



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců JUDr. Radímy Gregorové, Ph.D. a Mgr. Petra Šebka v právní věci **žalobce: Statutární město Karlovy Vary**, se sídlem Moskevská 21, Karlovy Vary, zastoupeného JUDr. Vladimírem Tögelem, advokátem se sídlem Praha 5 - Smíchov, Ostrovského 253/3, 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 26. 2. 2008, č. j. R 191/2007/02-04304/2008/310-Hr,

t a k t o :

- I. Žaloba **s e z a m í t á**.
- II. Žalovanému **s e n e p ř i z n á v á** náhrada nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobou podanou včas u Krajského soudu v Brně se žalobce domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26. 2. 2008, č. j. R 191/2007/02-04304/2008/310-Hr, jakož i jemu předcházejícího rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26. 9. 2007, č. j. S169/2007-16992/2007/540-AS.

I. Podstata věci

Rozhodnutím ze dne 26. 2. 2008, č. j. R 191/2007/02-04304/2008/310-Hr, předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (žalovaného) zamítl žalobcův rozklad a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 26. 9. 2007, č. j. S169/2007-16992/2007/540-AS. Tímto rozhodnutím žalovaný rozhodl, že se žalobce, jako zadavatel, při zadávání veřejné zakázky nazvané „Výstavní, sportovně kulturní kongresové centrum“ dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách (dále též „ZVZ“), tím, že uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený § 25 odst. 1 ZVZ, neboť provedl netransparentním způsobem omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení. Za spáchání tohoto deliktu mu žalovaný uložil podle § 102 odst. 2 písm. a) ZVZ pokutu ve výši 500 000 Kč.

Netransparentnost žalovaný shledal v tom, že losující osoba losovala čtvrtého a pátého zájemce neúměrně delší dobu než zájemce předchozí a přitom manipulovala s losovacími lístky. Předseda žalovaného pak zdůraznil, že již pochybnosti o regulérnosti či legálnosti některého ze zadavatelových kroků způsobují porušení zásady transparentnosti. Podle žalovaného je tak k porušení § 25 odst. 1 ZVZ dostačující důvodná pochybnost o regulérnosti postupu losujícího, která v daném případě s ohledem na délku losování čtvrtého a pátého zájemce zcela nepochybně vyvstala.

II. Shrnutí procesních stanovisek účastníků

Žalobce namítá, že žalovaný nezjistil úplně a správně skutkový stav věci. To plyne ze str. 8 a 9 rozhodnutí žalovaného a z odůvodnění bodů č. 18, 20, 21 a 23 rozhodnutí předsedy žalovaného. Nikde zde totiž není uvedeno, že k zajištění absolutní nahodilosti losování došlo k trojímu protřepání losovacích lístků v nádobě. Žalovaný si vybral z více než 12 minutového záznamu pouze ty děje, které mu „posloužily pro odůvodnění svých rozhodnutí“ - zejména různé časové délky losování. Vůbec si však nevšímá dalších relevantních skutečností, např. právě trojího protřepání lístků při vzniklých potížích s oddělením jednotlivých lístků od sebe. Žalovaný neobjektivně hodnotí a popisuje průběh losování, aniž by údajnou manipulaci s lístky popsal a prokázal. Omezil se pouze na obecné konstatování o zmanipulovaném losování a nezabýval se podrobně jednotlivými časovými fázemi videozáznamu. Žalobce se domnívá, že si žalovaný celý videozáznam vůbec neprohlédl nebo si jej prohlédl nedostatečně. Žalobce se domnívá, že žalovaný byl od počátku řízení ovlivněn účelově upravenými internetovými verzemi záznamu. Dále poukazuje na to, že z bodu č. 23 rozhodnutí předsedy žalovaného je zřejmé, že všechny losovací lístky vykazovaly naprosto stejné povrchové vlastnosti a losující osoba tak nemohla hmatem poznat zájemce, který měl být vylosován. Pokud losování čtvrtého a pátého zájemce trvalo déle, stalo se tak za účelem zajištění nestranného průběhu losování. Losující osobě se totiž při losování těchto subjektů potíla „v přetopené místnosti“ ruka a v důsledku toho nebylo možné od sebe oddělit vzájemně zaklíněné, nikoli slepené, lístky, navíc lepící se na potíci se prsty losující osoby.

