



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců JUDr. Petra Polácha a Mgr. Petra Šebka v právní věci žalobce: **SDS EXMOST, spol. s r. o.**, se sídlem Brno, Údolní 413/66, zastoupeného JUDr. Václavem Pumprlou, advokátem se sídlem Brno, Příkop 4, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, za účasti: statutární město Přerov, se sídlem Přerov, Bratrská 34, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 21. 7. 2010, č.j. ÚOHS-R53/2010/VZ-10705/2010/310/ASc,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21. 7. 2010, č. j. ÚOHS-R53/2010/VZ-10705/2010/310/ASc, **s e z r u š u j e** a věc **s e v r a c í** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **j e p o v i n e n** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení o žalobě ve výši 7 760,- Kč, a to do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám JUDr. Václava Pumprly, advokáta, se sídlem Brno, Příkop 4.
- III. Osoba zúčastněná na řízení **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce podal ke Krajskému soudu v Brně žalobu proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 21. 7. 2010, č.j. ÚOHS-R53/2010/VZ-10705/2010/310/ASc,

kterým byl zamítnut mj. žalobcův rozklad proti rozhodnutí žalovaného ze dne 8. 4. 2010, č. j. ÚOHS-S305,306/2009/VZ-16120/2009/540/PVé.

I. Podstata věci

Rozhodnutím ze dne 8. 4. 2010, které bylo potvrzeno napadeným rozhodnutím, žalovaný podle § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále též „ZVZ“), zastavil správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (Statutárního města Přerov) veřejné zakázky „Tyršův most v Přerově“ zadávané v užším řízení. Žalovaný totiž dovodil, že argumentace žalobce, kterou zpochybňuje průběh losování, je postavena na pouhých domněnkách, aniž by navrhoval jakékoli důkazy. Žalovaný tedy neshledal žádné pochybení, které by atakovalo transparentnost zákonem dovoleného způsobu omezení počtu zájemců v užším řízení. Vedle notářského zápisu, který byl o losování vyhotoven, byli losování přítomni i zástupci všech zájemců a žádný z nich k průběhu losování ničeho nenamítal.

II. Shrnutí procesních stanovisek účastníků

Žalobce má za to, že napadené rozhodnutí je nezákonné. Podle žalobce nelze dovozovat, že k manipulaci při losování nedošlo, toliko z toho, že z notářského zápisu žádná manipulace nevyplyvá. Výklad žalovaného, který řádný průběh losování dovozuje z notářského zápisu a z toho, že zájemci, kteří byli losování přítomni, manipulaci nenamítali, je účelový a rozporný s § 6 ZVZ.

Žalobce poukazuje na to, že v současné době již nelze objektivně posoudit, zda losování bylo zmanipulované či nikoli. Tato skutečnost však není podle žalobce podstatná. Podstatné jsou okolnosti, za nichž losování proběhlo, a které nenasvědčují transparentnosti postupu a nediskriminaci zájemců. Podle žalobce není třeba manipulaci u losování prokázat, nýbrž k vyslovení porušení § 6 ZVZ je postačující, pokud při losování dojde k situaci, která má i jen teoretický potenciál netransparentního postupu zadavatele.

Žalobce zdůrazňuje, že v daném případě došlo k celé řadě okolností, které manipulaci při losování nasvědčují. Jednak losovací kartičky s čísly zájemců nebyly připraveny k losování v přítomnost zástupců zájemců, ale byly připraveny předem. J. J. Nikdo krom něho tedy nemůže potvrdit, jak k přípravě kartiček došlo a zda nebyly nějakým způsobem upraveny předtím, než byly vloženy do losovací nádoby. Žalobce poukazuje na to, že existují různé technologie a postupy, jimiž lze losování ovlivnit. Jedná se např. o různé druhy papíru použité k výrobě losovacích kartiček (hladší nebo drsnější papír), podchlazení určité kartičky nebo napuštění kartičky roztokem s mikročástičky kovu. Takovéto upravené kartičky přitom vizuálně nejsou odlišitelné od kartiček neupravených. Žalobce dále upozorňuje, že losovací nádoba byla dřevěná a vysoká a losující (slečna M. K., působící mj. jako místopředsedkyně dozorčí rady společnosti Stone Block, a. s., která organizovala mediálně známé losování v Karlových Varech) měla na ruku náramky s přívěšky, u nichž nebylo vyloučeno, že obsahují magnety. Není tedy vyloučeno, že losující vytáhla z nádoby právě takto

napuštěné kartičky pomocí svých magnetických náramků. Tomu nasvědčuje právě i použití dřevěné (tj. neprůhledné a k magnetickým silám netečné) losovací nádoby. Notář ani přítomní zájemci tedy neviděli samotné losování, ale toliko vytahování kartiček z neprůhledné nádoby. Již tato skutečnost je podle žalobce postačující k závěru o netransparentnosti losování.

