



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Ostravě - pobočka v Olomouci rozhodl v senátě složeném z předsedkyně senátu JUDr. Zuzany Šnejdrové, Ph.D., a soudkyň Mgr. Jany Volkové a Mgr. Barbory Berkové ve věci

žalobce: **Statutární město Olomouc, IČO 00299308**
sídlem Horní náměstí 583, Olomouc
zastoupeného advokátem Mgr. Ing. Petrem Konečným
sídlem Na Střelnici 1212/39, Olomouc

proti
žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**
sídlem Masarykova 427/31, Brno

o přezkoumání rozhodnutí žalovaného ze dne 6. 11. 2015, č. j. 38172/15/5000-10470-702394 a č. j. 38173/15/5000-10470-702394,

takto:

I. Žaloba se **zamítá**.

II. Žádný z účastníků řízení **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Žalobce se žalobou doručenou krajskému soudu dne 5. 1. 2016 domáhá přezkoumání rozhodnutí žalovaného ze dne 6. 11. 2015, č. j. 38172/15/5000-10470-702394 a č. j. 38173/15/5000-10470-702394 (dále jen „napadená rozhodnutí“), kterými žalovaný zamítl odvolání žalobce proti rozhodnutí, platební výměry na odvod za porušení

Shodu s prvopisem potvrzuje M. N.

rozpočtové kázně, Finančního úřadu pro Olomoucký kraj (dále jen „správce daně“) ze dne 9. 4. 2015, č. j. 616586/15/3100-31471-801817 a č. j. 616781/15/3100-31471-801817 (dále jen „platební výměry“).

II. Podstata věci

2. Porušení rozpočtové kázně ve smyslu zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech (dále jen „zákon o rozpočtových pravidlech“), se měl žalobce dopustit porušením § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“).

III. Shrnutí žalobní argumentace

3. Žalobce v žalobě požaduje zrušení napadených rozhodnutí, jakož i platebních výměrů, z důvodu jejich nezákonnosti spočívající v nedostatečném a nesprávném vypořádání se s odvolacími námitkami, čistě formalistickém postupu žalovaného, který nezohlednil všechny okolnosti daného případu, v nesprávném skutkovém zjištění a především v nesprávném právním posouzení věci.
4. Žalobce namítá, že u dané veřejné zakázky postupoval v souladu s příslušnými právními předpisy i s rozhodnutím o poskytnutí dotace Ministerstva životního prostředí ze dne 27. 6. 2012, se smlouvou č. X o poskytnutí podpory ze Státního fondu životního prostředí ze dne 20. 7. 2012 i se směrnicí Ministerstva životního prostředí č. 4/2010 ze dne 28. 4. 2010, na která napadená rozhodnutí odkazují. Žalobce nesouhlasí se závěry správce daně a žalovaného, že porušil zásadu transparentnosti vyplývající ze ZVZ. Pochybnosti o transparentnosti vycházejí pouze z toho, že zadavatel odmítl „přečíslování“ jednotlivých uchazečů před zahájením losování a nedostatečně odůvodnil zamítnutí přečíslování uchazečů. Podle žalobce však žalovaný neuvedl, v čem konkrétně bylo odůvodnění nedostatečné.
5. Žalobce tvrdí, že splnil požadavky § 61 ZVZ pro omezení zájemců pomocí náhodného výběru losem a také dodržel základní požadavky pro zadávání veřejných zakázek, což dokazuje notářský zápis X, X (dále jen „notářský zápis“). Poukazuje na skutečnost, že elektronické losovací zařízení – generátor náhodných čísel, které bylo použito pro losování, bylo certifikováno a byla na něm provedena kontrola a zkouška u Elektronického zkušebního ústavu v Praze a u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.
6. Žalobce zdůrazňuje, že pouhé zamítnutí přečíslování nemůže mít za následek netransparentní postup, pokud vzhledem ke způsobu fungování losovacího zařízení nepřechíslování nemohlo mít vliv na náhodnost výsledku a faktická manipulace nebyla proveditelná. Užití zařízení bylo certifikováno, zaplombováno neporušenou bezpečnostní pečetí a kontrolováno několika subjekty. Byl proveden i první test losování a byl nabízen i test náhodnosti, zařízení bylo tedy nejen objektivně zkontrolovatelné, ale bylo fakticky zkontrolováno. Žalobce považuje za nesprávné závěry správních orgánů o tom, že z provedeného notářského záznamu nevyplývá, zda notář ověřoval neporušenost použité plomby či shodu čísla losovacího zařízení použitého při losování s číslem losovacího zařízení, které bylo předmětem zprávy o provedené zkoušce zařízení. Ze zprávy notáře jednoznačně vyplývá, že *„okolnost, jež určuje výsledek losování, není předem nikomu známa a je takového druhu, že nemůže být provozovatelem ani další osobou ovlivněna“*. Provedená

