



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY**

Krajský soud v Praze rozhodl v senátě složeném z předsedkyně senátu Mgr. Jitky Zavřelové a soudců Mgr. Tomáše Kocourka, Ph.D., a Olgy Stránské ve věci

žalobce: **m Ú,**
se sídlem x,
zastoupen JUDr. Přemyslem Hochmanem,
advokátem se sídlem Na Florenci 1, 110 00 Praha 1,

proti
žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství,**
se sídlem Masarykova 427/31, 602 00 Brno,

o žalobách proti rozhodnutím žalovaného ze dne 24. 5. 2017, č. j. 23572/17/5000-10480-809735, a č. j. 23573/17/5000-10480-809735,

takto:

- I. Rozhodnutí žalovaného ze dne 24. 5. 2017, č. j. 23572/17/5000-10480-809735, a č. j. 23573/17/5000-10480-809735, se ruší a věci se vrací žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný je povinen zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení ve výši 22 456 Kč do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám jeho zástupce JUDr. Přemysla Hochmana, advokáta.

Odůvodnění:

1. Žalobce se dvěma samostatně podanými žalobami podle části třetí, hlavy druhé, dílu prvního zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), domáhá zrušení dvou v záhlaví označených rozhodnutí žalovaného. Těmito rozhodnutími žalovaný zamítl odvolání žalobce proti platebním výměrům vydaným Finančním úřadem pro Středočeský kraj dne 25. 10. 2016 pod č. j. 4292460/16/2100-31471-204643 a č. j. 4292376/16/2100-31471-204643. Uvedenými platebními výměry byl žalobci vyměřen odvod za porušení rozpočtové kázně, prvním platebním výměrem do státního fondu ve výši 335 666 Kč a druhým platebním výměrem do Národního fondu ve výši 5 706 319 Kč.
2. Usnesením zdejšího soudu ze dne 4. 4. 2018 byla řízení o těchto žalobách vedená pod sp. zn. 45 Af 18/2017 a 45 Af 19/2017 spojena ke společnému projednání pod sp. zn. 45 Af 18/2017.
3. Napadená rozhodnutí spolu skutkově úzce souvisejí, neboť jimi byla zamítnuta odvolání směřující proti platebním výměrům, jimiž byl žalobci vyměřen odvod do státního, resp. Národního fondu pro totéž jednání – žalobce se měl při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku losováním dopustit porušení zásady transparentnosti ve smyslu § 6 ve spojení s § 61 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 3. 2012 (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), a tím také porušení rozhodnutí o poskytnutí dotace, resp. smlouvy o poskytnutí podpory, a směrnice Ministerstva životního prostředí č. 4/2010, což vyústilo v porušení rozpočtové kázně. Napadená rozhodnutí jsou obsahově téměř shodná a totéž platí i o žalobách, které jsou v podstatě identické. Proto lze popsat žalobní body souhrnně.
4. Žalobce uplatňuje ve své podstatě jediný žalobní bod, který pouze podporuje dílčími argumenty. Tvrdí, že omezení počtu uchazečů o veřejnou zakázku proběhlo zcela transparentně, neboť bylo použito úředně přezkoušené technické zařízení s generátorem náhodných čísel a žalobce jako zadavatel nemohl výsledky losování nijak ovlivnit. Podpůrně žalobce argumentuje tím, že věc byla předána orgánům činným v trestním řízení a Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“), přičemž ani v jednom případě nebylo zjištěno porušení zákona, jelikož trestný čin ani správní delikt se nestal. Transparentnost losování byla řádně osvědčena notářským zápisem JUDr. L. Ž. č. j. NZ 190/2011; N 200/2011, včetně způsobu kontroly losování přítomnými zájemci.
5. Dále již jen žalobce v souladu se svým náhledem na věc skutkový stav právně hodnotí. Podle jeho názoru požadavek transparentnosti musí být ze strany státu a kontrolních orgánů rozumný a fakticky uskutečnitelný. Žalovaný dezinterpretuje citovanou judikaturu, aby rozšířil použitelnost rozhodnutí týkajících se machinací při losování na všechny situace, kdy je použit automatizovaný systém. Potom by měl ovšem přistupovat stejným způsobem ke všem případům použití automatizovaného losovacího zařízení. Žalovaný stanovuje presumpci viny žalobce a žádá po něm, aby dokazoval neexistenci skutečnosti, ač by to naopak měl být on, kdo pro svá tvrzení bude mít relevantní důkazy. Již závěr daňové kontroly je nepřezkoumatelný a podobně jako napadené rozhodnutí neoznačuje důkazy pro jakékoli pochybení žalobce a představuje tak ničím nepodloženou spekulaci, jež popírá racionalitu aplikace formálních algoritmů.
6. Žalobce navrhuje zrušení napadených rozhodnutí i obou platebních výměrů, jimiž byly žalobci vyměřeny odvody za porušení rozpočtové kázně.

