



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců JUDr. Jany Kubenové a Mgr. Petra Šebka v právní věci žalobce: **Povodí Labe, státní podnik**, se sídlem Hradec Králové 3, Víta Nejedlého 951, zastoupeného Mgr. Jakubem Joskou, advokátem Vyroubal Krajhanzl Školout, advokátní kancelář, s. r. o. se sídlem Praha 1, Na Příkopě 859/22, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 10. 7. 2009, č. j. ÚOHS-R30/2009/VZ-7646/2009/310/JHr,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 10. 7. 2009, č. j. ÚOHS-R30/2009/VZ-7646/2009/310/JHr, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení o žalobě ve výši 10 640,- Kč, a to do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám Mgr. Jakuba Josky, advokáta se sídlem Praha 1, Na Příkopě 859/22.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce se žalobou podanou včas domáhá zrušení shora uvedeného rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 10. 7. 2009, č. j. ÚOHS-R30/2009/VZ-7646/2009/310/JHr, jakož i jemu předcházejícího rozhodnutí Úřadu pro

ochranu hospodářské soutěže (žalovaného) ze dne 18. 2. 2009, č. j. ÚOHS-S329/2008/VZ-1073/2009/510/MOn.

I. Podstata věci

Rozhodnutím ze dne 10. 7. 2009 předseda žalovaného zamítl rozklad proti rozhodnutí žalovaného ze dne 18. 2. 2009, kterým žalovaný rozhodl, že žalobce jako zadavatel veřejné zakázky „VD Lysá nad Labem, rekonstrukce zdí plavební komory“ spáchal správní delikt podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách (dále též „ZVZ“), tím, že uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, přestože nedodržel postup stanovený v § 25 odst. 1 ZVZ, neboť výběr zájemců při omezení jejich počtu losem nebyl transparentní, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek. Za spáchání tohoto deliktu žalovaný uložil žalobci pokutu ve výši 100 000,-Kč.

II. Shrnutí procesních stanovisek účastníků

Žalobce předně namítá, že žalovaný neměl pravomoc zahájit řízení o přezkoumání úkonu žalobce, neboť uplynula tříletá lhůta podle § 96 odst. 1 ZVZ. K provedení omezení počtu zájemců došlo 11. 5. 2005 a žalovaný tak mohl zahájit řízení nejpozději do 11. 5. 2008. Řízení zahájené až 15. 12. 2008 je zahájeno po uplynutí zákonem stanovené prekluzivní doby. Žalovaný uváděl, že nezahájil řízení o přezkoumání úkonu zadavatele, ale řízení ve věci podezření ze spáchání správního deliktu, resp. uložení pokuty, k jehož zahájení je v § 105 odst. 3 ZVZ stanovena lhůta pětiletá, která je speciální. Žalobce s ním nesouhlasí a naopak má za to, že zahájení řízení o přezkoumání úkonu zadavatele je nezbytným předpokladem zahájení řízení o pokutě, neboť bez tohoto řízení nelze přistoupit k uložení pokuty. Žalobce má za to, že ZVZ neumožňuje zahájit řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) ZVZ, jak učinil žalovaný v daném případě. ZVZ umožňuje buď zahájit řízení o přezkoumání úkonů zadavatele nebo řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání. Žalobce poukazuje na § 101 odst. 2 a 3 ZVZ, který potvrzuje, že žalovaný může zahájit řízení jen ve lhůtě tří let od porušení, neboť zmíněná ustanovení hovoří o tom, že součástí rozhodnutí v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je i uložení sankce. ZVZ nikde neupravuje zahájení řízení o uložení sankce samostatně. Podpůrně poukazuje žalobce na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 6. 2009, č. j. 9 Afs 80/2008-352, které se sice týká předchozího zákona č. 199/1994, o zadávání veřejných zakázek, nicméně závěry v něm obsažené jsou použitelné i na danou situaci podle ZVZ.

Podle žalobce žalovaný překročil svoji pravomoc a jeho rozhodnutí tedy nesou znaky nicotnosti správního aktu (k tomu poukazuje na Hendrych D. a kol. Správní právo obecná část, 5. rozšířené vydání, Praha, C. H. Beck 2003, s. 136), neboť pro rozhodnutí o uložení pokuty chybí právní podklad.