Žalobce závěrem poukazuje též na ekonomický rozměr zmanipulovaného losování, který spatřuje v tom, že „náhodně“ vylosování zájemci mohou nabídnout předraženou cenu až o desítky procent. Napadené rozhodnutí předsedy žalovaného, jakož i jemu předcházející rozhodnutí prvostupňové žalobce navrhuje zrušit a na svém procesním stanovisku setrval po celou dobu řízení před soudem.

Žalovaný s podanou žalobou nesouhlasí a odkazuje na odůvodnění svého rozhodnutí. Uvedl, že známky netransparentnosti při losování neshledal. Podle žalovaného je netransparentním takový postup, který určitým způsobem vykazuje známky „možné“ manipulace. Žalobcem popsane skutečnosti nic takového podle jeho názoru nevykazují. Žalovaný dodává, že notářský zápis byl pouze jedním z důkazů o průběhu losování a nesouhlasí tedy s tím, že by jeho význam přeceňoval. Žalovaný uzavírá s tím, že je s pojmem transparentnosti třeba zacházet s vysokou mírou opatrnosti, neboť s ohledem na množství technologických postupů by mohlo docházet ke zneužívání tohoto pojmu a jako netransparentní by mohlo být označeno jakékoli losování. Na svém procesním stanovisku setrval po celou dobu řízení před soudem.

III. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní – dále též „s.ř.s.“), osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), přitom jde o žalobu přípustnou (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Soud napadené rozhodnutí přezkoumal v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) a shledal, že žaloba je důvodná. Rozhodoval přitom bez jednání za podmínek § 51 odst. 1 s.ř.s.

Žalobce předně namítá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí.

Jak vyplynulo ze správního spisu, v rámci zadání veřejné zakázky „Tyršův most v Přerově“ došlo k omezení počtu zájemců losováním. Losování se účastnili zástupci devíti ze čtrnácti zájemců (za žalobce se účastnil P. K.) a o průběhu losování byl vyhotoven notářský zápis, z něhož vyplynulo, že pracovník společnosti Allowance s. r. o. J. J. předem připravil kartičky s číselnými označeními 1-14 tak, jak byli zájemci uvedeni v seznamu doručených a přijatých žádostí. Další pracovnice zmíněné společnosti M. K. ukázala přítomným prázdné osudí, kam J. J. postupně podle pořadového čísla vkládal přeložené kartičky s číselným označením jednotlivých zájemců. Po vložení všech kartiček do osudí M. K. promíchala osudí a poté postupně vylosovala pět zájemců.

Žalobce podal návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, kde poukazoval na netransparentnost losování, která podle jeho názoru plyne ze skutečností, jež podrobně zmiňuje i v žalobě (tj. náramky na rukou losujících, úzká neprůhledná dřevěná losovací nádoba a příprava losovacích kartiček před aktem losování, osoba losujících, která je účastna v nechvalně známé společnosti Stone Block a. s.). Obdobnou argumentaci žalobce zopakoval v podaném rozkladu, kde upozornil také na to, že žalovaný přecenil přítomnost notáře u losování.

Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí uvedl k průběhu losování, že provedení výběru losem je jedním z možných způsobů omezení počtu zájemců v užším řízení za předpokladu dodržení všech zásad transparentnosti a nediskriminace zájemců. Vzhledem k tomu, že z notářského zápisu o průběhu losování není zřejmá jakákoliv manipulace se slosovatelnými kartičkami, a ani žalobce ji na základě svých důkazů neprokázal, neshledal žalovaný v postupu zadavatele při losování porušení ZVZ.