7. Žalovaný ve vyjádření k oběma žalobám konstatuje shodu žalob s odvolacími důvody, s nimiž se v rámci odůvodnění napadených rozhodnutí vypořádal. Účinná kontrola losovacího zařízení (počítačového programu) ze strany zájemců o veřejnou zakázku možná nebyla, neboť v místě losování nebyly k dispozici prostředky umožňující objektivně posoudit, zda losování může proběhnout korektním způsobem. Zpráva o zkoušce provedené Elektrotechnickým zkušebním ústavem nic nevypovídá o samotném procesu losování a nemůže nahradit kontrolu přítomnými zájemci na místě samém. Nebylo povinností správce daně či žalovaného prokazovat, zda losovací zařízení skutečně připouštělo manipulaci s výsledky losování, jelikož k porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. Žalovaný navrhuje, aby žaloby byly zamítnuty.

Skutková zjištění vycházející z obsahu správního spisu

8. Ze správního spisu soud zjistil, že žalobce byl příjemcem podpory v rámci Operačního programu Životní prostředí z prostředků Fondu soudržnosti ve výši 60 840 580 Kč a z prostředků Státního fondu životního prostředí České republiky ve výši 3 578 857,64 Kč na akci „Dostavba a rekonstrukce vodovodní sítě Ú.“. Ministerstvo životního prostředí následně zjistilo, že v průběhu zadávacího řízení na zhotovitele stavby došlo k tomu, že dne 9. 12. 2011, v průběhu elektronického losování za účelem omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku, se zcela shodovalo 10 čísel losovaných na zkoušku a „na ostro“. Dne 30. 10. 2014 zahájil Finanční úřad pro Středočeský kraj u žalobce daňovou kontrolu, v jejímž rámci vyslechl mj. JUDr. L. Ž., notářku v Praze, která uvedla, že v notářském zápisu ze dne 9. 12. 2011, č. j. NZ 190/2011; N 200/2011, omylem dvakrát opsala z podkladů stejná čísla, a to ta, která byla vylosována v „ostrém“ losování. Tuto písařskou chybu opravila doložkou ze dne 7. 5. 2014 na základě rukou psaných poznámek založených ve spise.
9. Z notářského zápisu JUDr. L. Ž., ve znění doložky o opravě, mj. vyplývá, že *„zadavatel rozhodl o způsobu losování formou zařízení, kterým je elektronické losovací zařízení označené LOZ a třemi pořadovými čísly výrobku pro losování náhodně generovaných čísel. (...) losování probíhá v zadaném intervalu hodnot včetně hodnot na okrajích intervalu bez hodnot vyloučených. Generování hodnoty probíhá každých 10 ms, aby člověk nebyl schopen zareagovat na aktuálně vygenerovanou číselnou hodnotu stiskem tlačítka ENTER. Distribuce pravděpodobnosti generování každé hodnoty má charakter rovnoměrného rozdělení pravděpodobnosti. Kontrola rozdělení pravděpodobnosti je možná podle grafické prezentace generování jednotlivých hodnot.“* Dále zápis popisuje vizuální kontrolu losovacího zařízení a neporušenosti bezpečnostní plomby, jejíž číslo se shodovalo s číslem uvedeným v předávacím protokolu od dodavatele (C. s.r.o.). Žádný zájemce nevyužil nabídku administrátora dát ihned po losování zkontrolovat zařízení na náklady žadatele u Elektrotechnického zkušebního ústavu, žádný zájemce neprojevil nesouhlas s postupem losování. V rámci demonstračního losování měli zájemci možnost vybrat počet zadaných i losovaných čísel, určit, která čísla budou vyloučena, a udílet pokyny losujícímu k zastavení generování čísla. Již vylosovaná čísla zůstala na monitoru zobrazena a nevstupovala do dalšího losování. Administrátor zadal do losovacího zařízení čísla od 2 do 22, číslo 1 bylo vyloučeno pro nesplnění kvalifikačních předpokladů. Na obrazovce se ve velké rychlosti zobrazovala čísla a losující vždy na pokyn jednoho ze zájemců stiskl tlačítko ENTER a objevila se číslovka, která byla hlasitě přečtena.