Žalobce poukazuje na to, že se od samého počátku snažil o zadávací řízení transparentní a nediskriminující – proto také zvolil omezení počtu zájemců losováním za účasti notáře a z losování nechal vyhotovit videozáznam. Z tohoto záznamu navíc nelze vyvodit žádné netransparentní jednání žalobce. Pouhá skutečnost, že se losujícímu nedařilo oddělit některé lístky od sebe, případně od svých prstů, a proto losoval některé zájemce déle, tuto netransparentnost způsobovat nemůže. Dále poukazuje na to, že losující měl košili s krátkým rukávem, v promíchávání osudí pokračoval i po vytažení pátého zájemce a losovací nádobou opakovaně protřepával, aby došlo k oddělení zaklíněných lístků, které se mu navíc lepili na razítkovací barvou zamazané ruce. Podle žalobce by postup, při němž by chtěl losující vytáhnout konkrétního zájemce, vypadal zcela jinak, navíc by si o tom určitě nepořizoval videozáznam. Žalobce dále zdůrazňuje, že žalovaný měl uvést, v čem konkrétně bylo losování diskriminující vůči nevylosovaným účastníkům. Podle žalobce neměl žalovaný dostatek důkazů svědčících o údajné manipulaci s losovacími lístky a tento nedostatek nahrazoval spekulacemi a „dedukcemi, které jsou spíše jen ukázkou bujné fantazie, ne-li urážkou zdravého rozumu“. Žalobce se rovněž pozastavuje nad tím, že předseda žalovaného vystoupil v televizních zprávách a předčasně informoval o uložené pokutě a výsledcích dosud nepravomocného rozhodnutí vydaného v prvním stupni správního řízení. Tím tak v podstatě předjímal i svoje následné rozhodnutí o rozkladu. V době vystoupení však nejen, že nebyl ještě podán rozklad, ale nebylo ani účastníkům doručeno rozhodnutí prvního stupně.

Žalobce také poukazuje na podle jeho názoru protiprávní způsob losování zájemců o veřejné zakázky na Justiční palác v Brně a rekonstrukci soudů v Jihlavě a Hodoníně, v nichž byl vždy také vylosován budoucí vítěz zakázky – Imos Brno a. s. Žalobce se podivuje, že v této kauze žalovaný nijak nekonal. Podle žalobce tak žalovaný měří dvojím metrem, přičemž podléhá buď politickým tlakům nebo „komunálnímu kverulantství opozičních politiků“. Žalobce zdůrazňuje, že ZVZ (narozdíl od nyní účinného zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách) neupravoval vůbec losování za účelem omezení počtu kvalifikovaných zájemců a je tedy otázkou, zda byl takový postup vůbec přípustný a za jakých podmínek lze hovořit o tom, že byl netransparentní. Rozhodně však nelze tento postup za netransparentní označit kvůli délce losování jednotlivých zájemců. Závěrem se žalobce podivuje nad tím, že přestože se jednalo o závažné porušení ZVZ, jak uvádí žalovaný, byla mu uložena „naprosto směšná“ pokuta. Poukazuje také na to, že prověřování průběhu losování ze strany orgánů činných v trestním řízení bylo ukončeno, aniž by bylo trestní stíhání zahájeno. Navrhuje tedy správní rozhodnutí obou stupňů zrušit a věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení. Na nákladech účtuje zaplacený soudní poplatek, odměnu advokáta a dva „režijní paušály“ podle vyhlášky č. 484/2000 Sb.

Žalovaný ve svém vyjádření důvodnost žaloby popírá a navrhuje její zamítnutí. Má za to, že postup zadavatele a zejména losující osoby vzbuzuje důvodné pochybnosti o tom, zda losování bylo provedeno transparentně, a to zejména kvůli značnému časovému rozdílu v délce trvání losování jednotlivých zájemců. Podle žalovaného tento rozdíl žalobce uspokojivě nevysvětlil. Jeho tvrzení o slepení lístků či

zaklínění lístků jednoznačně popírá časový úsek 00:07:00 záznamu, kde je patrné, že lístky leží na sobě, aniž by se slepily, a 00:10:55 záznamu, z něhož je zřejmé, že jsou vysypané lístky po losování zřetelně odděleny, aniž by bylo patrné jakékoli jejich slepení či zaklínění. Poukazuje také na to, že i kdyby nějaké lístky v nádobě byly zaklíněny, nepochybně se nejednalo o všechny lístky a losovací osoba tak mohla nezaklíněné lístky z nádoby vytáhnout. Stav věci považuje za dostatečně zjištěný, neboť netransparentnost je dle jeho názoru zjištěna nepochybně, přičemž konkrétní mechanismus manipulace pro dané řízení není třeba objasňovat. Žalobce navíc originální losovací lístky zlikvidoval. Žalovaný se také pozastavuje nad tím, že zástupce žalobce v žalobě „výrazně neetickým způsobem překračuje únosné meze právní argumentace“ a snižuje se až k „urážlivé bezprecedentní dehonestaci“ žalovaného. Žalovaný má za to, že urážlivá rétorika snižuje i vážnost a důstojnost soudu a poukazuje zde na možnost aplikace § 44 odst. 1 s. ř. s. V případě pokuty pak žalovaný uvádí, že v dané věci zohlednil její specifickou a akcentoval preventivní funkci pokuty. Žalovaný setrval na svém procesním stanovisku po celou dobu řízení před soudem.