Dále žalobce namítá, že ZVZ způsob a formu výběru zájemců ani průběh losování blíže neupravoval a neukládal tak přítomnost notáře, zájemců ani jiný způsob

veřejné kontroly. ZVZ tedy ponechával provádění losování na zadavateli. Pokud by zákonodárce považoval účast veřejnosti (případně notáře) na losování za nezbytnou, nepochybně by tento požadavek vtělil do ZVZ, stejně jako tomu je např. v případě zákona č. 202/1990 Sb., o loteriích. Povinnost účasti veřejnosti neukládají podle žalobce ani předpisy EU. Žalobce má za to, že transparentnost losování zajistil i způsobem, který zvolil, tj. že informaci o losování zveřejnil, losování provedla komise pro posouzení a hodnocení nabídek, složená ze třech členů z různých organizačních složek žalobce, kteří učinili prohlášení o své nepodjatosti, popis losování byl zachycen v záznamu o posouzení a hodnocení nabídek, který byl řádně podepsán všemi členy komise, a žalobce výsledek losování odmítnutým zájemcům řádně oznámil. Žalobce zdůraznil, že regulérnost členů komise nebyla v daném případě nikým zpochybněna a že zápis komise o losování je srovnatelný s případným notářským zápisem. Upozornil dále na tzv. karlovarskou losovačku, která byla shledána netransparentní, přestože byl losování přítomen notář, a také na to, že žalovaný ve svém stanovisku, které se týkalo losování, uveřejněném na webových stránkách, nekonkretizoval požadavky na losování v tom smyslu, že by měl být losování přítomen notář či všichni zájemci.

Žalobce závěrem uvedl, že i kdyby soud shledal, že jeho jednáním došlo k naplnění skutkové podstaty správního deliktu, není za tento delikt odpovědný, neboť vynaložil veškeré úsilí, které na něm bylo možné požadovat, aby porušení ZVZ zabránil. Proto navrhuje, aby soud rozhodnutí předsedy žalovaného, jakož i rozhodnutí vydané v prvním stupni správního řízení, zrušil a přiznal mu náhradu nákladů řízení.

Žalovaný s podanou žalobou nesouhlasí. Na svých názorech obsažených v napadených rozhodnutích setrval a na odůvodnění těchto rozhodnutí odkázal. Zdůraznil, že § 105 odst. 3 ZVZ je vůči § 96 odst. 1 ZVZ ustanovením speciálním a byl tedy oprávněn správní řízení zahájit. Navrhl žalobu zamítnout a na svém procesním stanovisku setrval po celou dobu řízení před soudem.

Žalobce podal dne 2. 4. 2010 doplnění žaloby, kde uvedl, že se předseda žalovaného nedostatečně vypořádal s jeho námitkou týkající se vztahu mezi § 96 odst. 1 a § 105 odst. 3 ZVZ a jeho rozhodnutí je tak nepřezkoumatelné. Dále zde žalobce rozvedl argumentaci na podporu svého tvrzení, že lhůta zakotvená v § 96 odst. 1 ZVZ je speciální lhůta, která měla být v daném případě dodržena.

Další doplnění žaloby podal žalobce dne 16. 7. 2010; zde poukázal na to, že kontrolu způsobu zadání dané veřejné zakázky provedli zaměstnanci Ministerstva dopravy a jím pověřené společnosti Direkt Group s. r. o., jakož i Nejvyšší kontrolní úřad, aniž by bylo shledáno jakékoli závažnější pochybení. Zdůraznil dále, že povinnost účasti veřejnosti při omezování počtu zájemců v užším řízení neukládají ani předpisy EU ani rozhodnutí Soudního dvora.

K vyjádření žalovaného podal poté žalobce repliku, v níž zopakoval svoje závěry obsažené v žalobě a doplněních a na tato podání odkázal. 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 k tomu 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.

Pokud jde o namítanou nepřezkoumatelnost rozhodnutí předsedy žalovaného, tak touto námitkou se zdejší soud zabývat nemohl, neboť ji žalobce poprvé uplatnil až v doplnění žaloby dne 2. 4. 2010. K rozšíření žaloby o další žalobní body přitom může dojít pouze ve lhůtě pro podání žaloby, která činí dva měsíce ode dne doručení písemného vyhotovení napadeného správního rozhodnutí (§ 71 odst. 2 a § 72 odst. 1 s. ř. s.). V daném případě bylo napadené rozhodnutí doručeno žalobci prostřednictvím jeho zástupce dne 10. 8. 2009. Doplnění žaloby obsahující tuto námitku podané dne 2. 4. 2010 tak bylo podáno téměř půl roku po uplynutí dvouměsíční lhůty. Soud rovněž podotýká, že k závěru o nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, jak žalobce namítá, nedospěl ani při přezkumu tohoto rozhodnutí na základě žalobních bodů.