Shodu s prvopisem potvrzuje M. N.

zkouška losovacího zařízení nevzbudila žádné pochybnosti. I zkouška provedená v dřívější době osvědčuje dle žalobce řádný stav zařízení a zároveň vylučuje možnost jeho ovlivnění, zařízení bylo také řádně zaplombováno. Možnost odvezení zařízení na kontrolu do příslušného zkušebního ústavu, která byla přítomným účastníkům nabídnuta, se žalobci nejevila s ohledem na časovou náročnost jako přijatelná. Podle správních orgánů to, že nemohla být provedena přímá kontrola použitého počítačového programu, mohlo v souvislosti s odmítnutím přechíslování vzbuzovat pochybnosti o transparentnosti hlasování. Touto úvahou však správní orgány vyloučily faktické použití losovacího zařízení.

7. Podle žalobce byl výběr losem při omezení počtu zájemců v zadávacím řízení v souladu s § 61 odst. 4 ZVZ, byl uveden v oznámení o zahájení zadávacího řízení v užším řízení, přičemž číslo využitě pro losování bylo jednotlivým žádostem přiděleno dle času a data jejich doručení, což žalobce považuje za plně transparentní. Možnost přechíslování uchazečů na základě žádosti uchazeče přitom ze zákona nevyplývá a žalobce naopak pochybuje o transparentnosti losování po případném přechíslování uchazečů, ke kterému by došlo bez zákonného podkladu, závazné metodiky a bez přítomnosti všech uchazečů. Žalobce dále namítá, že správní orgány nespecifikovaly, jak měla být v případě přechíslování a následného losování zajištěna transparentnost postupu, tento požadavek stanovily obecně a neurčitě, a proto jej nelze vykládat jednostranně k tíži daňového subjektu. Podle žalobce tak z úvah správních orgánů vyplývá, že užití elektronického losovacího zařízení je za současného zajištění transparentnosti vyloučeno. Žalobce v této souvislosti odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 2. 2014, sp. zn. 5 Afs 90/2012.
8. Žalobce odkazuje na rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 8. 2011, č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/Mne, dle kterého „*skutečnost, že zástupce zadavatele před losováním odmítl změnit pořadí přiřazená jednotlivým zájemcům, sama o sobě, vzhledem ke způsobu fungování předmětného losovacího zařízení, nemůže být důvodem pro konstatování netransparentnosti úkonu losování...*“. Vzhledem k uvedenému se žalobci jeví argument žalovaného, že nebyl důvod neprovést přechíslování uchazečů, jako nepravdivý.
9. Netransparentnost je dle žalobce možné s odkazem na judikaturu Nejvyššího správního soudu dovodit tehdy, pokud by existovala reálná možnost či objektivní, ač neprokázaná, pochybnost, že k určitému ovlivnění mohlo dojít, to však v rozhodovaném případě není splněno. Žalobce dále uvedl, že účel dotace byl v posuzovaném případě zcela naplněn, byly prokázány způsobilé výdaje, dotace byla využita na stanovený obecně prospěšný účel a v souladu s veřejným zájmem na úspory energetické náročnosti ve školních budovách Statutárního města Olomouc. Žalobce se v průběhu veřejné zakázky žádného jiného porušení zákona o veřejných zakázkách či pochybení nedopustil, jednal v dobré víře, v souladu s právními předpisy a pro zabezpečení řádného průběhu pověřil zajištěním zadávacího řízení odbornou externí společností.

