



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové a soudců Mgr. Petra Sedláka, Ph.D. a JUDr. Václava Štencla, MA ve věci

žalobce: **Svazek obcí Kelčany, Milotice, Skoronice, Vacenovice, Vlkoš**
IČO: 75833352
sídlem Vlkoš 95, 696 41 Vlkoš
zastoupen advokátkou Mgr. Zuzanou Tinhoferovou
sídlem Staňkova 557/18a, 602 00 Brno

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

o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 5. 4. 2017, č. j. 16768/17/5000-10480-809735,
a ze dne 5. 4. 2017, č. j. 16769/17/5000-10480-809735

takto:

- I. Rozhodnutí Odvolacího finančního ředitelství ze dne 5. 4. 2017, č. j. 16768/17/5000-10480-809735, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Rozhodnutí Odvolacího finančního ředitelství ze dne 5. 4. 2017, č. j. 16769/17/5000-10480-809735, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- III. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci na náhradě nákladů řízení částku 18 342 Kč, a to k rukám Mgr. Zuzany Tinhoferové, advokátky se sídlem Staňkova 557/18a, 602 00 Brno, do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

Odůvodnění:

I. Předmět řízení

1. Žalobce se žalobou doručenou Krajskému soudu v Brně dne 8. 6. 2017 domáhal zrušení rozhodnutí žalovaného ze dne 5. 4. 2017, č. j. 16768/17/5000-10480-809735 (dále též „napadené rozhodnutí 1“), a ze dne 5. 4. 2017, č. j. 16769/17/5000-10480-809735 (dále též „napadené rozhodnutí 2“), kterými žalovaný zamítl odvolání žalobce a potvrdil rozhodnutí (platební výměr na odvod za porušení rozpočtové kázně) Finančního úřadu pro Jihomoravský kraj (dále též „správní orgán prvního stupně“) ze dne 31. 8. 2016, č. j. 3546659/16/3000-31474-709070 (dále též „platební výměr 1“), resp. ze dne 31. 8. 2016, č. j. 3546781/16/3000-31474-709070 (dále též „platební výměr 2“).
2. Správní orgán prvního stupně jakožto příslušný správce daně rozhodl podle § 139 a § 147 zákona č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění účinném ke dni vydání napadených rozhodnutí (dále jen „daňový řád“), a podle § 44a odst. 4 písm. c) zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), ve znění účinném do 19. 2. 2015 (dále jen „zákon o rozpočtových pravidlech“), platebními výměry o povinnosti žalobce odvést za porušení rozpočtové kázně do Státního fondu životního prostředí částku ve výši 493.033 Kč (platebním výměrem 1) a do Národního fondu částku ve výši 8.381.551 Kč (platebním výměrem 2).
3. Porušení rozpočtové kázně správní orgán prvního stupně shledal v tom, že žalobce porušil podmínky uvedené v písm. a) bodu 3. části B. přílohy č. 1 Rozhodnutí o poskytnutí dotace č. j. 115D1120000282 vydaném Ministerstvem životního prostředí (dále též „ministerstvo“) dne 29. 11. 2012 (dále jen „rozhodnutí o poskytnutí dotace“), neboť bylo zjištěno, že žalobce při realizaci projektu, na který byla ministerstvem poskytnuta dotace, nepostupoval při omezení počtu zájemců o předmětnou veřejnou zakázku losováním v souladu s § 6 a § 61 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 3. 2012 (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“). Skutečnost, že byly vydány dva platební výměry, vychází z toho, že financování projektu žalobce mělo dva různé zdroje (Fond soudržnosti EU Státní fond životního prostředí).

II. Obsah žaloby

4. Žalobce měl obecně za to, že žalovaný v napadených rozhodnutích nepřistoupil k vypořádání všech jeho odvolacích námitek, příp. je vypořádal v rozporu s judikaturními závěry. Dále napadal i závěr žalovaného spočívající ve zpochybňování možnosti odkazování na ustálenou rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a považoval převádění důkazního břemene ve vztahu k prokázání transparentnosti losování na žalobce za neakceptovatelné.
5. Konkrétně namítal, že se žalovaný nevypořádal s částí argumentace žalobce ve vztahu k transparentnosti losování spočívající v tom, že v rámci provedené kontroly nebyla zjištěna žádná okolnost nasvědčující manipulaci s losováním, která je dle názoru žalobce pro konstatování narušení zásady transparentnosti nezbytná (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012-55). Z dokumentace o zadání dle

mínění žalobce plyne, že proces losování v konkrétním případě byl transparentní ve smyslu judikatury Nejvyššího správního soudu, což je doložitelné pomocí algoritmu či funkčních vlastností použitého programu, který byl vytvořen pro transparentní losování a je rovněž za tímto účelem certifikován. V souvislosti s tímto žalobce navrhl provést důkaz certifikací použitého losovacího programu.

