



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY**

Nevyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Matyášové a soudců JUDr. Jakuba Camrdy a Mgr. Gabriely Bašné v právní věci žalobce: **Svazek obcí Nové Syrovice a Láz – kanalizace a ČOV**, se sídlem Nové Syrovice 2, zast. JUDr. Jaromírem Bláhou, advokátem AK Němec, Bláha & Navrátilová, se sídlem Prvního pluku 206/7, Praha 8, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 27. 4. 2018, č. j. 30 Af 18/2016 – 101,

t a k t o :

- I.** Kasační stížnost **se zamítá.**
- II.** Žalovaný **je povinen** uhradit žalobci náhradu nákladů řízení ve výši 4114 Kč k rukám JUDr. Jaromíra Bláhy, advokáta AK Němec, Bláha & Navrátilová, se sídlem Prvního pluku 206/7, Praha 8, do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

O d ů v o d n ě n í :

[1] Kasační stížností se žalovaný (dále „stěžovatel“) domáhá zrušení shora označeného rozsudku krajského soudu, kterým bylo zrušeno rozhodnutí předsedy stěžovatele ze dne 17. 12. 2015, č. j. ÚOHS-R45/2015/VZ-44887/2015/322/Dru; tímto rozhodnutím byl zamítnut rozklad žalobce a potvrzeno prvostupňové rozhodnutí stěžovatele ze dne 16. 1. 2015, č. j. ÚOHS-S998/2014/VZ-1679/2015/531/JDo. Tímto rozhodnutím byl žalobce shledán vinným ze spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném pro projednávanou věc (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), za což mu byla uložena pokuta ve výši 200 000 Kč.

[2] Žalobce jako zadavatel zahájil podle zákona o veřejných zakázkách dne 22. 12. 2010 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění užší řízení za účelem zadání veřejné zakázky „*Nové Syrovice a Láz - splašková kanalizace a ČOV*“; oznámením ze dne 27. 1. 2011 informoval zájemce o veřejnou zakázku o místě a času losování.

[3] Dne 2. 2. 2011 bylo provedeno vlastní omezení počtu zájemců formou losování ve smyslu § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, a to prostřednictvím elektronického zařízení, za účasti notářky JUDr. Libuše Žatecké, která dne 4. 2. 2011 vyhotovila o průběhu

losování notářský zápis č. NZ 12/2011, N 12/2011. Žádost o účast v užším řízení o veřejnou zakázku žalobci doručilo devatenáct zájemců a do užšího výběru bylo zařazeno osmnáct zájemců, kteří splnili kvalifikační předpoklady. Protokol o výsledku losování ze dne 2. 2. 2011 obsahuje 10 vylosovaných zájemců pod čísly 17, 8, 6, 3, 11, 16, 4, 7, 15 a 9, kteří byli následně žalobcem vyzváni k podání nabídky. Z oznámení o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 11. 5. 2011 vyplynulo, že jako nejvhodnější nabídka byla vybrána nabídka uchazeče SYNER VHS Vysočina, a.s.; dne 11. 7. 2011 žalobce uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo č. 275/2011 na plnění veřejné zakázky.

[4] Dne 16. 1. 2015 stěžovatel vydal prvostupňové rozhodnutí, kterým žalobce shledal vinným ze spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že při zadávání veřejné zakázky „*Nové Syrovice a Lázeň - splašková kanalizace a ČOV*“ v užším řízení porušil a nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 téhož zákona; dospěl k závěru, že způsob omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku za použití elektronického losovacího zařízení, k němuž došlo dne 2. 2. 2011, neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování; nebyla tedy zachována zásada transparentnosti losování, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za spáchání tohoto správního deliktu byla žalobci uložena pokuta ve výši 200 000 Kč.

[5] Proti tomuto rozhodnutí žalobce podal rozklad, který předseda stěžovatele zamítl a prvostupňové rozhodnutí potvrdil. Proti tomuto rozhodnutí podal žalobce žalobu, které krajský soud rozsudkem, jehož zrušení se nyní stěžovatel kasační stížností domáhá, vyhověl.

[6] Krajský soud nepřisvědčil stěžovateli, který dospěl k závěru, že v šetřeném případě byla zcela jednoznačně dána kumulace pochybností o transparentním průběhu losování; tyto pochybnosti správní orgán spatřoval v tom, že plomba, kterou bylo použité losovací řízení zaplombováno (zapečetěno), neumožňovala ze své podstaty vyloučení ovlivnitelnosti losovacího programu; použití daného losovacího zařízení a jeho povaha fakticky zájemcům o veřejnou zakázku, resp. jejich zástupcům, kteří byli losování přítomni, znemožnily reálnou kontrolu losovacího zařízení i samotného losování z hlediska možné ovlivnitelnosti losovacího programu; dle stěžovatele se mělo losovací zařízení po ukončení losování chovat neobvykle a nestandardně a následně došlo k jeho resetování, přičemž tento incident nebyl žalobcem zanesen do notářského zápisu, a to s odůvodněním, že proces losování byl již ukončen. Krajský soud především konstatoval, že s ohledem na skutkové okolnosti této věci nelze dospět k závěru, že by zde byla dána kumulace natolik intenzivních důvodů, které by zakládaly pochybnosti o transparentnosti losování, potažmo zadávacího řízení; odůvodnil dále, že skutkové okolnosti této věci ji odlišují od věcí dříve jím řešených pod sp. zn. 62 Af 47/2010, sp. zn. 62 Af 61/2012, sp. zn. 29 Af 114/2015 a sp. zn. 30 Af 9/2016, na které stěžovatel odkazoval, resp. z nichž převzal stěžovatel, jakož i předseda stěžovatele svoji argumentaci.