10. Ze zprávy o daňové kontrole vyplývá, že správce daně nepovažuje pochybnost o transparentnosti zadávacího řízení související s chybou v notářském zápisu za prokázanou. Žalobce jako zadavatel však porušil § 6 a § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a povinnosti uvedené v rozhodnutí o poskytnutí dotace, resp. ve smlouvě o poskytnutí podpory, a v čl. 7 Směrnice Ministerstva životního prostředí č. 4/2010 tím, že zájemcům neumožnil provést efektivní kontrolu losovacího zařízení z pohledu samotného postupu při losování. Dostatečná nemůže být ani nabídnutá následná kontrola zařízení.
11. Platební výměr na odvod za porušení rozpočtové kázně do Národního fondu zní na částku 5 706 319 Kč odpovídající korekci 10 % z fakturované částky dotace ve smyslu přílohy č. 3 rozhodnutí o poskytnutí dotace, bodu 26 (netransparentní omezení počtu zájemců, nejedná-li se o nadlimitní veřejnou zakázku). Platební výměr na odvod za porušení rozpočtové kázně do Státního fondu životního prostředí zní na částku 335 666 Kč, což představuje rovněž 10 % z poskytnuté podpory; při určení výše odvodu správce daně přihlédl k závažnosti porušení rozpočtové kázně, zejména k tomu, že porušení povinnosti nemělo vliv na naplnění účelu podpory.
12. Prvostupňová rozhodnutí byla potvrzena napadenými rozhodnutími žalovaného.

Splnění procesních podmínek a rozsah soudního přezkumu

13. Soud ověřil, že obě žaloby byly podány včas a osobou k tomu oprávněnou, po vyčerpání řádných opravných prostředků, a splňují všechny formální náležitosti na ně kladené. Soud vycházel při přezkumu napadených rozhodnutí ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době jejich vydání (§ 75 odst. 1 s. ř. s.). Napadená rozhodnutí přezkoumal v mezích uplatněných žalobních bodů, kterými je vázán (§ 75 odst. 2 s. ř. s.). Vady, k nimž by byl povinen přihlídnout z moci úřední, soud neshledal.
14. Soud rozhodl ve věci bez nařízení jednání, neboť obě strany s tímto postupem vyjádřily souhlas – žalovaný výslovně, žalobce konkludentně (§ 51 odst. 1 věta druhá s. ř. s.).

Posouzení žaloby

15. Podle § 6 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
16. Podle § 61 odst. 4 téhož zákona objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle odstavce 1 může být rovněž náhodný výběr provedený losem, popřípadě kombinace objektivních kritérií podle odstavce 2 a náhodného výběru losem. Losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6 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 vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním.
17. Podle § 61 odst. 5 téhož zákona je zadavatel povinen umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.
18. Z obsahu dosavadních podání stran je patrné, že jádrem sporu mezi nimi je posouzení otázky zachování transparentnosti při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku náhodným výběrem, k němuž bylo použito elektronické losovací zařízení CENT LOZ002.

