



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Zdeňka Kühna, soudkyně Michaely Bejčkové a soudce Ondřeje Mrákoty v právní věci žalobce: **statutární město Chomutov**, se sídlem Zborovská 4602, Chomutov, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 5. 2015, čj. ÚOHS-R125/2014/VZ-11113/2015/322/DRu, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 27. 2. 2018, čj. 29 Af 50/2015-53,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žádný z účastníků **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (žalovaný) uložil statutárnímu městu Chomutov (žalobce) pokutu ve výši 600 000 Kč za pochybení při zadávání veřejné zakázky *Oddychové a relaxační centrum a Doplnění parkovacích ploch a technické infrastruktury, veřejné zakázky Letní stadion s tréninkovým zázemím - IPRM a veřejných zakázek Centrum sportu a volného času – Zimní stadion a Centrum sportu a volného času – Tréninková hala a šatnovací blok*. V prvním případě žalobce porušil zásadu transparentnosti podle § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, tím, že neumožnil zástupci zájemce (akciové společnosti Eurovia CS) zkontrolovat losovací kartičky, a dále tím, že za účelem

omezení počtu zájemců losující osoba v podstatě nelosovala, ale pouze přímo určila pět kartiček, které otočila lícem nahoru. Takový postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Zásadu transparentnosti žalobce porušil i ve druhém případě, v němž také omezil počet zájemců tak, že losující osoba určila pět kartiček ležících na stole a otočila je lícem nahoru.

[2] V posledním případě pak žalobce v rozporu s § 13 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách rozdělil předmět veřejné zakázky spočívající ve výstavbě zimního stadionu a tréninkové haly (včetně šatnovacího bloku) na dvě zakázky (jednu nadlimitní a jednu podlimitní). Rovněž tímto postupem mohl žalobce ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Předseda žalovaného tyto závěry potvrdil a žalobcův rozklad zamítl.

[3] Žalobce podal proti rozhodnutí předsedy žalovaného žalobu. Krajský soud konstatoval, že žalobce sice mohl v užším zadávacím řízení omezit okruh zájemců losem, ovšem musel při tom dodržet zásadu transparentnosti. O transparentnosti průběhu losování nesmějí panovat žádné pochyby. V tomto případě pochyby vyplynuly z toho, že kartičky s čísly zájemců o veřejnou zakázku nebyly losovány, ale byly vybírány žalobcovým zástupcem, a jednomu ze zájemců nebyla umožněna kontrola kartiček, přestože o to požádal. Tyto okolnosti byly zaznamenány v notářském zápisu. Krajský soud proto dospěl k závěru, že žalobce nezajistil průhlednost losování a zásada transparentnosti byla porušena tím, že okolnosti případu budily pochybnosti o férovosti průběhu losování.

[4] Krajský soud dále neshledal důvodnou žalobcovu námitku, že se žalovaný nedůvodně odchýlil od dlouhodobé a ustálené rozhodovací praxe. Rovněž souhlasil se závěry žalovaného, že žalobce rozdělil předmět jedné z veřejných zakázek neoprávněně, neboť tu byla dána věcná, časová i místní souvislost mezi veřejnou zakázkou na výstavbu zimního stadionu a veřejnou zakázkou na výstavbu tréninkové haly a šatnovacího bloku. Krajský soud posoudil také výši pokuty a shledal, že pokuta byla uložena v souladu se zákonem na spodní hranici zákonné sazby. Protože soud neshledal žalobcovy námitky důvodnými, žalobu zamítl.

II. Kasační stížnost žalobce a vyjádření předsedy žalovaného

[5] Proti rozsudku krajského soudu podal žalobce (stěžovatel) kasační stížnost. Namítá v ní, že krajský soud nesprávně posoudil nepřípustnost způsobu losování, který stěžovatel zvolil k omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku. Podle stěžovatele je podstatou losování proces náhodného výběru z několika možností, které se navenek jeví naprosto shodně a jejichž podstata je odhalena až poté, co si losující z možností vybere. Tento princip losování byl naplněn i u metody, kterou zvolil stěžovatel. Krajský soud se však k této argumentaci nijak nevyjádřil a pouze převzal tvrzení žalovaného, podle něhož stěžovatel kartičky v podstatě nelosoval. Rozsudek krajského soudu je proto nepřezkoumatelný.