Předseda žalovaného se v napadeném rozhodnutí ztotožnil s názorem žalovaného, že v daném případě nebyly shledány žádné skutečnosti, které by nasvědčovaly netransparentnímu průběhu losování. V daném případě nebylo žádné pochybení ze získaných podkladů zjištěno a nebyly taktéž získány žádné pochybnosti o možné manipulaci s osudím. Předseda žalovaného vyšel především z vyhotoveného notářského zápisu, z něhož nevyplývá jakékoliv nezákonné jednání v postupu zadavatele, které by mělo na průběh losování vliv. Předseda žalovaného souhlasil se žalobcem v tom, že notářský zápis a přítomnost notáře „nezaručuje transparentní průběh losování, neboť v notářském zápisu je pouze zaznamenán samotný průběh bez toho, aby notář do průběhu losování jakýmkoliv způsobem zasahoval. Na druhou stranu je však povinností notáře vyhotovit tento zápis tak, aby v něm byly zachyceny veškeré rozhodné skutečnosti, aby tento zápis mohl být podkladem pro další jednání a případný přezkum osvědčovaných skutkových dějů. V daném případě ze zachyceného průběhu losování nebylo shledáno, že by provedení losování nenaplněovalo zákonné požadavky z hlediska transparentnosti, a z hlediska navrhovatelem namítaných možností manipulace nebyly taktéž shledány žádné důvodné pochybnosti, které by o navrhovatelem uváděných možných porušeních zákona svědčily“. Předseda žalovaného poukázal též na to, že žalobce na podporu svých tvrzení nemá žádné důkazy, a že průběhu losování byli přítomni zástupci všech zájemců, přičemž žádný z nich (a to ani zástupce žalobce) k průběhu losování nic nenamítal. Předseda žalovaného uzavřel, že se všemi žalobcem namítanými skutečnostmi zabýval, přičemž neshledal žádné možné pochybení.

Žalobce považuje napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné, neboť pomíjí jím namítané skutečnosti, které podle žalobcova názoru netransparentnost losování dokládají.

Jak již uvedl Vrchní soud v Praze ve svém rozsudku ze dne 26. 2. 1993, č. j. 6 A 48/92-23, in Soudní judikatura ve věcech správních č. 27/2000, z odůvodnění rozhodnutí musí být seznatelné, proč správní orgán považuje námitky účastníka za liché, mylné nebo vyvrácené, které skutečnosti vzal za podklad svého rozhodnutí, proč

považuje skutečnosti předestírané účastníkem za nerozhodné, nesprávné, nebo jinými řádně provedenými důkazy vyvrácené, podle které právní normy rozhodl a jakými úvahami se řídil při hodnocení důkazů.

Obdobně judikoval i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 23. 7. 2008, č. j. 3 As 51/2007-84, publikovaném ve Sb. NSS pod č. 1282/2007: „*Nevypořádá-li se správní orgán v rozhodnutí o opravném prostředku se všemi námitkami, které v něm byly uplatněny, způsobuje to nepřezkoumatelnost rozhodnutí zpravidla spočívající v nedostatku jeho důvodů [§ 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s.]*“.

Jak vyplynulo z obou rozhodnutí (prvostupňového i druhostupňového), tak v žádném z nich se žalovaný výslovně nezabýval konkrétními žalobcovými tvrzeními, z nichž dovozoval netransparentnost losování (tj. náramky na rukou losující, úzká neprůhledná dřevěná losovací nádoba a příprava losovacích kartiček před aktem losování, osoba losující, která je účastna v nechvalně známé společnosti Stone Block a. s.). Tato skutečnost však v daném případě nezpůsobuje nepřezkoumatelnost napadených rozhodnutí, neboť žalovaný i jeho předseda dovozovali transparentnost losování z existence notářského zápisu, dále z toho, že losování byli přítomni zástupci zájemců, a z toho, že žalobce nenavrhuje žádné důkazy, jimiž by svoje tvrzení o netransparentnosti losování dokládal. Za tohoto stavu, kdy je z odůvodnění správních rozhodnutí jednoznačně zřejmé, jak o námitce netransparentnosti losování žalovaný a jeho předseda rozhodli i z jakého důvodu, nebylo nezbytně třeba, aby se vypořádávali s jednotlivými dílčími žalobcovými tvrzeními. Na závěru, o nějž žalovaný i jeho předseda transparentnost losování opírali, totiž zmíněná žalobcova tvrzení nemohla ničeho změnit. Jinak řečeno žalovaný i jeho předseda postavili závěr o transparentnosti losování na existenci notářského zápisu a přítomnosti zástupců zájemců, kteří ničeho proti losování nenamítali, a na neexistenci důkazů, které by netransparentnost prokazovaly. Žalobcem tvrzené indicie tak žalovaného nemohly jakkoli přesvědčit. Tato skutečnost přitom plyne z celkového odůvodnění této námítky, k níž předseda žalovaného uzavírá, že „*z hlediska navrhovatelem namítaných možností manipulace nebyly taktéž shledány žádné důvodné pochybnosti, které by o navrhovatelem uváděných možných porušeníh zákona svědčily*“. Jistě by bylo vhodnější, aby se žalovaný explicitně vyslovil ke všem žalobcem uvedeným tvrzením, nicméně pokud tak v daném případě neučinil, na přezkoumatelnost jeho závěrů to nemá žádný vliv. Přestože se tedy žalovaný ani jeho předseda výslovně nevyjádřili k některým žalobcovým dílčím námitkám, vyjádřeným na podporu jeho tvrzení o netransparentnosti losování, nezatížili svoje rozhodnutí nepřezkoumatelností.