19. Bližšímu výkladu neurčitěho právního pojmu transparentnosti se věnoval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 – 159, publikovaném pod č. 2189/2011 Sb. NSS, ve kterém mj. uvedl, že „[p]ojem „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 neurčitěho právního pojmu se správní orgán musí zabývat konkrétní skutkovou podstatou, jakož i ostatními okolnostmi případu, přičemž sám musí alespoň rámcově obsah a význam užitěho neurčitěho pojmu objasnit, a to z toho hlediska, zda posuzovanou věc lze do rámce vytvořeněho rozsahem neurčitěho pojmu zařadit. Proto se zjištění, zda v daněm 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 neurčitěho pojmu či nikoli.“
20. V jiněm rozhodnutí Nejvyšší správní soud konstatoval, že „[p]orušení zásady transparentnosti postupu zadavatele podle § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, nezpůsobuje pouhá možnost naplnění tvrzené, avšak neprokázané domněnky manipulace, ke které mohlo dojít při losování. Netransparentnost losování způsobují primárně skutkové okolnosti vzbuzující odůvodněnou pochybnost o férovosti jeho průběhu. Úvaha o proveditelnosti možné manipulace slouží pouze k potvrzení či vyvrácení toho, zda zjištěná netransparentnost mohla či nemohla mít, byť jen teoreticky, vliv na výsledek losování. K porušení zásady transparentnosti proto může dojít i v případě, že k žádné manipulaci ve skutečnosti nedošlo.“ (srov. rozsudek ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012-55, publikovaný pod č. 2714/2012 Sb. NSS).
21. Z tohoto výkladu neurčitěho právního pojmu transparentnosti je patrné, že se vztahuje k výběrověmu procesu jako celku a nikoliv k jednotlivým úkonům, které se neposuzují izolovaně, ale zásadně ve vzájemných souvislostech. Pro závěr o netransparentnosti je třeba identifikovat v zadatelově postupu takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Transparentnost je také nutno posuzovat z pohledu vnímání zájemců a veřejnosti, tedy zda se určitý dílčí úkon, v tomto případě losování s cílem omezit počet zájemců, jako transparentní jeví i navenek.
22. Zákon o veřejných zakázkách předpokládá rovnocennou možnost využít při výběru losem mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení, aniž by mezi nimi jakkoli rozlišoval, pokud jde o samotnou kontrolu zařízení a prostředků sloužících k losování. Staví tak na roveň poměrně jednoduchá mechanická losovací zařízení, jež jsou dostatečně a účinně kontrolovatelná vizuálně nebo jednoduchou ukázkou, a nepoměrně složitější elektronická zařízení obsahující programové vybavení (software) pracující s využitím algoritmu a generátoru pseudonáhodných čísel. Žalovaný sice v napadeněm rozhodnutí na str. 9 uvádí, že „nejdůležitější součástí tohoto zařízení ve vztahu k transparentnosti losování je jeho software“, na žádném místě však nevypočítává, jaké

konkrétní metody kontroly měly být v daném případě, popř. obecně v případech využití elektronického losovacího zařízení zájemcům zpřístupněny, aby byl naplněn požadavek uvedený v § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách. Soud má za to, že správní orgány by měly zohlednit technickou nesouměřitelnost jednotlivých typů losovacích zařízení a při aplikaci citovaného ustanovení vybalancovat zájem na co největší transparentnosti výběru s evidentním záměrem zákonodárce připustit v reálné praxi využití elektronických losovacích zařízení. Kontrolní mechanismus nelze konstruovat *ad infinitum*; ke skutečné kontrole kvality použitého softwaru by totiž z povahy věci bylo nezbytné sdělení konkrétní metody pro generování pseudonáhodných čísel, uvedení použitého programovacího jazyka, popis architektury příslušné knihovny pro generování pseudonáhodných čísel a samozřejmě zpřístupnění samotného algoritmu, který byl v generátoru využit (kvůli možnosti ověření jeho statistických vlastností), a zdrojového kódu programu (kvůli možnosti ověření chyby nebo zabudovaných tzv. „zadních vrátek“ (angl. *backdoor*), jež umožňují překonání prvků autentizace a dodatečný zásah do programu). Uvedené údaje nelze po zadavateli spravedlivě požadovat, neodpovídají dosavadní praxi a znemožňovaly by zákonodárcem předvídané použití elektronických zařízení fakticky (technicky) a často i právně, jelikož počítačový program v naprosté většině případů podléhá ochraně jako autorské dílo podle zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon).