[6] Stěžovatel je přesvědčen, že neporušil zásadu transparentnosti, protože losování kartiček včetně míchání a přehledného rozložení na stole probíhalo před zraky všech

pokračování

přítomných zájemců. Tím, že neumožnil jednomu ze zájemců fyzickou kontrolu kartiček, rovněž neporušil zásadu transparentnosti, ale naopak tím zamezil označení či poškození kartiček. Stěžovatel se dále domnívá, že žalovaný a krajský soud shledali netransparentní nikoliv stěžovatelův konkrétní postup, ale samotnou podstatu losování. Přihlédli proto k tomu, že institut losování zákonodárce následně zrušil. To však stěžovatel považuje za nepřípustné zpětné působení práva.

[7] Stěžovatel rovněž namítá, že žalovaný i krajský soud nesprávně posoudili souvislost veřejných zakázek *Centrum sportu a volného času – Zimní stadion* a *Centrum sportu a volného času – Tréninková hala a šatnovací blok*. Podle stěžovatele tyto dva projekty neměly společného nic kromě svého umístění. Oba projekty byly závislé na různých dotačních programech, mohl se u nich lišit průběh řízení o poskytnutí dotace a projekty se liší také svým účelem a způsobem využití. V jednom případě šlo o sportoviště pro profesionální hokejisty a ve druhém o sportoviště určené pro širokou veřejnost. Stěžovatel v této souvislosti poukázal na rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ve věci C-16/98, v níž se Soudní dvůr zabýval otázkou souvislosti veřejných zakázek na rekonstrukci souběžného vedení veřejného osvětlení a elektrického vedení. Soudní dvůr v této věci konstatoval, že souvislost mezi zakázkami dána není, protože obě vedení slouží k poskytování různých služeb, které jsou hrazeny odlišným způsobem. Stěžovatel nesouhlasí s tím, že jeho argumentace tímto rozsudkem nebyla dostatečně konkrétní, a je přesvědčen, že žalovaný i krajský soud se jí měli zabývat.

[8] Dále stěžovatel namítá, že při určení výše sankce žalovaný vycházel z nesprávných údajů. Žalovaný totiž vycházel ze stěžovatelova rozpočtu, který v sobě zahrnuje i mnohačetmilionový úvěr a nenárokové dotace, což rozpočet opticky zkresluje.

[9] Stěžovatel opakuje také to, že žalovaný v několika dřívějších rozhodnutích uznal metodu losování formou otáčení kartiček jako přípustnou variantu omezení počtu zájemců. Žalovaný byl podle něj vázán touto svou dlouhodobou a ustálenou praxí a pochybil, když své odchýlení od ní náležitě neodůvodnil.

[10] Předseda žalovaného ve svém vyjádření poukazuje na to, že netransparentnost stěžovatelova postupu shledal v souhrnu více okolností, které omezení počtu zájemců provázely. K zachování zásady transparentnosti nijak nepřispívá to, že kartičky zkontroluje sám stěžovatel (zadavatel). Naopak měl stěžovatel kontrolu kartiček umožnit zájemcům.

[11] Předseda žalovaného rovněž nesouhlasí se stěžovatelovou námitkou, že rozdělení veřejné zakázky mají odlišný účel. Podle žalovaného je součástí obou zakázek výstavba ledové plochy a není podstatné, zda bude ledovou plochu využívat veřejnost, či profesionální hokejový klub. Stejně tak není významné, že jsou obě zakázky financovány odlišně a že jsou zadávány v rámci dvou různých projektů. Obdobný účel obou projektů popisuje navíc sám stěžovatel na svých webových stránkách.

[12] Předseda žalovaného také nepovažuje rozdíl v počtu nabídek u podlimitní zakázky (17 nabídek) a nadlimitní zakázky (23 nabídek) za zanedbatelný, jak tvrdí stěžovatel. Námitka týkající se nepřiměřené výše pokuty není ničím podložena a není konkrétní.

