



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové a soudců JUDr. Jarmily Ďáskové a Mgr. Petra Sedláka, v právní věci žalobkyně **Skanska, a.s.**, se sídlem Líbalova 1/2348, Praha, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení obchodní korporace **SYNER, s.r.o.**, IČ: 48292516, se sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, Liberec, zast. JUDr. Jaromírem Bláhou, advokátem se sídlem Prvního pluku 206/7, Praha 8 – Karlín, v řízení o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28. 5. 2012, č. j. ÚOHS-81/2012/VZ-9822/2012/310/ASc,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28. 5. 2012, č. j. ÚOHS-81/2012/VZ-9822/2012/310/ASc, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci náklady řízení ve výši 3.000 Kč do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku.
- III. Osoba zúčastněná na řízení **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Předmět řízení

[1] Žalobkyně se žalobou doručenou zdejšímu soudu dne 26. 7. 2012 domáhala vydání rozsudku, kterým by bylo zrušeno rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28. 5. 2012, č. j. ÚOHS-81/2012/VZ-9822/2012/310/ASc, a věc byla vrácena žalovanému k dalšímu řízení.

[2] Dne 18. 12. 2012 obchodní korporace SYNER, s.r.o., IČ: 48292516, se sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, Liberec, (dále jen „vybraný uchazeč“) oznámila, že v daném řízení hodlá uplatňovat práva osoby zúčastněné na řízení ve smyslu ustanovení § 34 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „soudní řád správní“), neboť byla účastníkem zadávacího řízení, jakož i řízení před žalovaným.

II. Průběh zadávacího řízení a řízení před žalovaným

[3] Z konkrétních okolností přezkoumávané věci je pro přehlednost vhodné chronologicky zdůraznit následující skutečnosti.

[4] Dne 6. 6. 2011 zadavatel uveřejnil v souladu s ustanovením § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění tehdy platném a účinném (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“) v informačním systému o veřejných zakázkách pod evidenčním číslem 60060921 a dne 24. 6. 2011 též v úředním věstníku Evropské unie pod evidenčním číslem 2011/S 121-200591 oznámení užšího zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 28 zákona o veřejných zakázkách na veřejnou zakázku s názvem „RASPENAVA – OPRAVA KOMUNIKACÍ, POVODEŇ 08/2010“ (dále jen „veřejná zakázka“).

[5] Dne 9. 9. 2011 obdržel žalovaný návrh žalobkyně na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť k tomuto dni nebyly vyřízeny námitky, které žalobkyně uplatnila u zadavatele. Žalobkyně namítala, že zadávací podmínka „omezení počtu zájemců losováním na pět“ nebyla v souladu se zákonem o veřejných zakázkách a směrnicí Evropského parlamentu a Rady č. 2004/17/ES o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (dále jen „směrnice č. 2004/17/ES“) a směrnicí Evropského parlamentu a Rady č. 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „směrnice 2004/18/ES“). Neexistoval totiž žádný objektivní důvod pro omezení počtu zájemců. Druhá námitka směřovala proti použitému losovacímu zařízení. Losování prostřednictvím elektronického losovacího zařízení od korporace VE-ZAK CZ, s.r.o., nebylo transparentní, a došlo tak k porušení ustanovení § 61 zákona o veřejných zakázkách ve spojení s ustanovením § 6 zákona o veřejných zakázkách.

[6] Dne 5. 10. 2011 oznámil žalovaný zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil zadavatele a žalobkyni jako navrhovatelku. Později přibral do řízení též vybraného uchazeče, a to obchodní korporaci SYNER, s.r.o., IČ: 48292516, se sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, Liberec, (dále jen „vybraný uchazeč“).

[7] Dne 13. 3. 2012 vydal žalovaný rozhodnutí č. j. ÚOHS-S429/2011/VZ-1757/2012/510/MGr, kterým podle ustanovení § 118 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách zamítl návrh žalobkyně, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle ustanovení § 118 odst. 1 nebo 2 zákona o veřejných zakázkách.

[8] Dne 26. 3. 2012 obdržel žalovaný proti výše zmíněnému rozhodnutí rozklad žalobkyně. Žalovaný neshledal důvody pro postup podle ustanovení § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění tehdy platném a účinném (dále jen „správní řád“) a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc předsedovi žalovaného.

