu provedl zástupce zadavatele. Tvrzení žalobce, že by kontroly kartiček probíhaly „opakovaně donekonečna“, soud považuje za nepravděpodobné a účelové. V této souvislosti soud poukazuje na judikaturu Nejvyššího správního soudu, jenž v rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, klade na zadavatele povinnost, že se má ve svém postupu vyvarovat takových prvků, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků žalobce.

[62] V posuzované věci žalobce svým postupem přispěl k hůře kontrolovatelnému průběhu losování a porušil zásadu transparentnosti tím, že neumožnil uchazeči na jeho žádost kontrolu kartiček. Na takovém závěru nemůže nic změnit ani to, že žádný z přítomných zástupců zájemců, dle tvrzení žalobce, nezískal jakékoliv podezření ohledně transparentnosti losování. Nepodání námitek zástupci zájemců proti způsobu losování, protože si okolnosti způsobující porušení zásady transparentnosti neuvědomili, resp. tyto zadavateli nevytkli, nemůže dokazovat regulérnost a transparentnost průběhu losování. Zjištěné okolnosti, jako neumožnění kontroly losovacích karet i přes žádost uchazeče a faktické nelosování karet, nýbrž jejich otáčení na stole, jsou takovými prvky, které činí losování nečitelným a nekontrolovatelným. I přesto, že si žádný ze zájemců na průběh losování nestěžoval, nezbavilo to žalobce odpovědnosti za dodržení zákonných povinností. Účast notářky při losování byla povinnou náležitostí tohoto postupu podle zákona o zadávání veřejných zakázek účinného ke dni zahájení zadávacího řízení, přičemž splnění této povinnosti žalobcem neosvědčuje dodržení transparentnosti losování jako takového.

[63] Žalobci nelze přisvědčit ani v tom, že žalovaný dělá zpětně institut losování absolutně nevyužitelným. Žalobce měl právo institut losování použít, ovšem při zachování zásady transparentnosti. Rovněž není pravdivé tvrzení žalobce v tom, že povinnost zadavatele umožnit zájemcům kontrolou losovacích zařízení nevyplývala již z dřívější dikce zákona o veřejných zakázkách před 15. 9. 2010. Z § 31 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách ve znění účinném do 14. 9. 2010 (aplikováno v projednávané věci) vyplývá, že *losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6 cit. zák.* Zadavatel

tedy měl zajistit dodržení těchto zásad, a proto měl zájemci na jeho žádost umožnit kontrolu losovacích kartiček. Povinnost dodržení transparentnosti losování vyplývala pro zadavatele ze zákona o veřejných zakázkách i před jeho novelou provedenou zákonem č. 179/2010 Sb., jímž byl změněn zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, některé další zákony s účinností ke dni 15. 9. 2010. K explicitnímu vyjádření zákonné povinnosti umožnit zájemcům kontrolu losovacích zařízení tedy došlo až pozdější právní úpravou, avšak toto nemá vliv na dodržení uvedené povinnosti žalobcem, protože ta mu vyplývala z § 6 zákona o veřejných zakázkách i před citovanou novelizací. V posuzované věci nejde o nepřípustnou retroaktivitu práva.

[64] Ve světle shora citované povinnosti žalobce k zajištění transparentnosti losování, měl mít žalobce na zřeteli povinnost vyvarovat se postupu, jenž by vzbuzoval pochybnosti o férovosti losování, čímž odepření kontroly losovacích kartiček uchazečem bylo. Pokud pak zadavatel nedodržel zásadu transparentnosti i v tom, že omezení počtu zájemců neprovedl náhodným losem, neboť losující osoba de facto přímo určila 5 kartiček, které postupně otáčela na stole lícem vzhůru, mohl tím podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Současně bylo zjištěno, že zadavatel na kontrolované veřejné zakázky uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem.

[65] Ze shora provedeného výkladu je zřejmé, že žalovaný žalobci nemohl vytýkat to, že použil institut losování, který následně zákonodárce zrušil. Nedošlo tedy k nepřípustnému zpětnému působení práva, jak se mylně žalobce domníval. Potřebu dodržovat zásadu transparentnosti při provádění losování lze podpůrně podpořit např. konstatováním, že zákonodárce později zrušil institut losování pro jeho zneužitelnost. Z takového konstatování nelze dovodit přímé porušení zásady transparentnosti, nýbrž jen nutnost dodržovat zásadu transparentnosti při prováděném losování.