[13] Předseda žalovaného nesouhlasí se stěžovatelem ani v tom, že se při rozhodování ve stěžovatelově věci nedůvodně odchýlil od své rozhodovací praxe. Stěžovatel navíc výslovně neřekl, v čem se žalovaný od své praxe odchýlil a proč je vypořádání rozkladových námitek nedostatečné.

III. Právní hodnocení Nejvyššího správního soudu

[14] Kasační stížnost není důvodná.

[15] Úkolem tohoto řízení je zodpovědět několik otázek. Za prvé, zda stěžovatel porušil zásadu transparentnosti tím, že omezil počet zájemců o veřejnou zakázku prostým otáčením několika kartiček ležících na stole lícem dolů a neumožnil jednomu ze zájemců fyzicky zkontrolovat kartičky. Za druhé, zda mohl stěžovatel rozdělit projekty na výstavbu nazvané *Centrum sportu a volného času – Zimní stadion* a *Centrum sportu a volného času – Tréninková hala a šatnovací blok* na dvě veřejné zakázky. Za třetí, zda žalovaný uložil stěžovateli pokutu v přiměřené výši. A za čtvrté, zda se žalovaný nedůvodně odchýlil od své ustálené rozhodovací praxe.

III.A K porušení zásady transparentnosti

[16] Podle § 6 zákona o veřejných zakázkách je *zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace*. Pokud zadavatel *nedodrží postup pro zadání veřejné zakázky stanovený zákonem o veřejných zakázkách a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku*, spáchá správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.

[17] Nejvyšší správní soud nesouhlasí se stěžovatelovou námitkou, že krajský soud pouze převzal tvrzení předsedy žalovaného (podle nějž stěžovatel kartičky nelosoval, ale vybral je otočením lícem nahoru). Je pravda, že se krajský soud se závěry žalovaného ztotožnil, svůj názor na porušení zásady transparentnosti v průběhu losování však navíc podrobně vysvětlil na stranách 13 až 16 napadeného rozsudku. Stěžovatel se mylně domnívá, že jádro argumentace krajského soudu tkví v tom, že „*losovací kartičky nebyly fakticky losovány, nýbrž byly po rozložení na stole de facto vybírány zástupcem zadavatele*“. Z kontextu odůvodnění rozsudku krajského soudu vyplývá, že krajský soud tímto vyjádřením nepolemizoval s tím, zda stěžovatel skutečně kartičky losoval, ani svůj závěr nepostavil na úvahách o tom, co losováním je a co jím není. Tyto otázky totiž nejsou pro posouzení stěžovatelova postupu při omezení počtu zájemců o zakázku vůbec podstatné.

[18] Stěžovatel nebyl shledán vinným ze spáchání správního deliktu proto, že kartičky „nelosoval“, ale proto, že při omezení počtu zájemců nepostupoval v souladu se zásadou transparentnosti. Vyjádření, že „*zástupce zadavatele kartičky de facto vybíral*“, totiž nezpochybňuje podstatu losování, ale popisuje stěžovatelovo jednání, které budilo

pokračování

pochybnosti o tom, zda je vyřazení kartiček náhodné (což bývá typicky projevem losování), a tedy v souladu se zásadou transparentnosti. Aby bylo možné říci, že stěžovatel porušil zásadu transparentnosti, není rozhodné, zda byly kartičky skutečně otáčeny náhodně, či nikoliv. Podle rozsudku NSS ze dne 20. 6. 2012, čj. 7 Afs 31/2012-55, č. 2714/2012 Sb. NSS, „*pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování*“. To se, jak rozsudek dodává, může stát i v případě, že k žádné manipulaci s losy nedošlo. V rozsudku ze dne 15. 9. 2010, čj. 1 Afs 45/2010-159, č. 2189/2011 Sb. NSS, známém pod populárním názvem „*Karlovarská losovačka*“, soud konstatoval, že požadavek na dodržení 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*“.