Žalobce k vyjádření žalovaného podal repliku, v níž navrhol výslech svědků Ing. Keřka, náměstka primátorky, Ing. Pilského, jednatele STORMEN, spol. s r. o., JUDr. Materny, člena představenstva Stone Block a. s., Romana Krista a notářky JUDr. Machové, jakož i důkaz trestním spisem vedeným u Policie ČR v Karlových Varech. Zopakoval, že se žalovaný nijak nevyjádřil ke skutečnostem, které zajišťovaly transparentnost a nediskriminaci losovaných (protřepávání losovací nádoby, košile s krátkým rukávem ...) ani nijak neuvedl, tím spíše neprokázal, jak měla manipulace s losovacími lístky probíhat. Žalobce dále poukazuje na to, že žalovaný snad nikdy mimo rámec zadávání veřejných zakázek nesledoval žádné losování (např. MISS ČR, tipovací soutěž v rámci vyhlášení Zlatých slavíků, apod.), kdy právě poslední dvě až tři losované, zpravidla nejhodnotnější ceny, jsou losovány právě s akcentem na zcela neúměrné prodlužování času pro vylosování jednotlivých výherců. Žalobce dále uvádí, že Stone Block a. s. delší dobu losování sice neobratně, ale dostatečně vysvětlila. Podle žalobce transparentnost losování jednoznačně plyne z videozáznamu a není tak potřeba, aby uchovával též losovací lístky a nádobu. Nádobu však může předložit při ústním jednání žalobcem navržený svědek. Závěrem uvádí, že svou žalobou rozhodně nechtěl snižovat důstojnost a vážnost soudu ani se nechtěl dotknout žalovaného či jeho předsedy. Na svém procesním stanovisku žalobce setrval po celou dobu řízení před soudem.

Při jednání konaném dne 19. 1. 2010 žalobce dále poukázal na to, že při čtvrtém losování došlo v jeho polovině k protřepání nádobou a samotné losování tedy netrvalo 33 sekund, ale pouze 16 sekund. Žalobce také uvedl, že částka odpovídající uložené pokutě mu byla společností STORMEN, spol. s r. o. zaplacená.

III. Podstatné skutečnosti

Z obsahu správního spisu vyplynulo, že žalobce, jakožto zadavatel uveřejnil dne 13. 3. 2006 na centrální adrese oznámení o zahájení užšího zadávacího řízení

nadlimitní veřejné zakázky nazvané „Výstavní, sportovně kulturní kongresové centrum“. Pod bodem 5.6 oznámení omezil žalobce počet zájemců na 5. V bodě 11.4 žalobce stanovil, že kritériem pro omezení počtu zájemců bude los za účasti notáře.

Ve stanovené lhůtě obdržel žalobce 16 žádostí od zájemců. Dne 27. 4. 2006 se konalo losování za účasti notářky JUDr. Lenky Machové, z něhož byl pořizen notářský zápis č. NZ 141/2006, N 151/2006, ze kterého plyne, že losování zahájil Ing. Pilský, jednatel STORMEN, spol. s r. o., která byla žalobcem pověřena přípravou a organizačním zajištěním předmětné veřejné zakázky, a to na základě mandátní smlouvy uzavřené mezi žalobcem a touto společností dne 21. 2. 2006. Vlastní losování pak zahájil JUDr. Materna, člen představenstva Stone Block a. s., která byla pověřena STORMEN, spol. s r. o. k přípravě a provedení losování mandátní smlouvou uzavřenou mezi oběma společnostmi dne 18. 4. 2006. Losování se dále účastnili: Ing. Riedl za žalobce a Jana Kusá a Roman Krist ze Stone Block a. s. Ze zápisu je dále zřejmé, že všem zájemcům byla přidělena pořadová čísla od 1 do 16, podle doby doručení nabídek, s tím, že pořadové číslo zájemců bylo zároveň jejich číslem losovacím. JUDr. Materna následně do prázdné nádoby postupně vložil losovací lístky s čísly 1 až 16, „nádobu uzavřel, zatřepal s ní a po otevření této nádoby pan Roman Krist postupně vytáhnul pět losovacích lístků s čísly v tomto pořadí 13., 16., 10., 2. a 14.“

Pod číslem 14. bylo vylosováno sdružení tří společností „SYNER-BAU-STAV-METROSTAV“, jehož nabídka byla následně vybrána jako nejvhodnější.

