



ČESKÁ REPUBLIKA

# ROZSUDEK

## JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a JUDr. Jany Kubenové v právní věci žalobce: **ALPINE Bau CZ s.r.o.**, se sídlem Valašské Meziříčí, Jiráskova 613/13, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, za účasti: **Olomoucký kraj**, se sídlem Olomouc, Jeremenkova 40a, zastoupený JUDr. Petrem Ritterem, advokátem se sídlem Olomouc, Riegrova 12, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29.5.2012, č.j. ÚOHS-R10/2012/VZ-9898/2012/310/PSe,

### t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29.5.2012, č.j. ÚOHS-R10/2012/VZ-9898/2012/310/PSe, se **zrušuje** a věc se **vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovaný **je povinen** nahradit žalobci náklady řízení ve výši 3 000 Kč do patnácti dnů od právní moci tohoto rozsudku.
- IV. Osoba zúčastněná na řízení **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.

## **O d ů v o d n ě n í :**

Žalobce napadá rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29.5.2012, č.j. ÚOHS-R10/2012/VZ-9898/2012/310/Pse, kterým byl zamítnut žalobcův rozklad a potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21.12.2011, č.j. ÚOHS-S491/2011/VZ-20327/2011/520/JHl.

### I. Podstata věci

Zadavatel (Olomoucký kraj) uveřejnil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“) v informačním systému veřejných zakázek dne 2.8.2011 pod ev. č. 60063586 oznámení o veřejné zakázce „Silnice II/150 Čechy, Domaželice – obchvat“, zadávané jako nadlimitní zakázka v užším řízení.

Zadavatel v bodě IV. 1.1) oznámení uvedl, že veřejná zakázka bude zadávána v užším řízení. V bodě IV.1.2) oznámení zadavatel stanovil počet sedmi zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídek. Současně zadavatel stanovil, že výběr proběhne náhodným výběrem (losem) za účasti notáře. Termín losování zadavatel stanovil na 15.9.2011 v 10:00 hodin na adrese Dukelských hrdinů 47, Praha 7, místnost Veletržní palác, 5. patro. Dopisem ze dne 6.9.2011 oznámil zadavatel jednotlivým zájemcům změnu termínu losování, které mělo nově proběhnout dne 19.9.2011 v 8:30 na stejné adrese. V tomto termínu losování také proběhlo.

Jedním ze zájemců (a tedy účastníků losování) byl i žalobce. Z notářského zápisu č. NZ 148/2011 (N 169/2011) sepsaného dne 19.9.2011, který je součástí dokumentace o veřejné zakázce, vyplynulo, že losování proběhlo dne 19.9.2011 od 8:30 do 8:57 hodin prostřednictvím elektronického losovacího zařízení Cent LOZ002. Zajištěním losování byla pověřena společnost VE-ZAK CZ s.r.o. Podle notářského zápisu z prohlášení moderátora losování plyne, že losovací zařízení nemá žádné aktivní komunikační rozhraní (bluetooth, Wi-Fi, LAN, touch screen atd.) vyjma tří kláves pro ovládání aplikace. Zařízení dále obsahuje na zadní stěně tlačítko pro nouzové vypnutí zařízení v případě požáru nebo poruchy elektroinstalace a vstup pro napájecí kabel. Provozovatel losovacího zařízení se před zahájením losování prokázal neporušenou plombou losovacího zařízení číslo 056920. Dále provozovatel losovacího zařízení uvedl, že přílohou notářského zápisu je zpráva Elektrotechnického zkušebního ústavu, s. p. o zkoušce losovacího zařízení č. 100680-01/02 („Zpráva o zkoušce“). Provozovatel losovacího zařízení dále provedl zkoušku losování. Před samotným losováním přečetl provozovatel losovacího zařízení všechny zájemce v pořadí podle doručení žádosti o účast, celkem 14 zájemců. Následně došlo k samotnému losování. Zájemcům, kteří prokázali splnění kvalifikace (mimo jiné i žalobci), byla pro účely losování přiřazena čísla 1 – 14 odpovídající pořadí přijetí jejich žádosti o účast v předmětné veřejné zakázce, z nichž pak byla vylosována čísla 9 (Sdružení silnice II/150 Čechy, Domaželice – obchvat, vedoucí účastník sdružení EUROVIA CS, a. s.), 2 (OHL ŽS, a. s.), 3 (Sdružení Silnice II/150 Čechy, Domaželice – obchvat, vedoucí

účastník sdružení Held & Francke CZ s. r. o.), 7 (IMOS Brno, a. s.), 13 (Dopravní stavby Brno s. r. o.), 14 (Pražské silniční a vodohospodářské stavby, a. s.) a 12 (Dálniční stavby, a.s.).

