



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové a soudců Mgr. Petra Sedláka, Ph.D. a JUDr. Václava Štencle, MA v právní věci žalobce: **Statutární město Olomouc**, se sídlem Horní náměstí 583, Olomouc, zastoupeným Mgr. Ing. Petrem Konečným, advokátem se sídlem Na Střelnici 1212/39, Olomouc, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí ze dne 27. 6. 2016, č.j. ÚOHS-R8/2015/VZ-25862/2016/323/PMo,

t a k t o :

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

O d ů v o d n ě n í :

I. Předmět řízení

[1] Žalobce se žalobou doručenou Krajskému soudu v Brně dne 26. 8. 2016 domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále také jen „Úřad“)

ze dne 27. 6. 2016, č. j. ÚOHS-R8/2015/VZ-25862/2016, kterým byl zamítnut rozklad a bylo potvrzeno rozhodnutí Úřadu ze dne 22. 12. 2014, č. j. ÚOHS-S903/2014/VZ-27624/2014/511/JNp, na základě kterého byl žalobce shledán vinným ze spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 3. 2012 (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), kterého se měl dopustit tím, že při zadávání veřejné zakázky „*Úspory energetické náročnosti budov ve vzdělávacích zařízeních Statutárního města Olomouc – 1. žádost*“ zadávané v užším řízení. Žalobce nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona o veřejných zakázkách, když dne 24. 5. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení prostřednictvím elektronického zařízení, nebylo umožněno na žádost zástupce jednoho ze zájemců přechíslování zájemců, tedy náhodná změna čísel, kterými byli jednotliví zájemci předem označeni za účelem losování a následně dne 12. 9. 2011 uzavřel na plnění veřejné zakázky smlouvu, což v souhrnu dalších okolností vyvolávalo pochybnost o řádném průběhu losování. Za spáchání správního deliktu byla žalobci uložena pokuta ve výši 160 000,- Kč.

II. Obsah žaloby a vyjádření žalovaného

[2] Žalobce v žalobě namítal, že napadené rozhodnutí je nezákonné, neboť postup žalovaného byl čistě formalistický, při jeho posuzování nebyly zohledněny veškeré okolnosti, dospěl k nesprávným skutkovým závěrům a danou věc nesprávně právně posoudil. V rámci zadávání předmětné veřejné zakázky žalobce postupoval v souladu s příslušnými právními předpisy, řádně a transparentně a poskytnutou dotaci využil na stanovený účel. Konkrétně žalobce podal námitky v následujících rovinách.

[3] Zákonné požadavky pro omezení počtu dle náhodného výběru byly dodrženy. V souladu s § 61 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách byla kritéria pro omezení počtu zájemců o účast v užším řízení obsažena již v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Výběr byl proveden losem prostřednictvím elektronických zařízení za účasti notáře, tak jak to dovoluje odstavec 4 téhož ustanovení zákona o veřejných zakázkách. Elektronické losovací zařízení bylo podrobeno několika zkouškám u Elektrotechnického zkušebního ústavu v Praze a u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a zařízení bylo řádně zaplombováno. O této skutečnosti byli všichni zájemci vyrozuměni a zájemcům zúčastněným losování byla umožněna kontrola zařízení a byla provedena zkouška na ukázkou. Před samotným losováním byli přítomní zájemci upozorněni, že losovací zařízení může být na náklady účastníka před samotným losováním odvezeno na kontrolu k Elektrotechnickému zkušebnímu ústavu v Praze.

[4] Notářský zápis dle tvrzení žalobce nezachycuje pouze skutečnosti technického charakteru. Přítomnost notáře je dle smyslu zákona vyžadována z důvodu ověření všech podstatných skutečností.

[5] Zákon o veřejných zakázkách postup při přechíslování neupravoval. Původně vycházelo přiřazení čísel jednotlivým zájemcům z objektivních kritérií, kterými byly datum a čas doručení žádosti. Žalobci bylo vytýkáno, že svým postupem porušil zásadu transparentnosti,

ale nebylo mu sděleno, jakým způsobem měl postupovat řádně. Právě nejistota v tom, jak by mělo být nové pořadí určováno, by mohla vzbuzovat pochyby o transparentnosti i s ohledem ke skutečnosti, že losování se zúčastnilo pouze 6 z 24 zájemců. Žalobce vyjádřil nesouhlas se závěrem, že zájemci předem nebyli vyrozuměni o tom, jaká jim byla přidělena čísla. Právě náhlá změna číslování bez zákonného podkladu a metodiky by vzbuzovala pochybnosti o transparentnosti. Odmítnutí přečíslování nebylo nedůvodné ani neodůvodněné. Důvodem bylo zachování efektivnosti řízení a zabránění jeho zmatečnosti a netransparentnosti.