[9] Dne 31. 5. 2012 nabylo právní moci rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 28. 5. 2012, č. j. ÚOHS-81/2012/VZ-9822/2012/310/ASc, kterým byl podaný rozklad na základě ustanovení § 152 odst. 5 písm. b) správního řádu zamítnut a rozhodnutí Úřadu na ochranu hospodářské soutěže ze dne 13. 3. 2012, č. j. ÚOHS-S429/2011/VZ-1757/2012/510/MGr, potvrzeno.

III. Obsah žaloby

[10] V podané žalobě a následných doplněních žalobkyně uplatnila dva okruhy námitek.

[11] První okruh námitek se týkal zadávací podmínky, kterou došlo k omezení počtu zájemců losováním na pět. Žalobkyně spatřovala protiprávnost této podmínky v nezákonném omezení hospodářské soutěže. Smyslem zadávacího řízení je ochrana hospodářské soutěže a volný pohyb služeb a zamezení korupce. Omezení počtu nabídek dvaceti tří na pět tak popírá jeden ze základních principů práva veřejných zakázek. K tomu žalobkyně uvedla judikaturu Nejvyššího správního soudu, odkázala na evropské směrnice č. 2004/18/ES a 2004/17/ES a na aplikační příručku ke vzorovému zákonu UNCITRAL o zadávání zakázek na zboží, staveb a služeb (Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services).

[12] Podle žalobkyně je omezení na pět účastníků možné, avšak omezeným počtem musí být zajištěna hospodářská soutěž pro konkrétní podmínky zakázky a trhu. Snížení počtu zájemců musí být (v duchu evropských směrnic, ale i českého zákona o veřejných zakázkách) odůvodněné zvláštní potřebou zadávacího řízení, např. tak velkým objemem prací, že by kontrola nabídek byla časově a finančně náročná. Počet vybraných zájemců musí zohledňovat nutnost zajištění přiměřené hospodářské soutěže. S ohledem na tehdejší situaci ve stavebnictví nebylo nutné omezovat soutěž z dvaceti tří na pět uchazečů, a to zejména z důvodu běžně vysokých rozdílů mezi nabídkami konkurentů. Žalobkyně tedy tvrdila, že v daném případě neexistovaly objektivní důvody pro omezení počtu uchazečů na pět. A i kdyby existovaly, musel by být omezený počet uchazečů dostatečný pro hospodářskou soutěž, což počet pět z dvaceti tří rozhodně nebyl.

[13] Druhý okruh námitek se týkal samotného losování a losovacího zařízení. Žalobkyně uvedla, že losovací zařízení neposkytovalo dostatečné záruky pro transparentnost losování, a tedy i pro celé zadávací řízení. Žalobkyně shrnula, že zařízení je běžným notebookovým procesorem a v případě připojení externího vstupního zařízení (USB, klávesnice) by nebyl problém upravit algoritmus losování. Výrobce zařízení byla obchodní korporace Centador, s.r.o., chráněná dílna, která nabízela výrobu plastových stojanů. Výrobce losovacího zařízení tedy nebyl dostatečně erudovaný v daném oboru.

[14] Notářský zápis rovněž nebyl zárukou transparentnosti losování, neboť tento pouze prokázal průběh losování, ale nikoli již jeho transparentnost. Notářský zápis nebyl dostatečným osvědčením o vlastnostech hardwaru a softwaru losovacího zařízení. Rovněž zpráva elektrotechnického ústavu č. 100680-01/02 se vyjadřovala pouze k okolnostem určujícím výsledek losování a k externím vlivům na losování, ale nikoli k nemožnosti manipulace se zařízením.

[15] Jedinou zárukou losovacího zařízení tak byla pouze umělohmotná plomba na tomto zařízení, kterou ovšem také vyráběla výše zmíněná korporace, která neměla v dané oblasti žádnou obchodní historii.