Žalobce vylosován nebyl. O vyloučení nevylosovaných zájemců (mimo jiné i žalobce) z další účasti v zadávacím řízení zadavatel rozhodl dne 30.9.2011. Vylosovaným zájemcům zadavatel doručil výzvu k podání nabídky a na jejich žádost poté poskytl zadávací dokumentaci.

Žalobce následně podal námitky u zadavatele a poté návrh na přezkoumání úkonu zadavatele u žalovaného; žalobce zpochybňoval průběh losování. Žalovaný rozhodl tak, že zadavatel porušil § 6 ZVZ, konkrétně zásadu transparentnosti, tím, že při omezení počtu zájemců nesdělil přítomným zástupcům, kteří konkrétní zájemci, v případě sdružení zájemců, podávají společnou nabídku, přičemž uvedený postup podstatně neovlivnil ani nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (výroková část I. prvostupňového rozhodnutí). Dále žalovaný rozhodl, že návrh žalobce se podle § 118 odst. 4 písm. a) ZVZ zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 a 2 ZVZ (výroková část II. prvostupňového rozhodnutí). Napadené rozhodnutí tyto závěry potvrdilo.

Způsob losování a závěry žalovaného k této otázce žalobce napadá i nyní podanou žalobou.

## II. Shrnutí žaloby

Žalobce podrobnou argumentací namítá, že bylo použito zařízení, které nezaručuje transparentnost celého procesu losování (omezování počtu zájemců), přitom zpochybňuje jednotlivé závěry plynoucí z notářského zápisu ohledně průběhu losování; notář podle žalobce nezjišťoval ani neosvědčoval stav losovacího zařízení, nýbrž pouze zaznamenával komentáře týkající se technických parametrů losovacího zařízení. To nic nevypovídá o tom, zda toto prohlášení bylo pravdivé či nikoli. Sporné je podle žalobce i to, zda losovací zařízení podle Zprávy o zkoušce je losovacím zařízením, jehož se týká Zpráva o zkoušce. Žalobce zpochybňuje i použití plomby na zadní straně losovacího zařízení.

Dále žalobce namítá neumožnění kontroly losovacího zařízení před samotným zahájením losování. Tím došlo k porušení § 61 odst. 5 ZVZ. Podle žalobce neobstojí argument, podle něhož losovací zařízení bylo zkontrolováno Elektrotechnickým zkušebním ústavem, s. p., neboť se nejednalo o kontrolu zájemci (účastníky losování) a nejednalo se ani o kontrolu bezprostředně před zahájením losování. Tu žalobce zpochybňuje jednotlivé dílčí závěry žalovaného, dovozuje, že provedení kontroly losovacího zařízení před zahájením losování bylo prakticky nemožné, zadavatel neprovedl ani změnu čísel přidělených jednotlivým zájemcům, čímž absentoval jakýkoli kontrolní mechanismus týkající se losovacího zařízení a losování samotného.

Dále žalobce zpochybňuje postup zadavatele a závěr žalovaného ohledně správnosti postupu zadavatele, který se při losování nechal zastoupit třetí osobou, která pro něj zadávací řízení jinak neadministrovala (VE-ZAK CZ s.r.o.).

Žalobce dovozuje, že žalovaný se s jeho argumentací uplatněnou v průběhu správního řízení nevypořádal vůbec či dostatečně, a tedy tvrdí, že losování proběhlo netransparentně, a proto napadené rozhodnutí i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí navrhuje zrušit a věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení. Na svém procesním postoji setrval žalobce po celou dobu řízení před zdejším soudem.

### III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný setrvává na svých závěrech, které jsou obsaženy už v napadeném a jemu předcházejícím prvostupňovém rozhodnutí, žalobcovu argumentaci odmítá a žalobu jako nedůvodnou navrhuje zamítnout.

Žaloba podle žalovaného v podstatné míře opakuje argumentaci, kterou žalobce uplatnil již ve správním řízení, s níž se žalovaný řádně vypořádal ve svých rozhodnutích. I žalovaný setrval na svém procesním postoji po celou dobu řízení před zdejším soudem.

### IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“), osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Žaloba je důvodná (§ 78 odst. 1 s.ř.s.).

Zadavatel omezoval v užším řízení počet zájemců losováním. Podstatou žalobní argumentace je netransparentnost losování a zčásti i rozpor postupu zadavatele s pravidly pro omezování účasti zájemců losováním.