[66] V dalším okruhu žalobních námitek žalobce dovodil u žalovaného a jeho předsedy odchýlení se od dosavadní rozhodovací praxe. V této souvislosti žalobce odkázal na podrobný text rozkladu, kde argumentoval zásadou předvídatelnosti, přičemž v rozkladu měl dále uvést několik příkladů řízení, v nichž se žalovaný zabýval zkoumáním legitimity losování. K uvedenému odkazu na text rozkladu krajský soud uvádí, že pro řízení o přezkoumání správního rozhodnutí soudem platí dispoziční zásada (§ 71 odst. 1 písm. d) a § 75 odst. 2 věta první s.ř.s.), a proto obsah žaloby (žalobních bodů) v podstatě předurčuje obsah rozhodnutí soudu. Žalobce je v souladu s § 71 odst. 1 písm. d) s.ř.s. povinen uvést konkrétní žalobní body v textu žaloby, nepostačuje proto pouhý odkaz na text rozkladu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 6. 2005, č. j. 7 Afs 104/2004-54).

[67] Ve výše uvedené souvislosti žalobce dále konstatoval, že v rozkladu uváděl několik příkladů řízení, přitom na některé z nich žalovaný nereagoval. K tomu soud uvádí, že žalobce tyto příklady a výhrady blíže nespecifikoval, a proto se k nim ani soud nemůže konkrétně vyjadřovat. Pokud pak byla některá řízení následně zastavena z důvodu zpětvzetí návrhu, pak v takovém řízení nebylo s konečnou platností osvědčováno transparentní losování, nýbrž zastavení řízení pro zpětvzetí návrhu. Takové rozhodnutí

pak nabývá právní moci a řízení je pravomocně ukončeno. I v případě, že by navrhovatel dnes vzal zpět svůj návrh, nelze u případně vydaného prvostupňového rozhodnutí dovodit jeho nezměnitelnost či nezrušitelnost, pokud by bylo napadeno opravným prostředkem. Žalobkyně v žalobě uvedla rozhodnutí Úřadu ze dne 14. 4. 2011, č. j. ÚOHS-S382/2010/VZ-3933/2011/520/Ema, které však v žalobě blíže nespecifikovala. Soud k tomu uvádí, že od roku 2011 byla problematika losování opakovaně řešena a vykládána v soudních řízeních před zdejším krajským soudem i Nejvyšším správním soudem. O tom svědčí také množství odkazů na judikaturu správních soudů ve výše provedeném výkladu.

[68] V rozporovaných nálezech sp. zn. Pl. ÚS 33/97 a I. ÚS 647/02 se Ústavní soud zabývá *principem respektování smyslu pravomocných rozsudků*. Nelze jakkoliv pochybovat o tom, že povinnost respektovat rozsudky soudů se vztahuje právě na ty pravomocné. V opačném případě by institut právní moci rozsudku pozbyl svého významu. V této souvislosti však krajský soud poukazuje také na to, že žalobce neuvedl žádnou konkrétní rozhodovací praxi nebo ustálenou praxi žalovaného, od níž by se žalovaný v posuzovaném případě neodůvodněně odchýlil. Jak již bylo výše uváděno (viz výklad výše), o postupu žalovaného a jeho předsedy v souladu s právními předpisy svědčí i četné odkazy na judikaturu správních soudů. Žalobci nelze přisvědčit ani v tom, že by obdobný případ netransparentního losování byl u jiné osoby shledán za souladný se zákonem. Nekonzistentní postup či odchýlení se od dlouhodobé a ustálené praxe nebylo u žalovaného osvědčeno.

[69] K interpretaci zásady legitimního očekávání dovodil Ústavní soud ve svých rozhodnutích, že „přehodnocení interpretace ze strany správních úřadů nebo soudů, za nezměněného stavu interpretovaných právních předpisů jistě není vyloučeno. Představuje však závažný zásah do právní jistoty a intenzitu tohoto zásahu je nutno posuzovat vždy ve světle individuální situace. Legitimita změny správní praxe závisí na otázce, do jaké míry mohl adresát normy rozumně počítat s tím, že se výklad dané normy změní, a to i za nezměněných právních předpisů.“

[70] Z napadeného rozhodnutí vyplývá, že se předseda Úřadu již zabýval námitkou odchýlení se od rozhodovací praxe. Přitom se mělo jednat o závěry v rámci přezkoumávání podnětů, kde nebylo vedeno správní řízení, pročť prvostupňové rozhodnutí Úřadu nenabývalo právní moci. Pokud rozhodnutí nenabývalo právní moci, pak z něj neplynuly žádné právní účinky. Pramenem, jenž obsahuje závazný právní názor Úřadu, je pravomocné rozhodnutí vydávané ve správním řízení. V nyní posuzované věci nebyla porušena zásada legitimního očekávání ani konzistence rozhodování správních orgánů.