6. Žalobce byl dále toho názoru, že oproti argumentaci žalovaného je průběh losování zachycen v notářském zápisu dostatečně. Proces losování byl řádně a v souladu se zákonnými požadavky zdokumentován rovněž mimo notářský zápis, a to v protokolu o postupu při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku (tento žalobce označil za důkaz). Žalobce však nemůže prokázat, „že se něco nestalo“, jak zcela mylně dovozuje správce daně.
7. Dále měl dle názoru žalobce správní orgán prvního stupně provést chybnou interpretaci judikatury soudů, o kterou opřel posuzované platební výměry. Dle mínění žalobce se nelze ztotožnit s názorem správního orgánu prvního stupně, že okolnosti šetřeného případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování dostatečné intenzity jako je tomu v předmětných soudních rozhodnutích, neboť ty jsou argumentovány na zcela jiném základě. Žalobce namítal i absenci znaleckého posudku, jelikož v rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže byla možnost manipulace s výsledky losování prokazována práva na jeho základě.
8. V postupu správního orgánu prvního stupně a žalovaného tak žalobce shledal porušení svého práva na spravedlivý proces a jejich povinnosti zjistit skutkový stav věci nad důvodné pochybnosti. Ve vztahu k obsahu rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zpochybňoval i naplnění zásady legitimního očekávání.
9. Byl přesvědčen, že všechny povinnosti týkající se omezení počtu uchazečů losováním uvedené v § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách dodržel. Všem zájemcům bylo umožněno reálně zkontrolovat zařízení a prostředky sloužící k losování před jeho zahájením a stejně tak byl žalobce připraven zodpovědět jakékoliv dotazy vztahující se ke způsobu losování. V souvislosti s tímto žalobce navrhl provést důkaz výsledkem některých osob přítomných na losování.
10. Dle názoru žalobce finanční správní orgány ve svých rozhodnutích uváděly pouze své úvahy a obecné teze, kdy správní orgán prvního stupně ani nespecifikoval, jakou konkrétní vadou bylo losování postiženo, která měla dosahovat takové intenzity, že související pochybnosti o řádnosti daného postupu lze označit za objektivní. Naopak sám v rámci předmětného rozhodnutí konstatoval, že taková pochybnost o manipulaci nevystala. Současně namítal, že správní orgány nepřihlédly k tomu, že žalobce v zájmu zajištění hospodářské soutěže omezil předmětným losováním počet zájemců na větší, než bylo zákonem o veřejných zakázkách požadováno. Z uvedeného lze *a contrario* dovodit, že žalobce neměl zájem na nepatřičném omezování řádné soutěže či narušování férovosti průběhu losování. Na losování byli přítomni zástupci sedmi různých zájemců, přičemž žádný z těchto přítomných potenciálních dodavatelů nevznesl k průběhu losování žádné námitky při samotném losování a ani následně.
11. Na závěr žalobce napadal výši vyměřeného odvodu. Správní orgán prvního stupně dle jeho názoru nepostupoval v souladu se základními zásadami daňového řízení, jelikož za situace, kdy žalobce dodržel veškeré zákonné podmínky, mu byl po šesti letech od provedení losování vyměřen odvod. Naposledy žalobce s odkazem na judikaturu Ústavního soudu

připomněl, že by pokuta neměla být likvidační, přičemž považoval odvod za nástroj obdobný pokutě.

III. Vyjádření žalovaného

12. Žalovaný v rámci svého vyjádření, které zdejšímu soudu došlo dne 14. 7. 2017, navrhl, aby soud žalobu jako nedůvodnou zamítl. K samotným žalobním námitkám nad rámec odůvodnění napadených rozhodnutí uvedl následující.
13. Přítomnost notáře ani sepsání notářského zápisu dle názoru žalovaného nezajišťují férovost postupu při losování, jelikož notářský zápis zachycuje průběh losování, nikoliv technické parametry použitého elektronického zařízení. Proto skutečnost, že o průběhu losování byl sepsán notářský zápis, nemůže automaticky znamenat, že losování proběhlo v souladu se zásadou transparentnosti, kdy nadto z předmětného notářského zápisu není ani seznatelné, o jaké zařízení (vyjma označení výrobce) se jednalo, případně jakým konkrétním způsobem bylo losování provedeno (tj. prostřednictvím jakého programu apod.). Žalovanému tak vznikly pochybnosti o transparentnosti předmětného losování, neboť zařízení typu notebook má v sobě zpravidla zabudováno aktivní komunikační rozhraní (bezdrátové připojení typu WiFi, LAN, touch screen aj.).
14. Považoval za zásadní, že použití uvedeného elektronického losovacího zařízení fakticky znemožnilo zájemcům provést kontrolu daného zařízení i samotného losování. Jednalo by se totiž o kontrolu počítačového programu, k jehož kontrole nemohli být účastníci řízení na místě losování bezprostředně před jeho zahájením vybaveni k tomu způsobilými prostředky (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49). Žalobcem navrhované důkazy, konkrétně protokol o postupu při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku, notářský zápis o průběhu losování, doklady o losovacím zařízení či svědectví na losování přítomných osob nemohou dle názoru žalovaného žádným způsobem dodatečně zhojit netransparentnost postupu žalobce, který nesplnil povinnost uvedenou v § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách. Tvrzení žalobce ohledně neprovedení navrhovaných důkazů ze strany správního orgánu prvního stupně není s to obstát, jelikož pomocí těchto z podstaty věci není možné prokázat průběh či stav zařízení v okamžiku losování.
15. Citovanou judikaturu Nejvyššího správního soudu v napadených rozhodnutích považoval za přílehlavou na nyní projednávanou věc a pochybnosti správního orgánu prvního stupně o transparentnosti průběhu losování měl za dostatečně odůvodněné. S odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 7 Afs 31/2012 nepovažoval za nutné, aby správní orgány označily konkrétní vadu, kterou mělo být losovací zařízení stíženo.
16. Na závěr svého vyjádření k námitce žalobce ohledně likvidační výše pokuty žalovaný zdůraznil, že vyměřené odvody nejsou judikaturou soudů považovány za správní sankci (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 3. 2015, č. j. 5 As 95/2014-46 či ze dne 18. 7. 2013, č. j. 1 Afs 54/2013-36). Dále měl za to, že správní orgán prvního stupně při stanovení výše odvodu správce daně podrobně a srozumitelně popsal postup, kterým stanovil výši odvodu, přičemž zohlednil důsledky pochybení příjemce dotace a skrze princip proporcionality formou stanovení proporcionální odvodové povinnosti zmírnil finanční dopad, a tím následky pochybení při manipulaci s veřejnými prostředky ze strany příjemce dotace.