Podle § 61 ZVZ, v jeho na věc aplikovatelném znění, 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.

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.

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

Pokud jde o jednotlivé podmínky (požadavky) na losování, které pramenily z tehdejšího znění § 61 odst. 4 a 5 ZVZ, pak těmi jsou:

1. soulad se zásadami uvedenými v § 6 ZVZ;
2. uskutečnění losování prostřednictvím mechanických, 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.

Souhrn všech právě uvedených podmínek (požadavků) v posuzované věci naplněn nebyl a v tomto ohledu zdejší soud dává zapravdu žalobci.

První podmínkou (požadavkem) je soulad se zásadami uvedenými v § 6 ZVZ. Zásadami podle § 6 ZVZ 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 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.

Transparentním postupem, a tedy dodržením zásady transparentnosti podle § 6 ZVZ, 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 sp. zn. 31 Ca 166/2005, požadavek transparentnosti není splněn tehdy, pokud jsou v zadatelově 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...*“.

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, publikovaném ve Sb. NSS pod č. 2189/2011 (ve věci tzv. *Karlovarské losovačky*). 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...“.

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.

Ve věci právě posuzované postup zadavatele před uskutečněním losování nebyl v rozporu se ZVZ, a to ani s jeho § 6, neboť losování pro omezení účasti zájemců bylo možno použít, zadavatel řádně oznámil, jakým způsobem dojde k omezení počtu zájemců, a rovněž samotný oznámený způsob losování ze základních zásad zadávacího řízení nevybočoval. Losování, které je prováděno řádně a způsobem vylučujícím jakékoli pochybnosti ohledně *fair* postupu, může být dostatečně nediskriminačním i transparentním, přitom ZVZ v jeho na věc aplikovatelném znění (účinném do 31.3.2012) losování jako formu omezování účasti v užším řízení obecně připouštěl. Ve vztahu k rozhodné právní úpravě tedy nelze *a priori* dovozovat, že by jakékoli losování za účelem omezení účasti zájemců v užším řízení bylo netransparentní, a tedy v rozporu s § 6 ZVZ (bez ohledu na historický vývoj právní úpravy a pozdější vyloučení této možnosti novelou ZVZ provedenou zákonem č. 55/2012 Sb. s účinností od 1.4.2012).

Nicméně 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. I 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. Přestože se dílčí závěry, které žalobce ohledně procesu losování dovozuje, pohybují na úrovni hypotéz, pohlíží-li soud na žalobcem zmíněné skutečnosti, které losování provázely, pohledem zásady transparentnosti, jak je vymezena výše, dospívá ke shodnému závěru jako žalobce. I zdejší soud má totiž za to, že kombinace některých žalobcem zmíněných skutečností, které provázely losování, vyvolává porušení zásady transparentnosti – a tedy porušení § 6 ZVZ.

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 ZVZ splnil), což nelze při posuzování transparentnosti té části zadávacího řízení, která spočívala v samotném losování, vedle dodržení pravidel podle § 61 odst. 4 ZVZ nikterak přehlédnout, to však z losování transparentní proces ještě neučinilo. Transparentnost je, jak shora uvedeno, podle § 61 odst. 4 ZVZ samostatným požadavkem stojícím vedle splnění dalších podmínek (požadavků) týkajících se průběhu losování.

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 žalobce nezpochybňuje, že by použité losovací zařízení do tohoto výčtu spadalo, 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.

Správně žalobce poukazuje na to, že 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“. Vzhledem k tomu, že notářský zápis, jak prochází správním spisem, pouze zaznamenal verbální komentář moderátora losování (zřetelně se v něm uvádí, co ....., coby moderátor losování prohlásil, co předložil, co připomněl či co oznámil), není podstatné, že notářský zápis je veřejnou listinou a že o jeho závěry tak mohl z tohoto důvodu žalovaný své závěry opřít. Pokud jde o

technické otázky, podstatné je, že notář ve svém zápisu fakticky neověřoval či nezachycoval stav losovacího zařízení, nýbrž pouze prohlášení moderátora losování o tom, že losovací zařízení určité technické vlastnosti má. Zdejší soud se ztotožňuje se žalobcem v tom, 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 (které bylo do notářského zápisu zaznamenáno).

Jestliže se tedy žalovaný k pochybnostem o technických vlastnostech losovacího zařízení vyjádřil odkazem na skutečnosti obsažené v notářském zápisu, fakticky se samotným losovacím zařízením nezabýval.