[16] Žalobkyně také považovala za nezákonné, že samotný úkon losování prováděla osoba odlišná od administrátora, tj. od osoby pověřené zadavatelem podle ustanovení § 151 zákona o veřejných zakázkách. Toto ustanovení přitom neumožňuje udělit zástupci substituční plnou moc. Administrátorem zakázky byla korporace Allowance, s.r.o., nicméně losování prováděla korporace VE-ZAK CZ s.r.o. (nyní v likvidaci).

[17] Žalobkyně svá tvrzení podpořila statistikou losování, kterou si sama vedla, a ironicky dodala, že je evidentní, že někteří uchazeči mají „neobyčejné štěstí“. Sama se účastnila dvaceti losování s uvedeným zařízením a nebyla vybrána ani jednou. Žalovaný se dle jejího názoru statistikou vůbec nezabýval.

[18] Použití výše zmíněného losovacího zařízení tak bylo dle žalobkyně v rozporu s evropským právem i českým zákonem o veřejných zakázkách (konkrétně s ustanovením § 6 zákona o veřejných zakázkách). Proces losování byl zcela nepřezkoumatelný a netransparentní. Tuto skutečnost potvrzuje fakt, že losovací čísla byla jednotlivým uchazečům přiřazena předem před losováním a při losování je změna čísel ze strany organizátorů striktně odmítána.

[19] Žalobkyně tvrdila, že se žalovaný těmito dvěma okruhy námitek dostatečně nezabýval. Žalovaný ve svém rozhodnutí zcela opomněl judikaturu, literaturu i další výkladové prameny. Odmítnutí evropského práva bylo nedůvodné, neboť znění směrnic mělo být výkladovým vodítkem k českému zákonu o veřejných zakázkách.

IV. Vyjádření žalovaného

[20] Žalovaný v písemném vyjádření k žalobě ze dne 28. 8. 2012 nejprve uvedl, že se k žalobě nemohl vyjádřit, neboť tato neobsahuje zákonné náležitosti správní žaloby ve smyslu ustanovení § 71 odst. 1 soudního řádu správního. V žalobě údajně absentují žalobní body, z nichž by bylo patrné, v čem žalobkyně spatřuje napadené rozhodnutí za nezákonné. Navíc žalobkyně uvádí skutečnosti a námitky, které již uplatnila v žalobě.

[21] Pro případ, že by soud pristoupil k extenzivnímu výkladu ustanovení § 71 odst. 1 soudního řádu správního, žalovaný uvedl, že se ke všem uplatněným námitkám přezkoumatelným způsobem vyjádřil ve svém rozhodnutí. Na závěr žalovaný navrhl, aby soud žalobu v plném rozsahu zamítl.

V. Replika žalobkyně

[22] Dne 15. 10. 2012 se žalobkyně vyjádřila ještě replikou. V replice upřesnila, co rozumí žalobní body, nicméně neuvedla v podstatě žádnou novou argumentaci. Trvala na tom, že došlo k porušení povinnosti zajistit řádnou soutěž v zadávacím řízení tím, že byl omezen počet uchazečů na pět a netransparentním losováním.

[23] K losování žalobkyně uvedla, že bylo prováděno osobami, které jsou podezřelé z pletich při veřejných zakázkách v kauze Rath. Korporace VE-ZAK CZ, s.r.o., prováděla dle žalobkyně losování v desítkách předražených zakázek. Losovací zařízení navíc bylo ukradeno.

VI. Posouzení věci krajským soudem

[24] Žaloba byla podána v zákonné dvouměsíční lhůtě podle ustanovení § 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „soudní řád správní“), osobou k tomu oprávněnou podle ustanovení § 65 odst. 1 soudního řádu správního a jde o žalobu přípustnou ve smyslu ustanovení § 65, § 68 a § 70 soudního řádu správního.

[25] Soud přezkoumal napadené rozhodnutí, vázán rozsahem a důvody, které žalobkyně uplatnila v žalobě (ustanovení § 75 odst. 2 soudního řádu správního). Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 soudního řádu správního). Soud dospěl k závěru, že žaloba je důvodná a bez předchozího jednání v souladu s ustanovením § 51 odst. 1 soudního řádu správního zrušil žalobou napadené rozhodnutí pro nezákonnost podle ustanovení § 78 soudního řádu správního.