[6] Žalobce dále odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159 (veškerá rozhodnutí Nejvyššího správního soudu jsou dostupná na www.nssoud.cz), ve kterém Nejvyšší správní soud uvedl, že pojem transparentnost je neurčitý právní pojem, který se neustále vyvíjí a je nutné je vždy vykládat v kontextu daného případu. Teprve v rozsudku ze dne 6. 11. 2013 č. j. 1 Afs 64/2013-52 se Nejvyšší správní soud zabýval elektronickým losováním a přečíslováním. Rozsudek ovšem nabyl právní moci až poté, co proběhlo losování. Dále žalobce odkázal na rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 8. 2011 č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/Mne, který rozhodl, že: „*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...*“. Žalobce vznesl otázku, zda zadavatel skutečně již v roce 2011 mohl spáchat předmětný správní delikt, když teprve v pozdějším období došlo k vývoji judikatury a má za to, že se v tomto směru jedná o retroaktivitu.

[7] V poslední řadě žalobce brojil proti výši stanovené pokutu. Žalobce se v průběhu veřejné zakázky žádného jiného porušení zákona o veřejných zakázkách či pochybení nedopustil. Postupoval v dobré víře a v souladu s platnými právními předpisy a učinil potřebné kroky k tomu, aby případnému porušení povinnosti zabránil. Stejně jako v rozkladu v žalobě uvedl, že vědomě nechtěl porušit zákon ani zásadu transparentnosti. Odpovědnost za případné pochybení má nést osoba zastupující zadavatele při losování a losování přítomný notář.

[8] Žalovaný v rámci svého vyjádření v první řadě konstatoval, že má za to, že se již s námitkami žalobce vypořádal v rámci řízení a odkázal jak na odůvodnění napadeného rozhodnutí, tak rozhodnutí správního orgánu prvního stupně a dále se vyjádřil konkrétněji k samotné žalobě.

[9] Zdůraznil, že zadavatel v rámci zachování kontrolovatelnosti, důvěryhodnosti a transparentnosti zadávacího řízení ve smyslu § 6 zákona o veřejných zakázkách musí konat i úkony nad rámec těch zákonem vymezených.

[10] Změnou pořadového čísla nejsou zájemci dotčeni, neboť mají stále stejnou šanci být vybráni. Odmítnutí přečíslování bez řádného odůvodnění vzbuzuje pochybnosti. Odůvodnění nepřechíslování tak jak bylo zaznamenáno v notářském zápisu, je nedostatečné. Při aplikaci rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013 č. j. 1 Afs 64/2013-52 nelze hovořit o retroaktivitě, neboť se jedná o výklad normy platné a účinné v době skutku. K části, kde žalobce argumentuje závěry žalovaného obsažené v rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 8. 2011

č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/Mne žalovaný vyjadřuje názor, že se jednalo o individuální případ, jehož závěry nelze bez dalšího aplikovat na veškeré jiné případy. Zásada legitimního očekávání účastníka správního řízení není absolutní.

[11] Žalovaný je přesvědčen, že výše pokuty byla stanovena v přiměřené výši a při spodní hranici zákonné sazby, čímž byly zohledněny i okolnosti svědčící o menší závažnosti správního deliktu.

[12] Žalobce k vyjádření žalovaného podal repliku a zopakoval námitky již v žalobě uvedené.

III. Posouzení věci krajským soudem

[13] Krajský soud v Brně na základě včas podané žaloby přezkoumal napadené rozhodnutí v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2, věta první, s. ř. s.), jakož i řízení předcházející jeho vydání. Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s. ř. s.) a dospěl k závěru, že žaloba **není důvodná**. O žalobě soud rozhodl, aniž nařizoval jednání, za podmínek vyplývajících z ustanovení § 51 odst. 1 s. ř. s.