[71] Další okruh žalobních námitek se týkal nesprávného posouzení rozdělení veřejných zakázek, přičemž podle žalobce žalovaný bagatelizoval jeho námitky svědčící pro vzájemnou oddělitelnost zakázek a nevzal v úvahu závislost realizace obou projektů na dotačních zdrojích financování. Podle žalobce nebyla zohledněna ani věcná rozdílnost obou projektů.

[72] V dané věci Úřad posuzoval, zda zadavatel nedovoleným způsobem rozdělil předmět jedné nadlimitní veřejné zakázky na dvě samostatné veřejné zakázky, a to na nadlimitní veřejnou zakázku Zimní stadion a podlimitní veřejnou zakázku Tréninková hala a šatnovací blok. Dělením veřejných zakázek se již zabýval Nejvyšší správní soud v rozhodnutí pod sp. zn. 2 Afs 55/2010, z něhož vyplývá, že *„pro určení, zda konkrétní plnění ve prospěch zadavatele je jedinou veřejnou zakázkou nebo několika jednotlivými veřejnými zakázkami, je rozhodující věcný charakter takového plnění; poptává-li zadavatel plnění svým charakterem totožné či obdobné (např. plnění stejného nebo srovnatelného druhu uskutečňovaného pro téhož zadavatele v témže časovém období a za týchž podmínek co do charakteru plnění), pak takové plnění musí zadávat jako jedinou veřejnou zakázku podle zákona, není však v případě zadávání takové jediné veřejné zakázky vyloučeno připustit podávání nabídek jen na její jednotlivé části.“*

[73] Podle rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Afs 198/2006 *„je nutno zadáním jedné veřejné zakázky, spočívající v plnění stejného nebo srovnatelného druhu, rozumět i souhrn jednotlivých zadání určitých relativně samostatných plnění, týkají-li se tato zadání plnění spolu úzce souvisejících, zejména z hledisek místních, urbanistických, funkčních, časových nebo technologických.“*

[74] Pokud jde o námitku věcné odlišnosti obou objektů, pak věcnou souvislost nelze zpochybnit dílčími rozdílnostmi v zamýšlených účelech projektů. U obou veřejných zakázek jsou předmětem plnění stavební práce na výstavbu dvou objektů – zimního stadionu (včetně zázemí, pozemních komunikací, inženýrských sítí a venkovních rozvodů) a tréninkové haly a šatnovacího bloku (včetně kompletního vnitřního vybavení, vnitřních rozvodů, inženýrských sítí a médií s přímou provazbou na související objekt zimního stadionu). Věcná souvislost mezi oběma objekty nemůže být narušena ani částečnými odlišnostmi v zamýšleném účelu, tedy v případě Zimního stadionu, že jde o zázemí pro profesionální hokejový klub, popř. kulturní a společenské akce, a že naopak u tréninkové haly se počítá s využitím k veřejnému bruslení a k tělovýchovným aktivitám mládeže a krasobruslařských a hokejových klubů.

[75] S odkazem na výše citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 2 Afs 55/2010 nemusí předmět plnění vykazovat jednoznačně znaky totožnosti, nýbrž postačí zachování určité míry obdobnosti, srovnatelnosti druhu plnění. V dané věci je podstatné, že součástí obou veřejných zakázek je výstavba ledové plochy, přitom však je nepodstatné, zda jsou zamýšleny pro širokou veřejnost, anebo pro profesionální hokejový klub. Nerozhoduje rozdílnost cílové skupiny ani primární zdroje financování provozu obou zařízení. Plnění úzce souvisejících stavebních prací je třeba posuzovat z hledisek místních, urbanistických, funkčních, časových nebo technologických. Okolnosti financování provozu či zakázky nemají vliv na posouzení stejnosti předmětu plnění. Naopak to, že byl u obou veřejných zakázek vybrán jako nejvhodnější stejný uchazeč – North stav a.s. svědčí o věcné souvislosti obou veřejných zakázek. V tomto ohledu nelze přisvědčit žalobci, že není v jeho silách ovlivnit, kteří uchazeči se do zadávacího řízení přihlásí, a kteří budou nakonec vybráni. Uvedená argumentace žalobce nemůže ničeho změnit na zjištěné věcné souvislosti obou veřejných zakázek.