[19] Je proto lhostejné, jaké důvody vedly stěžovatele k tomu, aby omezil počet zájemců o zakázku právě otáčením kartiček ležících na stole (takže je losující osoba měla stále před očima a nebylo možné vyloučit, že jsou některé z nich označené tak, aby si toho všimla právě a jen losující osoba), aby je zkontroloval toliko sám stěžovatel prostřednictvím svých zástupců a aby neumožnil zástupci jednoho ze zájemců o zakázku fyzickou kontrolu kartiček. Tyto prvky totiž mohly dohromady vyvolat dojem, že stěžovatele vedly ke zvolenému postupu postranní úmysly, tzn. že počet zájemců nemusel být omezen náhodně a nestranně. Krajský soud proto správně označil stěžovatelův postup za netransparentní. NSS nepopírá, že požadavky kladené na zadavatele na zachování zásady transparentnosti při zadávání veřejné zakázky nejsou nikterak malé. Dodržení těchto požadavků je však nezbytné pro zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi potenciálními dodavateli veřejné zakázky.

[20] NSS nesouhlasí s námitkou, podle níž se krajský soud nechal ovlivnit tím, že zákonodárce zrušil ustanovení umožňující omezení počtu zájemců o zakázku losem. Z napadeného rozsudku je patrné, že tento argument je pouze podpůrný, a nadto krajský soud srozumitelně vysvětlil, že zadavatelé byli zásadou transparentnosti vázáni bez ohledu na to, zda zákon o veřejných zakázkách losování umožňoval, nebo ne. NSS tedy nepovažuje námitky týkající se zásady transparentnosti za důvodné.

III.B K rozdělení veřejné zakázky

[21] Krajský soud podle stěžovatele nesprávně uzavřel, že veřejné zakázky *Centrum sportu a volného času – Zimní stadion* a *Centrum sportu a volného času – Tréninková hala a šatnovací blok* spojuje věcná, časová a místní souvislost, a proto měly být zadány v rámci jedné veřejné zakázky. NSS zjistil, že stěžovatel v kasační stížnosti nepřichází s žádnými argumenty, s nimiž by se již nevypořádal krajský soud. Krajský soud v odůvodnění svého rozsudku podrobně vysvětluje, proč stěžovatel rozdělením výše uvedených projektů na jednu podlimitní a jednu nadlimitní veřejnou zakázku porušil § 13 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách a proč je rozhodnutí předsedy žalovaného správné. Odpovídá v něm stěžovateli rovněž na to, proč nepovažuje za dostatečně konkrétní jeho argumentaci založenou na odkazu na rozsudek Soudního dvora EU. Soud také v odůvodnění

srozumitelně a přiléhavě odkazuje na judikaturu NSS, z níž vychází a jejíž závěry dopadají na stěžovatelovu věc.

[22] NSS dospěl k závěru, že odůvodnění krajského soudu ve vztahu k této námitce je zcela vyčerpávající, a nebylo by účelné, aby NSS znovu jen opakoval závěry, které vyslovil již krajský soud a s nimiž se NSS plně ztotožňuje. Proto NSS pouze odkazuje na body 71 až 86 napadeného rozsudku, ve kterých stěžovatel nalezne důkladné vypořádání argumentů vztahujících se k této námitce.

[23] Podle stěžovatele je rozsudek krajského soudu také nepřezkoumatelný, protože se krajský soud nevypořádal s námitkou, že žalovaný měl rozdíl v počtu nabídek u nadlimitní a podlimitní zakázky promítnout do úvah nikoliv o výši sankce, ale o naplnění skutkové podstaty správního deliktu. NSS považuje tuto námitku za nedůvodnou, protože jde spíše o polemiku s právními závěry žalovaného i krajského soudu, nikoliv o nepřezkoumatelnost. Z odůvodnění napadeného rozsudku je zjevné, jaké úvahy vedly krajský soud k závěrům o naplnění skutkové podstaty správního deliktu a jaké k posouzení výše uložené sankce. Není tedy pravda, že krajský soud nechal tyto otázky nezodpovězené.

III.C K námitkám týkajícím se výše sankce a odchylky od ustálené praxe

[24] Proti výši sankce namítá stěžovatel opět to, co již tvrdil v žalobě a na co se mu dostalo odpovědi v rozsudku krajského soudu. NSS se s touto částí odůvodnění opět ztotožňuje a tímto na ni odkazuje (viz body 87 až 93 napadeného rozsudku).