[14] Mezi účastníky není sporu o tom, že dne 24. 5. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení zakázky „*Úspory energetické náročnosti budov ve vzdělávacích zařízeních Statutárního města Olomouc – 1. žádost*“ prostřednictvím elektronického zařízení, nebylo umožněno na žádost zástupce jednoho ze zájemců – Prostějovská stavební společnost – PROTAS, s.r.o. – přečíslování zájemců, tedy náhodná změna čísel, kterými byli jednotliví zájemci předem označeni za účelem losování. Žalobce následně uzavřel smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky. I s ohledem na další okolnosti, tento postup dle žalovaného vyvolával pochybnost o řádném průběhu losování a vyhovění navrhovanému přečíslování zájemců bylo nezbytnou podmínkou zachování předpokladu transparentnosti losování, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Tímto jednáním se měl žalobce dopustit správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, neboť nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona o veřejných zakázkách, za což mu byla uložena pokuta ve výši 160.000,- Kč. Proti rozhodnutí Úřadu podal žalobce v zákonné lhůtě rozklad k předsedovi Úřadu. Napadeným rozhodnutím bylo shora označené rozhodnutí Úřadu potvrzeno a podaný rozklad zamítnut.

[15] Dle § 6 zákona o veřejných zakázkách je *zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace*.

[16] Dle § 61 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách *omezil-li veřejný zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním nebo v soutěžním dialogu, provede výběr ze zájemců, kteří řádně prokázali splnění požadované kvalifikace, a to podle*

objektivních kritérií podle odstavce 2 nebo 4 uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace objektivních kritérií může být uvedena v kvalifikační dokumentaci.

[17] Dle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách *objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle odstavce 1 může být rovněž náhodný výběr provedený losem... Losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6 prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování. Účastnit se losování mají zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním.*

[18] Dle § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách *je zadavatel povinen umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.*

[19] 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 tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.*

[20] Zákonem o veřejných zakázkách jsou stanoveny následující podmínky pro omezení počtu zájemců losováním: 1) soulad se zásadami uvedenými v § 6 zákona o veřejných zakázkách; 2) uskutečnění losování prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení; 3) účast notáře, který osvědčuje průběh losování; 4) právo všech zájemců, jichž se losování týká, účastnit se losování; 5) písemné vyrozumění o termínu losování nejméně 5 dnů před losováním; 6) umožnění zájemcům reálně zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.

[21] Pokud jde o zásadu transparentnosti, jakožto první podmínky pro omezení počtu zájemců losováním, v souladu s níž má být losování prováděno a o jejíž porušení je mezi žalobcem a žalovaným sporu, tak ta má zajistit, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, 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.

[22] Transparentním postupem pak zdejší soud chápe takový postup, který nevzbuzuje žádné reálné a objektivizované pochybnosti o tom, že zadavatel jedná korektně a regulérně a že v zadávacím řízení využívá fair prostředků. Naopak, jak již zdejší soud uvedl například v rozsudku ze dne 14. 5. 2007 ve věci č. j. 31 Ca 166/2005-125, požadavek transparentnosti není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově 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...*“.

[23] Právě uvedené východisko zdejšího soudu, a sice konkrétně v otázce transparentnosti losování coby prostředku pro omezování účasti zájemců, přitom potvrdil i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 15. 9. 2010 ve věci sp. zn. 1 Afs 45/2010. V tomto rozsudku Nejvyšší správní soud mj. 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...“.

[24] 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.

[25] Krajský soud v Brně se již k problematice výkladu § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 3. 2012 vyjádřil (k tomu blíže rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108) a s těmito závěry se ztotožnil i Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 6. 11. 2013 č. j. 1 Afs 64/2013-49. Ve světle těchto i shora označených rozhodnutí soud posoudil i předmětnou věc.

[26] Spornou právní otázkou v nyní posuzované věci je, zda se žalobce postupem, kdy odmítl provést před samotným losováním los o přidělení čísel jednotlivým uchazečům a toto odůvodnil dle záznamu v notářském zápisu, „JUDr. J. B., jako moderátor neprovede....i z důvodu, že aktu losování nejsou přítomni všichni uchazeči.“, dopustil správního deliktu.

[27] Z obsahu správního spisu soud zjistil, že omezení počtu uchazečů v zadávacím řízení formou náhodného výběru předmětné zakázky byl přítomen notář a o jejím průběhu dne 24. 5. 2011 sepsal Notářský zápis N 95/2011, NZ 84/2011 (dále jen „Notářský zápis“). Z notářského zápisu soud, mimo jiné, zjistil, že zajištěním vlastního losování byla pověřena společnost VE-ZAK CZ s.r.o. a touto společností byl pověřen JUDr. J. B., coby moderátor. Moderátorem byla přítomným nabídnuta možnost odvézt zapečetěný elektronický losovací přístroj ihned po ukončení losování na kontrolu do Elektrotechnického zkušebního ústavu, a to na náklady zájemce, který o toto bude mít zájem. Přítomní byli seznámeni s praktickým postupem losování a byla provedena zkouška losovacího zařízení.