Součástí spisu je i videozáznam losování na CD, kterým soud provedl důkaz. Z tohoto záznamu, který trvá něco přes 12 minut je zřejmé, že samotné losování začalo probíhat v 10. minutě. Do té doby hovořil jednatel společnosti STORMEN, spol. s r. o., který poukázal mj. na to, že si na losování najali zkušenou společnost Stone Block a. s. Zástupci této společnosti následně předal slovo a ten přečetl jednotlivé zájemce a jejich čísla a poté vkládal lístky do losovací nádoby. První vylosovaný byl losován od 9.10 do 9.16 minut, druhý od 9.17 do 9.25 minut, třetí od 9.26 do 9.37 minut, čtvrtý od 9.37 do 10.10 minut a poslední, pátý byl losován od 10.11 do 10.44 minut (doba od vnoření ruky losujícího do nádoby do vytažení lístku tak trvala 6, 8, 11, 33 a 33 sekund). Během losování čtvrtého zájemce se notářka se smíchem podívala směrem ke kameře. Losující během losování čtvrtého a pátého zájemce rukou „šátral“ v losovací nádobě, zhruba v půlce losování čtvrtého zájemce a před losováním zájemce pátého s nádobou zatřepal.

IV. 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 není důvodná.

IVa. Nedostatečně zjištěný stav věci

Soud se předně neztotožnil se žalobcem v tom směru, že by žalovaný nedostatečně zjistil stav věci. Naopak součástí správního spisu jsou všechny potřebné listiny (oznámení o zahájení zadávacího řízení, notářský zápis) i videozáznam předmětného losování. Právě ten je třeba považovat za klíčový a v podstatě jediný potřebný a rozhodující důkaz. Z rozhodnutí obou stupňů pak plyne, že žalovaný z těchto listin a zejména z videozáznamu při posuzování dané věci vycházel. Podle názoru soudu žalovaný všechny pro danou věc relevantní informace řádně shromáždil a na základě nich také rozhodl. Pro závěr o netransparentnosti losování, který žalovaný učinil s ohledem na délku losování posledních dvou zájemců a z toho důvodu vyvstalou pochybnost o regulérnosti postupu losujícího, jsou pak tyto informace (z nichž klíčovou roli hraje videozáznam losování) dostačující.

Nic na tom nemění skutečnost, že v rozhodnutí prvního stupně je uvedeno, že netransparentnost je spatřována v tom, že losující manipuloval s lístky v losovací nádobě (str. 8 a 9 rozhodnutí), aniž by tato manipulace byla blíže popsána. Tento závěr byl totiž v druhostupňovém rozhodnutí patřičným způsobem korigován. Na rozhodnutí žalovaného je pak třeba hledět jako na celek, který je tvořen jak rozhodnutím prvního stupně, tak rozhodnutím druhého stupně. Jinak řečeno ve druhostupňovém řízení a rozhodnutí je žalovaný oprávněn napravovat pochybení a nesrovnalosti prvního stupně. To se také v daném případě ve vztahu k upřesnění toho, v čem je netransparentnost shledávána, stalo, aniž by tím došlo ke změně podstaty deliktu. Ta zůstala v obou rozhodnutích stejná.

Soud se plně ztotožňuje s odůvodněním rozhodnutí předsedy žalovaného v bodě č. 25, kde je uvedeno, že žalobce nebyl postižen za konkrétní manipulaci při losování, ale za to, že nedodržel zásadu transparentnosti zakotvenou v § 25 odst. 1 ZVZ. Transparentním postupem pak soud chápe ve shodě se žalovaným takový postup, který nevzbuzuje pochybnosti o tom, že zadavatel jedná regulérně. 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 zadavatelově 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.*“ V daném případě žalovaný dospěl k závěru, že požadavek transparentnosti nesplňovala délka losování čtvrtého a pátého zájemce, která vyvolala důvodnou pochybnost o regulérnosti postupu losujícího. Podle názoru soudu jsou opatřené podklady pro takový závěr zcela dostačující. K závěru o netransparentnosti losování je totiž postačující samotná délka losování, a to bez ohledu na to, zda losující s losovacími lístky manipuloval či nikoli. Žalovaný tak nebyl povinen zjišťovat, zda k manipulaci s lístky při losování docházelo a jakým způsobem, nýbrž plně stačilo, pokud zjistil, že délka trvání losování nasvědčuje, že tomu být mohlo, a losování tedy z tohoto důvodu nelze považovat za transparentní. Námitku nedostatečně zjištěného stavu věci soud tedy důvodnou neshledal.