[25] NSS nadto pouze dodává, že podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách (ve znění účinném do 31. 3. 2012) *se za správní delikt* (spáchaný stěžovatelem) *uloží pokuta ve výši do 5 % ceny zakázky*. Žalovaný uplatnil při stanovení sankce zásadu absorpce, která se projevila tak, že při souběhu více správních deliktů nejprísnější trest pohltí tresty ostatní. Pokud by se ukládaly tresty za jednotlivé správní delikty zvlášť, nejprísnější by byl uložen za nezákonné rozdělení veřejné zakázky. Z něj proto žalovaný vycházel při stanovení výše pokuty. Cena rozdělené veřejné zakázky vznikne součtem ceny podlimitní a ceny nadlimitní veřejné zakázky, což činí 772 006 588 Kč. Pět procent z této částky je 38 600 329 Kč. Stěžovateli byla nakonec uložena pokuta ve výši 600 000 Kč.

[26] Z rozhodnutí žalovaného plyne, že při stanovení této pokuty vzal v potaz všechny polehčující i přitěžující okolnosti a s ohledem na maximální možnou výši pokuty nestanovil výši pokuty nepřiměřeně. Stěžovatel tvrdí, že je částka zjevně nepřiměřená a že žalovaný vycházel z nesprávných údajů ohledně stěžovatelovy skutečné hospodářské situace; jen stěžovatel však mohl a měl poskytnout informace o svých majetkových poměrech. Oproti tomu se stěžovatel v rozkladu k výši sankce nijak nevyjádřil, její výši nezpochybnil ani netvrdil, že by uložená pokuta ohrozila jeho hospodaření. Stejnou námitku jako v kasační stížnosti uvedl v žalobě, ovšem ani tehdy neupřesnil, z jakých údajů měl tedy žalovaný při stanovení výše pokuty vycházet. Tak jako krajský soud ani NSS proto neshledal, že by žalovaný či jeho předseda pochybili ve svém správním uvážení při stanovení výše sankce.

pokračování

[27] Stěžovatel dále namítal také to, že se žalovaný odchýlil od své rozhodovací praxe, v jejímž rámci několikrát konstatoval, že stěžovatelem zvolený způsob losování je v souladu se zákonem. Rovněž k této námitce se krajský soud již vyjádřil. NSS k tomu v první řadě podotýká, že ze tří rozhodnutí, na něž stěžovatel poukázal v rozkladu, nelze usuzovat na ustálenou rozhodovací praxi. Navíc v rozhodnutích žalovaného ve věci ÚOHS-S382/2010/VZ a ve věci ÚOHS-S383/2010/VZ, na něž stěžovatel upozorňoval, nebyla přímo řešena otázka zákonnosti postupu zadavatele při samotném losování. Závěry těchto rozhodnutí se proto nevztahují přímo na stěžovatelovu věc. Není také bez významu, že tato rozhodnutí byla vydána v roce 2011. Pokud by tedy uvedená rozhodnutí přesto na stěžovatelovu věc dopadala a schvalovala by stěžovatelův postup, bylo by nutné vzít v potaz to, že se již názor na postup zadavatele při losování vyvinul a judikatura stanovila jasné požadavky na transparentnost, kterým stěžovatel nedostál. NSS proto ani tuto námitku neshledal důvodnou.

IV. Závěr a náklady řízení

[28] Stěžovatel se svými námitkami neuspěl. Jelikož NSS neshledal důvod pro zrušení napadeného rozhodnutí ani z úřední povinnosti (§ 109 odst. 4 s. ř. s.), zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou (§ 110 odst. 1 s. ř. s.). O náhradě nákladů řízení soud rozhodl v souladu s § 60 odst. 1 a § 120 s. ř. s. Stěžovatel ve věci neměl úspěch, a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti. Žalovanému pak v řízení o kasační stížnosti nevznikly žádné náklady.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 26. září 2019

Zdeněk Kühn
předseda senátu