[28] Zajištění toho, aby žádný z úkonů zadavatele prováděných v zadávacím řízení (a tedy ani losování coby úkon již ze své podstaty nepřezkoumatelný – viz shora uvedený rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010 ve věci sp. zn. 1 Afs 45/2010) nepůsobil netransparentně, je vždy na zadavateli veřejné zakázky. Přistoupí-li tedy zadavatel k losování, musí být připraven unést břemeno, které spočívá v neexistenci jakýchkoli reálných a objektivizovaných pochybností o způsobu a průběhu losování. Zadavatel, hodlal-li omezovat účast zájemců losováním, tedy měl v daném případě zabezpečit, aby losování probíhalo férově, aby jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti a aby řádný průběh losování byl dostatečně jasně kontrolovatelný. V daném případě však podle zdejšího soudu zadavatel této povinnosti nedostál.

[29] Zadavatel sice termín losování stanovil dostatečně předem, všem zájemcům umožnil účast na losování a zajistil též účast notáře (čímž část podmínek stanovených v § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách splnil), což nelze při posuzování transparentnosti té části zadávacího řízení, která spočívala v samotném losování, vedle dodržení pravidel podle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách nikterak přehlédnout, to však z losování transparentní proces ještě neučinilo. Transparentnost je, jak shora uvedeno, podle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách samostatným požadavkem stojícím vedle splnění dalších podmínek týkajících se průběhu losování.

[30] 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 zákona o veřejných zakázkách), a ani žalovaný nezpochybňuje, že by použité losovací zařízení do tohoto výčtu spadalo, volba jednoho z těchto způsobů však ještě automatické dodržení zásady transparentnosti nevyvolává.

[31] Žalobce se domnívá, že přítomnost notáře a jím vyhotovený zápis o průběhu losování je dle smyslu zákona vyžadován z důvodu ověření všech podstatných skutečností, má osvědčovat i nemanipulovatelnost s elektronickým losovacím zařízením. S tímto závěrem se zdejší soud neztotožňuje. Notářský zápis ohledně technických parametrů losovacího zařízení toliko zachycoval obsah úkonu, v daných souvislostech tedy průběh losování (a více ani podle § 63 písm. f) zákona č. 358/1992 Sb., notářského řádu, ve znění pozdějších předpisů, činit nemohl), aniž by skutečnosti technického charakteru v notářském zápisu uvedené bylo možno pokládat za skutečnosti notářem skutečně „osvědčené“.

[32] Pokud jde o technické otázky, podstatné je, že notář ve svém zápisu fakticky neověřoval či nezachycoval stav losovacího zařízení, nýbrž pouze zaznamenal prohlášení moderátora losování o tom, že losovací zařízení určité technické vlastnosti má. Zdejší soud má za to, že z notářského zápisu (byť jde o veřejnou listinu, to zdejší soud nikterak 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. Notář formou notářského zápisu pouze zaznamenává, jaké skutečnosti se v průběhu losování za jeho přítomnosti udály,

nemůže však poskytovat závazné právní hodnocení tohoto skutkového stavu, ani osvědčovat, že se skutečnosti udály v souladu se zákonem.

[33] Skutečnost, že o průběhu losování byl sepsán notářský zápis, proto automaticky nemůže znamenat, že losování proběhlo férově a v souladu se zásadou transparentnosti ve smyslu § 6 zákona o veřejných zakázkách. Účast notáře (a následné vypracování notářského zápisu) je ostatně pouze jednou z podmínek losování stanovených v § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách.

[34] Žalobce v rámci podané žaloby na podporu svého tvrzení, že byly dodrženy veškeré zákonné požadavky pro omezení počtu náhodného výběru, zdůraznil, že losovací zařízení bylo podrobeno zkouškám u Elektrotechnického zkušebního ústavu v Praze a Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Z obsahu správního spisu soud zjistil, že Zpráva o zkoušce Elektrotechnického zkušebního ústavu ze dne 10. 3. 2011 je přílohou Notářského zápisu. Zpráva podává, že zařízení nevyužívá pro losování žádné prvky mimo zařízení a proces probíhá pouze za pomoci instalovaného software uvnitř zařízení a nemůže být provozovatelem ani další osobou ovlivněna. Zpráva o zkoušce Elektrotechnického zkušebního ústavu ze dne 10. 3. 2011 tak sice svědčí o funkčnosti a technických vlastnostech losovacího zařízení k uvedenému datu, ale nic nevypovídá o stavu losovacího zařízení ke dni losování (24. 5. 2011) a o samotném procesu losování. Jde sice o určitou kontrolu losovacího zařízení, avšak nikoliv o kontrolu provedenou zájemci o veřejnou zakázku ani o kontrolu bezprostředně před zahájením losování.