Pokud se žalovaný zaměřil z více než 12 minutového záznamu pouze na ty děje, v nichž netransparentnost shledával, nelze mu ničeho vytknout. Spatřoval-li totiž netransparentnost v délce losování jednotlivých zájemců, nic by na jeho závěru nemohlo změnit „trojí protřepání lístků“, kterého se dovolává žalobce.

IVb. Nesprávné právní posouzení

Stěžejní otázkou v dané věci tak je, zda žalobce při losování zájemců porušil ZVZ či nikoli.

Podle § 40 odst. 1 ZVZ omezil-li zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení nebo v jednacím řízení s uveřejněním, provede výběr ze zájemců, kteří splnili kvalifikaci, podle kritérií stanovených v oznámení zadávacího řízení.

Ustanovení § 25 odst. 1 věta druhá ZVZ konstatuje, že v zadávacím řízení je zadavatel povinen dodržovat zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči s výjimkami uvedenými v § 87, zákazu diskriminace a transparentnosti.

Soud předně souhlasí se žalobcem, že ZVZ omezení počtu zájemců losem blíže neupravoval. Z této skutečnosti však nelze dovodit, že by bylo losování nepřipustné. ZVZ totiž na možnost zadavatele omezit počet zájemců pro účast v užším řízení pamatoval. Způsob tohoto omezení však ponechával na zadavateli, který byl povinen kritéria 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. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost, nepřehlednost či obtížnější kontrolovatelnost zadávacího řízení, nebo jež vzbuzuje pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.

Postup žalobce, který v oznámení stanovil, že omezení zájemců bude provedeno losem za účasti notáře, tak nebyl v rozporu se ZVZ, neboť řádně oznámil, jakým způsobem dojde k omezení počtu zájemců a rovněž označený způsob, byl-li by dodržen, odpovídal základním zásadám zadávacího řízení. Losování, které je prováděno řádně, je totiž jistě dostatečně nediskriminační i transparentní. Zajištění toho, aby veškeré kroky prováděné v zadávacím řízení - zejména pak losování - nepůsobilo netransparentně, je přitom vždy na zadavateli příslušné veřejné zakázky. Ten tak měl v daném případě zabezpečit, aby losování probíhalo „férově“, působilo korektně a aby jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti.

Jak ale soud zjistil z videozáznamu předmětného losování, v daném případě žalobce při realizaci losování zásadu transparentnosti nedodržel.

Domnívá-li se žalobce, že nelze v důsledku různé sekundové délky při losování jednotlivých zájemců dospět k závěru o netransparentnosti losování, lze s ním v obecné rovině souhlasit. V daném případě však byla samotná doba losování čtvrtého a pátého zájemce natolik dlouhá, že sama bez dalšího vyvolala pochybnosti o férovém průběhu losování a způsobila jeho netransparentnost. Nic na tom nemění skutečnost, že v průběhu losování čtvrtého zájemce došlo k zatřepání s nádobou, neboť do doby trvání losování tohoto zájemce je třeba započítat jak časový interval před protřepáním s nádobou, tak po jejím protřepání. Navíc i kdyby soud přistoupil na argumentaci žalobce, je třeba zdůraznit, že v daném případě je i doba 16 vteřin, kterou trvalo losování čtvrtého zájemce po protřepání nádobou, dobou nepřiměřeně dlouhou. Soud se tak v této otázce plně ztotožňuje se žalovaným, že právě nepřiměřeně dlouhá doba losování čtvrtého a pátého zájemce je v daném případě jednoznačným indikátorem netransparentnosti losování. Pokud totiž losující osoba lístky z nádoby skutečně losuje, je zcela namístě, aby k vytažení jednotlivých lístků docházelo v době přiměřené (tedy zpravidla několika sekund a nikoli v řádu desítek sekund, jako se stalo v daném případě). Řádné losování, byť není ZVZ tento postup nikde upraven, má probíhat tak, že losující protřepe nádobou, vloží do ní ruku, tou v nádobě zamíchá a vytáhne lístek s číslem. Celá tato operace nemůže trvat zpravidla déle než několik málo sekund (a to včetně protřepání nádoby). Delší doba, kterou ponechává losující ruku v nádobě, a která se navíc stupňuje s počtem vylosovaných, již sama o sobě způsobuje netransparentnost losování. Pokud pak tato doba trvá více než půl minuty, jako se stalo v daném případě u čtvrtého a pátého zájemce, jedná se o skutečnost, která pochybnosti o tom, že losování neprobíhá férově, zcela nepochybně vzbuzuje. Takové losování pak nelze v žádném případě označit za transparentní, ale naopak za nečitelné a nepřehledné, neboť již tato nepřiměřená délka losování čtvrtého a pátého zájemce navozuje dohady o tom, že losující osoba nelosuje, nýbrž v nádobě hledá předem určený lístek, který má vytáhnout, avšak lístek se jí nedaří najít.