[76] Žalobce dále poukazoval na rozhodnutí Soudního dvora EU ve věci C-16/98 Komise ES versus Francouzská republika s tím, že předseda Úřadu na uvedené rozhodnutí reagoval pouze tak, že mu není jasné, jak měl s touto námitkou naložit, ačkoliv bylo podle žalobce nepochybné, že očekával porovnání s nyní posuzovanou věcí. Ze správního spisu k této námitce soud zjistil, že žalobce sice směřoval k analogii uvedeného rozhodnutí s nyní řešeným případem (souvislost při poskytování různých služeb není dána), avšak podrobněji nekonkretizoval, v čem přesně se nyní přezkoumávaný případ shoduje s poukazovaným případem Soudního dvora EU a nebylo tak možné se s námitkou přesně vypořádat. V napadeném rozhodnutí předseda Úřadu obecně citoval rozhodnutí Soudního dvora EU s tím, že vyjmenovává konkrétní kritéria, k jejichž naplnění musí v rámci trestu posouzení dojít (společná technická a ekonomická využitelnost, výzvy k podání nabídek učiněný v tentýž okamžik, zahájení a koordinaci výběru dodavatele musí provádět jediný subjekt na podkladě shodné zadávací dokumentace), aby se jednalo o zakázku jedinou, a dále demonstruje, kdy k naplnění výše uvedených kritérií dochází a kdy nikoliv.

[77] K závěru o existenci věcné souvislosti plnění postačí, že plnění byla charakteru obdobného. Za srovnatelná plnění lze považovat taková plnění, u kterých po vzájemném srovnání shod a rozdílů převažují vzájemné shodné znaky, což bylo v daném případě naplněno. Není však rozhodující, že obě veřejné zakázky byly zadávány v rámci dvou různých projektů Regionálního operačního programu Severozápad.

[78] Rovněž okolnosti financování zakázky nemají vliv na posouzení srovnatelnosti či stejnosti předmětu plnění, neboť žádným způsobem nemění charakter tohoto plnění (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 9. 2011, č. j. 62 Ca 44/2009-75). Z citovaného rozhodnutí dále vyplývá, že veřejný zadavatel je povinen při nakládání s veřejnými prostředky postupovat hospodárně, efektivně a účelně, čehož má být dosaženo právě postupem podle zákona a uzavíráním smluv při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí. Zadavatelé mají obecně nejistotu ohledně získání finančních prostředků. Je povinností zadavatele předvídat své potřeby a investice, přičemž nejistota získání finančních prostředků, odlišnost míry veřejné podpory není relevantní okolností pro rozdělení veřejné zakázky v rozporu s § 13 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Podle posledně citovaného ustanovení zadavatel nesmí rozdělit předmět veřejné zakázky tak, aby tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v tomto zákoně (§ 12 zákona o veřejných zakázkách).

[79] Podle § 13 odst. 4 cit. zák. platí, že je-li veřejná zakázka rozdělena na části, je pro stanovení předpokládané hodnoty rozhodující součet předpokládaných hodnot všech částí veřejné zakázky. Zadavatel tedy rozdělí předmět veřejné zakázky na části, avšak nikoliv způsobem vytvářejícím jednotlivé nižší předpokládané hodnoty jednotlivých částí předmětu plnění veřejné zakázky v porovnání s předpokládanou hodnotou úplného předmětu plnění veřejné zakázky. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky jako celku zůstane při rozdělení veřejné zakázky podle § 98 odst. 1 cit. zák. vždy zásadně stejná v porovnání se stavem, pokud by k takovému rozdělení nedošlo. Rozdělení veřejné zakázky postupem podle § 98 odst. 1 cit. zák. proto nemá žádné dopady na volbu druhu

zadávacího řízení s ohledem na celkový objem veřejných prostředků vynakládaných na pořízení celkového předmětu plnění veřejné zakázky, které vykazuje objektivní souvislosti. Postupem podle § 98 odst. 1 nemůže docházet k porušování § 13 odst. 3 cit. zák.