Žalobce dále namítal nesprávné právní posouzení otázky netransparentnosti losování. Tuto námitku soud shledal důvodnou.

Podle § 61 odst. 1 ZVZ 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.

Podle odst. 2 tohoto ustanovení musí být objektivní kritéria pro výběr podle odstavce 1 stanovena s ohledem na povahu, rozsah a složitost předmětu plnění veřejné zakázky, v souladu se zásadami uvedenými v § 6 a musí odpovídat některému nebo některým z ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů nebo technických kvalifikačních předpokladů pro plnění veřejné zakázky, jejichž prokázání veřejný zadavatel požadoval.

Podle odst. 3 citovaného ustanovení výběr podle objektivních kritérií podle odstavce 2 provede veřejný zadavatel tak, že stanoví pořadí zájemců, kteří prokázali splnění kvalifikace, podle míry naplnění úrovně příslušného kritéria a následně vybere ty zájemce, kteří nejlépe splnili příslušné kritérium. Pokud zájemci prokázali splnění kvalifikace zcela shodně či pokud nelze stanovit objektivně pořadí kvalifikovaných zájemců podle tohoto odstavce, provede veřejný zadavatel náhodný výběr losem.

Ustanovení § 61 odst. 4 ZVZ uvádí, že objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle odstavce 1 může být rovněž náhodný výběr provedený losem, popřípadě kombinace objektivních kritérií podle odstavce 2 a náhodného výběru losem. Losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6. Účastnit se losování mají právo zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozuměn nejméně 5 dnů před losováním.

Z uvedeného plyne, že ZVZ omezení počtu zájemců losem blíže neupravoval. Toliko stanovil povinnost, aby bylo losování provedeno v souladu se zásadami uvedenými v § 6 (tj. zásadou transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace) a aby se losování mohli účastnit zájemci, kterých se výběr losem týká. Minimální standard řádného průběhu losování je tedy dán neexistencí objektivních pochybností o transparentnosti jeho průběhu a možností účasti všech zájemců, resp. jejich zástupců u losování.

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 pak soud chápe takový postup, který nevzbuzuje pochybnosti o tom, že zadavatel jedná regulérně. Naopak, jak již zdejší soud uvedl například ve svém rozhodnutí 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.*“

Právě uvedený závěr zdejšího soudu přitom potvrdil i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 15. 9. 2010, sp. zn. 1 Afs 45/2010, publikovaném ve Sb. NSS pod č. 2189/2011 (ve věci tzv. karlovarské losovačky), na nějž žalovaný odkazuje. 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, Aleš Čeněk, 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. Zákonodárce užitím neurčitých pojmů dává orgánu aplikujícímu právní předpis prostor, aby posoudil, zda konkrétní situace patří do rozsahu neurčitého pojmu či nikoli.