IV. Replika

17. Žalobce v replice doručené zdejšímu soudu dne 23. 9. 2017 nejprve konstatoval, že trvá na svém tvrzení obsaženém v žalobě, že se žalovaný dostatečným způsobem nevypořádal se všemi odvolacími námitkami žalobce a zopakoval svůj nesouhlas z názorem žalovaného spočívajícím ve zpochybňování možnosti odvolávat se na ustálenou rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.
18. Připomenul, že v případě jakéhokoliv dotazu ze strany uchazečů byl připraven transparentně odpovědět, je však objektivní skutečností, že žádný z nich se jakékoliv další kontroly losovacího zařízení nedožadoval, netransparentnost losovacího zařízení, či vlastní proces losování nebyly rovněž žádným z dodavatelů jakkoliv namítány, a to ani *ex post*. Žalovaný tedy pouze na základě pasivity dodavatelů mylně dovozoval, že nebyla řádně umožněna kontrola losovacího zařízení.
19. Dále považoval za lživé tvrzení žalovaného, že z důkazních prostředků bylo možné zjistit pouze výrobce elektronického zařízení, na kterém bylo provedeno losování. K tomu žalobce uvedl, že z rozhodovací praxe správních orgánů jednoznačně plyne, že smyslem notářského zápisu je objektivně zachytit průběh losování, nikoliv popisovat do detailu losovací zařízení, přičemž proces losování byl řádně zdokumentován rovněž mimo předmětný notářský zápis (protokol o postupu při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku a přítomnými zájemci podepsaný výstup objektivně zachycující průběh losování). Žalovaný však při svém řízení přes výhrady žalobce vůbec nedisponoval kompletní zadávací dokumentací, ze které uvedené skutečnosti plynou. Žalovaný byl nadto v průběhu daňového řízení informován o konkrétním k losování certifikovaném SW, který byl k losování v konkrétním případě použit. Žalovaný však v této souvislosti zcela rezignoval na provedení žalobcem požadovaných důkazů, které by byly ve prospěch žalobce. Žalovaný se odmítl zabývat jak řádným šetřením konkrétního případu, znaleckými posudky, tak svědeckými výpověďmi, kdy mu byla v této souvislosti ze strany žalobce nabízena plná součinnost.
20. V závěrečné části své repliky žalobce zopakoval své přesvědčení, že žalovaným aplikovaná rozhodnutí soudu jsou dle jeho názoru koncipována na zcela odlišném skutkovém základě, a tudíž nejsou přílehlavá na danou věc. Měl tak za to, že namítaná absence kompletní dokumentace během řízení před správním orgánem prvního stupně a neprovedení žalobcem navrhovaných důkazů je zcela relevantní a v souvislosti s tímto namítal porušení zásady materiální pravdy.

V. Posouzení věci krajským soudem

21. Krajský soud v Brně na základě včas podané žaloby přezkoumal napadené rozhodnutí žalovaného v mezích žalobních bodů [§ 75 odst. 2 věta první zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“)], jakož i řízení předcházející jeho vydání. Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s. ř. s.). Tímto postupem soud dospěl k názoru, že žaloba je důvodná a na základě § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s. bez nařízení jednání napadené rozhodnutí žalovaného zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.
22. Ze správního spisu vyplynuly následující, pro rozhodnutí ve věci samé, podstatné skutečnosti. Žalobce jako zadavatel v zadávacím řízení o veřejné zakázce „Milotice – Intenzifikace ČOV a kanalizace“ dne 17. 5. 2011 přistoupil k omezení počtu zájemců losem

pomocí elektronického zařízení. Ve stanovené lhůtě pro podání žádostí o účast přitom bylo žalobci doručeno celkem 27 žádostí o účast, přičemž žalobce přistoupil jejich omezení na deset. Samotné losování provedla společnost JUSTITIA, s.r.o. Losování se účastnil JUDr. P. S., notář v Holešově, který o průběhu losování vyhotovil notářský zápis sp. zn. NZ 315/2011, N 433/2011 (dále jen „notářský zápis“). Kromě sedmi přítomných zástupců uchazečů o veřejnou zakázku byli na losování přítomni zástupci společnosti JUSTITIA, s.r.o., jmenovitě Mgr. V. K. (prováděl losování), Bc. L. K. a Ing. S. J., a zástupci žalobce jakožto zadavatele, Ing. J. B., Mgr. J. L. a pan J. K.. Do výběru bylo zařazeno všech 27 uchazečů (srov. poř. č. 14 správního spisu). Protokol o postupu při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku ze dne 17. 5. 2011 obsahuje listinu nadepsanou jako „Výsledek losování“, kde je uvedeno deset vylosovaných zájemců pod čísly 3, 4, 18, 26, 2, 22, 15, 14, 8 a 12 (srov. poř. č. 13 správního spisu). Tyto žalobce následně vyzval k podání nabídky. Veřejná zakázka byla poté zadána prvně vylosovanému zájemci pod číslem 3, se kterým byla uzavřena dne 15. 7. 2011 smlouva o dílo (poř. č. 16 správního spisu).