[7] Dle krajského soudu především nelze dovodit porušení zákona zadavatelem již jen proto, že při omezení počtu zájemců pro losování zadavatel použil elektronické losovací zařízení, když toto jeho použití zákon v rozhodném období výslovně předpokládal. Samotné použití losovacího zařízení zadavatelem tedy - bez současného přistoupení dalších důvodů - nelze jako porušení zásady transparentnosti hodnotit. Stejně tak otázku dostatečnosti plombování losovacího zařízení nelze samu o sobě (a dle krajského soudu ani v kombinaci s předchozím důvodem spočívajícím ve vlastním použití elektronického zařízení) považovat za způsobitou vést k závěru o porušení zásady transparentnosti proběhlého losování; poukázal na to, že v souvislosti se zabezpečením losovacího zařízení plombou je z notářského zápisu o průběhu losování patrné, že žalobce

pokračování

k omezení počtu zájemců použil elektronické losovací zařízení CENT LOZ 001; vlastní losovací zařízení bylo popsáno blíže v notářském zápisu, právní předpisy či technické normy v tomto ohledu nestanovily žádné závazné požadavky na certifikaci elektronických losovacích zařízení či stvrzení nezávislou autoritou, a stejně tak právní úprava neobsahovala ani podrobnější úpravu podmínek a náležitostí týkajících se plombování losovacích zařízení. Dle krajského soudu by mohla být jako porušení zásady transparentnosti hodnocena pouze taková situace, kdyby k výše popsaným okolnostem přistoupila zároveň okolnost další - shodně jako v případech řešených dosavadní judikaturou, a to např. v podobě odmítnutí přečíslování zájemců, která by v kombinaci s výše uvedenými důvody založila významné pochybnosti o regulérnosti průběhu losování, potažmo dodržení zásady transparentnosti; v této souvislosti krajský soud odkázal na četnou judikaturu týkající se zadávacích řízení.

[8] Krajský soud nepřisvědčil stěžovateli ani stran neuvedení resetu zařízení po skončení losování do notářského zápisu, což stěžovatel vyhodnotil jakožto nedodržení zásady transparentnosti; fakt, že tato námitka v notářském zápisu absentuje, přitom dle stěžovatele vzbuzuje pochybnosti o pravých důvodech kroků zadavatele a o regulérnosti průběhu losování, neboť zjevně zakládá pochybnost, zda zadavatel v šetřeném případě „neměl důvod něco skrývat“. Dle krajského soudu tyto závěry však nejsou náležitě důkazně podloženy a opírají se toliko o tvrzení jednoho ze zájemců - COLAS CZ, a.s., obsažené v jím podaných námitkách a posléze v návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, kterým bylo iniciováno správní řízení; toto správní řízení však bylo následně usnesením ze dne 28. 4. 2011 zastaveno, neboť navrhovatel (společnost COLAS CZ, a.s.) vzal svůj návrh na přezkoumání úkonů zadavatele zpět. Krajský soud za dostatečný důkaz nepovažoval ani protokol vyhotovený příslušným finančním úřadem o výslechu svědka A. K., který se losování, jímž došlo k omezení počtu zájemců o šetřenou veřejnou zakázku, účastnil coby zástupce společnost COLAS CZ, a.s., neboť výpověď tohoto svědka stěžovatelem tvrzenou skutečnost nepotvrzuje. Krajský soud dále odkázal na výsledky dalších svědků, které provedl příslušný správce daně v souvislosti s řízením vedeným se žalobcem ve věci porušení rozpočtové kázně, z jejichž výpovědí shodně vyplynulo, že přítomní měli možnost zkontrolovat losovací zařízení, přesvědčit se o jeho neporušenosti s tím, že byly předloženy také certifikáty k losovacímu zařízení, které si každý mohl prohlédnout; k natočení losovacího zařízení nedošlo, po celou dobu bylo na losovací zařízení zřetelně vidět. Jeden svědek vypověděl, že byla umožněna kontrola zařízení, nevybavoval si však, že by někdo z účastníků o možnost kontroly žádal. Stejně tak si nevybavoval ani to, že by se stalo cokoli výjimečného. Proto další dotazy stran zdůvodnění, proč nebylo možné událost (spadnutí nebo resetování) zaznamenat do notářského zápisu, pokládal svědek za bezpředmětné. Rovněž druhý ze jmenovaných svědků uvedl, že si nepamatuje, že by někdo žádal o kontrolu zařízení, a následkem toho tedy ani to, že by tato kontrola nebyla někomu umožněna. Ani tento svědek si nebyl vědom žádné mimořádné situace, spočívající např. v náhlém vypnutí (spadnutí) losovacího zařízení a jeho restartování. Na základě uvedených skutečností krajský soud konstatoval, že v řízení nebylo prokázáno, že by se žalobce dopustil porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách, a tedy vytýkaného správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) téhož zákona, proto rozhodnutí předsedy stěžovatele zrušil.