23. Podle názoru soudu není možné předem a pro všechny případy stanovit, jaké minimální podmínky je třeba splnit, aby použití elektronického losovacího zařízení bylo možno obecně považovat za transparentní a férové. Míru transparentnosti provedení losování je třeba posuzovat v každém případě podle individuálních okolností. Za relevantní skutečnosti, jež zvyšují celkovou transparentnost losovacího procesu, soud pokládá předložení protokolu s výrobním číslem zařízení a číslem bezpečnostní plomby a také vysvětlení a následnou demonstraci losovacího procesu „nanečisto“, přičemž tyto postupy byly v dané věci aplikovány. Žalobce zajistil účast notářky při losování a přezkoušení zařízení u Elektrotechnického zkušebního ústavu, s.p. Zpráva o zkoušce ze dne 22. 11. 2011, jež je přílohou notářského zápisu, uvádí následující závěr: *„Okolnost, jež určuje výsledek losování není předem nikomu známa a je takového druhu, že nemůže být provozovatelem ani další osobou ovlivněna. Zařízení nevyužívá pro losování žádné prvky mimo zařízení, proces probíhá pouze za pomoci instalovaného software uvnitř zařízení.“* Soud si je přitom vědom, že předmětem zkoušky nebyl postup losování, tedy konkrétní použití zařízení. Pokud jde o technickou stránku samotného losování, žalobce sdělil časový údaj pro generování hodnoty (10 ms), což účastníci ověřili jen „pouhým okem“, neboť nebylo možné rychlý sled čísel na obrazovce lidskými smysly vnímat a reagovat na něj. Dále bylo zjištěno, že losovací zařízení nemá žádné aktivní komunikační rozhraní (bluetooth, Wi-Fi, LAN apod.).
24. Podpůrně lze odkázat na obsah „Kontrolního listu k prověření transparentnosti elektronického losování“ vyplněného řídicím orgánem Operačního programu Životní prostředí, který je odpovědný za čerpání dotačních prostředků a postupuje v souladu s Metodikou finančních toků a kontroly programů spolufinancovaných ze strukturálních fondů, Fondu soudržnosti a Evropského rybářského fondu 2007-2013. Kontrolní list zahrnuje dotazy, resp. parametry, jež ve svém celku podávají hodnověrný obraz o transparentnosti výběru provedeného pomocí elektronického losovacího zařízení. Tento pomocný materiál rovněž ukazuje, jak na posouzení neurčitěho právního pojmu

transparentnosti v kontextu elektronického losování nahlíží orgán střežící dodržování pravidel čerpání evropských dotací. Zjevně je reflektována povaha losovacího zařízení a sledované parametry se dotýkají fyzického stavu přístroje (identifikace zařízení, neporušenost bezpečnostní plomby, komunikační rozhraní, testování Elektrotechnickým zkušebním ústavem), „procedurálních“ záruk (informace o fungování zařízení, zkušební losování, výměna čísel zájemců, vyřízení požadavků zájemců nebo jejich námitek k průběhu losování) a výsledků samotného losování (míra shody čísel z testovacího a „ostrého“ losování). Příslušný orgán tedy indikuje přímou fyzickou (vizuální či vlastnoruční) kontrolu zařízení, nikoli ovšem možnost, nebo dokonce nutnost prověřit užívané programové vybavení jako takové, což by vyžadovalo mj. seznámení se s algoritmem generujícím losované hodnoty a se zdrojovým kódem programu.