Pokud pak žalobce odůvodňuje délku losování tím, že se lístky zaklínily mezi sebe a losující je nemohl od sebe oddělit, právě uvedený závěr o netransparentnosti losování nijak nevyvrací. Smyslem losování totiž není, aby si losující všechny lístky v osudí, z nichž má jeden vybrat, „osahal“, nýbrž, aby náhodně jeden lístek vytáhl. Není tak vůbec potřeba, aby losující odděloval všechny zaklíněné lístky, jak údajně činil v daném případě. Jediná situace, kdy je třeba, aby zaklíněné lístky odděloval, totiž je, pokud je do lístku, který vytahuje z nádoby, zaklíněn lístek další. V takovém případě je pak losující povinen tyto lístky od sebe oddělit a vytáhnout pouze jeden. V daném případě však k takové situaci dojít nemohlo, neboť oddělení dvou zaklíněných lístků nikdy nemůže trvat déle než půl minuty. Žalobce ostatně vůbec nevysvětlil, proč oddělení zaklíněných lístků trvalo tak dlouho. Ze záznamu je navíc zřejmé, že losující neodděluje jeden zaklíněný lístek při jeho vytahování, ale že rukou v nádobě pohybuje. Rovněž ze záznamu neplyne, že by před zahájením losování, kdy byly lístky do nádoby umístovány, nebo po skončení losování, kdy byly lístky vysypány, jevily jakékoli známky zaklínění nebo slepení.

Poznámka žalobce o potících se prstech losujícího pak rovněž závěr o netransparentnosti nevyvrací, ale naopak spíše podporuje možné manipulování při losování. Lze si totiž zcela oprávněně klást otázku, proč by se měly losujícímu, který byl jako profesionál na losování najat, potit ruce. Losování totiž jistě nelze považovat za činnost natolik fyzicky náročnou, aby se u ní losující musel potit natolik, že by se lístky na něho měly lepit. Uvádí-li žalobce, že tomu tak bylo kvůli přetopené místnosti, soud poukazuje na to, že vyjma losujícího byly zbývající tři osoby v záběru kamery v oblečení s dlouhým rukávem (u mužů se jednalo o košili a sako), přičemž lze důvodně předpokládat, že pokud by v místnosti bylo opravdu tak přetopeno, bylo by to na těchto osobách znát, případně by si alespoň některá z nich sako odložila. Losování totiž jistě nelze považovat za akt, u něhož by bylo společensky neúnosné si sako svléci.

Rovněž námitka, že losující nádobu s lístky protřepával za účelem nestranného průběhu losování, nemůže na shora uvedeném nic změnit. Ať už se jedná o protřepání nádoby na počátku losování (jako se stalo v případě losování pátého zájemce) nebo během losování (jako losující učinil při losování čtvrtého zájemce), nemůže to nijak ovlivnit závěr o netransparentním průběhu losování, který je spatřován ve zcela nepřiměřené délce losování čtvrtého a pátého zájemce.

Na uvedeném nic nemění ani skutečnost, že se losující do nádoby nedíval a ani to, že měl košili s krátkým rukávem, případně že v „losování pokračoval“ i po vytažení pátého lístku. Žádná z těchto skutečností totiž nijak výše uvedený závěr o netransparentnosti losování nevyvrací. V daném případě sice průběh losování čtvrtého a pátého zájemce nevyloučil, že mohlo k manipulaci s lístky docházet, žalovaný však nikde neuvedl, že by tato manipulace měla spočívat v tom, že by losující vytáhl lístek z rukávu namísto z nádoby, ani v tom, že by v nádobě očima vyhledával konkrétní lístek. Právě k těmto způsobům možné manipulace však tyto žalobní námitky směřují. Jak vyplývá z videozáznamu i správních rozhodnutí, byť tento závěr výslovně uveden nikde není, manipulace, která by v daném případě připadala v úvahu, by spočívala v tom, že by losující hledal požadovaný lístek po hmatu. Tuto skutečnost však nelze v dané věci postavit najisto, neboť losovací lístky byly zlikvidovány.