Postup zadavatele, který v daném případě stanovil, že omezení zájemců bude provedeno losem, nebyl v rozporu se ZVZ, neboť řádně oznámil, jakým způsobem dojde k omezení počtu zájemců, a rovněž označený způsob odpovídal základním zásadám zadávacího řízení. Losování, které je prováděno řádně a způsobem vylučujícím jakékoli pochybnosti, je totiž jistě dostatečně nediskriminační i transparentní. Zajištění toho, aby veškeré kroky prováděné v zadávacím řízení (a tedy i losování) nepůsobily netransparentně, je přitom vždy na zadavateli příslušné veřejné zakázky. Ten tak 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 zadavatel této povinnosti nedostál. Pohlíží-li totiž soud na žalobcem zmíněné skutečnosti, které losování provázely (tj. příprava losovacích kartiček před aktem losování, náramky na rukou losující a vysoká neprůhledná dřevěná losovací nádoba), pohledem zásady transparentnosti, jak je vymezena výše, dospívá ke shodnému závěru jako žalobce. I soud má totiž za to, že kombinace žalobcem zmíněných skutečností, které provázely losování, způsobuje porušení zásady transparentnosti. Přestože se závěry, které žalobce z těchto skutečností dovozuje,

pohybují na úrovni nijak neprokázaných domněnek, nemění to nic na tom, že kombinace žalobcem zmíněných okolností je podle zdejšího soudu právě takovým prvkem, který průběh losování činí nekontrolovatelným a nečitelným, a způsobuje tak porušení zásady transparentnosti. Pokud totiž v daném případě byly losovacích kartičky připravovány mimo jakoukoli kontrolu notáře či zástupců zájemců, nebyla vyloučena možnost kartičky upravit způsobem, na nějž poukazuje žalobce. Jestliže pak ve spojení s touto skutečností probíhalo losování z neprůhledné vysoké dřevěné (k magnetickým silám netečné nádoby) a losující měla na ruku kovové náramky (tyto skutečnosti žalovaný nijak nezpochybnil a soud je tak považuje mezi účastníky za nesporné), může celkový průběh losování skutečně navozovat dojem, že losování neprobíhá řádně a férově. Soud totiž souhlasí se žalobcem, že reálná možnost, že nebylo losováno, nýbrž že byly z nádoby vytahovány prostřednictvím magnetů na náramcích losující osoby kartičky, jež byly předem napuštěny kovovým roztokem, nemůže být zcela vyloučena. Není podstatné, zda tomu tak bylo či nikoli, ale právě taková pochybnost o řádnosti a férovosti losování, která vyvstane na základě určitých indicií, je podle soudu zdejšího (ale i podle shora citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu) postačující k závěru o porušení zásady transparentnosti. Není tedy podstatné, zda k ovlivňování losování došlo, podstatné je, že existuje reálná možnost, že k určitému ovlivňování dojít mohlo, a že tedy vyvstala pochybnost o řádnosti a férovosti losování. Soud k tomu podotýká, že pokud žalobce umocnění této pochybnosti shledává i v osobě losující, která je podle jeho názoru navázána na společnost, jež prováděla již zmíněnou „karlovarskou losovačku“, jedná se o závěr, kterému soud rozumí a který se jeví nanejvýš přiléhavým, nicméně takový závěr soud do své argumentace vtělit nemůže.

Podle soudu přitom nic nebránilo tomu, aby byly losovací kartičky připravovány až bezprostředně před losováním a v přítomnosti notáře a zástupců zájemců a nikoli předem bez jakékoli kontroly. Taková příprava spočívající v náhodném rozmíchání kartiček na stole a jejich následném očíslování totiž jistě nezabere více než několik minut času. Soud má přitom za to, že nic nebránilo ani tomu, aby si losující osoba, ve snaze zajistit řádný průběh losování a vyloučit jakékoli pochybnosti o jeho řádnosti, před losováním náramky sundala (obdobně jako se losující osoba obléká do oděvu s krátkými rukávy) a ani tomu, aby bylo případně losováno z průhledné losovací nádoby. Možným námitkám, že by průběh losování mohla losující osoba ovlivnit pohledem do průhledné nádoby, lze předejít tím, že nebudou losovací kartičky toliko přeloženy, ale budou vloženy do neprůhledných obálek či schránek (např. obecně známých obalů z „kindervajíček“). Soudu je přitom známo, že takový způsob losování v určitých případech probíhá, aniž by kdokoli jeho řádnost a férovost zpochybnil.