[26] Na úvod soud uvádí, že nesdílí názor žalovaného, že by žaloba neobsahovala žalobní body ve smyslu ustanovení § 71 odst. 1 písm. d) soudního řádu správního, podle kterého žaloba kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat žalobní body, z nichž musí být patrné, z jakých skutkových a právních důvodů považuje žalobce napadené výroky rozhodnutí za nezákonné nebo nicotné.

[27] Termínem žalobní bod se zabýval již také rozšířený senát Nejvyššího správního soudu, který uvedl, že *„žalobce je též povinen vyličit, jakých konkrétních nezákonných kroků, postupů, úkonů, úvah, hodnocení či závěrů se měl správní orgán vůči němu dopustit v procesu vydání napadeného rozhodnutí či přímo rozhodnutím samotným, a rovněž je povinen ozřejmit svůj právní náhled na to, proč se má jednat o nezákonnosti. [...] Konkretizace faktů dostatečně substancovanými žalobními body je důležitá nejen z hlediska soudu, tj. pro stanovení programu sporu a vytýčení mezí, v nichž se soud může v souladu s dispoziční zásadou pohybovat, ale má význam i pro žalovaného. Stěžejní procesní zásadou je rovnost účastníků před soudem vyjadřovaná někdy jako rovnost zbraní. Každá procesní strana by měla mít přiměřenou možnost uplatnit své argumenty za podmínek, které ji citelně neznevýhodňují v porovnání s protistranou. Provedením této zásady je potom též požadavek náležité substanciace přednesů stran: jediné tím, že strana svůj přednes dostatečně konkretizuje, umožní druhé straně k tomuto přednesu učinit vyjádření. Pokud je tvrzení jedné procesní strany jen povšechné a nekonkrétní, neví druhá strana, k čemu se má vlastně vyjádřit; tím se přirozeně snižuje i její možnost náležité procesní obrany,“* (srov. rozsudek

rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 20. prosince 2005, č. j. 2 Azs 92/2005-58).

[28] Smyslem a účelem toho, aby v žalobě byl uveden (alespoň jeden) žalobní bod, je především vymezit obsah soudního přezkumu, tj. jaké skutkové a právní otázky má soud posuzovat z hlediska žalobcem tvrzené nezákonnosti správního rozhodnutí. Soud nesmí sám aktivně vyhledávat vady napadeného správního aktu. Proto také musí vymezení žalobního bodu garantovat zásadu rovnosti účastníků řízení; stanoví tak i žalovanému meze jeho obrany, tedy to, k čemu se má vyjádřit a k čemu má předložit protiargumenty.

[29] Jestliže žalobní bod těmto požadavkům vyhovuje, je projednání způsobilý v té míře obecnosti, v níž je formulován, a případně v mezích této formulace v průběhu řízení dále doplněn. K tomu je ale třeba dodat, že míra precizace žalobních bodů do značné míry určuje i to, jaké právní ochrany se žalobci u soudu dostane. Čím je žalobní bod, byť i vyhovující, obecnější, tím obecněji k němu může správní soud přistoupit a posuzovat jej. Není naprosto na místě, aby soud za žalobce spekulativně domýšlel další argumenty či vybíral z reality skutečnosti, které žalobu podporují. Takovým postupem by přestal být nestranným rozhodčím sporu, ale přebíral by funkci žalobcova advokáta.

[30] V daném případě soud dospěl k závěru, že již původní žaloba obsahovala dva konkrétní okruhy námitek, tak jak soud shrnul v bodu III tohoto rozsudku, z nichž byly patrné žalobní body. Nestandardní formulace žaloby, způsobená tím, že žalobkyně nejprve převzala text svého návrhu ze správního řízení a následně se vyjadřovala odstavec po odstavci k napadenému rozhodnutí, nemůže jít k tíži žalobkyně; navíc za situace, kdy žalobkyně v replice své žalobní body soudu i žalovanému osvětlila klasickým způsobem. Již z původní žaloby ale žalovaný musel znát, co je předmětem sporu a v čem spatřuje žalobkyně nezákonnost žalobou napadeného rozhodnutí.