Domnívá-li se pak žalobce, že je z rozhodnutí předsedy žalovaného (z jeho bodu č. 23), zřejmé, že všechny losovací lístky vykazovaly naprosto stejné povrchové vlastnosti, nemůže s ním zdejší soud souhlasit. Žádný takový závěr v rozhodnutí uveden není a ani z něho neplyne. Zcela lichá je tak žalobcova domněnka, že předseda žalovaného považoval za nemožné, aby losovací osoba hmatem identifikovala zájemce, resp. jednotlivé lístky.

Soud také pokládá za zcela nepatřičné žalobcovo přirovnání losování v dané věci s losováním cen v televizních soutěžích. V daném případě nešlo o losování nejhodnotnější ceny, jak uvádí žalobce ve svém příkladu, nýbrž o vylosování zájemců, kteří jsou v rovném postavení bez ohledu na to, jsou-li vytaženi první nebo poslední.

Žalobcem zmíněný způsob losování, který má diváky u televizních přijímačů udržovat v napětí, než se dozví, kdo bude ten šťastný, který nejhodnotnější cenu získá, v daném případě nebylo důvodu aplikovat a losující jej ani dle názoru soudu neaplikoval. Přestože bylo losování nahráváno kamerou, nedělo se tak „pro diváky“, ale zjevně z důvodu prokázání řádného průběhu losování. Ten se však žalobci prokázat nepodařil.

Soud tak opakovaně zdůrazňuje, že i kdyby byly hlasovací lístky opravdu slepené či do sebe zaklíněné, jak uvádí žalobce, nemohla by tato skutečnost ospravedlnit více jak půlminutové losování čtvrtého a pátého zájemce. Jak správně uvádí žalovaný, je vyloučeno, aby všechny lístky byly slepené nebo zaklíněné. Losující tak měl po protřepání nádobou vytáhnout první nezaklíněný a neslepený lístek, který mu přišel „pod ruku“. Každé další zdržení a „šátrání“ rukou už jen způsobuje pochybnosti o transparentnosti tohoto úkonu. Pokud pak losování čtvrtého a pátého zájemce trvalo více jak půl minuty, nelze je za transparentní považovat.

Soud se neztotožnil s názorem žalobce, že by žalovaný byl ovlivněn účelově upravenými internetovými verzemi záznamu. Nic takového totiž ze spisu neplyne. Naopak veškeré závěry žalovaného vycházejí ze záznamu, který mu během správního řízení předložil žalobce, přičemž není zřejmé (a žalobce to ani netvrdí), že by tento záznam byl jakkoli sestříhán či upraven.

Podle názoru soudu žádný dopad na zákonnost napadeného rozhodnutí nemělo ani vystoupení předsedy žalovaného v televizním zpravodajství, kde sděloval výsledek prvostupňového rozhodnutí. Z podané žaloby ostatně ani neplyne, v čem mělo být vystoupení předsedy žalovaného nekorektní a neobjektivní. Soud v obecné rovině souhlasí se žalobcem v tom, že je jistě vhodnější do médií o rozhodnutí hovořit až poté, co je jeho výsledek znám účastníkům, nicméně pouhá skutečnost, že tomu bylo v daném případě jinak, nemůže jakkoli ovlivnit zákonnost tohoto rozhodnutí. Soud navíc musí zohlednit fakt, že žalovaný je ústředním orgánem státní správy, jehož činnost je mediálně sledovaná, přitom vedoucí tohoto ústředního orgánu státní správy je vystaven mediálnímu tlaku ohledně vývoje jednotlivých případů, a tedy média jeho vyjádření k jednotlivým těmto případům očekávají. Tak tomu bylo i v právě projednávaném případě. Prohlášení předsedy žalovaného, přestože mohou v části adresátů vzbuzovat dojem, že o věci je již u žalovaného „předem rozhodnuto“, ovšem nemohou co do závěrů, k nimž dospívá žalovaný ve správním řízení, sama o sobě přivodit výsledek pro žalobce nepříznivý. Na řízení v obou stupních správního řízení je třeba důsledně nahlížet jako na jeden celek, na rozhodnutí postupně v jednotlivých instancích vydávaná je třeba nahlížet materiálně jako na jednotný výstup celého správního řízení před žalovaným. Závěry takového výstupu je za daného stavu třeba přezkoumávat dostatečně kriticky s vědomím možných tlaků ze strany vedoucího ústředního orgánu státní správy směrem k jeho podřízeným i s možným kritickým zohledněním veškerých průběžných *a priori* hlášených postojů vedoucího ústředního orgánu státní správy. Soud v takovém případě musí o to důsledněji a uvážlivěji posuzovat, zda výsledky dokazování jsou skutečně materializovány v podkladu rozhodnutí v tom směru, jak je deklarováno v napadeném rozhodnutí. Za situace, kdy již v průběhu správního řízení je ve vztahu k médiím, snad v rámci popularizace