V daném případě tedy soud shledal způsob losování rozporným se zásadou transparentnosti, neboť kombinace přípravy losovacích kartiček bez jakékoli kontroly spolu s kovovými náramky s přívěšky na ruku losující osoby a s dřevěnou neprůhlednou vysokou losovací nádobou způsobuje nečitelnost a nekontrolovatelnost průběhu losování a může tak navodit pochyby o řádnosti a férovosti tohoto losování.

Ve vztahu ke shledanému porušení zásady transparentnosti přitom není podstatné, že o průběhu losování byl vyhotoven notářský zápis, neboť shora zmíněné pochybnosti tento zápis nijak nevyvrací. Ani přítomnost notáře nezaručí vždy transparentnost losování. Rovněž v daném případě nemůže závěr o porušení zásady transparentnosti zvrátit ani skutečnost, že se losování zúčastnili zástupci zájemců, a že tito proti způsobu losování nijak nebrojili. Skutečnost, že si okolnosti způsobující porušení zásady transparentnosti zástupci zájemců neuvědomili, event. že je zadavateli nevytkli (žalobce přímo u losování a ostatní přítomní zástupci vůbec), totiž nemá na shora popsany závěr o porušení této zásady žádný vliv.

Namítá-li žalovaný, že s pojmem transparentnosti je třeba zacházet s vysokou mírou opatrnosti, neboť s ohledem na množství technologických postupů by mohlo docházet ke zneužívání tohoto pojmu a jako netransparentní by mohlo být označeno jakékoli losování, nemůže s ním zdejší soud souhlasit. Jak již uvedl Nejvyšší správní soud ve shora citovaném rozsudku ve věci tzv. karlovarské losovačky, flexibilita pojmu transparentnosti 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 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 losování, který je ze své povahy nepřezkoumatelný.

Pokud tedy žalovaný dopěl k závěru, že k porušení zásady transparentnosti při losování nedošlo, jedná se o závěr nezákonný.

IV. Závěr

Ze shora uvedených důvodů soud shledal žalobu důvodnou, a proto napadené rozhodnutí jako nezákonné zrušil podle § 78 odst. 1 s. ř. s. a podle § 78 odst. 4 s. ř. s. vyslovil, že věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení. V něm je žalovaný vázán právním názorem zdejšího soudu vysloveným v tomto rozhodnutí (§ 78 odst. 5 s. ř. s.). Žalovaný nechť znovu posoudí žalobcův návrh v souladu se shora uvedeným závěrem soudu o tom, že způsobem, jakým losování v dané věci probíhalo, došlo k porušení zásady transparentnosti.

Otázku nezbytnosti zrušení prvostupňového rozhodnutí ponechává zdejší soud na úvaze předsedy žalovaného.

V. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení o žalobě se opírá o § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalobce byl ve věci úspěšným, a proto mu přísluší náhrada nákladů řízení proti neúspěšnému žalovanému. Z obsahu soudního spisu vyplývá, že žalobci vznikly náklady ve výši 2000 Kč za zaplacený soudní poplatek. Dále náklady právního zastoupení spočívající v odměně advokáta za dva úkony právní služby, které si žalobce vyúčtoval, po 2 100

Kč společně se dvěma režijními paušály po 300 Kč – převzetí a příprava zastoupení, a žaloba, tedy 4800 Kč. To vše podle § 7, § 9 odst. 3 písm. f), § 11 odst. 1 písm. a) a d) § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytnutí právních služeb (advokátní tarif). Vzhledem k tomu, že zástupce žalobce je plátcem DPH, byla zmíněná částka navýšena o částku odpovídající DPH podle § 57 odst. 2 s. ř. s. Celkem se tedy jedná o částku 7 760 Kč, kterou je žalovaný povinen zaplatit k rukám zástupce žalobce ve stanovené lhůtě.

Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení, neboť jí soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s níž by jí náklady řízení vznikly (§ 60 odst. 5 s. ř. s.).

P o u ě 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.

Soudní poplatek za kasační stížnost vybírá Nejvyšší správní soud. Variabilní symbol pro zaplacení soudního poplatku na účet Nejvyššího správního soudu lze získat na jeho internetových stránkách: www.nssoud.cz.

V Brně dne 15.2.2012

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

Za správnost vyhotovení: Lucie Gazdová