Soud se dále zabýval tím, zda žalovaný zahájil správní řízení ve lhůtě podle ZVZ. Žalovaný má za to, že postupoval v souladu se ZVZ, neboť zahájil řízení „ve věci možného spáchání správního deliktu“ a na toto řízení se použije lhůta stanovená v § 105 odst. 3 ZVZ, který je podle žalovaného speciálním ustanovením vůči § 96 odst. 1 ZVZ. Naopak žalobce má za to, že se jedná o ustanovení komplementární, případně že speciálním ustanovením je § 96 odst. 1 ZVZ.

Při posuzování této otázky vyšel soud ze systematiky ZVZ a znění příslušných ustanovení. Část osmá ZVZ nazvaná „Dohled nad zadáváním veřejných zakázek“ je rozdělena do pěti hlav: hlava I. „Výkon dohledu nad zadáváním veřejných zakázek“ (§ 94), hlava II. „Smírčí řízení a řízení o přezkoumání úkonů zadavatele“ (§ 95 - § 100), hlava III. „Rozhodnutí orgánu dohledu“ (§ 101), hlava IV. „Správní delikty“ (§ 102 - § 105) a hlava V. „Společná ustanovení o výkonu dohledu“ (§ 106 - § 108).

Podle § 96 odst. 1 ZVZ se řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahajuje na písemný návrh stěžovatele nebo z vlastního podnětu orgánu dohledu. Řízení z vlastního podnětu může orgán dohledu zahájit do 3 let ode dne, kdy úkonem zadavatele došlo k porušení tohoto zákona.

Podle § 105 ZVZ nazvaného „Společná ustanovení ke správním deliktům“ lze řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání zahájit do 5 let ode dne, kdy bylo spácháno (odst. 3 tohoto ustanovení).

Podle § 101 odst. 1 ZVZ shledá-li orgán dohledu před uzavřením smlouvy, že zadavatel úkonem učiněným při zadávání veřejné zakázky nesplnil povinnost nebo porušil zákaz stanovený tímto zákonem, uvede tuto skutečnost písemně v rozhodnutí.

Současně zadavateli uloží opatření k nápravě, zejména zrušení rozhodnutí zadavatele o přidělení zakázky, jestliže takový úkon podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. Odst. 2 stanoví, že jestliže orgán dohledu shledá po uzavření smlouvy, že zadavatel úkonem učiněným při zadávání veřejné zakázky nesplnil povinnost nebo porušil zákaz stanovený tímto zákonem a tento úkon zadavatele podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, může orgán dohledu písemným rozhodnutím vyslovit zákaz plnění této smlouvy a ve společném řízení uložit zadavateli pokutu za správní delikt podle § 102 ZVZ. Podle odst. 3 tohoto ustanovení je součástí rozhodnutí orgánu dohledu podle odstavců 1 a 2 uložení sankce podle § 102 ZVZ.

Podle § 102 odst. 1 ZVZ se právnická nebo fyzická osoba, která je zadavatelem, dopustí správního deliktu tím, že

- a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek,
- b) uzavře smlouvu (§ 65 a 66 ZVZ) s uchazečem vybraným postupem podle písm. a),
- c) zruší zadávací řízení, aniž si tuto možnost vyhradil v oznámení zadávacího řízení (§ 68 ZVZ),
- d) neuchová dokumentaci o zadání veřejné zakázky (§ 71 ZVZ),
- e) nesplní povinnosti o uveřejňování údajů a informací o veřejných zakázkách (§ 84 ZVZ).

Ze spisu k tomu vyplynulo, že žalovaný zahájil z moci úřední oznámením doručeným žalobci dne 15. 12. 2008 správní řízení „ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) ZVZ“ žalobcem při omezování počtu zájemců o účast při zadávání předmětné veřejné zakázky v užším řízení podle § 25 odst. 2 písm. b) ZVZ. Následně žalovaný rozhodl, že žalobce spáchal správní delikt podle § 102 odst. 1 písm. b) ZVZ tím, že uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, přestože nedodržel postup stanovený § 25 odst. 1 ZVZ, neboť výběr zájemců při omezení jejich počtu losem nebyl transparentní, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek. Samotné losování přitom proběhlo dne 11. 5. 2005. Od provedení losování, které bylo žalovaným považováno za protiprávní jednání, do zahájení řízení tedy uplynuly více než 3 roky a 7 měsíců.