[9] Stěžovatel kasační stížností napadá rozsudek krajského soudu z důvodu nepřezkoumatelnosti spočívající v nedostatku důvodů rozhodnutí; tato vada mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé. Stěžovatel nerozporuje krajským soudem v obecné rovině provedený výklad pojmu transparentnost, ale nesouhlasí s aplikací tohoto výkladu na posuzovaný případ; jednání zadavatele, jakož i další okolnosti případu, považuje stěžovatel za hůře kontrolovatelné, nepřehledné, tj. netransparentní. Stěžovatel připouští, že při posouzení věci vycházel z rozsudku krajského soudu ve věci sp. zn. 62 Af 61/2012, a to s ohledem na skutečnost, že v době vydání napadeného rozhodnutí neexistovalo jiné soudní

rozhodnutí, které by podrobněji určilo hranice provedeného výkladu transparentnosti, tento pojem zpřesnilo, či dovodilo výklad opačný. Nezbyvalo jinak, než s ohledem na zásadu presumpce správnosti soudních rozhodnutí dospět k závěru učiněnému v napadeném a prvostupňovém rozhodnutí. Stěžovatel totiž nerozhodl tak, že by legální použití losovacího zařízení nebylo nikdy možné; v tomto konkrétním případě dospěl k závěru, že šetřený případ provází takový souhrn indicií, které způsobují pochybnost o korektnosti průběhu losování, což postačuje k učinění závěru o porušení zásady transparentnosti.

[10] Stěžovatel si je vědom, že dle znění zákona účinného v době zahájení zadávacího řízení byl jednou z možností omezení počtu zájemců i náhodný výběr losem (losování), vyhradil-li si zadavatel tuto možnost v oznámení zadávacího řízení, což zde zadavatel učinil. Stěžovatel poukazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 61/2012, ze dne 6. 6. 2013, v němž se krajský soud rovněž vyjádřil k použití elektronického losovacího zařízení CENT LOZ 002 (v šetřeném případě bylo použito losovací zařízení CENT LOZ 001), přitom uvedl, že použití daného losovacího zařízení fakticky znemožňuje kontrolu losovacího zařízení CENT LOZ 002 i samotného losování a dále doplnil, že fakt, že notář pořizující záznam uvedl, že použité losovací zařízení nemělo žádné aktivní komunikační rozhraní, že jeho zadní víko bylo pevně spojeno se zbytkem zařízení pomocí bezpečnostní pečeti a že losovací zařízení vykazovalo další technické parametry, neznamená více, než že notář zachytil vyjádření osoby, která losování (za zadavatele) moderovala, aniž by se sám notář mohl k uvedeným technickým otázkám „sám“ odborně vyjadřovat, tedy tyto otázky zjišťovat a ověřovat. V nyní napadeném rozsudku krajský soud dovozuje, že samotné použití losovacího zařízení zadavatelem – bez současného přistoupení dalších důvodů – nelze jako porušení zásady transparentnosti hodnotit a že otázku dostatečnosti plombování losovacího zařízení nelze samu o sobě považovat za způsobitou vést k závěru o porušení zásady transparentnosti proběhlého losování. K tomu stěžovatel uvádí, že otázka funkčnosti a trvanlivosti plombování je pro posouzení naplnění předpokladu transparentnosti losování nezanedbatelná, neboť není zaručeno, že neexistoval volný přístup k softwaru losovacího zařízení. Skutečnost, že zařízení použité pro losování nemuselo být dostatečně zabezpečeno, je okolností přispívající k závěru, že postup zadavatele byl netransparentní, přičemž je třeba na tomto místě zdůraznit, že pro porušení uvedené zásady je postačující, pokud okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti a řádnosti průběhu losování a není třeba dokazovat skutečnou nedovolenou manipulaci se zařízením při losování.

[11] Stěžovatel nesdílí názor krajského soudu, že je možné, aby jako porušení zásady transparentnosti byla hodnocena pouze taková situace, kdyby k neověřitelnosti umístění bezpečnostní pečeti přistoupila zároveň okolnost další, která by v kombinaci s touto okolností založila významné pochybnosti o regulérnosti průběhu losování. Stěžovatel má za to, že indicie popsané v napadeném rozhodnutí, a sice že plomba na použitém losovacím zařízení nezajišťovala nemožnost ovlivnění losovacího programu, a v návaznosti na to, že účastníci losování, zejména zájemci o veřejnou zakázku a jejich zástupci nebyli z povahy věci schopni „neovlivnitelnost“ losovacího programu během průběhu losování nikterak reálně zkontrolovat, napovídají, že způsob omezení počtu zájemců neumožňoval účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, a že tedy postup zadavatele v šetřeném zadávacím řízení byl rozporný se zásadou transparentnosti. K popsaným pochybnostem nadto přistupuje i další okolnost, a sice že losovací zařízení se po ukončení losování „chovalo“ neobvykle a nestandardně, když generátor náhodných čísel „spadl“ a následně došlo k jeho resetování, přičemž ono nestandardní „chování“ nebylo zadavatelem zaneseno do notářského zápisu, a to s odůvodněním, že proces losování byl již ukončen. Uvedené nemůže vést k jinému závěru, než že omezení počtu zájemců o šetřenou veřejnou zakázku prostřednictvím náhodného výběru losem nebylo zadavatelem učiněno v souladu se zásadou transparentnosti zadávacího řízení.