Odkázal-li žalovaný na Zprávu o zkoušce, resp. na její titulní stranu, jež je přílohou notářského zápisu, z níž má vyplývat funkčnost použitého losovacího řízení z pohledu náhodného generování čísel, pak ani tato Zpráva o zkoušce, resp. její titulní strana, o stavu losovacího zařízení v době losování ničeho nevypovídá. Za situace, kdy z notářského zápisu skutečně neplyne, že by sám notář ověřoval shodu čísla losovacího zařízení použitého při losování s číslem losovacího zařízení, které bylo předmětem Zprávy o zkoušce, popř. neporušenost plomby, která byla použita, lze dát zapravdu žalobci i v tom, že není najisto postaveno ani to, zda se v případě losovacího zařízení použitého při losování jednalo o totéž losovací zařízení, jaké bylo předmětem Zprávy o zkoušce. Nadto je podstatné, že Zpráva o zkoušce se nikterak nevyjadřuje k samotnému procesu losování.

Pochybnost o významu Zprávy o zkoušce z pohledu kontroly samotného procesu losování je dále umocněna i obsahem listiny, kterou zdejší soud k návrhu žalobce dokazoval. Z tiskového prohlášení Elektrotechnického zkušebního ústavu, s.p. v reakci na článek publikovaný v Hospodářských novinách dne 13.2.2013, kde se tento ústav vyjadřoval k rozsahu jím provedeného prověřování losovacího zařízení společnosti VE-ZAK CZ s.r.o., plyne, že předmětem zkoušky v Elektrotechnickém zkušebním ústavu, s.p. nebylo posouzení procesu losování, že tento ústav žádným způsobem neověřoval funkčnost a trvanlivost plombování přístroje vůči neoprávněnému zásahu, tj. že nebyl certifikován samotný proces losování nebo možnost jeho ovlivnění zásahy obsluhy. Vychází-li zdejší soud z toho, že losování prováděla společnost VE-ZAK CZ s.r.o. prostřednictvím „svého“ losovacího zařízení, pak je podstatné, že ani žalovaný, ani osoba na řízení zúčastněná nezpochybnili tvrzení žalobce, že tiskové prohlášení, kterým bylo k návrhu žalobce dokazováno, se týká losovacího zařízení, které bylo použito k losování i v právě posuzované věci.

K právě uvedenému přistupují i další okolnosti, které důvěru v korektní a obecně *fair* postup při losování oslabují.

Jestliže totiž žalobce pokládal za podstatnou vadu losování použití takového losovacího zařízení, které fakticky kontrolu losovacího zařízení a samotného losování znemožňuje, pak za situace, kdy ani Elektrotechnický zkušební ústav, s.p. proces losování za použití tohoto losovacího zařízení neposuzoval, nelze toto žalobcovo



tvrzení vypořádat argumentem toliko v tom směru, že zadavatel dal losovací zařízení předem přezkoušet Elektrotechnickým zkušebním ústavem, s.p.

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, s.p., pak bez ohledu na to, že kontrola se netýkala samotného procesu losování (viz shora), se jednak nejednalo o kontrolu ze strany zájemců, jak ukládá § 61 odst. 5 ZVZ, 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 ZVZ musí být rozuměna taková kontrola, která na místě losování s využitím prostředků, které mohou mít zájemci coby účastníci losování bezprostředně před zahájením losování k dispozici, umožní objektivně posoudit, zda losování může proběhnout korektním způsobem či 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.

Už z toho důvodu nemůže obstát dílčí závěr žalovaného, že zadavatel umožnil zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování. Neumožnil-li to, pak nejen že došlo k porušení § 61 odst. 5 ZVZ (což je porušením samostatným), nýbrž také k oslabení celkově transparentního dojmu z losování; nic na tom nemění nabídka, aby bylo losovací zařízení následně (po skončení losování) „odvezeno na kontrolu“, jak je v notářském zápisu na páté straně zaznamenána.

Pokud jde tedy 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 a předchozí kontrola provedená Elektrotechnickým zkušebním ústavem, s.p. se na tento proces losování nevztahovala.

Další okolností, která důvěru v korektní a obecně *fair* postup při losování oslabuje, je skutečnost plynoucí z páté strany notářského zápisu, podle něhož zástupce žalobce požádal, aby před losováním byla změněna čísla, jež byla jednotlivým zájemcům předem přidělena, čemuž však nebylo vyhověno. Je sice pravdou, že ZVZ výslovně neukládá zadavateli povinnost přiřazovat čísla pro losování konkrétním (náhodným) způsobem, jak dovodil žalovaný, avšak za situace, kdy čísla byla zájemcům přidělena předem, kdy předchozí kontrola losovacího zařízení Elektrotechnickým zkušebním ústavem, s.p. se na průběh losování nevztahovala a kdy

kontrola losovacího zařízení bezprostředně před zahájením losování byla fakticky nemožná, odmítnutí přečíslování před zahájením losování (jehož požadavek zdejší soud s ohledem na zjištěné skutkové okolnosti nepokládá za zjevně obstrukční postup žalobce) postrádá racionální zdůvodnění a pochyby o způsobu losování skutečně posiluje.