Pokud by tedy měl pravdu žalobce, žalovaný by předmětné řízení zahájil skutečně po uplynutí tříleté lhůty zakotvené v § 96 odst. 1 ZVZ, což podle ZVZ není přípustné. Naopak, pokud by byl správný názor žalovaného, bylo by řízení zahájeno v pětileté lhůtě v souladu s § 105 odst. 3 ZVZ. Soud proto posuzoval vztah obou zmíněných ustanovení ZVZ. Dospěl přitom k závěru, že § 96 odst. 1 ZVZ je ve vztahu ke stanovení lhůty k zahájení řízení o uložení pokuty zadavateli za porušení ZVZ při zadávání veřejné zakázky ustanovením speciálním vůči obecnému ustanovení § 105 odst. 3 ZVZ.

Ustanovení § 96 odst. 1 ZVZ stanoví tříletou lhůtu pro zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z vlastního podnětu orgánu dohledu. Týká se tak přezkoumání úkonů (a tedy i protiprávního jednání) uskutečněných pouze

zadavatelem. Zatímco § 105 odst. 3 ZVZ stanoví pětiletou lhůtu pro zahájení řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání a týká se tak potenciálního protiprávního jednání nejen zadavatelů, ale všech osob participujících na zadávacím řízení. Ustanovení § 105 odst. 3 ZVZ tedy stanoví obecnou lhůtu pro zahájení řízení o uložení pokuty za každé jednání v rozporu se ZVZ. Tato lhůta se tak vztahuje zásadně ke všem řízením o uložení pokuty za protiprávní jednání podle ZVZ, pokud není stanoveno jinak. ZVZ přitom rozeznává několik typů takovýchto řízení. Předně to může být řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 96 a násl. ZVZ, dále řízení o protiprávních jednání dodavatelů ve smyslu § 103 ZVZ a potom také řízení o pořádkových opatřeních podle § 104 ZVZ. Na naposled dva uvedené typy se pětiletá lhůta pro zahájení řízení zakotvená v § 105 odst. 3 ZVZ nepochybně vztahuje, neboť ve vztahu k nim ZVZ žádnou speciální lhůtu neobsahuje. Jinak tomu ale je ve vztahu k řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 96 a násl. ZVZ, který v odst. 1 zmíněného ustanovení v případě těchto řízení jednoznačně stanoví, že řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z vlastního podnětu může orgán dohledu zahájit toliko do 3 let ode dne, kdy úkonem zadavatele došlo k porušení ZVZ. Soud se zde plně ztotožňuje se žalobcem v tom, že právě § 96 odst. 1 ZVZ je ustanovením speciálním, které v případě těchto řízení stanoví pro zahájení řízení odlišnou lhůtu od lhůty obecné zakotvené v § 105 odst. 3 ZVZ.

Soud přitom nesouhlasí se žalovaným, že by bylo možné v souladu se ZVZ vést řízení toliko o správním deliktu zadavatele podle § 102 ZVZ, pro něž by se lhůta zakotvená v § 96 odst. 1 ZVZ neuplatnila. Naopak ve shodě se žalobcem má za to, že řízení o správních deliktech zadavatelů podle § 102 ZVZ jsou nerozlučně spjata právě s řízeními o přezkoumání úkonů zadavatelů. Tento závěr jednoznačně plyne z § 101 odst. 3 ZVZ, který stanoví, že součástí rozhodnutí orgánu dohledu podle § 101 odst. 1 a 2 ZVZ (tj. rozhodnutí, jímž žalovaný shledal, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky porušil ZVZ) je uložení sankce podle § 102 ZVZ. Z toho tedy plyne, že o sankci podle § 102 ZVZ není vedeno žádné samostatné řízení, ale že je tato sankce ukládána přímo v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a je jedním z jeho možných výsledků.

Jestliže tedy žalovaný v daném případě zahájil řízení o správním deliktu žalobce jakožto zadavatele, který shledal v tom, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 25 odst. 1 ZVZ, neboť výběr zájemců při omezení jejich počtu losováním nebyl transparentní (delikt tedy byl spatřován v úkonu zadavatele), zahájil *de facto* řízení o přezkoumání tohoto úkonu zadavatele. Byl tedy povinen takové řízení zahájit ve lhůtě podle § 96 odst. 1 ZVZ. Opačný závěr, a tedy že bylo zahájeno toliko řízení o správním deliktu, resp. pokutě za něj, by byl obcházením zákona, konkrétně § 96 odst. 1 ZVZ. Tento zákon (ZVZ) totiž neumožňoval samotné zahájení řízení o správním deliktu zadavatele. Soud tak přisvědčil žalobci, že žalovaný nebyl oprávněn dané řízení zahájit, neboť pro jeho zahájení již marně uplynula lhůta zakotvená v ZVZ. Žalovaný tedy nemohl postup žalobce jakožto zadavatele přezkoumat, ani mu za případné porušení při zadávání veřejné zakázky uložit pokutu. Pokud tak učinil, postupoval v rozporu se zákonem (ZVZ).