činnosti žalovaného, znát prvky kategorických závěrů a *prima vista* i předjímacího postoje k výsledkům správního řízení, je na soudu, aby závěry obsažené v napadeném rozhodnutí přezkoumal s mimořádnou péčí, tj. posoudil, nakolik je závěr napadeného rozhodnutí skutečně opodstatněn jeho podkladem, jenž má oporu ve správním spisu (zda nejde o závěr, který toliko respektuje předchozí mediální vyjádření bez opory v podkladu rozhodnutí). V daném případě tak také soud učinil a jak je uvedeno výše shledal, že napadené rozhodnutí je vydáno na podkladě řádně a dostatečně zjištěného stavu věci.

Pokud jde o žalobcovu poznámku o „směšně“ nízké pokutě, tak tou se soud zabývat nemůže. Žalobce totiž nenamítal, že by pokuta byla uložena v nepřiměřené výši a nedomáhal se snížení pokuty či upuštění od ní podle § 65 odst. 3 s. ř. s. Soud je přitom oprávněn zkoumat vedle zákonnosti uložení pokuty právě pouze to, zda není nepřiměřeně vysoká. Takovou námitku však žalobce nevznesl.

Rovněž tak se soud nemůže zabývat jinými zadávacími řízeními, na něž žalobce poukazuje (vyjma toho, zda s ohledem na postup žalovaného v jiných věcech došlo k naplnění zásady legitimního očekávání – to však žalobce nenamítá). Předmětem daného řízení je přezkoumání zákonnosti rozhodnutí předsedy žalovaného a rozhodnutí žalovaného jemu předcházející, pouze ta je soud oprávněn v mezích žalobních bodů přezkoumávat (§ 65 odst. 1, § 75 odst. 2 s. ř. s.).

Výslech navržených svědků, stejně jako provedení důkazu trestním spisem považuje zdejší soud za nadbytečný. V daném případě je pro posouzení věci zcela dostačující jediný důkaz, a to žalobcem předložený videozáznam předmětného losování. Z tohoto videozáznamu, jehož pravost a úplnost nikdo nezpochybil, je totiž popsán děj i žalovaným sankcionované netransparentní jednání zcela zřejmé a jednoznačně zjistitelné. Výpovědi svědků, kteří se tohoto losování účastnili, by tak nemohly nic nového přinést. Totéž lze uvést i ve vztahu k trestnímu spisu, k němuž je navíc třeba uvést, že orgány činné v trestním řízení na danou situaci nahlížely z hlediska možného porušení zcela jiných právních předpisů než žalovaný a zdejší soud.

V. Závěr

Soud tedy uzavírá, že neshledal důvodnou žádnou ze žalobcem uvedených námitek a plně se ztotožnil se žalovaným v tom, že v daném případě je z videozáznamu zřejmé, že průběhem losování porušil žalobce zásadu transparentnosti zadávacího řízení, neboť dlouhá doba trvání losování čtvrtého a pátého zájemce vyvolává dojem, že nejde o losování, ale spíše o „vyhledávání“ konkrétních lístků. Žalobu proto jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl.

VI. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení o žalobě se opírá o § 60 odst. 1 a 7 s. ř. s. Žalobce ve věci úspěšný nebyl, proto mu náhrada nákladů řízení nepřísluší. Ta by příslušela

žalovanému, neboť ten měl ve věci plný úspěch. Soud však neshledal, že by žalovanému vznikly náklady, jež by převyšovaly náklady jeho jinak běžné administrativní činnosti. Proto soud rozhodl, že se žalovanému náhrada nákladů řízení nepřiznává.

P o u ě n í : Proti tomuto rozhodnutí, je přípustná kasační stížnost za podmínek § 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 něho jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2 a 4 s. ř. s.).

V Brně dne 19. ledna 2010

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

Za správnost vyhotovení:
Jaroslava Předešlá