23. Výše citovaným rozhodnutím o poskytnutí dotace ze dne 29. 11. 2012 byly k realizaci veřejné zakázky, tj. projektu „CZ.1.02/1.1.00/09.03686 Milotice – intenzifikace ČOV a kanalizace“ poskytnuty peněžní prostředky z Fondu soudržnosti EU ve výši 83.815.501,00 Kč (tj. 85 % celkových veřejných výdajů) a ze Státního fondu životního prostředí ve výši 4.930.323,58 Kč (tj. 5 % celkových veřejných výdajů). Vlastní zdroje financování projektu činily 9.860.647,20 Kč (tj. zbývajících 10 % celkových veřejných výdajů). Nedílnou součástí rozhodnutí o poskytnutí dotace byly dále jeho přílohy, přičemž pro nyní projednávanou věc je relevantní příloha č. 1 *Podmínky poskytnutí dotace*, kde v části B. *Další podmínky dotace* bodě 3. *Další povinnosti příjemce dotace, související s realizací akce*. písm. a) se uvádí, že „[p]říjemce dotace je povinen dodržovat pravidla pro zadávání zakázek stanovené v čl. 7 Směrnici MŽP č. 5/2008 a v Závazných pokynech, a to i v průběhu realizace akce. Přitom je povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.“
24. Dne 10. 3. 2015 obdržel správní orgán prvního stupně od ministerstva podnět nazvaný jako „Předání podkladů k vybrání a vymáhání odvodu za porušení rozpočtové kázně dle zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech“, č. j. 917/330/15, 11038/ENV/15 (dále jen „podnět“), na základě kterého správní orgán prvního stupně zahájil protokolem č. j. 1450958/ 15/3000-31474-709070 ze dne 8. 4. 2015 u žalobce daňovou kontrolu. Přílohou podnětu byla mimo jiné „Zpráva o auditu operace“ ze dne 14. 7. 2014, č. j. MF-13296/2014/52, pojednávající o auditu provedeném Ministerstvem financí, kde bylo jako jedno ze zjištění uvedeno netransparentní omezení počtu zájemců losováním (str. 12 zprávy o auditu operace).
25. Žalobce byl následně seznámen s výsledkem kontrolního zjištění, o čemž byl sepsán protokol č. j. 1689629/16/3000-31474-709070 ze dne 28. 4. 2016 (poř. č. 8 správního spisu), kde bylo jako jedno z kontrolních zjištění uvedeno netransparentní omezení počtu zájemců losováním. Žalobce následně správnímu orgánu zaslal písemné vyjádření k výsledku kontrolního zjištění ze dne 16. 5. 2016, kde nesouhlasil s předmětným kontrolním zjištěním ohledně netransparentnosti losování a uvedl v podstatě stejnou argumentaci, jakou přdestřel v nyní projednávané žalobě. Daňová kontrola byla ukončena dne 1. 8. 2016 projednáním zprávy o daňové kontrole č. j. 1689281/16/3000-31474-709070 ze dne 1. 8. 2016 (dále jen „zpráva o daňové kontrole“). Z této vyplynulo, že správní orgán prvního stupně jako příslušný správce daně dospěl k závěru, že žalobce porušil podmínky uvedené v rozhodnutí o poskytnutí dotace, když při zadávání předmětné veřejné zakázky

nedodržel § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách, v návaznosti na § 6 téhož zákona, čímž se dopustil porušení rozpočtové kázně dle § 44 odst. 1 písm. j) zákona o rozpočtových pravidlech.

26. V důsledku tohoto konstatování vydal správní orgán posuzované platební výměry na odvod za porušení rozpočtové kázně. Proti těmto podal žalobce dne 4. 10. 2016 odvolání, která obsahovala v zásadě tu stejnou argumentaci, jako nyní projednávaná žaloba. Předmětná odvolání žalovaný napadenými rozhodnutími zamítl a platební výměry potvrdil.