IV. Shrnutí stanoviska žalovaného

10. Žalovaný navrhuje zamítnutí žaloby. Uvádí, že základní zásady zadávacího řízení, které ZVZ stanovuje v § 6, jsou obecné povahy a závazné pro veřejné zadavatele. Je tedy racionální aplikovat jednotlivá ustanovení ZVZ v souladu s těmito zásadami a při současném zohlednění účelu zákona, tj. efektivního vynakládání peněžních prostředků z veřejných rozpočtů.

Shodu s prvopisem potvrzuje M. N.

11. Žalovaný ve svém vyjádření dále odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, které se zabývá § 6 ZVZ, zejména pak zásadou transparentnosti.
12. Žalovaný uvádí, že na základě skutkových okolností dospěl k tomu, že došlo k porušení zásady transparentnosti. Z notářského zápisu plyne, že moderátor zamítl požadavek, aby bylo nejdříve provedeno losování o přidělení čísel jednotlivým uchazečům a teprve následně se uskutečnilo vlastní losování o omezení počtu uchazečů. Uvedené odmítnutí činí dle žalovaného průběh losování nedůvěryhodným bez ohledu na to, zda došlo či nedošlo k ovlivnění vlastního losování; takový postup tedy nelze považovat za transparentní. Moderátor měl dle žalovaného přechýlovat na základě návrhu jednotlivé nabídky uchazečů či uvést důvody, pro které nelze toto přechýlování provést. Žalovaný považuje přechýlování zájemců na místě před losováním za jedinou možnost, jak zajistit a kontrolovat transparentnost výběru. Přechýlováním totiž mohl zadavatel minimalizovat případnou manipulaci losovacího zařízení prostřednictvím zásahu do jeho software, která je snazší tehdy, je-li známo očíslování zájemců. Svou argumentaci žalovaný opřel o rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, konkrétně o rozhodnutí ze dne 25. 11. 2015, č. j. ÚOHS-R402/2014/VZ-40945/2015/321/IPs, kterým potvrdil rozhodnutí ze dne 31. 10. 2014, č. j. ÚOHS-S711/2014/VZ-23093/2014/523/LSt.
13. Podle žalovaného je z napadeného rozhodnutí plně seznatelné, že v rámci rozhodování přihlédl ke všem okolnostem přezkoumávané situace, které mají oporu ve spisovém materiálu, a zaujal k nim jasné a plně přezkoumatelné stanovisko, které je v souladu s relevantní právní úpravou.

V. Skutková zjištění

14. Správce daně vyměřil žalobci platebním výměrem ze dne 9. 4. 2015 č. X, č. j. 616781/15/3100-31471-801817, odvod do Národního fondu za porušení rozpočtové kázně ve výši 2 245 034 Kč, a platebním výměrem ze dne 9. 4. 2015 č. X, č. j. 616586/15/3100-31471-801817, odvod do Státního fondu životního prostředí za porušení rozpočtové kázně ve výši 132 061 Kč.
15. Porušení rozpočtové kázně se dle odůvodnění platebního výměru č. X žalobce dopustil tím, že při realizovaném užším podlimitním řízení s omezením počtu zájemců losem nepostupoval v souladu se ZVZ a se čl. 7 směrnice Ministerstva životního prostředí ČR č. 4/2010, o předkládání žádostí o poskytování finančních prostředků pro projekty z OPŽP včetně spolufinancování ze SFŽP a státního rozpočtu ČR – kapitoly 315, čímž nedodržel čl. III., bod 6, část C, písm. a) smlouvy č. X, o poskytnutí podpory ze SFŽP ČR ze dne 19. 4. 2013 na projekt CZ.1.02./3.2.00/10.07754 „Úspory energetické náročnosti budov ve vzdělávacích zařízeních statutárního města Olomouc“. V dalším případě se porušení rozpočtové kázně dle odůvodnění platebního výměru č. 188/2015 dopustil tím, že při realizovaném užším podlimitním řízení s omezením počtu zájemců losem nepostupoval v souladu se ZVZ a se čl. 7 Směrnice Ministerstva životního prostředí ČR č. 4/2010, o předkládání žádostí o poskytování finančních prostředků pro projekty z OPŽP včetně spolufinancování ze SFŽP a státního rozpočtu ČR – kapitoly 315, čímž nedodržel část B., bod 3., písm. a) podmínek rozhodnutí o poskytnutí dotace MŽP ze dne 27. 6. 2012, č. j. 115D222001527/2.