[80] Riziko, že dojde vzhledem k poskytnutí dotace k realizaci pouze jedné z veřejných zakázek mohl zadavatel řešit zadáním předmětu plnění na realizaci obou projektů jako jedinou veřejnou zakázku rozdělenou na části ve smyslu § 98 cit. zák. Možnost realizace pouze jedné části veřejné zakázky nevypovídá o samostatnosti obou předmětů plnění a není důvodem pro rozdělení veřejné zakázky v rozporu s § 13 odst. 3 cit. zák.

[81] Možnost rozdělení jedné veřejné zakázky na více částí, které jsou pak zadávány najednou anebo na etapy, je využívána u velkých stavebních projektů. V posuzovaném případě však žalobce neuvedl žádný konkrétní příklad stavebního projektu, který by byl realizován několika samostatnými veřejnými zakázkami a takový postup by byl zavedenou či ustálenou praxí Úřadu a u správních soudů by byl považován za zákonný.

[82] Žalobce nereflektoval význam rozdílů stanovených zákonem rozdílně pro podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky. Zákonodárce jasně oba režimy odlišil, jinak by nestanovil pro nadlimitní veřejné zakázky přísnější pravidla, než pro zakázky podlimitní. Důvodem pro rozdělení zakázky nemohla být nejistota v poskytnutí dotací ani odlišný způsob využívání objektů.

[83] K otázce časové souvislosti veřejných zakázek se vyjadřoval rovněž Krajský soud v Brně v rozhodnutí ze dne 7. 3. 2013, č. j. 62 Ca 68/2011-50. Uvedl, že při posuzování hlediska časové souvislosti je třeba zhodnotit časové okolnosti zahájení zadávacího, resp. výběrového řízení, časový okamžik uzavření smluv s vybraným uchazečem a termíny realizace veřejných zakázek.

[84] Z dokumentace k veřejné zakázce vyplynulo, že zadávací řízení na veřejnou zakázku zimní stadion bylo zahájeno odesláním oznámení o zakázce uveřejněného v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 14. 11. 2008, ve znění opravy ze dne 5. 12. 2008, v případě veřejné zakázky Tréninková hala a šatnovací blok pak dne 18. 11. 2008. Smlouvu na plnění veřejné zakázky Zimní stadion uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dne 4. 4. 2009 (dobu trvání stanovil na 21 měsíců). Smlouvu na plnění veřejné zakázky Tréninková hala a šatnovací blok uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dne 21. 4. 2009 (dobu trvání stanovil na 18 měsíců). Z výše uvedeného vyplývá, že zadávací řízení na veřejné zakázky byly v obou případech zahájeny v totožném kalendářním roce (2008) a dokonce v totožném kalendářním měsíci. Totéž pak platí pro uzavření smlouvy. Rozdíl několika měsíců je v případě veřejných zakázek na stavební práce rozdílem nepatrným. Uvedený časový rámec prokazuje souladný postup zadavatele při zadávání obou veřejných zakázek, z čehož nesporně vyplývá, že časová souvislost mezi oběma veřejnými zakázkami byla zjevně dána. Tvrzení žalobce o náhodné časové souvislosti obou veřejných zakázek tak nemůže obstát. O naplnění místní souvislosti obou veřejných zakázek nebylo sporu.

[85] Ust. § 13 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách má za cíl, aby zadání veřejných zakázek probíhalo některým ze zákonem stanovených druhů zadávacího řízení, a to podle rozmezí předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Čím vyšší je předpokládaná hodnota veřejné zakázky, tím by měla být hospodářská soutěž o veřejnou zakázku širší. Nezákonné rozdělování předmětu veřejné zakázky pak popírá účel zákona o veřejných zakázkách.

[86] Jelikož žalobce nezadal veřejné zakázky v zákonném režimu pro nadlimitní veřejnou zakázku, který je režimem přísnějším, mohl tak ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Žalobce totiž nedodržel postup stanovený v § 13 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, když předmět veřejné zakázky spočívající ve výstavbě Zimního stadionu a Tréninkové haly včetně šatnovacího bloku rozdělil na dvě samostatné veřejné zakázky, čímž došlo u veřejné zakázky Tréninková hala a šatnovací blok ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limit uvedený v § 12 odst. 1, čímž mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, přitom dne 4. 4. 2009 uzavřel na veřejnou zakázku Zimní stadion smlouvu o dílo s vybraným uchazečem a dne 21. 4. 2009 smlouvu o dílo na veřejnou zakázku Tréninková hala a šatnovací blok, rovněž s vybraným uchazečem.