Nepřezkoumatelnost napadených rozhodnutí

27. Přednostně se zdejší soud zabýval námitkou žalobce spočívající v nedostatečném vypořádání jeho námitek obsažených v odvolání. Dle ustálené judikatury správních soudů by se v takovém případě totiž jednalo o nepřezkoumatelné rozhodnutí pro nedostatek důvodů (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 12. 2006, č. j. 2 As 37/2006-63, publ. pod č. 1112/2007 Sb. NSS, nebo ze dne 19. 12. 2008, č. j. 8 Afs 66/2008-71), což představuje vadu závažnou tak, že se jí musí správní soud zabývat i tehdy, pokud by toto žalobce nenamítal (*ex offio*). Je-li totiž správní rozhodnutí nepřezkoumatelné, lze jen stěží uvažovat o jeho přezkumu správním soudem, což ostatně vyplývá již z lingvistické stránky věci, kdy nepřezkoumatelné rozhodnutí logicky nelze věcně přezkoumat.
28. Jak vyplynulo z textu obou odvolání žalobce proti platebním výměrům, jedna z námitek žalobce spočívala v tvrzení nepřiměřenosti vyměřených odvodů a jejich možného likvidačního charakteru, tj. způsobení platební neschopnosti obcí tvořících žalobce (srov. str. 12 obou odvolání). Žalovaný se k této v rámci napadených rozhodnutí dle názoru zdejšího soudu vyjádřil imanentně na str. 9 – 10 napadených rozhodnutí pouze v části přiměřenosti vyměřených odvodů, kdy však zcela opomenul vypořádat žalobcem tvrzený likvidační charakter. K vypořádání námitky možné platební neschopnosti obcí z pro soud neznámého důvodu žalovaný nepřistoupil i přesto, že ji uvedl v rekapitulaci odvolacích důvodů (srov. str. 3 napadených rozhodnutí).
29. Na předmětnou námitku žalovaný reagoval ve vyjádření k žalobě, nicméně dle ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu nedostatky odůvodnění správního rozhodnutí nemohou být touto cestou zhojeny (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 10. 2004, č. j. 3 As 51/2003-58, či rozsudek ze dne 17. 12. 2008, č. j. 1 As 80/2008-68, publ. pod č. 1787/2009 Sb. NSS), a to ani, kdyby se s tímto vypořádáním *ex post* soud názorově ztotožnil. Stejně tak zdejší soud nemůže skrze svůj rozsudek přistoupit k vypořádání opomenutých námitek, resp. přistoupit k nápravě vady správního rozhodnutí spočívající v nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 1. 2006, č. j. 2 Afs 100/2005-106), neboť by takto nepřipustným způsobem nahrazoval úvahy správních orgánů.
30. Soud proto nemohl dospět k jinému závěru, než že zrušil žalobou napadená rozhodnutí pro jejich nepřezkoumatelnost spočívající v nedostatku jejich důvodů. V následujícím řízení se musí žalovaný dostatečným způsobem vypořádat s tím, zda mají platebními výměry vyměřené odvody likvidační charakter a potenciál způsobit platební neschopnost obcí tvořících žalobce, případně žalobci přednést, proč je tato námitka bezpředmětná.

31. Ostatní námitky byly dle názoru zdejšího soudu dostatečným způsobem vypořádány ať už výslovně či imanentně, a to vzhledem k níže v bodech 32 - 33 uvedeným závěrům správních soudů, které jsou aplikovatelné i na řízení před správními orgány.

Transparentnost omezení počtu zájemců losem

32. Ve vztahu k námitkám nezákonnosti napadených rozhodnutí či platebních výměrů krajský soud vyhodnotil, že se v zásadě všechny (až na napadání výše výměru odvodu, ke kterému se soud vyjádřil níže) vztahují k problematice transparentnosti omezení počtu uchazečů o veřejnou zakázku losem provedeným na elektronickém zařízení dne 17. 5. 2011. V souvislosti s tímto zdejší soud uvádí, že problematiku transparentnosti losování při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku a základ jejího posouzení chápe jinak, než jak předkládá žalobce. V daném případě proto není nutné zabývat se dílčími námitkami žalobce souvisejícími s předmětným losováním a jeho transparentností jednotlivě, a tudíž soud námitky nesprávnosti a nezákonnosti posouzení transparentnosti losování primárně vypořádal jako celek, přičemž některá konkrétní tvrzení žalobce soud z důvodu vhodnosti posoudil i výslovně (k tomuto postupu srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 12. 2011, č. j. 4 Ads 58/2011-72, nebo ze dne 6. 6. 2013, č. j. 1 Afs 44/2013-30, či ze dne 3. 4. 2014, č. j. 7 As 126/2013-19, příp. nálezy Ústavního soudu ze dne 12. 2. 2009 ve věci sp. zn. III. ÚS 989/08, publ. pod č. 26/52 Sb. ÚS n., či usnesení téhož soudu ze dne 18. 11. 2011 ve věci sp. zn. II. ÚS 2774/09, ev. ze dne 11. 3. 2010, sp. zn. II. ÚS 609/10).
33. Povinnost posoudit všechny žalobní námitky totiž neznamená, že je soud povinen reagovat na každou dílčí argumentaci a tu obsáhle vyvrátit, když jeho úkolem je vypořádat se s obsahem a smyslem žalobní argumentace, neboť jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 24. 4. 2014, č. j. 7 Afs 85/2013-33: *„...přestože je třeba z hlediska ústavních principů důsledně trvat na povinnosti dostatečného odůvodnění rozhodnutí, nemůže být tato povinnost chápána dogmaticky. Rozsah této povinnosti se totiž může měnit podle povahy rozhodnutí a musí být posuzován s ohledem na okolnosti každého jednotlivého případu. Podstatné podle názoru Nejvyššího správního soudu je, aby se správní soud ve svém rozhodnutí vypořádal se všemi stěžejními námitkami účastníka řízení, což může v některých případech konzumovat i vypořádání některých dílčích a souvisejících námitek. [...] V této souvislosti lze odkázat např. na nálezy Ústavního soudu ze dne 21. 12. 2004, sp. zn. II. ÚS 67/04, v němž bylo zdůrazněno, že z hlediska splnění náležitostí rozhodnutí není povinností soudu se v jeho odůvodnění speciálně vyjadřovat ke všem jednotlivým argumentům účastníka podporujícím jeho konkrétní a z hlediska sporu pouze dílčí tvrzení, pokud stanovisko k nim jednoznačně a logicky vyplývá ze soudem učiněných závěrů.“*
34. Mezi účastníky soudního řízení není sporné, že losování bylo provedeno na elektronickém zařízení v notářském zápisu označeném na podnět jednoho z uchazečů „notebook ASUS“, ani to, že samotný los byl proveden losovacím programem „Generátor náhodných čísel od výrobce LEKTOR INTERMEDIA, s.r.o.“. Ze správního spisu pak vyplývá, že žádní uchazeči o veřejnou zakázku nepodali bezprostředně po losování ani později námitky proti průběhu či výsledkům losování, přičemž nikdo před začátkem ani v průběhu losování nepodal žádost o změnu přidělených čísel jednotlivým uchazečům.
35. Podle § 6 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