Shodu s prvopisem potvrzuje M. N.

16. Žalobce v odvolání ze dne 10. 4. 2015 brojil proti oběma platovým výměrům, které mu byly doručeny dne 10. 4. 2015. Nesouhlasil s tím, že by se dopustil porušení rozpočtové kázně, a považoval vyměřenou daň ve výši 132 061 Kč a 2 245 034 Kč za zcela nepřiměřenou.
17. Žalovaný o podaném odvolání rozhodl napadenými rozhodnutími tak, že odvolání zamítl a platební výměry správce daně potvrdil. Mimo jiné uvedl, že žalobce nepostupoval v souladu se ZVZ při omezení počtu zájemců losem. Ztotožnil se s vyjádřením správce daně obsaženým ve zprávě o daňové kontrole č. j. 1507450/14/3100-31471-807095, jehož závěrem bylo, že losování neproběhlo v souladu se zásadou transparentnosti dle § 6 a § 61 odst. 4 ZVZ.

VI. Splnění procesních podmínek a rozsah soudního přezkumu

18. Krajský soud ověřil, že žalobu podala osoba k tomu oprávněná, po vyčerpání řádných opravných prostředků a žaloba splňuje všechny formální náležitosti. Žalobkyně podala žalobu ve lhůtě dle § 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“). Je tedy věcně projednatelná.
19. Krajský soud přezkoumal napadené rozhodnutí v mezích žalobních bodů podle § 75 odst. 2 s. ř. s., přičemž vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování žalovaného (§ 75 odst. 1 s. ř. s.). V souladu s § 51 odst. 1 s. ř. s. rozhodl krajský soud bez nařízení jednání.

VII. Věcné posouzení návrhu

20. Žalobce v žalobě mimo jiné namítal, že se žalovaný nedostatečně vypořádal s jeho námitkami. Krajský soud se proto nejprve zabýval otázkou, zda je napadené rozhodnutí způsobilé soudního přezkumu. Případná nepřezkoumatelnost správního rozhodnutí (ať už pro jeho nesrozumitelnost či pro nedostatek důvodů) je totiž vadou natolik závažnou, k níž je krajský soud povinen přihlížet z úřední povinnosti a pro kterou by musel rozhodnutí žalované dle § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s. zrušit.
21. Krajský soud na úvod připomíná, že nepřezkoumatelnost rozhodnutí může nastat z důvodu jeho nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů rozhodnutí. Obecně lze za nesrozumitelné považovat takové rozhodnutí, z jehož výroku nelze zjistit, jakým způsobem bylo rozhodnuto, jehož výrok je vnitřně rozporný nebo nelze rozeznat, co je výrok a co odůvodnění, dále takové rozhodnutí, z něhož není patrné, které osoby jsou jeho adresátem a kdo byl rozhodnutím zavázán, apod. V případě nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů pak soud posuzuje, zda se žalovaný v rozhodnutí vypořádal se všemi okolnostmi, které uplatnil žalobce, a zda srozumitelným způsobem uvedl, jaké skutečnosti vzal při svém rozhodování za prokázané a kterým naopak nepřisvědčil, jakými úvahami byl ve svém rozhodování veden, o které důkazy opřel svá skutková zjištění a které důvody ho vedly k vyslovení závěrů obsažených ve výsledném rozhodnutí.
22. Krajský soud vycházel z výše uvedených závěrů a ze základních zásad vztahujících se k obsahovým náležitostem odůvodnění rozhodnutí a uvádí, že žalobou napadená rozhodnutí tyto základní obsahové náležitosti splňují. Z odůvodnění napadených Shodu s prvopisem potvrzuje M. N.

rozhodnutí je možné zjistit, jakými úvahami byly správní orgány ve své rozhodovací činnosti vedeny, jakými skutečnostmi se zabývaly a jaké důvody je vedly k vyslovení závěrů obsažených v napadených rozhodnutích. Z rozhodnutí lze zjistit závěry, které žalovaný ve vztahu k uplatněným námitkám žalobce zaujal a na základě jakých konkrétních skutečností k nim dospěl. Žalobce s těmito závěry v podané žalobě polemizuje, což by nebylo možné, pokud by vydané rozhodnutí bylo vadou nepřezkoumatelnosti zatíženo.