Souhrn již právě uvedených okolností, aniž by bylo zapotřebí věnovat se dalším dílčím bodům žalobní argumentace, vyvolává objektivizovaný dojem, že použité losovací zařízení nemuselo zaručovat náhodný výběr čísel jednotlivých zájemců. Přitom podstatou „losování“ je právě „náhodný výběr“.

Z pohledu posuzování dodržení zásady transparentnosti losování není podstatné, zda zájemci byli skutečně losování náhodným výběrem či nikoli (resp. prokázání skutečnosti, že tomu tak nebylo). Již pochybnost o korektnosti a *fair* průběhu losování, která vyvstane na základě určitých indicií, jež byly shora sumarizovány, je podle soudu zdejšího (ale i podle shora citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu) k závěru o porušení zásady transparentnosti postačující.

Není tedy podstatné, zda k *unfair* 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 *fair* průběhu losování.

S pojmem „transparentnosti“, ať už ve vztahu k celému zadávacímu řízení nebo ve vztahu k jednotlivým úkonům zadavatele, je jistě třeba zacházet s vysokou mírou opatrnosti. Flexibilita pojmu transparentnosti však předpokládá svůj vývoj právě v závislosti na proměňujících se protizákonných praktikách narušujících hodnoty chráněné právem veřejných zakázek. Podle názoru zdejšího soudu je tedy třeba s ohledem na vývoj technologií, které mohou být k protizákonným praktikám použity, přiměřeně aplikovat a vykládat i zásadu transparentnosti. Jinak řečeno i způsob losování, který by byl před několika lety považován za řádný a férový, a tedy transparentní, nelze za transparentní považovat v době, kdy lze reálně losování prováděné takovým způsobem ovlivňovat. K takovému závěru je třeba dojít tím spíše, pokud je zásada transparentnosti aplikována na akt elektronického losování, který je ze své povahy reálně nepřezkoumatelný.

Pokud tedy žalovaný dopěl k závěru, že k porušení zásady transparentnosti při losování nedošlo, jedná se o závěr nezákonný. Nezákonnost je založena tím, že žalovaný aplikoval § 61 odst. 4 a 5 ZVZ a § 6 ZVZ na zjištěný skutkový stav nesprávně. Právě uvedené vede zdejší soud k závěru o důvodnosti žaloby. Proto zdejší soud napadené rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s.ř.s. zrušil a věc podle § 78 odst. 4 s.ř.s. vrátil žalovanému se závazným právním názorem k dalšímu řízení. K rušení prvostupňového rozhodnutí zdejší soud důvod neshledal, jeho osud bude záviset na postupu a úvaze předsedy žalovaného v dalším průběhu řízení.

V dalším řízení bude tedy žalovaný vycházet především z toho, že z dosud učiněných skutkových zjištění plyne, že losování neproběhlo v souladu se zásadou

transparentnosti podle § 6 ZVZ, což vedlo i k porušení § 61 odst. 4 ZVZ, který ukládá uskutečňovat losování v souladu se zásadami uvedenými v § 6 ZVZ.

#### V. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení účastníků se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalovaný ve věci úspěšným nebyl, a proto mu právo na náhradu nákladů nenáleží. Žalobce byl ve věci úspěšným, a proto mu náleží právo na náhradu nákladů řízení, které důvodně vynaložil, proti žalovanému. Za účelně vynaložené náklady, tedy náklady, které byly v řízení před zdejší soudem žalobcem vynaloženy důvodně, zdejší soud pokládá náklady na zaplacený soudní poplatek ve výši 3 000,- Kč. K zaplacení byla žalovanému stanovena přiměřená lhůta.

Osoba zúčastněná na řízení nemá na náhradu nákladů řízení právo, neboť jí soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jí náklady mohly vzniknout, přitom důvody k náhradě jiných nákladů zdejší soud neshledal (§ 60 odst. 5 s.ř.s.).

#### **P o u č e n í :**

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejblíže následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

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 6.6.2013

JUDr. David Raus, Ph.D., v.r.  
předseda senátu