pokračování

Kumulace shora nastíněných pochybností o zákonném průběhu losování tudíž způsobila nezákonnost zadávacího řízení jako celku. Právě okolností nestandardního chování generátoru náhodných čísel po ukončení losování, jakožto další indicií vzbuzující pochybnosti o transparentním průběhu losování, se krajský soud vůbec nezabýval, když v napadeném rozsudku pouze citoval relevantní pasáže z protokolu finančního úřadu o výsledku svědka. K tomu bez bližšího odůvodnění uzavřel, že v daném případě nelze závěry o kombinaci vícero faktorů, které by ve svém souhrnu měly za následek porušení zásady transparentnosti, vztáhnout na daný případ. Krajský soud vůbec neodůvodnil, z jakého důvodu k takovému závěru dospěl, proč skutečnosti uvedené v protokolu finančního úřadu o výsledku svědka nepovažuje za relevantní a proč naopak vycházel jen z konstatování dalších dvou svědků, kteří si žádnou mimořádnou situaci provázející losování nebo následující po ukončení losování nevybavovali. Skutečnost, že si někteří z přítomných uchazečů nestandardního chování nevšimli nebo si na něj nepamatovali, ještě nemůže bez dalšího znamenat, že losování proběhlo řádně, když naopak jiný z přítomných uchazečů nestandardní chování losovacího zařízení namítal, a to jak ve svých námitkách, tak následně v návrhu. Fakt, že generátor náhodných čísel během testování losovacího zařízení, k němuž došlo po ukončení losování, nefungoval řádně, však přiznává i samotný zadavatel. V rozhodnutí zadavatele ze dne 22. 2. 2011 o námitkách zájemce C OLAS C Z, a.s., je totiž, mimo jiného uvedeno, že „(...) JUDr. Žatecká zaznamenala jak průběh losování, tak události, které mu předcházely. K uvedenému „spadnutí“ a resetování losovacího zařízení došlo až v okamžiku, kdy bylo losování oficiálně ukončeno (...)“. S tímto zjištěním se však krajský soud žádným způsobem nevypořádal. Stěžovatel však uvedenou skutečnost považuje za další indicii způsobující pochybnost o řádném průběhu losování a tedy skutečnost zásadní pro učinění závěru o posuzované věci. Stěžovatel považuje rozhodovací praxi správních soudů za ustálenou a poměrně širokou (srov. např. rozsudek ve věci sp. zn. 1 Afs 45/2010, sp. zn. 6 As 86/2016, sp. zn. 10 As 105/2016, sp. zn. 1 Afs 64/2013). Ať už se uvedené rozsudky týkaly různých druhů losování, ve všech zmíněných věcech dospěly soudy k závěru, že v případě kombinace více skutečností provázejících losování, které vzbuzují pochybnost o jeho férovosti a čitelnosti, postačí pouhá existence takových skutečností k učinění závěru o porušení zásady transparentnosti. Pokud v šetřené věci zjištěné skutečnosti dle krajského soudu nepostačují ke konstatování porušení zásady transparentnosti, pak stěžovatel postrádá v napadeném rozsudku řádné odůvodnění takového závěru. Nevyplývá z něj totiž, kde stojí hranice, kdy „ještě“ je transparentnost losování zachována a kdy „již“ zachována není a je naopak porušen zákon. Kolik indicií a jaké intenzity je k porušení zásady transparentnosti potřeba. Krajský soud k tomu nedává stěžovateli žádné vodítko a tímto nedostatečným odůvodněním svých závěrů soud porušuje princip právní jistoty a předvídatelnosti rozhodování. Stěžovateli dále není jasné, z čeho krajský soud dovodil, že pochybnosti o regulérnosti průběhu losování mají být významné. Sám krajský soud totiž v části napadeného rozsudku zabývajícího se výkladem neurčitého právního pojmu transparentnost citoval ze soudních rozhodnutí, že transparentním je postup, který „nevzbuzuje žádné reálné a objektivizované pochybnosti“ (...), dále že důkazní břemeno „spočívá v neexistenci jakýchkoli reálných a objektivizovaných pochybností o způsobu a průběhu losování“, a dále že je třeba, aby průběh losování „nevvolával žádné pochybnosti“, a že netransparentnosti nasvědčují takové prvky, které činí zadávací řízení **hůře** kontrolovatelným,“ a nikoli zcela (významně) nekontrolovatelným. Skutečnost, že jakékoli reálné – a nikoli pouze významné – pochybnosti nasvědčují možnému porušení zásady transparentnosti, vyplývá i z toho, že k možnosti porušení této zásady postačí pouhá potencialita takového porušení, kdy není třeba dokazovat manipulaci při losování.