25. Výše rekapitulovaný soubor provedených opatření se soudu jeví jako standardní a v zásadě dostatečný. Tyto záruky by zpravidla měly rozptýlit rozumné pochybnosti ohledně transparentnosti výběru za pomoci tohoto typu zařízení za předpokladu, že současně není zjištěn nečitelný či jinak podezřelý úkon, který by postup výběru doprovázel. A to je právě moment, který podle názoru soudu věcně odlišuje posuzovaný případ od jiných srovnatelných případů, kdy je zpochybňována transparentnost losování bez ohledu na to, zda se najisto prokázala záměrná manipulace. Podstatná je totiž okolnost, jak proces výběru a kroky žalobce vnímali zájemci na místě samém, popř. v blízké časové souvislosti. V dané věci nezazněly žádné námítky či připomínky, ani požadavky na provedení jiných myslitelných opatření, jež by transparentnost losování zvýšila. Osobám zúčastněným a zainteresovaným se akt losování a jeho příprava jevíly bezproblémové a korektní a nezaznamenaly žádné nestandardní chování či nesrovnalosti v postupu administrátora losování ani žalobce jako zadavatele.
26. Soud si je vědom rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 – 49, který zmiňuje žalovaný a který se týkal případu, v němž bylo použito prakticky stejné losovací zařízení provozované toutéž společností: *„Nejvyšší správní soud dále přisvědčuje krajskému soudu v tom, že kontrola losovacího zařízení, tj. počítačového programu, samotnými zájemci nebyla fakticky možná, neboť zájemci k tomu nemohli být bezprostředně před losováním vybaveni. V tomto nelze za dostatečnou považovat ani nabídku zadavatele, respektive moderátora losování, že přímo po losování může být zapečetěné losovací zařízení na náklady zájemce odvezeno na kontrolu, neboť tato následná kontrola nemusí provést přesvědčivou kontrolu procesu losování. De facto jediným způsobem, jak mohli sami zájemci sledovat transparentnost procesu losování, byla právě změna čísel přiřazených jednotlivým zájemcům bezprostředně před losováním, jak navrhl žalobce.“* Soudu je samozřejmě znám též případ mediálně označovaný jako tzv. „karlovarská losovačka“. V těchto či obdobných případech, kdy porušení transparentnosti bylo konstatováno, se tak ale stalo právě proto, že bylo současně možné vysledovat určitý nestandardní, nedostatečně odůvodněný prvek nebo úkon, který oprávněně vzbuzoval pochybnost, zda celý postup probíhá férově. Ve shora citovaném rozhodnutí např. zadavatel bez rozumného zdůvodnění nevyhověl požadavku jednoho ze zájemců, aby byla bezprostředně před losováním změněna předem určená pořadová čísla zájemců. V nyní posuzovaném případě však takový návrh nepadl. Podobně si lze představit např. situaci, kdy v průběhu losování dojde k vypnutí a opětovnému zapnutí losovacího zařízení nebo k připojení externího zařízení. Oním podstatným rozlišujícím hlediskem mezi těmito případy a postupem žalobce je tedy existence konkrétních okolností, jež důvodně oslabují důvěru v korektní a fér postup při losování.