23. Otázka správnosti jednotlivých závěrů žalovaného nesouvisí s přezkoumatelností či nepřezkoumatelností napadeného rozhodnutí, nýbrž je předmětem posouzení jeho zákonnosti, kterému se bude krajský soud věnovat v další části odůvodnění tohoto rozsudku.
24. Krajský soud se proto zabýval dalšími žalobními námitkami a dospěl k závěru, že žaloba není důvodná.
25. V nyní rozhodované věci zadavatel realizoval veřejnou zakázku užším podlimitním řízením s omezením počtu zájemců losem. Na základě mandátní smlouvy prováděla realizaci externí společnost G., s. r. o. Žalobní argumentace směřuje zejména na nesouhlas se závěrem o netransparentnosti losování.
26. Podle § 61 ZVZ ve znění do 31. 3. 2012, 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 § 61 odst. 2 nebo 4 ZVZ uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace objektivních kritérií může být uvedena v kvalifikační dokumentaci.
27. Podle § 61 odst. 4 ZVZ objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle § 61 odst. 1 ZVZ může být rovněž náhodný výběr provedený losem, popřípadě kombinace objektivních kritérií podle § 61 odst. 2 ZVZ a náhodného výběru losem. Losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6 ZVZ 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.
28. Podle § 61 odst. 5 ZVZ je zadavatel povinen umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.
29. Pokud jde o jednotlivé podmínky (požadavky) na losování, které pramenily z § 61 odst. 4 a 5 ZVZ (ve znění do 31. 3. 2012), pak těmi jsou:
 - a. soulad se zásadami uvedenými v § 6 ZVZ;
 - b. uskutečnění losování prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení;
 - c. účast notáře, který osvědčuje průběh losování;
 - d. právo všech zájemců, jichž se losování týká, účastnit se losování;
 - e. písemné vyrozumění o termínu losování nejméně 5 dnů před losováním;
 - f. umožnění zájemcům reálně zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.

Shodu s prvopisem potvrzuje M. N.

30. Krajský soud shledal, že všechny uvedené podmínky či požadavky v posuzované věci naplněny nebyly a v tomto ohledu se proto neztotožňuje s námitkami žalobce.
31. První shora uvedenou podmínkou či požadavkem je soulad provedení losování se zásadami uvedenými v § 6 ZVZ. Toto ustanovení upravuje zásady transparentnosti, zákazu diskriminace a rovného zacházení. Zásada transparentnosti, jejíž dodržení při provádění losování je v nyní souzeném případě sporné, má zajistit, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo transparentním, právně korektním a předvídatelným způsobem. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků.
32. Postupem v souladu se zásadou transparentnosti dle § 6 ZVZ krajský soud chápe takový postup, který nevzbuzuje žádné reálné a objektivizované pochybnosti o tom, že zadavatel jedná korektně a regulérně. Jak uvádí Krajský soud v Brně například v rozsudku ze dne 14. 5. 2007, sp. zn. 31 Ca 166/2005, požadavek transparentnosti 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 zadavatele...*“.
33. Uvedený názor, a to konkrétně v otázce transparentnosti losování jako prostředku pro omezování účastníků, potvrdil i Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 15. 9. 2010, sp. zn. 1 Afs 45/2010, publikovaném ve Sb. NSS pod č. 2189/2011 (ve věci tzv. Karlovarské losovačky). V tomto rozsudku Nejvyšší správní soud uvedl, že „...*podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. (...) 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 poukázal také na to, 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,, 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...*“.
34. Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku zdůraznil, že právě proto se zjištění, zda v určitém 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.
35. V nyní rozhodované věci postup zadavatele před uskutečněním vlastního losování nebyl v rozporu se ZVZ, a to ani s jeho § 6. Losování pro omezení účasti zájemců bylo dle platné právní úpravy možné uskutečnit, zadavatel také řádně oznámil, jakým způsobem dojde k omezení počtu zájemců; způsob losování rovněž nevybočoval ze základních zásad