[12] Stěžovatel má vzhledem k výše uvedenému za to, že výrok I. napadeného rozsudku krajského soudu je nezákonný z důvodu nesprávného posouzení právní otázky soudem; stěžovatel zároveň napadá i výrok II. téhož rozsudku, neboť se jedná o výrok týkající se nákladů řízení, který je navázán na výrok I. napadeného rozsudku krajského soudu. Na základě výše

uvedeného stěžovatel navrhuje, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[13] Žalobce ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že se domnívá, že argumentace posuzované kasační stížnosti není vlastně namířena ani tak proti samotnému napadenému rozhodnutí, ale spíše se jedná o jakousi „obhajobu“ vlastních rozhodnutí vydaných v této věci stěžovatelem. Argumentace stěžovatele je pojata velmi defenzivně a je zaměřena především na „vysvětlování“, proč rozhodl tak, jak rozhodl, a na odůvodnění souladu těchto rozhodnutí s právními předpisy a dosavadní soudní judikaturou. To však není předmětem přezkumu v rámci řízení o kasační stížnosti; je zcela irelevantní, zda byla původní rozhodnutí stěžovatele v souladu s právními předpisy - v řízení o kasační stížnosti se zkoumá napadené rozhodnutí krajského soudu, nikoliv jemu předcházející rozhodnutí správních orgánů. Co se týče tvrzené kumulace okolností narušujících transparentnost, krajský soud si byl vědom toho, že pokud zákon o veřejných zakázkách v rozhodné době výslovně dovozoval používat v zadávacím řízení i losování jako jednu z forem omezování počtu účastníků takového zadávacího řízení, pak nelze využití této možnosti zadavatelem a priori kriminalizovat a klást na zadavatele neadekvátní a v praxi obtížně splnitelné či nesplnitelné požadavky (srov. zejména bod 36 napadeného rozhodnutí). Pokud jde o zaplombování losovacího zařízení a možnost účastníků zadávacího řízení ověřit si řádnou funkčnost tohoto zařízení, není možné dovozovat narušení transparentnosti z toho, že zadavatel (tj. zde žalobce) neučinil konkrétní kroky a opatření, k nimž nebyl podle právních předpisů nijak povinen. Představa stěžovatele uvedená v bodě 65 jeho rozhodnutí o rozkladu ohledně způsobu umístování plomby na losovací zařízení jde zcela nad rámec jakýchkoliv právem definovaných povinností zadavatele a klade na něj zcela nepřiměřené a hlavně předem nezjistitelné požadavky (opravdu není v silách zadavatele, aby při využití zákonem aprobovaného a výslovně upraveného postupu zajistil též plnění nikde a nikým nedefinovaných „povinností“, které teprve s odstupem několika let zformuluje orgán dohledu). Představa stěžovatele o podmínkách, za nichž by (snad) bylo losování v souladu s požadavkem transparentnosti, je zasazena zcela mimo realitu, přičemž z napadených dřívějších rozhodnutí stěžovatele je zřejmé, že ani on sám neměl žádnou konkrétní představu o tom, jakými konkrétními a reálně proveditelnými/splnitelnými opatřeními měl žalobce zajistit regulérnost provedeného losování. Žalobce tak konstatuje, že krajský soud vhodným způsobem korigoval úvahy stěžovatele a přiblížil je reálným podmínkám zadávacích řízení při současném zohlednění faktických možností, kterými žalobce jako zadavatel v rozhodné době disponoval. Závěr krajského soudu o tom, že jednotlivé zkoumané dílčí okolnosti nebyly ve svém souhrnu tak závažné, aby založily relevantní pochybnost o transparentnosti losování, tak je zcela správný a je v napadeném rozhodnutí přesvědčivě odůvodněn. K údajnému nestandardnímu chování losovacího zařízení žalobce dodává, že pokud stěžovatel poukazuje (včetně citace příslušné pasáže) na žalobcovo rozhodnutí o námitkách zájemce COLAS CZ, a.s., dopouští se zde dezinterpretace žalobcovy argumentace obsažené v předmětném rozhodnutí. Žalobce se zde totiž vůbec nevyjadřoval k tomu, zda a jakým způsobem došlo k dysfunkci losovacího zařízení; pokud snad žalobce ve svém rozhodnutí o námitkách uvedl, že k „*uvedenému spadnutí a resetování losovacího zařízení došlo až v okamžiku, kdy bylo losování oficiálně ukončeno*“, pak tím měl na mysli spadnutí a resetování dle tvrzení zájemce COLAS CZ, a.s. (tj. slovo „*uvedenému*“ se vztahovalo k popisu děje, jenž uvedl dotčený zájemce), aniž by se však jakkoliv vyjadřoval k tomu, zda k takovému ději skutečně došlo. Jinými slovy, žalobce se uvedenou námitkou zájemce ve věcné rovině nezabýval, neboť i kdyby byla pravdivá (což ale žalobce v žádném případě nepotvrdil), tak by byla irelevantní z důvodu omezeného časového úseku, který byl notářským zápisem zaznamenáván. Z provedeného dokazování tak nelze učinit konkrétní závěr o tom, že by se losovací zařízení někdy chovalo nestandardně, a tudíž ani nelze toto neprokázané nestandardní chování přičítat žalobci k tíži a opírat o ně závěr o porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení. Krajský soud tak v tomto ohledu postupoval zcela správně a v souladu