Soud nyní musel zvážit, zda je napadené rozhodnutí, které bylo vydáno v řízení, jež žalovaný zahájil po uplynutí lhůty, v níž mohl dané řízení zahájit, rozhodnutím nicotným, jak se domnívá žalobce. Kdy je správní rozhodnutí nicotné, stanoví zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, a to v § 77. Podle odst. 1 tohoto ustanovení je nicotným takové rozhodnutí, k jehož vydání nebyl správní orgán vůbec věcně příslušný; to neplatí, pokud je vydal správní orgán nadřízený věcně příslušnému správnímu orgánu. Nicotnost z tohoto důvodu zjišťuje a rozhodnutím prohlašuje správní orgán nadřízený správnímu orgánu, který nicotné rozhodnutí vydal. Podle odst. 2 je nicotným dále rozhodnutí, které trpí vadami, jež je činí zjevně vnitřně rozporným nebo právně či fakticky neuskutečnitelným, anebo jinými vadami, pro něž je nelze vůbec považovat za rozhodnutí správního orgánu. Nicotnost z těchto důvodů vyslovuje soud podle soudního řádu správního.

Daná situace podle názoru soudu není případem zakotveným v § 77 odst. 1 ZVZ, neboť ve věci rozhodoval správní orgán věcně příslušný (žalovaný), který však při zahájení řízení porušil § 96 odst. 1 ZVZ a zahájil řízení po uplynutí lhůty, kterou ZVZ pro zahájení řízení stanovil. Porušení ustanovení ZVZ o řízení, byť takto závažné, přitom nečiní ze žalovaného orgánu věcně nepříslušný. Napadené rozhodnutí přitom netrpí ani žádnou z vad uvedených v § 77 odst. 2 ZVZ a nelze je tedy považovat za nicotné, nýbrž toliko za nezákonné.

Pokud jde o druhý žalobní bod, a to o otázku transparentnosti losování, tak tím se již soud s ohledem na důvodnost námitky první (tj. že žalovaný vůbec nebyl oprávněn dané řízení zahájit, neboť již marně uplynula lhůta zakotvená v ZVZ pro jeho zahájení) nezabýval. Nebyl-li žalovaný oprávněn dané řízení zahájit a vést, není třeba přezkoumávat výsledek tohoto řízení (tj. otázku, zda se žalobce deliktu dopustil či nikoli), neboť by zodpovězení této otázky nemohlo jakkoli ovlivnit závěr soudu o tom, že je třeba napadené rozhodnutí žalovaného zrušit.

Nad rámec uvedeného považuje soud za vhodné poukázat na svůj rozsudek ze dne 26. 1. 2010, sp. zn. 62 Ca 47/2007, kde se otázkou transparentnosti losování podle ZVZ podrobně zabýval, přičemž tento rozsudek dopadá na situaci velice podobnou situaci žalobce v daném zadávacím řízení.

Soud v tomto rozsudku poukázal na to, že ZVZ omezení počtu zájemců losem blíže neupravoval. Tato skutečnost však neznamená, že by bylo losování nepřípustné. ZVZ totiž na možnost zadavatele omezit počet zájemců pro účast v užším řízení pamatoval. Způsob tohoto omezení však ponechával na zadavateli, který byl povinen kriteria omezení počtu zájemců uvést v oznámení zadávacího řízení. Zadavatel byl také povinen se při omezení počtu zájemců řídit základními zásadami zadávacího řízení, tedy zásadou stejného zacházení se všemi zájemci, zásadou nediskriminace a zásadou transparentnosti. Pokud jde o posledně uvedenou zásadu, 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.“* Pokud je losování prováděno řádně, je 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.