[35] Kontrola losovacího zařízení, tj. počítačového programu, samotnými zájemci nebyla fakticky možná, neboť zájemci k tomu nemohli být bezprostředně před losováním vybaveni. V tomto nelze za dostatečnou považovat ani nabídku zadavatele, respektive moderátora losování, že přímo po losování může být zapečetěné losovací zařízení na náklady zájemce odvezeno na kontrolu, neboť tato následná kontrola nemusí provést přesvědčivou kontrolu procesu losování.

[36] De facto jediným způsobem, jak mohli sami zájemci sledovat transparentnost procesu losování, byla právě změna čísel přiřazených jednotlivým zájemcům bezprostředně před losováním, jak navrhl žalobce. Tento návrh byl však odmítnut s tím, že změna čísel na poslední chvíli bez informování všech zájemců by naopak nebyla transparentní. Krajský soud považuje důvody pro odmítnutí změny čísel za iracionální. Jako argument jistě neuspěje tvrzení, že by museli být o přečíslování dopředu vyrozuměni všichni zájemci. Ze správního spisu totiž nevyplývá, že by zájemci byli dopředu, tj. např. v oznámení o termínu losování, vyrozuměni, jaká jim budou přidělena čísla pro účely losování. Stejně tak nelze souhlasit s tvrzením moderátora losování, že by změna čísel na poslední chvíli byla netransparentní. Krajský soud má naopak za to, že změna čísel zájemců bezprostředně před zahájením losování by umožnila zájemcům faktickou kontrolu losovacího postupu. Vzhledem k technické povaze losovacího zařízení totiž jiná kontrola ze strany zájemců bezprostředně před zahájením losování nebyla materiálně možná.

[37] K samotnému postupu přečíslování považuje zdejší soud za nezbytné zopakovat, že pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou

pochybnost o férovosti průběhu losování. Zákon o veřejných zakázkách sice postup přechíslování neupravoval, nicméně i z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, lze vyvodit, že po zadavateli veřejné zakázky je nutné požadovat, aby se vyvaroval takových pochybení, která značně snižují průhlednost losování. Je totiž především na zadavateli, aby zajistil transparentnost úkonů, které on sám nebo jím pověřená osoba provádí. Pokud žalobci není jasné, jak měl postupovat tak, aby dodržel zásadu transparentnosti, žalovaný v napadeném rozhodnutí nejen i s odkazem na bohatou judikaturu Nejvyššího správního soudu vyložil obecný právní pojem transparentnost v kontextu zadávacího řízení, ale také konkretizoval, že právě provedení přechíslování k žádosti jednoho ze zájemců by bylo vhodným prostředkem jak zajistit transparentnost řízení, a to s ohledem ke všem okolnostem předmětného zadávacího řízení.

[38] Žalobce měl možnost nevyhovět přechíslování, nicméně měl takovýto postup řádně odůvodnit. Krajský soud nepovažuje odůvodnění, které je zachyceno v Notářském zápise za dostatečné. Losování je nutno považovat za úkon ze své podstaty nepřezkoumatelný, tím spíše je nutno dbát na to, aby losování i úkony s ním spojené probíhaly dostatečně kontrolovatelným způsobem. Postup, kdy žalobce odůvodnil nepřistoupení ke změně přechíslování toliko tím, že nejsou přítomni všichni uchazeči, je nutno odmítnout. K problematice samotného odůvodnění se ostatně krajský soud již vyslovil v předchozím odstavci.

[39] Žalobce se dále domnívá, že nemohl již v roce 2011 spáchat předmětný správní delikt, když teprve v pozdějším období došlo k vývoji judikatury a má za to, že se v tomto směru jedná o retroaktivitu. S takovýmto výkladem nelze souhlasit. V posuzovaném případě se nejednalo o změnu ustálené judikatury, ale pouze o její vývoj, kterým byl vyložen postup při přechíslování, který zákon o veřejných zakázkách neupravoval. Nad to ovšem nutno poznamenat, že obecně výkladem pojmu transparentnost se zabýval Nejvyšší správní soud, jak již bylo shora uvedeno, v rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, tedy přibližně tři čtvrtě roku před tím, než proběhlo losování.