zadávacího řízení. Losování, které je prováděno řádně a způsobem vylučujícím jakékoli pochybnosti ohledně transparentnosti postupu, může být dostatečně nediskriminační, ZVZ ve znění účinném do 31. 3. 2012 losování jako formu omezování účasti v užším řízení obecně připouštěl. Ve vztahu k rozhodné právní úpravě tedy nelze samo o sobě dovozovat, že by jakékoli losování za účelem omezení účasti zájemců v užším řízení bylo netransparentní, a tedy v rozporu s § 6 ZVZ.

36. Soud nicméně konstatuje, že je vždy na zadavateli veřejné zakázky, aby zajistil, že žádný z jeho úkonů, které provádí v zadávacím řízení (tj. i losování jako úkon ze své podstaty nepřezkoumatelný – viz shora uvedený rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, sp. zn. 1 Afs 45/2010), nepůsobil netransparentně.
37. Přistoupí-li zadavatel veřejné zakázky k losování, musí zajistit, aby při uvedeném postupu neexistovaly jakékoli reálné a objektivizované pochybnosti o způsobu a průběhu losování. Zadavatel měl tedy v daném případě zabezpečit, aby losování probíhalo řádně, aby jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti a byl dostatečně kontrolovatelný.
38. V daném případě však podle názoru krajského soudu zadavatel výše uvedené povinnosti nedostál. Vzhledem k výše vymezené zásadě transparentnosti má krajský soud za to, že kombinace některých žalovaným zmíněných skutečností, které provázely losování, vyvolává domněnku o porušení zásady transparentnosti – a tedy porušení § 6 ZVZ.
39. Zadavatel termín losování stanovil s dostatečným předstihem, všem zájemcům umožnil účast na losování a zajistil též účast notáře, čímž splnil část podmínek stanovených v § 61 odst. 4 ZVZ. To ovšem z losování ještě neučinilo transparentní proces. Transparentnost je, jak bylo uvedeno shora, podle § 61 odst. 4 ZVZ samostatným požadavkem, a jako takový stojí vedle splnění dalších podmínek (požadavků) týkajících se průběhu losování.
40. Předně je totiž třeba zmínit, že samotné losovací zařízení, které bylo k losování použito, v kombinaci s dílčími prvky procesu losování transparentnost losování nezaručilo. Je sice pravdou, že losování mohlo být uskutečněno prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení (§ 61 odst. 4 ZVZ), a ani žalovaný nezpochybnil, že by použité losovací zařízení do tohoto výčtu nespadlo, volba jednoho z těchto způsobů však ještě automatické dodržení zásady transparentnosti nevyvolává. Fakt, že notář pořizující záznam uvedl, že použité losovací zařízení nemělo žádné aktivní komunikační rozhraní, že jeho zadní víko bylo pevně spojeno se zbytkem zařízení pomocí bezpečnostní pečeti a že losovací zařízení vykazovalo další technické parametry, neznamená více, než že notář zachytil vyjádření osoby, která losování (za zadavatele) moderovala, aniž by se sám notář mohl k uvedeným technickým otázkám „sám“ odborně vyjadřovat, tedy tyto otázky zjišťovat a ověřovat.
41. Žalovaný správně poukazuje na skutečnost, že co se týče technických parametrů losovacího zařízení a např. plomby, notářský zápis zachycoval pouze záznam úkonů moderátora, v daných souvislostech tedy průběh losování [a více ani podle § 63 písm. f) zákona č. 358/1992 Sb., notářského řádu, činit nemohl], aniž by skutečnosti technického charakteru uvedené v notářském zápisu bylo možné pokládat za skutečnosti, které notář skutečně „osvědčil“. Vzhledem k tomu, že notářský zápis pouze zaznamenal verbální komentář moderátora losování (zřetelně se v něm uvádí, co moderátor losování prohlásil, co oznámil atp.), není podstatné, že notářský zápis je veřejnou listinou. Pokud jde o technické otázky, podstatné je, že notář ve svém zápisu fakticky neověřoval či nezachycoval stav losovacího zařízení, ale pouze zaznamenal prohlášení moderátora