36. Dle § 61 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách omezil-li veřejný zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním nebo v soutěžním dialogu, provede výběr ze zájemců, kteří řádně prokázali splnění požadované kvalifikace, a to podle objektivních kritérií podle odstavce 2 nebo 4 uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace objektivních kritérií může být uvedena v kvalifikační dokumentaci.
37. Ustanovení § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách stanovuje, že 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 pět dnů před losováním.
38. Dle § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.
39. Část B. bod. 3 písm. a) přílohy č. 1 rozhodnutí o poskytnutí dotace stanovuje, že příjemce dotace je povinen dodržovat pravidla pro zadávání zakázek stanovená v čl. 7 Směrnice MŽP č. 5/2008 a v Závazných pokynech, a to i v průběhu realizace akce. Přitom je povinen vždy dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
40. Dle § 44 odst. 1 písm. j) části věty první před středníkem zákona o rozpočtových pravidlech je porušením rozpočtové kázně porušení povinnosti stanovené právním předpisem, rozhodnutím nebo dohodou o poskytnutí dotace nebo návratné finanční výpomoci, které přímo souvisí s účelem, na který byla dotace nebo návratná finanční výpomoc poskytnuta a ke kterému došlo před přijetím peněžních prostředků poskytnutých ze státního rozpočtu, státního fondu, Národního fondu nebo státních finančních aktiv a které trvá v okamžiku přijetí prostředku na účet příjemce.
41. Zákon o veřejných zakázkách tak na základě výše uvedeného stanovuje pro omezení počtu zájemců losováním následující podmínky: 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; 4) právo všech zájemců, jichž se losování týká, účastnit se losování; 5) písemné vyrozumění o termínu losování nejméně pět dnů před losováním; 6) umožnění zájemcům reálně zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.
42. Zásada transparentnosti jakožto první podmínka pro omezení počtu zájemců losováním, v souladu s níž má být losování prováděno a o jejíž porušení je mezi žalobcem a žalovaným sporu, má zajistit, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Transparentním postupem pak soud chápe takový postup, který nevzbuzuje žádné reálné a objektivizované pochybnosti o tom, že zadavatel jedná korektně a regulérně a že v zadávacím řízení využívá fair prostředků. Naopak, jak již

zdejší soud uvedl například v rozsudku ze dne 14. 5. 2007, č. j. 31 Ca 166/2005-125, 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* [...]“.

43. Právě uvedené východisko Krajského soudu v Brně, a sice konkrétně v otázce transparentnosti losování coby prostředku pro omezování účasti zájemců, přitom potvrdil i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, na který odkazovali ve svých písemných podáních jak žalobce, tak žalovaný. Nejvyšší správní soud v tomto rozsudku mj. uvedl, že „[...] *podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. [...] Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti. Tyto úvahy platí tím spíše v případě, kdy se přistoupí k losování, protože losování je úkon ze své povahy nepřezkoumatelný* [...]“. Nejvyšší správní soud poukázal také na to, 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*,..., 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 [...]“.
44. Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku zdůraznil, že právě proto se zjištění, zda v určitém 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.
45. Krajský soud v Brně se již k problematice výkladu § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 3. 2012 vyjádřil (blíže viz rozsudek ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108) a s těmito závěry se ztotožnil i Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49, na který odkazoval žalovaný v napadených rozhodnutích. Ve světle těchto i shora označených rozhodnutí posoudil skutkově obdobnou věc tento soud i v rozsudku ze dne 15. 11. 2017, č. j. 31 Af 58/2016-14.
46. Dle citované judikatury správních soudů je zajištění toho, aby žádný z úkonů zadavatele prováděných v zadávacím řízení (a tedy ani losování coby úkon již ze své podstaty nepřezkoumatelný – viz shora uvedený rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 1 Afs 45/2010) nepůsobil netransparentně, vždy na zadavateli veřejné zakázky. Přistoupí-li tedy zadavatel k losování, musí být připraven unést břemeno, které spočívá v neexistenci jakýchkoli reálných a objektivizovaných pochybností o způsobu a průběhu losování. Hodlá-li zadavatel omezovat účast zájemců losováním, musí zabezpečit, aby losování probíhalo férově a aby jeho průběh byl dostatečně jasně kontrolovatelný. V daném případě však podle zdejšího soudu zadavatel této povinnosti nedostal.