pokračování

s provedeným dokazováním. Žalobce konečně uvádí, že není pravdou, že by krajský soud v napadeném rozhodnutí vybočil z mezí dosavadní judikatury. Právě naopak, krajský soud tuto judikaturu velmi důsledně aplikoval a při hodnocení posuzovaného případu z ní striktně vycházel. Pokud následně dospěl krajský soud k závěru, že jednotlivé problematické okolnosti, které měly doprovázet předmětné losování provedené žalobcem, nezakládají ve svém souhrnu natolik relevantní pochybnost, aby odůvodňovaly závěr o nedodržení zásady transparentnosti, pak se tím nijak neprovinil proti stávající judikatuře, ale naopak náležitým způsobem zohlednil jedinečné okolnosti tohoto konkrétního případu a nenechal se zmást tím, že v dřívější judikatuře týkající se této problematiky dospěly soudy vždy k závěru, že zadavatel porušil základní zásady podle § 6 zákona o veřejných zakázkách. Krajský soud zcela správně respektoval princip, že každý případ je nutno posuzovat individuálně a přihlížet ke všem okolnostem, které vyjdou najevo; není možné slepě aplikovat skutkové závěry dřívější judikatury jenom proto, že se jedná o obdobné případy - právě v drobných detailech, kterými se nyní posuzovaný případ odlišuje od případů řešených dosavadní judikaturou, se skrývá důvod, proč krajský soud neshledal na straně žalobce žádné porušení zásady transparentnosti. Nesprávný je naopak postup, který prosazuje stěžovatel. Jak ostatně stěžovatel ukázal již ve svých rozhodnutích vydaných v rubrikované věci, zcela rezignoval na kritické posouzení všech jedinečných okolností tohoto případu a spokojil se s tím, že se jedná o podobný případ jako např. ve věci sp. zn. 62 Af 61/2012, a tudíž je namístě učinit stejné skutkové i právní závěry. Tento přístup stěžovatele byl nepřiměřeně zjednodušující a – jak nyní ukázal i krajský soud - v daném případě chybný. Žalobce navrhuje, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl.

[14] Nejvyšší správní soud po konstatování včasnosti kasační stížnosti, jakož i splnění ostatních podmínek řízení, přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu a z důvodů, které stěžovatel v kasační stížnosti uplatnil (§109 odst. 3 s. ř. s.), současně přihlížel k tomu, zda rozsudek krajského soudu netrpí vadami, k nimž by byl Nejvyšší správní soud povinen přihlídnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 4 s. ř. s.).

[15] Kasační stížnost není důvodná.

[16] V posuzované věci je mezi účastníky řízení spor o to, zda žalobce postupoval při omezení počtu zájemců v rámci přezkoumávaného zadávacího řízení za pomoci elektronického losovacího zařízení v souladu se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Žalobce byl shledán vinným ze spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) uvedeného zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky v užším řízení, jehož oznámení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 23. 12. 2010 pod ev. č. 60054472, a jejíž oznámení o zadání bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 22. 7. 2011 pod ev. č. 60062915, nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona, když způsob omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku za použití elektronického losovacího zařízení, k němuž došlo dne 2. 2. 2011, neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování, a tedy nebyla zachována zásada transparentnosti losování, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výsledek zadávacího řízení.

[17] Stěžovatel spatřuje vadnost napadeného rozhodnutí v těchto stěžejních aspektech: 1) v posuzovaném případě bylo přítomno tolik jednotlivých okolností, které vyvolávaly pochybnost o transparentnosti provedeného losování (objektivní nemožnost účastníků losování zkontrolovat funkci losovacího zařízení, nedůvěryhodnost plomby umístěné na tomto zařízení, nestandardní chování zařízení po skončení ostrého losování), že tyto okolnosti ve svém souhrnu zakládaly porušení zásady transparentnosti dotčeného zadávacího řízení; 2) krajský soud se náležitě

argumentačně nevypořádal se zjištěními týkajícími se nestandardního chování použitého losovacího zařízení po skončení ostrého losování; 3) napadené rozhodnutí vybočuje z ustálené rozhodovací praxe představované zejména rozsudky ve věci sp. zn. 1 Afs 45/2010, 6 As 86/2016, 10 As 105/2016 a 1 Afs 64/2013. Krajský soud rovněž dostatečně nevysvětlil, kde podle něj leží ona hranice mezi situací, kdy je transparentnost losování ještě zachována a kdy už nikoliv.

[18] Nejvyšší správní soud se nejprve musel zabývat stěžovatelem namítanou vadou nepřezkoumatelnosti napadeného rozsudku; shledal-li by totiž tuto námitku důvodnou, tato vada by již sama o sobě bránila meritornímu přezkumu.