VI.1 K omezení počtu zájemců losováním na pět

[31] Při posuzování prvního okruhu námitek soud vycházel z ustanovení § 28 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, podle kterého je veřejný zadavatel povinen vyzvat k podání nabídky nejméně 5 zájemců. Bylo-li veřejnému zadavateli podáno méně než 5 žádostí o účast v užším řízení nebo méně žádostí o účast, než veřejný zadavatel uvedl v oznámení užšího řízení, může vyzvat k podání nabídky všechny zájemce, kteří podali žádost o účast a prokázali splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu. To platí i v případě, pokud splnění kvalifikace prokázalo méně než 5 zájemců.

[32] Veřejný zadavatel tedy byl oprávněn omezit počet dodavatelů, kteří podali žádost o účast a prokázali splnění kvalifikace, které vyzve k podání nabídky. Vždy však musel vyzvat nejméně 5 dodavatelů. Toto omezení počtu dodavatelů musí být uvedeno již v oznámení užšího řízení a veřejný zadavatel musí při omezení počtu dodavatelů postupovat v souladu s ustanovením § 61 zákona o veřejných zakázkách.

[33] Podle ustanovení § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách může být objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců rovněž náhodný výběr provedený losem, popřípadě kombinace objektivních kritérií a náhodného výběru losem. Losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona o veřejných zakázkách prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování. Účastník se losování mají právo

zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním.

[34] Na základě jazykového výkladu ustanovení § 28 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách ve spojení s ustanovením § 61 odst. 4 téhož zákona soud dospěl k závěru, že zadavatel byl v oznámení užšího řízení oprávněn omezit okruh dodavatelů, které vyzve k podání nabídky, na počet 5 zájemců.

[35] Jelikož žalobkyně argumentovala účelem zákona o veřejných zakázkách a evropskými směrnici č. 2004/17/ES a 2004/18/ES, soud přistoupil také k teleologickému výkladu výše zmíněných ustanovení, neboť *„jazykový výklad představuje toliko prvotní přiblížení se k aplikované právní normě, je východiskem pro objasnění a ujasnění si jejího smyslu a účelu (k čemuž slouží i řada dalších postupů, jako logický a systematický výklad, výklad e ratione legis atd.“* (srov. nálezn Ústavního soudu ze dne 28. 3. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 42/03).

[36] Předně je třeba ovšem konstatovat, že rovněž žalovaný nevycházel pouze z jazykového výkladu, ale v prvostupňovém i druhostupňovém rozhodnutí se důkladně zabýval všemi námitkami žalobkyně. Soud se přitom ztotožnil s argumentací žalovaného ohledně aplikace evropských směrnic a teleologického výkladu.

[37] Podle čl. 2 odst. 2 směrnice č. 2004/17/ES se působnost této směrnice vztahuje na zadavatele, kteří jsou veřejnými zadavateli nebo veřejnými podniky a vykonávají některou z činností uvedených v člancích 3 až 7, tedy na činnosti v oblasti plynu, tepla a elektřiny (čl. 3), v oblasti vodního hospodářství (čl. 4), v oblasti dopravy (čl. 5), v oblasti poštovních služeb (čl. 6) a v oblasti týkající se průzkumu nebo těžby ropy, zemního plynu, uhlí nebo jiných pevných paliv, jakož i přístavů a letišť (čl. 7), a pokud nejsou veřejnými zadavateli nebo veřejnými podniky, vykonávají jako jednu ze svých činností kteroukoli z těch, které jsou uvedeny v člancích 3 až 7, nebo více těchto činností a působí na základě zvláštních nebo výlučných práv udělených příslušným orgánem členského státu.

[38] Podle čl. 16 směrnice č. 2004/17/ES se tato vztahuje na zakázky, které nejsou vyloučeny podle článků 19 až 26 nebo v souladu s článkem 30, který se týká výkonu dané činnosti, a jejichž odhadovaná hodnota bez daně z přidané hodnoty (DPH) se rovná těmto prahovým hodnotám nebo je vyšší: o 499 000 EUR pro zakázky na dodávky a služby, o 6 242 000 EUR pro zakázky na stavební práce.