[40] Co se týče žalobcovy argumentace jiným rozhodnutím žalovaného, zdejší soud zdůrazňuje, že je při svém rozhodování vázán judikaturou Nejvyššího správního soudu, nikoliv rozhodnutími žalovaného a navíc bylo toto rozhodnutí vydáno před rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013 č. j. 1 Afs 64/2013-49, kterým byla konkretizována výkladová linie týkající se přímo elektronických losovacích zařízení.

[41] Zdejší soud posoudil postup žalobce při omezení počtu zájemců formou náhodného výběru a dospěl k závěru, že okolnosti nyní projednávaného případu vzbuzují pochybnosti o transparentnosti a férovosti losování, neboť žalobce bez náležitého odůvodnění nepřipustil přechíslování zájemců před losováním.

[42] Zdejší soud neshledal důvodnou ani poslední námitku žalobce, kterou je námitka nesprávného zohlednění kritérií pro uložení pokuty. V rámci tohoto žalobního bodu žalobce namítal nedostatečné zohlednění kritérií pro uložení pokuty, což podle něj mělo za následek zjevnou nepřiměřenost pokuty. Žalobce brojil proti tomu, že žalovaný nezohlednil některé skutkové okolnosti, a tudíž nedostal zákonným kritériím pro stanovení výše pokuty dle § 121

odst. 2 zákona o veřejných zakázkách. Žalobce se dle svého názoru v průběhu zadávání veřejné zakázky žádného jiného porušení zákona o veřejných zakázkách či pochybení nedopustil. Žalovaný nezohlednil, že žalobce postupoval v dobré víře a v souladu s v době zadávání zakázky platnou právní úpravou a učinil potřebné kroky, aby případnému porušení povinnosti zabránil. Žalobce dále zdůraznil, že nesouhlasí s postupem žalovaného, který jako přitěžující okolnost, která mu byla přičítána, označil to, že žalobce odmítl přečíslovat jednotlivé zájemce, aniž by svůj postup rozumně zdůvodnil.

[43] Ukládáním sankcí se zabýval i Nejvyšší správní soud. V rozsudku ze dne 15. 2. 2017, č. j. 6 As 214/2016 – 38 a připomněl, že „*ukládání sankcí a její výše je věcí správního uvážení, jehož přezkum je soudně omezen (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 1. 2015, č. j. 1 Azs 200/2014 - 27), neboť zákon v takovém případě správnímu orgánu stanoví pouze mantinely pro jeho rozhodování. Nelze tak dovodit, že ukládání sankce je věcí jednoduchého matematického postupu, kdy se sečtou jednotlivé prvky mající vždy a za všech okolností stejnou hodnotu a váhu v jednotlivé věci, a to i s přihlédnutím k základním zásadám činnosti správních orgánů dle § 2 a násl. správního řádu. Pokud se odvolací či rozkladový správní orgán těchto mantinelů drží, pokud uvede příslušné úvahy, přičemž některé z nich oproti prvostupňovému rozhodnutí vypustí, nelze jen na základě této skutečnosti dovozovat, že takové rozhodnutí je nepřezkoumatelné, a to i když se změnila skutečnost rozhodná pro stanovení maximální výše uložitelné sankce, neboť nelze jen na základě poměru mezi sankcí, které byla uložena, a maximální výší sankce, která mohla být podle jednotlivých rozhodnutí uložena, dovozovat nepřezkoumatelnost rozhodnutí správního orgánu, když úvahy, kterými se stěžovatel řídil, jsou z odůvodnění rozhodnutí seznatelné.*“

[44] Žalobce namítal, že správní uvážení žalovaného bylo neúplné. Některé skutečnosti žalovaný nevzal náležitě v potaz, a tudíž nedostal zákonným kritériím pro stanovení výše pokuty.