[19] Za nepřezkoumatelné ustálená judikatura považuje takové rozhodnutí soudu, z jehož výroku nelze zjistit, jak vlastně soud ve věci rozhodl, tj. zda žalobu zamítl, odmítl nebo jí vyhověl, případně, jehož výrok je vnitřně rozporný; rozhodnutí, které postrádá základní zákonné náležitosti, z něhož nelze seznat, o jaké věci bylo rozhodováno či jak bylo rozhodnuto, které zkoumá správní úkon z jiných než žalobních důvodů, dále takové rozhodnutí, které neobsahuje právní závěry vyplývající z rozhodných skutkových okolností nebo jejichž důvody nejsou ve vztahu k výroku jednoznačné. Nepřezkoumatelné je rovněž rozhodnutí, které je zatíženo vadami skutkových zjištění, která utvářejí rozhodovací důvody, typicky tedy, kde soud opřel rozhodovací důvody o skutečnosti v řízení nezjišťované, případně zjištěné v rozporu se zákonem anebo tam, kdy není zřejmé, zda vůbec nějaké důkazy v řízení byly provedeny (srov. např. rozsudky NSS sp. zn. 2 Ads 58/2003, sp. zn. 2 Azs 47/2003, sp. zn. 2 Ads 33/2003, sp. zn. 4 Azs 27/2004, sp. zn. 6 Ads 57/2004, sp. zn. 7 Afs 212/2006, etc.) Nejvyšší správní soud konstatuje, že nepřezkoumatelnost přitom není projevem nenaplněné subjektivní představy stěžovatele o tom, jak podrobně by mu měl být rozsudek odůvodněn, ale objektivní překážkou, která kasačnímu soudu znemožňuje přezkoumat napadené rozhodnutí (srov. rozsudek NSS ze dne 28. 2. 2017, č. j. 3 Azs 69/2016 - 24). Nejvyšší správní soud takové vady rozsudku krajského soudu, který se srozumitelným způsobem vypořádal s námitkami uplatněnými v žalobě, neshledal. Z jeho obsahu je jasné, jaké otázky – v návaznosti na žalobní body – krajský soud považoval za rozhodné, a vzájemná souvislost jednotlivých úvah, jakož i nosné důvody (*ratio decidendi*), které v napadeném rozsudku vyslovil, jsou zřetelné.

[20] Nejvyšší správní soud konstatuje, že krajský soud přehledným a logickým způsobem vysvětlil svoje právní i skutkové úvahy založené zejména na skutečnosti, že v situaci, kdy omezování počtu účastníků zadávacího řízení losováním bylo v rozhodné době zákonem výslovně aprobováno a předvídáno, a zároveň nebyly žádným právním předpisem stanoveny konkrétnější technické či jiné požadavky na konstrukci a použití losovacího zařízení ani na realizaci samotného losování, nelze klást na zadavatele přehnané požadavky a přičítat mu k tíži, že neučinil opatření, k nimž nebyl podle právních předpisů vůbec povinen, a nutnost jejichž provedení z ničeho nevyplývala.

[21] Podle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, ve znění účinném pro projednávanou věc, může být objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců 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 tohoto zákona prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování. Účastnit se losování mají právo zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyzoomí nejméně 5 dnů před losováním. Podle odst. 5 téhož ustanovení zákona je zadavatel povinen umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.

pokračování

[22] Zákon o veřejných zakázkách stanovil následující podmínky pro omezení počtu zájemců losování: 1) soulad se zásadami uvedenými v § 6 zákona o veřejných zakázkách; 2) uskutečnění losování prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení; 3) účast notáře, který osvědčuje průběh losování; 5) písemné vyrozumění o termínu losování nejméně 5 dnů před losováním; 6) umožnění zájemcům reálně zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.

[23] Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zástupce žalobce oznámením ze dne 27. 1. 2011 informoval 18 zájemců o veřejnou zakázku o místě a času losování, kdy uvedl, že se losování uskuteční dne 2. 2. 2011 v 10.00 hod. v zasedací místnosti zástupce žalobce. Z Protokolu o průběhu a výsledku losování ze dne 15. 2. 2011 vyplynulo, že omezení počtu zájemců, kteří podali žádost o účast v šetřeném zadávacím řízení, proběhlo dne 2. 2. 2011 v 10.00 hod. v zasedací místnosti zástupce žalobce, a to náhodným výběrem losem. Osobami pověřenými k provedení aktu omezení počtu zájemců losováním byly JUDr. J. B. (organizační zabezpečení) a pan O. Č. (obsluha losovacího zařízení); notářkou osvědčující průběh losování byla JUDr. Libuše Žatecká; přílohou protokolu o losování byl mimo jiné notářský zápis ze dne 4. 2. 2011 sepsaný výše označenou notářkou pod č. NZ 12/2011, N 12/2011. Z notářského zápisu vyplynulo, že losující byl k tomuto úkonu pověřen jakožto zástupce společnosti VE-ZAK CZ s.r.o. zástupce žalobce ke dni losování měl uzavřenu mandátní smlouvu ze dne 27. 1. 2011. Předmět plnění spočíval dle čl. 1.3 předmětné mandátní smlouvy v zajištění účasti notáře při losování, v zajištění losovacího zařízení, jakož i v zajištění samotného losování mandatářem, tzn. společností VE-ZAK s.r.o. Uvedené zákonné podmínky dle názoru Nejvyššího správního soudu žalobce naplnil.

[24] Nejvyšší správní soud zcela sdílí závěr krajského soudu, že samotná existence myslitelného způsobu ovlivnění losování ještě neznamená, že losování je netransparentní.

[25] Výkladem pojmu transparentnost se podrobně zabýval Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 – 159, v rozsudku ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 – 49, či v rozsudku ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 – 55. Není přitom důvod se od závěrů zde vyslovených odchýlit; v intencích uvedené judikatury postupoval rovněž krajský soud; odkaz na prvně citovaný judikát ze strany krajského soudu, co do interpretace zákonného pojmu „transparentnost“, byl tak zcela případný. Nejvyšší správní soud v prvně citovaném rozsudku poukázal rovněž na to, že „*pojmem 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.*“ Proto se zjištění, zda v daném 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. Obsah tohoto pojmu se může měnit v závislosti na proměňujících se protizákonných praktikách narušujících hodnoty chráněné právem veřejných zakázek.