[39] Žalovaný správně dovodil, že směrnice č. 2004/17/ES se tedy vztahuje na postupy zadavatelů působících ve výše uvedených odvětvích; podle české terminologie jde o tzv. sektorové zadavatele, navíc v nadlimitních veřejných zakázkách. V daném případě ovšem šlo o veřejného zadavatele a podlimitní veřejnou zakázku. Ani použití analogie, jak navrhovala žalobkyně, se soudu nejevilo jako vhodné z důvodu odlišnosti jak typu zakázky, tak zadavatele. Použití druhé směrnice rovněž nepřipadalo v úvahu, neboť v dané věci nešlo o nadlimitní veřejnou zakázku.

[40] Soud se tedy ztotožnil s právním názorem žalovaného, že jediná právní norma, kterou byl zadavatel v předmětném zadávacím řízení ve vztahu k omezení počtu zájemců a použití toho kterého druhu zadávacího řízení vázán, byl toliko český zákon o veřejných zakázkách. Jelikož byla úprava losování specifikem českého práva, nejevilo se jako možné použít při výkladu práva evropské směrnice, a to ani jako obecná východiska českého zákona, neboť tyto byly určeny pro jiné druhy a typy veřejných zakázek a zadavatelů.

[41] K prvnímu okruhu námitek týkajícím se narušení hospodářské soutěže soud na závěr uvádí, že není sporu o významu principu transparentnosti a ochrany hospodářské soutěže při zadávání veřejných zakázek, nicméně rozsah povinností zadavatele je jasně dán zákonem. Soud se tedy s prvním okruhem námitek neztotožnil.

VI.II K transparentnosti losování

[42] Soud se naopak ztotožnil s druhým okruhem námitek.

[43] Na úvod je třeba konstatovat, že soud vycházel z judikatury Nejvyššího správního soudu, který se již transparentností losování několikrát zabýval. Výkladem pojmu transparentnost se Nejvyšší správní soud zabýval například ve svém rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, označovaném jako „Karlovarské lisovačky“ a uvedl, že *„podmínkou dodržení zásady transparentnosti je 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.“*

[44] V rozsudku ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012-55, pak Nejvyšší správní soud uvedl, že *„posouzení transparentnosti losování v žádném případě nespočívá v dokazování, zda došlo při losování k manipulaci či nikoliv. Pro porušení zásady transparentnosti stačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. K tomu může dojít i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo. [...] Pochybnosti mohou vzejít i z pouhé neschopnosti působit navenek při losování férově.“* Z uvedeného rozsudku lze dále 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.

[45] Tyto názory pak byly potvrzeny dalšími rozsudky Nejvyššího správního soudu, např. v rozsudku ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49. Lze je tedy považovat za konstantní judikaturu správních soudů.

[46] V nyní souzené věci zadavatel omezoval v užším řízení počet zájemců losováním. Podstatou druhého okruhu námitek je netransparentnost losování.

[47] Podle ustanovení § 61 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 ustanovení § 61 odst. 2 nebo 4 zákona o veřejných zakázkách uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace objektivních kritérií může být uvedena v kvalifikační dokumentaci.

[48] Podle ustanovení § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle ustanovení § 61 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách může být rovněž náhodný výběr provedený losem, popřípadě kombinace objektivních kritérií podle § 61 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách a náhodného výběru losem. Losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona o veřejných zakázkách prostřednictvím mechanických, elektronicko-mechanických, 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.

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

[50] Pokud jde o jednotlivé podmínky (požadavky) na losování, které pramenily z tehdejšího znění § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách, pak těmi jsou:

- soulad se zásadami uvedenými v § 6 zákona o veřejných zakázkách;
- uskutečnění losování prostřednictvím mechanických, elektronicko-mechanických, elektronických nebo obdobných zařízení;
- účast notáře, který osvědčuje průběh losování;
- právo všech zájemců, jichž se losování týká, účastnit se losování;
- písemné vyrozumění o termínu losování nejméně 5 dnů před losováním;
- umožnění zájemcům reálně zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.

[51] První podmínkou (požadavkem) je soulad se zásadami uvedenými v § 6 zákona o veřejných zakázkách. Zásadami podle § 6 zákona o veřejných zakázkách jsou zásady transparentnosti, zákazu diskriminace a rovného zacházení. Pokud jde o zásadu transparentnosti, v souladu s níž má být losování prováděno a o jejíž porušení je mezi žalobkyní 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.