Soud ve zmíněném rozsudku vyslovil jednoznačný názor, že v případě, kdy je losování prováděno pouze za účasti pracovníků zadavatele, a jediným výstupem z tohoto losování je zápis sepsaný těmito pracovníky, nelze takové losování považovat za dostatečně transparentní. Soud tím samozřejmě nedovožoval, že by pracovníci žalobce nějakým způsobem ovlivňovali losování nebo tak chtěli činit, nicméně takové losování, kterého se neúčastní kromě zadavatele nikdo jiný nebo o němž není vyhotoven např. videozáznam, pak není kontrolovatelné. Přítomnost nikoho jiného, než pracovníků zadavatele, totiž může vzbuzovat pochybnosti o tom, jak takové losování probíhá. Pokud pak o losování není pořízen jiný záznam, než ten, jenž vyhotovili pracovníci zadavatele, kteří losování prováděli, nelze tyto pochybnosti zpětnou kontrolou losování vyvrátit. Existence pochybností je přitom při losování, které je postaveno na náhodném vytažení několika zájemců, a které je prováděno „za zavřenými dveřmi“, zcela oprávněná. Protokol o průběhu losování, sepsaný samotnými losujícími, totiž logicky nemůže pochybnosti o jejich řádném postupu nijak vyvrátit. Ty by mohly být vyvráceny např. právě videozáznamem, který by zaznamenával řádný průběh losování, nebo účastí jiné osoby, než zadavatelských pracovníků, která by řádnost losování mohla potvrdit.

Zadavatel tak má k losování přizvat všechny zájemce o danou veřejnou zakázku, jichž se losování týkalo, případně si pořídit videozáznam losování, eventuálně uskutečnit losování za účasti notáře. Zde je však nutné poukázat na to, že ani přítomnost notáře nezaručí vždy transparentnost losování. Příkladem toho je pokuta uložená žalovaným statutárnímu městu Karlovy Vary právě za porušení zásady transparentnosti losování, které se konalo za účasti notáře. Závěr o tom, že přes přítomnost notáře byla zásada transparentnosti při losování porušena, byl zdejším soudem potvrzen rozsudkem ze dne 19. 1. 2010, sp. zn. 62 Ca 31/2008 (přičemž zákonnost tohoto rozsudku byla potvrzena i Nejvyšším správním soudem, a to rozsudkem ze dne 15. 9. 2010, sp. zn. 1 Afs 45/2010, www.nssoud.cz). Podle názoru soudu je tedy nejvhodnějším způsobem zajištění transparentnosti losování, pokud jsou k losování přizváni všichni zájemci (jak ostatně požaduje nyní účinný zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v § 61 odst. 4 a § 66 odst. 4). Je-li navíc o losování vyhotoven ještě videozáznam, neměla by pak být zpětná kontrola takového losování jakkoli ztížena.

IV. Závěr

Ze shora uvedených důvodů tedy soud shledal žalobu důvodnou, a proto napadené rozhodnutí bez jednání podle § 76 odst. 1 písm. c) s. ř. s. zrušil pro podstatné porušení ustanovení o řízení před správním orgánem, které mohlo mít (a v daném případě mělo) vliv na zákonnost rozhodnutí o věci samé; 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.), tj. že lhůta k zahájení řízení zakotvená v § 96 odst. 1 ZVZ je lhůtou speciální vůči obecné lhůtě k zahájení řízení o uložení pokuty podle § 105 odst. 3 ZVZ. Pokud tedy hodlal žalovaný sankcionovat žalobce jako zadavatele za porušení ZVZ při omezení počtu zájemců losem, mohl tak učinit toliko v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeném podle § 96 odst. 1 ZVZ.

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

V. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení o žalobě se opírá o § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalobce byl ve věci úspěšný, 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 a dále náklady právního zastoupení spočívající v odměně advokáta za tři úkony po 2 100,- Kč společně se třemi režijními paušály po 300,- Kč – převzetí a příprava zastoupení, žaloba a replika, s navýšením o částku odpovídající DPH, 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), a § 57 odst. 2 s. ř. s.; celkem tedy ve výši 10 640,- Kč. Náklady na dvě doplnění žaloby soud za důvodně vynaložené nepovažoval, neboť žalobce mohl veškerá tvrzení, která v doplněních uvedl, vtělit již do žaloby.

P o u č e n í : Proti tomuto rozhodnutí je přípustná kasační stížnost za podmínek podle § 102 a násl. s. ř. s., kterou lze podat do dvou týdnů po jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu prostřednictvím Krajského soudu v Brně. Podmínkou řízení o kasační stížnosti je povinné zastoupení stěžovatele advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2 a 4 s. ř. s.).

V Brně dne 2.6.2011

Za správnost vyhotovení:
Lucie Gazdová

David Raus, v.r.
předseda senátu