[87] Žalovaný i jeho předseda správně hodnotili rozhodné skutečnosti pro opakované naplnění skutkové podstaty správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách a při úvahách o výši sankce byly v souladu s právními předpisy zohledněny přitěžující i polehčující okolnosti, včetně podmínek uvedených v § 120 odst. 2 a § 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách.

[88] Za žalobcem spáchané delikty mu uložil Úřad pokutu podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách pokutu ve výši 600.000 Kč. Pokuta v uvedené výši byla uložena při spodní hranici zákonné sazby. Úřad dostatečně zhodnotil způsob spáchání správních deliktů, jakož i okolnosti, za nichž byly spáchány (§ 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách). Při stanovení výše pokuty přihlédl k ekonomické situaci žalobce. Předseda Úřadu se s odůvodněním výše uložené sankce ztotožnil, včetně toho, že žalovaný vycházel z výše objemu rozpočtu žalobce.

[89] Soud poukazuje na to, že ukládání pokut za správní delikty se děje ve sféře volného správního uvážení (diskrečního práva správního orgánu), tedy zákonem dovolené volnosti správního orgánu rozhodnout ve vymezených hranicích, resp. volit některé z více možných řešení, které zákon dovoluje.

[90] Podrobit volné správní uvážení soudnímu přezkoumání lze však dle § 78 odst. 1 s.ř.s. jen potud, překročil-li správní orgán zákonem stanovené meze tohoto uvážení (meze vyplývající z ústavních principů zákazu libovůle, principu rovnosti, zákazu diskriminace, příkazu zachovávat lidskou důstojnost, principu proporcionality, apod.) nebo správní orgán volné uvážení zneužil. Soud tedy posuzuje, zda rozhodnutí správních orgánů nevybočila z mezí stanovených zákonem.

[91] Zdejšímu soudu je z úřední činnosti známo, jakým způsobem se v rámci veřejných zakázek pokutují jednotlivé správní delikty zadavatelů. Každý případ je jedinečný, a proto je jejich srovnání obtížné. Posuzování závažnosti deliktu přitom nelze chápat jako prostý součet přitěžujících a polehčujících okolností s předem danými matematickými hodnotami, nýbrž je na správním orgánu, aby přihlížel ke všem okolnostem daného správního deliktu jako k celku. Jen na základě takového postupu lze určit závažnost správního deliktu a tomu odpovídající výši uložené pokuty. V nyní přezkoumávané věci uložená pokuta nevybočuje z mezí dosavadní rozhodovací praxe žalovaného.

[92] V této souvislosti soud musí poukázat na to, že žalobce jakkoliv nedoložil svoji aktuální ekonomickou a hospodářskou situaci. Nelze tak konkrétně usuzovat na případné likvidační důsledky uložené pokuty. V této souvislosti je třeba poukázat také na důkazní břemeno žalobce, které nese v řízení o jiném správním deliktu, pokud jde o prokázání jeho vlastních tvrzení (srov. usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 As 9/2008-133). Bylo tedy na žalobci, aby projevila zájem na tom, aby pro něj neměla uložená pokuta likvidační důsledky tím, že poskytne základní údaje o svých osobních a majetkových poměrech.

[93] Soud nepovažuje uloženou pokutu při spodní hranici zákonné sazby za zjevně nepřiměřenou. Soud nemá důvod vytýkat žádné nedostatky v užití správního uvážení, protože správní orgán svého diskrečního práva užil podle zákonného příkazu, a také z mezí zákonem vytyčených nijak nevybočil. Naopak z tvrzení žalobce v žalobě nelze dovodit, jak konkrétně má uložená pokuta ovlivnit jeho činnost či hospodaření.

VI. Závěr a náklady řízení

[94] Krajský soud v Brně tedy shledal námitky žalobce nedůvodnými, jelikož v řízení nevyšly najevo ani žádné vady, k nimž musí soud přihlížet z úřední povinnosti, zamítl žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s.

[95] O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s.ř.s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce ve věci úspěch neměl, žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta, a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává 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 27. února 2018

JUDr. Zuzana Bystřická, v. r.
předsedkyně senátu

Za správnost vyhotovení:
Barbora Zachovalová