[52] Transparentním postupem, a tedy dodržením zásady transparentnosti podle § 6 zákona o veřejných zakázkách, 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 fér prostředků. Naopak, jak již zdejší soud uvedl například v rozsudku ze dne 14. 5. 2007 ve věci 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.*“

[53] 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.

[54] V daném případě však podle zdejšího soudu zadavatel této povinnosti nedostál. Přestože se dílčí závěry, které žalobkyně ohledně procesu losování dovozuje, pohybují na úrovni hypotéz, pohlíží-li soud na žalobkyní zmíněné skutečnosti, které losování provázely, pohledem zásady transparentnosti, jak je vymezena výše, dospívá ke shodnému závěru jako žalobkyně. I zdejší soud má totiž za to, že kombinace některých žalobkyní zmíněných

skutečností, které provázely losování, vyvolává porušení zásady transparentnosti – a tedy porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách.

[55] Předně je 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 žalobkyně nepochybuje, že by použité losovací zařízení do tohoto výčtu spadalo, volba jednoho z těchto způsobů však ještě automatické dodržení zásady transparentnosti nevyvolává.

[56] Žalovaný se k pochybnostem o technických vlastnostech losovacího zařízení vyjádřil pouhým odkazem na skutečnosti obsažené v notářském zápisu a na zprávu o zkoušce losovacího zařízení provedenou Elektrotechnickým zkušebním ústavem. Fakticky se však samotným losovacím zařízením žalovaný nezabýval.

[57] K tomu je nutné nejprve dodat, že v daném případě soud nemohl jak přezkoumat postup zadavatele, potažmo i žalovaného, neboť notářský zápis, na který žalobou napadené rozhodnutí i prvostupňové rozhodnutí odkazuje, nebyl součástí správního spisu. Opírají-li se ovšem obě žalobou napadená rozhodnutí o tento notářský zápis, musí to být nejprve žalovaný správní orgán, který tento notářský zápis opatří, do správního spisu založí a provede jím důkaz. Teprve poté může postup žalovaného přezkoumat zdejší soud.

[58] I kdyby byl však právě zmíněný závěr soudu mylný, snad proto že žalovaný při posuzování zákonnosti postupu zadavatele (losování) fakticky zohlednil i zmíněný notářský zápis, neboť odůvodnění žalobou napadených rozhodnutí tomu nasvědčuje, nemohl zdejší soud zákonnost postupu žalovaného přezkoumat. Je totiž nezbytné, aby listiny, které žalovaný posuzuje, byly alespoň ve formě fotokopie ve správním spisu obsaženy. Na závěr je ještě nutné dodat, že z přehledu spisové dokumentace přitom v daném případě neplyne, že by byl soudu předložen neúplný správní spis. Z tohoto přehledu je zřejmé, že součástí správního spisu předmětný notářský zápis není a ani nebyl.

[59] Vzhledem k tomu, že v daném případě ve správním spisu chybí klíčový podklad, který je nutný k posouzení zákonnosti postupu žalovaného, je třeba uzavřít, že skutkový stav, který vzal žalovaný za základ napadeného rozhodnutí, nemá oporu ve správním spisu.

[60] Zároveň je nutné dodat, že zpráva o zkoušce nemůže nic vypovídat o průběhu losování, neboť byla vyhotovována v době před samotným losováním. Ze správního spisu nijak neplyne, že by sama notářka ověřovala fakt, že použité losovací zařízení bylo totožné s losovacím zařízením, které bylo předmětem zprávy o zkoušce. Není tedy najisto postaveno to, zda se v případě losovacího zařízení použitého při losování jednalo o totéž losovací zařízení, jaké bylo předmětem zprávy o zkoušce.

[61] V daném případě tedy nebylo možné se opřít o zprávu Elektrotechnického zkušebního ústavu ani o znalecký posudek. K právě uvedenému přistupují ovšem i další okolnosti, které důvěru v korektní a fér postup při losování oslabují.