47. Žalobce sice jako zadavatel stanovil termín losování s dostatečným předstihem, všem zájemcům umožnil účast na losování a zajistil též účast notáře, čímž naplnil část podmínek stanovených v § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách, to však samo o sobě z losování transparentní proces neučinilo. Transparentnost totiž představuje (jak již bylo uvedeno výše v bodu 41 odůvodnění tohoto rozsudku) samostatný požadavek stojící vedle splnění dalších podmínek týkajících se průběhu losování.
48. Soud na základě obsahu správního spisu dospěl k závěru, že samotné losovací zařízení, které bylo k losování použito, jeho transparentnost nezaručilo. Losování v dané době sice mohlo být uskutečněno prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení (§ 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách), a ani žalovaný nezpochybňuje, že by použité losovací zařízení do tohoto výčtu spadalo, volba jednoho z těchto způsobů však ještě automatické dodržení zásady transparentnosti nevyvolává. Žalobce pro losování použil obyčejného notebooku a (ač speciálního) programu, aniž by např. sám ze své vlastní iniciativy přistoupil k provedení kontroly daného zařízení bezprostředně před zahájením losování. Je přitom notorietou, na kterou upozorňovaly ve správním řízení i finanční orgány, že standardní notebook v sobě má zakomponovaná komunikační rozhraní umožňující dálkový přístup (jako např. WiFi či Bluetooth), a tuto skutečnost nerozporoval ani žalobce, který např. před samotným losováním nepřistoupil k tomu, aby tyto komunikační prostředky učinil nefunkčními nebo o tomto přítomné osoby aspoň informoval. Dále je nutné vzít v úvahu, že v projednávaném případě kontrola losovacího zařízení (a tím spíše počítačového programu) samotnými zájemci, příp. dalšími přítomnými osobami nebyla fakticky možná, neboť tito k tomu nemohli být bezprostředně před losováním vybaveni. Výše uvedené objektivní skutečnosti tak dle názoru zdejšího soudu nechávají vzniknout již dostatečným pochybnostem o transparentnosti průběhu předmětného losování.
49. Zdejší soud znovu připomíná, že institut zúžení počtu účastníků losováním, jako zákonem umožněný průlom do obecné zásady transparentnosti zadávání veřejných zakázek, je proces mimořádně citlivý na zachování „kvalifikované“ transparentnosti. Jakékoliv pochybnosti je v tomto případě třeba přičítat na vrub zadavateli (v judikatuře zmiňované „břemeno“). Ten je totiž „pánem“ aktu losování a musí si být vědom všech objektivních rizik, která z toho vyplývají. Zákon o veřejných zakázkách v době provedení předmětného losování sice vlastní postup losování neupravoval, nicméně i z rozsudku Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 1 Afs 45/2010-159 je možno vyvodit, že po zadavateli veřejné zakázky je nutno požadovat, aby se vyvaroval takových pochybení, která značně snižují jeho průhlednost. Je totiž především na zadavateli, aby zajistil transparentnost úkonů, které on sám nebo jím pověřená osoba provádí.
50. Za uspokojivou „nápravu“ shora přednesených nedostatků losování (bod 48 odůvodnění tohoto rozsudku) nelze považovat žalobcem pozdější předkládání certifikace losovacího zařízení, resp. softwaru finančním orgánům, neboť certifikace zařízení nemůže *ex post* nic vypovědět o transparentnosti losování. Žalobce předmětnou certifikaci navrhoval jako důkaz také v řízení před soudem, přičemž soud k provedení tohoto důkazu nepřistoupil ze stejných důvodů jako žalovaný. Zdejší soud nepřistoupil ani dále navrhovanému provedení důkazu protokolem o postupu při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku a související dokumentací, neboť tyto jsou součástí správního spisu a z těchto listin soud při hodnocení nyní posuzované věci vycházel.

51. Ohledně námitky skutkové odlišnosti případu oproti citované judikatuře krajský soud konstatuje, že pro aplikaci obecných závěrů soudu není vyžadována skutková totožnost, případně jednota případu. Skutkové odlišnosti musí být nicméně při aplikaci obecných závěrů vnímány. V tomto případě je v žalobě poukazováno na odlišnost v absenci požadavku na změnu přiřazených čísel uchazečů a neprokázání manipulace s losovacím zařízením znaleckým posudkem (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 1. 3. 2017, č. j. 9 As 108/2016-79).
52. Tyto skutečnosti ovšem nemají dle názoru zdejšího soudu zásadní význam pro aplikaci dílčích závěrů, které se týkají zúžení počtu zájemců losováním, což jsou aspekty, ve kterých se případy naopak shodují (stejně platí i pro rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 31 Af 58/2016). Mají ovšem význam z hlediska posuzování naplnění požadavků zásady transparentnosti.
53. Jak již krajský soud konstatoval výše, mezi účastníky soudního řízení není sporné, že v nyní posuzovaném případě žádný z uchazečů nepožadoval změnu jim přiřazených čísel pro účel losování. Z rozhodnutí správního orgánu prvního stupně (resp. zprávy o daňové kontrole) a napadených rozhodnutí však vyplývá, že finanční orgány při hodnocení dodržení zásady transparentnosti vycházely (stejně jako zdejší soud) především z nedostatečnosti kontroly losovacího zařízení a obecně použití zařízení k losování méně vhodnému pro existenci zabudovaných komponentů umožňujících bezdrátovou komunikaci. Na rozdíl od tvrzení žalobce má zdejší soud za to, že soudy v obdobných případech, kde došlo k zamítnutí žádosti o přečíslování seznamu uchazečů pro účel losování, považovaly nepřechíslování na žádost za jeden z faktorů, které měly vliv na transparentnost losování pomocí elektronického zařízení, které v zásadě není v moci uchazečů ani přítomného notáře zkontrolovat jinak než předloženým způsobem. Rozhodně toto nebyla jediná skutečnost, ze které při posuzování transparentnosti losování vycházely. Ostatně např. v rozsudku ve věci sp. zn. 31 Af 58/2016 tento soud konstatoval, že „[d]e facto jediným způsobem, jak mohli sami zájemci sledovat transparentnost procesu losování, byla právě změna čísel přiřazených jednotlivým zájemcům bezprostředně před losováním, jak navrhl žalobce. [...] Krajský soud má naopak za to, že změna čísel zájemců bezprostředně před zahájením losování by umožnila zájemcům faktickou kontrolu losovacího postupu. Vzhledem k technické povaze losovacího zařízení totiž jiná kontrola ze strany zájemců bezprostředně před zahájením losování nebyla materiálně možná.“
54. Existenci znaleckého posudku k použitému elektronickému zařízení či počítačovému programu v projednávané věci považuje zdejší soud v případech, na které odkazuje žalobce, za nadstavbu, která umocnila pochybnosti o transparentnosti losování, nikoliv, že by tyto vznikly na jejich základě. Např. v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2016, č. j. 4 As 68/2016-48 bylo konstatováno, že „[s] ohledem na tyto závěry žalovaný, jeho předseda ani krajský soud nebyli povinni zabývat se otázkou, zda v předmětném okamžiku došlo k manipulaci s losováním, popřípadě, zda v předmětném okamžiku losovací zařízení umožňovalo manipulaci. V této souvislosti proto nebyli povinni provést stěžovatelem navržený důkaz znaleckým posudkem. Pro posouzení objektivní odpovědnosti stěžovatele je podstatné, že v softwarovém vybavení losovacího zařízení, použitého při losování dne 11. 4. 2011, znalecký ústav zjistil losovací program umožňující manipulaci s losováním a absenci zabezpečení proti manipulaci. To samo o sobě vylučuje, aby mohlo být jakékoliv losování provedené na předmětném losovacím zařízení vnímáno jako transparentní. Stěžovatel mohl využít veškerých zákonných možností, aby zadávací řízení proběhlo v souladu se zásadou transparentnosti. Bez