27. Ze spisového materiálu vyplývá, že žalobce vyjmenoval dílčí podmínky přípravy a průběhu losování, které také dodržel. Nedopustil se (ani on, ani jeho mandatář) žádného nejasného, podezřelého či zneklidňujícího jednání, jež by v očích zájemců snižovalo důvěru v transparentnost výběru. Jakýmsi spouštěčem šetření řídicího orgánu Operačního programu Životní prostředí, finančního úřadu a orgánů činných v trestním řízení byla skutečnost, že během „ostrého“ losování mělo dojít k naprosté shodě pořadí a hodnot všech deseti vylosovaných čísel s pořadím a hodnotami čísel, které byly vylosovány v testovacím losování. Toto pochopitelné podezření na manipulaci však bylo spolehlivě vyvráceno jednak přítomnou notářkou JUDr. L. Ž., která následně přiznala omyl a podle § 12 kancelářského řádu Notářské komory České republiky a § 60 zákona č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), ve znění pozdějších předpisů, vyhotovila doložkou ze dne 7. 5. 2014 opravu písařských chyb v předmětném notářském zápise ze dne 12. 12. 2011, sp. zn. NZ 190/2011, jednak výpověďmi svědků JUDr. L. Ž. (notářka), D. S. a M. K. (zmocněnci dvou zájemců), že ve skutečnosti se série losovaných čísel neshodovaly. Ve shodě s tím vypovídaly i osoby podávající vysvětlení v trestním řízení, včetně moderátora aktu losování JUDr. J. B.. Součástí spisu jsou rukou psané poznámky jmenované notářky zachycující průběh losování a dvě odlišné řady čísel losovaných zkušebně a „naostro“. Objasnění celé záležitosti lze považovat za přesvědčivé, neboť na rozdíl od neúmyslné chyby, kdy notářka vlivem nepozornosti při přepisu svých poznámek do formy notářského zápisu opsala dvakrát stejnou řadu čísel, by v případě záměrné manipulace, tedy podvodného jednání, dozajista jeho strůjci nevolili takto očividně podezřelou pletichu a krajně nepravděpodobnou okolnost. Jakkoli soud v tomto případě není vázán usnesením policejního orgánu o odložení věci podle § 159a odst. 1 zákona č. 141/1961 Sb., trestního řádu, ve znění pozdějších předpisů, neboť jím není řešena předběžná otázka, vzal na vědomí, že nebyly zjištěny skutečnosti nasvědčující tomu, že konkrétní osoba spáchala v souvislosti s předmětným výběrovým řízením trestný čin, a jediná podezřelá okolnost byla vyvrácena, resp. předepsaným způsobem zhojena.
28. Na základě těchto skutečností není důvod přihlížet k původnímu znění notářského zápisu a obsah opraveného notářského zápisu ostatně žádná ze stran nezpochybnuje. Pokud žalovaný bez další argumentace poukázal na několikaletý časový odstup mezi vyhotovením notářského zápisu a jeho opravou, podle soudu nemá tato okolnost na posouzení otázky transparentnosti výběru zájemců žádný vliv. Notářka v úředním záznamu ze dne 7. 5. 2014 popsala, jak se o nesprávnosti notářského zápisu dozvěděla (navštívil ji zástupce žalobcova mandatáře, společnosti Allowance, a na nesrovnalost ji upozornil), a pokud se dříve žádná z osob, které mohly mít k notářskému zápisu přístup, neozvala, lze to vysvětlit tím, že chyba se týkala toliko zkušebního losování a na výsledek výběru (omezení počtu zájemců) neměla žádný dopad. Notářka sama měla spis již založený, jakmile však nesrovnalost zjistila, nápravu zjedнала neprodleně a podle příslušného předpisu. Stalo-li se tak s určitým odstupem od samotného provedení losování, to již nehraje podstatnou roli.
29. Konečně lze poukázat i na postup ÚOHS, který podnět řídicího orgánu Operačního programu Životní prostředí k zahájení řízení z moci úřední odložil. Vyrozumění o výsledku šetření podnětu má spíše indikativní význam, jelikož nejde o rozhodnutí v procesní formě, nicméně nelze ztrácet ze zřetele, že správní delikt zadavatele veřejné zakázky (příjemce dotace) vykazuje podobný objekt jako sankční odvod (chrání rozpočtovou kázeň).

30. Z výše uvedeného je patrné, že žalobní bod brojící proti závěru žalovaného o netransparentnosti omezení počtu uchazečů o veřejnou zakázku je důvodný a z pohledu zákonnosti nemohou napadená rozhodnutí obstát. Tento právní závěr přitom z povahy věci platí pro každou z posuzovaných věcí shodně, neboť platební výměry na odvod za porušení rozpočtové kázně jsou opřeny o stejná skutková zjištění a totožný právní důvod shora popsany a liší se pouze osobou poskytovatele dotace.
31. Nad to soud poznamenává, že žalovaný v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí mj. uvedl, že „[v] situaci, kdy správce daně konstatoval netransparentnost předmětného losování, došlo k přenesení důkazního břemene zpět na odvolatele, který (...) byl povinen prokázat své tvrzení takovým způsobem, jímž by odstranil pochybnosti správce daně.“ Tento závěr žalovaného soud nepovažuje za správný, neboť úvahy o přenesení důkazního břemene v této věci nejsou na místě. Jde sice o tradiční princip daňového práva, který se ale uplatní jen v těch řízeních, ve kterých daňový subjekt tíží břemeno tvrzení (tzv. daňové tvrzení) a na ně pak navazující břemeno důkazní ohledně skutečností, které je daňový subjekt povinen ve svých tvrzeních uvádět. Tato koncepce dokazování vychází ze zásady, že daňový subjekt má povinnost sám daň přiznat a vedle toho též povinnost toto své tvrzení doložit, což je dáno poněkud jinou podstatou daňového řízení, v němž je skutkovým základem tvrzení daňového subjektu o jeho daňové povinnosti. Nemůže se proto bez dalšího uplatnit v řízeních, které na konceptu daňového tvrzení postavena nejsou. Takovým řízením je i řízení o vyměření odvodu za porušení rozpočtové kázně. V tomto řízení je při dokazování třeba vycházet z § 92 odst. 2 daňového řádu, podle něhož správce daně dbá, aby skutečnosti rozhodné pro správné zjištění a stanovení daně byly zjištěny co nejúplněji, a není v tom vázán jen návrhy daňových subjektů. Použití právní úpravy obsažené v § 92 odst. 3 a souvisejícího § 92 odst. 5 písm. c) daňového řádu není na místě.
32. V daném případě totiž nebylo podáno žádné daňové tvrzení ani obligatorní podání a žalobce nebyl vyzván k podání tvrzení postupem podle § 89 a § 92 odst. 4 daňového řádu. Podle § 86 odst. 2 písm. c) daňového řádu má daňový subjekt, u něhož je prováděna daňová kontrola, právo (nikoli tedy povinnost) vyvracet pochybnosti vyjádřené správcem daně. Žalobce tak pouze využíval svého práva bránit se v rámci daňové kontroly předkládáním argumentů a důkazů, jimiž se snažil rozptýlit pochybnosti finančního úřadu, zatímco finanční úřad nesl důkazní břemeno stran prokázání porušení rozpočtové kázně žalobcem, konkrétně porušení zásady transparentnosti ve smyslu příslušných ustanovení zákona o veřejných zakázkách. K formálnímu přenesení důkazního břemene na žalobce ohledně důvěryhodnosti použitého losovacího zařízení a transparentnosti aktu losování tedy nedošlo, neboť žalobce byl povinen dodržet obecné podmínky stanovené zákonem o veřejných zakázkách a ve vztahu k finančnímu úřadu měl aktivní možnost splnění těchto podmínek prokazovat podle svého uvážení.