[62] K dosažení dostatečné míry transparentnosti losování může přispět dodržení další z podmínek (požadavků) na losování, a sice umožnění kontroly losovacího zařízení ze strany zájemců. Přestože určitá kontrola mohla být provedena předem Elektrotechnickým zkušebním ústavem, pak bez ohledu na to, že kontrola se netýkala samotného procesu losování (viz

shora), se jednak nejednalo o kontrolu ze strany zájemců, jak ukládá ustanovení § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách, nýbrž nejvýše o dřívější kontrolu třetí osobou, k níž nedošlo bezprostředně před zahájením losování, nadto 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. Kontrolou losovacího zařízení a prostředků sloužících k losování ve smyslu § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách musí být rozuměna taková kontrola, která na místě losování s využitím prostředků, které mohou mít zájemci coby účastníci losování bezprostředně před zahájením losování k dispozici, umožní objektivně posoudit, zda losování může proběhnout korektním způsobem či nikoli. Taková kontrola už s ohledem na povahu losovacího zařízení zájemcům umožněna být nemohla – fakticky by to totiž znamenalo kontrolu počítačového programu, jenž byl v losovacím zařízení použit, k čemuž zájemci coby účastníci losování nemohli být na místě losování bezprostředně před jeho zahájením vybaveni.

[63] Pokud jde o otázku kontroly 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 z pohledu zájemců fakticky neuskutečnitelná.

[64] Souhrn již právě uvedených okolností, aniž by bylo zapotřebí věnovat se dalším dílčím bodům žalobní argumentace, vyvolává objektivizovaný dojem, že ze správního spisu neplyne, že by použité losovací zařízení zaručovalo náhodný výběr čísel jednotlivých zájemců. Jelikož dospěl žalovaný k opačnému závěru, pak jeho rozhodnutí nemá oporu ve správním spise. Soud tedy rozhodnutí žalovaného podle ustanovení § 76 odst. 1 písm. b) soudního řádu správního zrušil bez nařízení soudního jednání.

[65] 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 korektnosti a férovém průběhu losování, která vyvstane na základě určitých indicií, jež byly shora sumarizovány, je podle zdejšího soudu, ale i podle shora citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu, k závěru o porušení zásady transparentnosti postačující. Není tedy podstatné, zda k neférovému ovlivňování losování skutečně došlo, podstatné je, že existuje reálná možnost, že k určitému ovlivňování došlo, a že tedy vyvstala objektivní pochybnost o korektnosti a férovém průběhu losování.

[66] V dalším řízení bude tedy žalovaný vycházet především z toho, že ze správního spisu dosud plyne, že losování neproběhlo v souladu se zásadou transparentnosti podle ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách, což vedlo i k porušení § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách.

VII. Shrnutí a náklady řízení

[67] S ohledem na vše shora uvedené dospěl soud k závěru, že skutkový stav, který vzal správní orgán za základ napadeného rozhodnutí, je v rozporu se spisy nebo v nich nemá oporu anebo vyžaduje rozsáhlé nebo zásadní doplnění, a proto soud zrušil žalobou napadené rozhodnutí podle ustanovení § 76 odst. 1 písm. b) soudního řádu správního a podle ustanovení § 78 odst. 4 též zákona věc vrátil předsedovi žalovaného k dalšímu řízení.

[68] Výrok o náhradě nákladů řízení ve vztahu mezi účastníky je odůvodněn ustanovením § 60 odst. 1 věta první soudního řádu správního, 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 účastníku, který ve věci úspěch neměl. Žalobkyně nebyla zastoupena advokátem, a proto náhrada nákladů řízení sestávala pouze ze zaplaceného soudního poplatku ve výši 3.000 Kč.

[69] Výrok o náhradě nákladů řízení osoby zúčastněné na řízení je odůvodněn ustanovením § 60 odst. 5 věty první soudního řádu správního, podle kterého osoba zúčastněná na řízení má právo na náhradu jen těch nákladů, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil. V daném řízení soud osobám zúčastněným na řízení žádné povinnosti neuložil, a proto ani nemají právo na náhradu nákladů řízení. Soud zároveň neshledal důvody zvláštního zřetele hodné pro přiznání práva na náhradu dalších nákladů řízení podle ustanovení § 60 odst. 5 in fine soudního řádu správního.

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 30. dubna 2014

JUDr. Jaroslava Skoumalová, v. r.
předsedkyně senátu