Shodu s prvopisem potvrzuje M. N.

losování o tom, že losovací zařízení má určité technické vlastnosti. Vzhledem k výše uvedenému se tedy zdejší krajský soud ztotožňuje s názorem žalovaného, že z notářského zápisu (byť jde o veřejnou listinu, což krajský soud nezpochybňuje) lze mít za prokázané pouze to, že moderátor losování byl přítomen na místě losování a že o určitých technických vlastnostech losovacího řízení učinil prohlášení, které bylo do notářského zápisu zaznamenáno.

42. Žalobce odkázal na kontrolu losovacího zařízení provedenou Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže a Elektrotechnickým zkušebním ústavem v Praze, jehož zpráva o zkoušce losovacího zařízení č. 100680-01/01 je přílohou č. 2 notářského zápisu. Z uvedené zprávy má vyplývat funkčnost použitého losovacího řízení z pohledu náhodného generování čísel. Krajský soud ovšem zdůrazňuje, že ani tato zpráva o zkoušce o stavu losovacího zařízení v době losování nevypovídá. Z notářského zápisu skutečně neplyne, že by sám notář ověřoval shodu čísla losovacího zařízení použitého při losování s číslem losovacího zařízení, které bylo předmětem uvedené zprávy o zkoušce, popř. neporušenost plomby, která byla použita. Za této situace krajský soud dává za pravdu žalovanému i v tom, že uvedené zkoušky neosvědčují transparentnost průběhu vlastního losování, jelikož byly provedeny v jiné době, než proběhlo vlastní losování. Není jisté ani to, zda se losovací zařízení použité při losování shodovalo se zařízením, které bylo předmětem uvedené zprávy o zkoušce; tyto skutečnosti totiž přítomný notář sám neověřoval. Dále je podstatné, že zpráva o zkoušce se nijak nevyjadřuje k samotnému procesu losování.
43. K úvahám o netransparentnosti postupu žalobce přispívají i další skutečnosti. K dosažení dostatečné míry transparentnosti losování může přispět dodržení další z podmínek (požadavků) na losování, a sice umožnění kontroly losovacího zařízení ze strany zájemců. Určitá kontrola mohla být provedena předem Elektrotechnickým zkušebním ústavem, s. p., pak bez ohledu na to, ale v tomto případě se nejednalo o kontrolu ze strany zájemců, jak ukládá § 61 odst. 5 ZVZ, ale nejvýše o dřívější kontrolu třetí osobou, k níž nedošlo bezprostředně před zahájením losování. Z pohledu transparentnosti losování je podstatné, že účinná kontrola losovacího zařízení zájemci fakticky nebyla možná. Zájemci se totiž nejvýše mohli na losovací zařízení „podívat“, resp. zvenčí si je „prohlédnout“, nikoli provést efektivní kontrolu losovacího zařízení z pohledu samotného postupu při losování. Za kontrolu losovacího zařízení a prostředků sloužících k losování ve smyslu § 61 odst. 5 ZVZ lze považovat takovou kontrolu, 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 nikoli. Taková kontrola už s ohledem na povahu losovacího zařízení zájemcům umožněna být nemohla – fakticky by to totiž znamenalo kontrolu počítačového programu, který žalobce použil v losovacím zařízení, k čemuž zájemci coby účastníci losování nemohli být na místě losování bezprostředně před jeho zahájením vybaveni.
44. Neobstojí ani námitka žalobce, že zadavatel umožnil zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování. Nabídka, aby bylo losovací zařízení následně (po skončení losování) „odvezeno na kontrolu“, jak je v notářském zápisu na třetí straně zaznamenána, není dostatečná a vzhledem k její neproveditelnosti také vyvolává otázky transparentnosti losování.
45. Pokud jde tedy o kontrolu použitého losovacího zařízení, lze shrnout, že se nejednalo o kontrolu zájemci (účastníky losování), nejednalo se ani o kontrolu bezprostředně před zahájením losování a nejednalo se ani o kontrolu samotného procesu losování, jež byla

Shodu s prvopisem potvrzuje M. N.

z pohledu zájemců fakticky neuskutečnitelná; předchozí kontrola provedená Elektrotechnickým zkušebním ústavem, s. p., se na tento proces losování nevztahovala.