Závěr a rozhodnutí o náhradě nákladů řízení

33. S ohledem na výše uvedené soud napadená rozhodnutí žalovaného podle § 78 odst. 1 s. ř. s. zrušil pro nezákonnost a věci žalovanému podle § 78 odst. 4 s. ř. s. vrátil k dalšímu řízení. Právním názorem vysloveným v tomto rozsudku jsou správní orgány vázány (§ 78 odst. 5 s. ř. s.).
34. Ke zrušení platebních výměrů soud nepřistoupil. Ve věcech daňových je tento postup omezen. Při zrušení rozhodnutí odvolacího orgánu vydaného v daňovém řízení lze přistoupit ke zrušení platebního výměru vydaného správcem daně prvního stupně pouze

tehdy, pokud tento výměr neměl být vůbec vydán, nebo pokud předchozí daňové řízení trpělo takovými vadami, že v něm nelze dále pokračovat (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 11. 2009, č. j. 1 Aps 2/2008-76, publ. pod č. 1997/2010 Sb. NSS). Byť závěr žalovaného o netransparentnosti omezení počtu uchazečů o veřejnou zakázku, nelze vyloučit (byť je to s ohledem na časový odstup málo pravděpodobné) doplnění dokazování, a tedy změnu skutkové situace, za které by mohl žalovaný znovu vyměřit odvod za porušení rozpočtové kázně.

35. O nákladech řízení rozhodl soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalovaný nebyl v řízení úspěšný, nemá tedy právo na náhradu nákladů řízení. Úspěšnému žalobci soud přiznal náhradu nákladů řízení v celkové výši 32 136 Kč. Tato částka sestává z odměny advokáta ve výši 16 456 Kč, kterou tvoří odměna za čtyři úkony právní služby po 3 100 Kč [převzetí a příprava zastoupení ve dvou věcech a sepsání dvou žalob - § 7, § 9 odst. 4 písm. d), § 11 odst. 1 písm. a) a d) a § 12 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů], čtyř paušálních částek jako náhrady hotových výdajů po 300 Kč podle § 13 odst. 4 advokátního tarifu, dále z částky odpovídající dani z přidané hodnoty z odměny a hotových výdajů ve výši 2 856 Kč a zaplacených soudních poplatků za žalobu v obou spojených věcech v celkové výši 6 000 Kč. Náhradu nákladů řízení v celkové výši 22 456 Kč je žalovaný povinen uhradit podle § 149 odst. 1 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, užitého na základě § 64 s. ř. s., k rukám zástupce žalobce, a to ve lhůtě 30 dnů od právní moci rozsudku.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližze následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

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

Mgr. Jitka Zavřelová
předsedkyně senátu