[45] Správní orgán prvního stupně vyšel při stanovení výše pokuty z následujícího. Jednání žalobce, při posouzení vícero okolností ve svém souhrnu, hodnotil jako porušení jedné ze základních zásad postupu zadavatele, a to zásady transparentnosti, neboť žalobce nezajistil předpoklad transparentnosti při omezení počtu zájemců losování, konkrétně aby losování proběhlo skutečně náhodným způsobem a zaručovalo, že všichni zájemci budou mít stejnou pravděpodobnost při losování. Správní orgán prvního stupně zohlednil, že mu nebylo známo, zda žalobce jednal v přímém či nepřímém úmyslu s cílem ovlivnit výsledek losování ve prospěch konkrétních zájemců a proto nepřistoupil ke zvýšení stanovené sankce. Správní orgán prvního stupně nespátral ve způsobu jednání žalobce, který dle svého tvrzení jednal v dobré víře a měl za to, že volí transparentní postup, polehčující okolnost. Dále zdůraznil, že odpovědnost zadavatel je v tomto případě konstruována jako objektivní. Dobrá víra není důvodem pro vyloučení odpovědnosti. Správní orgán prvního stupně nepřistoupil ke snížení sankce ani s ohledem k následkům spáchání správního deliktu, neboť nelze vyloučit, že kdyby žalobce postupoval v souladu se zákonem, mohl být vybrán jiný okruh uchazečů a z tohoto okruhu mohl předložit uchazeč nabídku ekonomicky výhodnější. Jako přitěžující shledal okolnost, že žalobce odmítl jednotlivé zájemce přečíslovat, aniž by tento svůj postup rozumně odůvodnil. Ve prospěch žalobce přihlédl ke skutečnosti, že postup zadavatele při přidělování pořadových čísel není zákonem výslovně upraven a k otázce zamítnutí požadavku na

přečíslování neexistovala výkladová praxe. A konečně přihlédl i k ekonomické situaci žalobce.

[46] Žalovaný plně převzal hodnocení pokuty, tak jak jej vyložil správní orgán prvního stupně.

[47] V případě tvrzení žalobce, že některé skutečnosti nebyly vzaty „náležitě“ v potaz, dospěl zdejší soud k závěru, že míra vlivu jednotlivých hodnocených skutečností na výši pokuty je otázkou správního uvážení správního orgánu. Jak vyplývá ze shora citovaného rozhodnutí Nejvyššího správního soudu *„ukládání sankcí a její výše je věcí správního uvážení, jehož přezkum je soudně omezen (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 1. 2015, č. j. 1 Azs 200/2014-27), neboť zákon v takovém případě správnímu orgánu stanoví pouze mantinely pro jeho rozhodování.“* a nejedná se o jednoduchý matematický postup. Nelze proto očekávat, že rozhodnutí správního orgánu prvního stupně ani žalovaného bude obsahovat přesné stanovení váhy jednotlivým skutečnostem, které správní orgán hodnotil. Podstatné je, zda byly dodrženy mantinely pro rozhodování správního orgánu, což podle názoru zdejšího soudu (i při zohlednění závěrů Nejvyššího správního soudu) byly. Ve zbytku je třeba námitky žalobce vztáhnout k hodnocení přiměřenosti sankce jako takové, a to i v souvislosti s navrženou moderací výše pokuty.

[48] Zdejší soud neshledal důvodnou tu část uvedené námitky, ve které žalobce namítal, že se v průběhu zadávání veřejné zakázky žádného jiného porušení zákona o veřejných zakázkách nedopustil. Správní orgán prvního stupně v bodech 52. až 66. svého rozhodnutí několikrát konstatoval, že delikt žalobce dosahuje závažného stupně intenzity porušení zákona, neboť jeho jednáním došlo k porušení zásady transparentnosti, jakožto jedné ze základních zásad postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky, což mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Další chování žalobce nemohlo dle názoru žalovaného vyvážit závažnost porušení zákonných předpisů.

[49] Krajský soud nezhodnotil jako důvodu ani tu část námitky, kdy žalobce namítal, že žalovaný nezohlednil, že žalobce postupoval v dobré víře v souladu s v té době platnou právní úpravou. Správní orgán prvního stupně v bodě 67. jasně uvedl, že přihlédl ke skutečnosti, že postup zadavatele při přidělování pořadových čísel není zákonem výslovně upraven a k otázce zamítnutí požadavku na přečíslování neexistovala výkladová praxe.

[50] Soud konečně neshledal důvodnou ani poslední část této námitky, kde žalobce zdůraznil, že nesouhlasí s postupem žalovaného, který jako přitěžující okolnost, která mu byla přičítána, označil to, že odmítl přečíslovat jednotlivé zájemce, aniž by svůj postup rozumně zdůvodnil. Krajský soud opět odkazuje na závěry shora uvedené stran otázky soudního přezkumu správního uvážení a dodává, že toto byla pouze jedna z okolností, které správní orgán bral v potaz, své závěry řádně odůvodnil a hodnotil přiměřenost sankce z více pohledů.