[26] Losování nelze považovat za netransparentní pouze z toho důvodu, že teoreticky existuje způsob, jak by mohlo být ovlivněno. I přesto že celé losování proběhne transparentně, nelze zcela vyloučit možnost, že k určitému ovlivnění jeho výsledku dojde. V takovém případě by ovšem nemohlo být losování nezákonné pro porušení zásady transparentnosti, nýbrž jediné proto, že losování bylo skutečně ovlivněno, což by bylo nutné prokázat. Naopak, pokud by losování neproběhlo transparentně, došlo by k porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách i za situace, kdy by snad bylo možné prokázat, že k žádnému ovlivnění výsledku losování nedošlo. Tak tomu však v dané věci nebylo. Stěžovatel v posuzovaném případě neidentifikoval žádný konkrétní a reálně uskutečnitelný způsob, jakým by mohlo být losování ovlivněno, a tudíž bylo lze jej označit za netransparentní.

[27] Co se týče tvrzené kumulace okolností narušujících transparentnost, krajský soud se v odůvodnění napadeného rozhodnutí velmi podrobně zabýval jednotlivými okolnostmi, které stěžovatel ve svých rozhodnutích vyhodnotil jako okolnosti zakládající pochybnost o transparentnosti zadávacího procesu, a sice že a) plomba losovacího zařízení neumožňovala z podstaty věci vyloučení ovlivnění losovacího programu, b) zájemci o veřejnou zakázku neměli reálnou možnost provést kontrolu losovacího zařízení, zda není losovací program nevhodně ovlivněn, c) losovací zařízení se po skončení ostrého losování chovalo nestandardně. S úvahami krajského soudu stran jednotlivě posuzovaných okolností se Nejvyšší správní soud zcela ztotožnil. Dle jeho přesvědčení žalobce učinil vše pro to, aby zájemci uplatnili svá práva podle zákona o veřejných zakázkách, a nezavdal žádný legitimní důvod k pochybnostem o transparentnosti losování. Tvrzené pochybnosti stěžovatele nepodpořily ani svědecké výpovědi, byť lze připustit, že některý svědek si určité skutečnosti nevybavil a některé nekomentoval; z nich mimo jiné vyplynulo, že přítomní měli možnost zkontrolovat losovací zařízení, přesvědčit se o jeho neporušenosti s tím, že byly předloženy také certifikáty k losovacímu zařízení, které si každý mohl prohlédnout; k natočení losovacího zařízení nedošlo, po celou dobu bylo na losovací zařízení zřetelně vidět.

[28] Krajskému soudu lze proto přisvědčit, že v daném případě nelze dovodit, že by se žalobce dopustil porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách, a tedy vytykaného správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) téhož zákona. V takovém případě poté nemohl obstát ani výrok o uložené pokutě.

[29] Krajskému soudu konečně nelze ani vyčítat, že v napadeném rozhodnutí nedefinoval hranici mezi situací, kdy k narušení transparentnosti ještě nedochází, a situací, kdy k tomuto narušení již dojde, jak namítá stěžovatel. Krajský soud je povinen se ve svém rozhodnutí zabývat konkrétní věcí, která mu byla předložena, a posoudit, zda v daném konkrétním případě rozhodl správní orgán v souladu s právními předpisy. Není úkolem krajského soudu, aby poskytoval obecné návody a výklady např. na úrovni komentářové literatury - pokud tak učiní, nelze mu to jistě zazlívat, ale rozhodně k tomu není povinen a nejedná se tak o žádnou vadu napadeného rozhodnutí. Krajský soud řádně posoudil konkrétní skutkovou situaci, která mu byla předložena, řádně své rozhodnutí a odůvodnil, pečlivě zhodnotil všechny konkrétní jedinečné okolnosti případu, řádně zohlednil aspekty plynoucí z dosavadní judikatury a zcela legitimně dospěl k závěru formulovanému ve výrokové části napadeného rozhodnutí. Veškeré relevantní úvahy krajského soudu jsou v odůvodnění napadeného rozhodnutí dostatečně podrobně rozebrány a odůvodnění jako celek je logické a vnitřně bezrozporné.

[30] Nejvyšší správní soud neshledal kasační stížnost důvodnou, proto ji dle § 110 odst. 1 *in fine* s. ř. s. zamítl.

pokračování

[31] O nákladech řízení rozhodl Nejvyšší správní soud v souladu s § 60 odst. 1 s. ř. s. Neúspěšný stěžovatel je povinen uhradit žalobci náhradu nákladů řízení ve výši 4114 Kč; soud přiznal žalobci náhradu nákladů za jeden úkon právní služby dle § 11 odst. 1 písm. d) vyhl. č. 177/1996 Sb., advokátní tarif (vyjádření ke kasační stížnosti) ve výši 3100 Kč, náhradu hotových výdajů (§ 13 odst. 4 advokátního tarifu) ve výši 300 Kč; vzhledem k tomu, že advokát je plátcem DPH, zvyšuje se částka 3400 Kč o tuto daň (§ 14a advokátního tarifu). Uvedenou částku je stěžovatel povinen uhradit k rukám advokáta do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

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

V Brně dne 20. června 2019

JUDr. Lenka Matyášová
předsedkyně senátu