46. Další okolností, která důvěru v řádný postup při losování oslabuje, je to, že zadavatel nevyhověl návrhu zástupce jednoho ze zájemců (společnosti P. stav. společnost P., s. r. o.), aby před losováním byla změněna čísla přidělená jednotlivým zájemcům. Je sice pravdou, že ZVZ výslovně neukládá zadavateli povinnost přiřazovat čísla pro losování konkrétním (náhodným) způsobem. Vzhledem k tomu, že žalobce přidělil konkrétní čísla zájemcům předem, předchozí kontrola losovacího zařízení Elektrotechnickým zkušebním ústavem, s. p., se na průběh losování nevztahovala a kontrola losovacího zařízení bezprostředně před zahájením losování byla fakticky nemožná, odmítnutí přechíslování před zahájením losování posiluje pochybnosti o transparentnosti losování. Nadto odmítnutí přechíslování neobsahuje racionální zdůvodnění.
47. Souhrn již uvedených okolností vyvolává dojem, že použité losovací zařízení nemuselo zaručovat náhodný výběr čísel jednotlivých zájemců. Přitom podstatou „losování“ je právě „náhodný výběr“.
48. Z pohledu posuzování dodržení zásady transparentnosti losování není podstatné, zda zájemci byli skutečně losováni náhodným výběrem či nikoli (resp. prokázání skutečnosti, že tomu tak nebylo). Již pochybnost o řádném průběhu losování, která vyvstane na základě určitých pochybností, vede podle krajského soudu (ale i podle shora citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu) k závěru, že došlo k porušení zásady transparentnosti.
49. Není tedy podstatné, zda k ovlivňování losování skutečně došlo, podstatné je, že existuje reálná možnost, že k určitému ovlivňování dojít mohlo, a že tedy vyvstala objektivní pochybnost o korektnosti a řádném průběhu losování.
50. Krajský soud se také neztotožňuje s námitkou žalobce, že žalovaný v napadeném rozhodnutí neuvedl, proč bylo odůvodnění odmítnutí žádosti o přechíslování nedostatečné. Žalovaný v napadeném rozhodnutí žalobci jasně sdělil, že moderátor měl posupovat způsobem, který nezpochybní jeho rozhodnutí, měl zejména uvést oprávněné skutečnosti, pro které nelze toto přechíslování provést. Žalovanému se postup moderátora jevil jako nečitelný. Vzhledem k tomu, že odůvodnění odmítnutí žádosti o přechíslování bylo zcela kusé a neobsahovalo konkrétní skutečnosti, nemohly správní orgány předjímat důvody odmítnutí či nahrazovat úvahu žalobce, která měla být obsahem vlastního odůvodnění odmítnutí žádosti. Žalovaný vysvětlil, že odůvodnění mělo být opřeno o konkrétní skutečnosti, které však měl uvést žalobce, nikoliv správní orgány. Krajský soud považuje takové odůvodnění za dostatečné a ani tato žalobní námitka tak není důvodná.
51. Krajský soud dospěl k závěru, že k porušení zásady transparentnosti při losování mohlo dojít, tedy se ztotožňuje se závěry žalovaného. Na základě shora uvedeného krajský soud zamítl žalobu podle § 78 odst. 7 s. ř. s. jako nedůvodnou.

VIII. Náklady řízení

52. O náhradě nákladů řízení krajský soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s. tak, že žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení, neboť procesně úspěšnému žalovanému nevznikly dle obsahu spisu v řízení před soudem žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti.

Shodu s prvopisem potvrzuje M. N.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů od jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu v Brně.

Olomouc 19. prosince 2017

JUDr. Zuzana Šnejdrová, Ph.D., v. r.
předsedkyně senátu