[51] Soud neshledal důvodnou ani tu část námitky, že nesprávné a nedostatečné zohlednění kritérií pro uložení pokuty mělo za následek zjevnou nepřiměřenost pokuty. Z obsahu napadeného rozhodnutí a rozhodnutí správního orgánu prvního stupně je bez dalšího patrné,

že správní orgán prvního stupně uložil sankci při spodní možné hranici (horní hranice pokuty 2.259.261,70 Kč a sankce ve výši 160.000,- Kč).

[52] Přiměřenost sankce lze hodnotit z více pohledů. Přiměřenost sankce lze hodnotit např. z pohledu schopnosti žalobce sankci uhradit s ohledem na jeho majetkovou situaci a s ohledem na možný likvidační charakter sankce, případně lze hodnotit sankci z pohledu vztahu výše sankce k závažnosti porušení zákona atd. Samotná výše sankce by měla odrážet hodnocení všech možných kritérií tak, aby uložený trest jednak splnil svůj represivní charakter, ale aby zároveň působil preventivně a odrazoval pachatele deliktu od opakování takové činnosti v budoucnu, to vše při zachování možnosti další existence pachatele.

[53] V podané žalobě žalobce nijak netvrdí nepřiměřenost sankce s ohledem na zásah do svých majetkových práv a ani tyto skutečnosti neprokazuje. Tvrzení o nepřiměřenosti sankce je opřeno „pouze“ o názor, že sankce je nepřiměřená okolnostem spáchání deliktu.

[54] Zdejší soud výše jasně uvedl, že se situací žalobce správní orgány zabývaly a při stanovení sankce ji zohlednily. Sankce byla stanovena při spodní hranici zákonné sazby a soudu se taková výše sankce nejeví jako **zjevně** nepřiměřená, neboť se jedná o sankci za prokázaný delikt, kterým byla ohrožena transparentnost zadávacího řízení a ohrožena hospodářská soutěž, což soud (ve shodě se žalovaným) považuje za jedno z nejzávažnějších. Liberační důvody zdejší soud stejně jako správní orgány neshledal a samotné skutkové okolnosti nemění nic na tom, že se delikt stal. Zrušení žalobou napadeného rozhodnutí pro nezákonnost by podle názoru zdejšího soudu připadalo do úvahy pouze v případě zcela zjevně nepřiměřené sankce bez možnosti využití moderačního práva soudu. Zdejší soud zdůrazňuje, že stanovení výše sankce je výrazem správního uvážení správního orgánu a není na soudu, aby nahrazoval činnost správního orgánu tam, kde jsou dodržena zákonná pravidla pro rozhodnutí správního orgánu a jeho činnost není excesivním výkonem práva. V souzené věci, a to i s ohledem na citovaný kasační rozsudek Nejvyššího správního soudu, má soud za to, že byla posouzena všechna kritéria pro stanovení sankce a s ohledem na její výši neshledal soud důvod pro závěr, že se jedná o sankci nezákonnou pro zjevnou nepřiměřenost.

[55] Zároveň soud **neshledal důvody** pro uplatnění moderačního práva soudu, neboť možnost moderovat správním orgánem uloženou sankci má soud dle § 65 odst. 3 s. ř. s. ve spojení s § 78 odst. 2 s. ř. s. v případě, že byl trest uložen **ve zjevně nepřiměřené výši**. Jelikož soud nedospěl k závěru, že by sankce byla zjevně nepřiměřená, nejsou splněny podmínky dle § 65 odst. 3 s. ř. s. ve spojení s § 78 odst. 2 s. ř. s. pro realizaci moderačního práva soudu.

IV. Shrnutí a náklady řízení

[56] S ohledem na vše shora uvedené dospěl soud k závěru, že rozhodnutí žalovaného, kterým byl rozklad žalobce zamítnut, bylo vydáno v souladu se zákonem a shora uvedené žalobní námitky uplatněné žalobcem nejsou důvodné. Soudu tedy nezbylo, než žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítnout.

[57] Výrok o nákladech řízení má oporu v ustanovení § 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 v řízení úspěšný nebyl, proto mu právo na náhradu nákladů řízení nepřísluší. Žalovanému, který měl v řízení plný úspěch, pak žádné náklady spojené s tímto řízením nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly (viz rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 3. 2015 č. j. 7 Afs 11/2014 - 47).

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává 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 15. listopadu 2017

JUDr. Jaroslava Skoumalová
předsedkyně senátu