ohledu na to, že si sjednal služby administrátorské společnosti, si tak mohl stěžovatel vymínit odpovídající posouzení losovacího programu jiným odborným subjektem, popřípadě přísnější zabezpečení losovacího zařízení a kontrolu plnění požadavků.“

55. K absenci námitek z řad zájemců o veřejnou zakázku Nejvyšší správní soud v rozsudku ve věci sp. zn. 7 Afs 31/2012 (na který odkázal i žalovaný v napadených rozhodnutích) konstatoval, že „[s]kutečnost, že žádné pochybnosti o průběhu losování ani notář ani zástupci zájemců na místě nevznesli, může být snad jediné dokladem toho, že okolnosti, které transparentnost losování narušily, nebyly přímo do očí bijící. Nevznesením námitek přímo na místě však nelze upřít zájemcům o veřejnou zakázku právo, aby námitky uplatnili až po zralé úvaze.“ Tento názor je plně aplikovatelný i na nyní posuzovanou věc, tj. situaci, kdy nebyly vzneseny námitky ani později. Závěr o tom, že nebylo postupováno v souladu se zásadou transparentnosti, totiž není založen na skutečnosti, zda jsou v souvislosti s losováním dříve nebo později vzneseny námitky. Je pouze na správních orgánech, resp. později na správních soudech, aby toto sami na základě skutkového stavu posoudily, o čemž vypovídá i to, že předmětné řízení je zahajováno *ex offo*.
56. Ve vztahu k části námitky spočívající se nesprávné interpretaci judikatury zdejší soud uvádí, že žalobce rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 7 Afs 31/2012 interpretuje chybně a vytrhává věty z kontextu. Za větou „[l]osování nelze považovat za netransparentní pouze z toho důvodu, že teoreticky existuje způsob, jak mohlo být ovlivněno“ následují další dvě, ve kterých Nejvyšší správní soud konstatuje, že „[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.“ Z celého odstavce jasně vyplývá úvaha Nejvyššího správního soudu, že posuzování transparentnosti losování a skutečného ovlivnění jeho průběhu či výsledku jsou na sobě nezávislá. Žalobcem citovaná věta tak rozhodně nesměřovala ke konstatování judikurního závěru, že pokud nelze v posuzovaném případě nalézt okolnosti nasvědčující ovlivnění losování, nelze přistoupit k tomu, že byla porušena zásada transparentnosti.
57. Na základě všeho shora uvedeného zdejší soud souhlasí s názorem žalovaného, že žalobce se dopustil vytykaného pochybení (porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách ve spojení s § 61 stejného zákona) při zadávání veřejné zakázky „Milotice – Intenzifikace ČOV a kanalizace“.
58. K námitce žalobce, že finanční orgány v předmětném řízení nezjistily stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, neboť vycházely pouze z textu notářského zápisu o provedeném losování a neprováděly další důkazy (např. výslech zúčastněných osob), krajský soud uvádí následující. Podle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách notářský zápis osvědčuje průběh losování, a obsahuje tedy všechny podstatné informace o tomto procesu. Vzhledem ke specifické povaze zadávacího řízení, jakožto formalizovaného procesu s obligatorním písemným průběhem, je ve vlastním zájmu zadavatele zdokumentovat průběh zadání konkrétní veřejné zakázky transparentním a přezkoumatelným způsobem (k tomu viz také rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 19. 7. 2012, č. j. 62 Af 14/2011-74).

59. Jak vyplývá ze zprávy o daňové kontrole i odůvodnění napadených rozhodnutí, finanční orgány při zjišťování rozhodných okolností vycházely i z žalobcem opakovaně předkládaného protokolu o postupu při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku a souvisejících dokumentů, které jsou součástí správního spisu. I z těchto však nebylo možné usuzovat na dodržení zásady transparentnosti při losování. Žalovaný se zabýval také důkazním návrhem certifikací použitého počítačového programu či zkoumáním jeho algoritmu, a ze stejného důvodu, jaký krajský soud přdestřel v bodě 48 odůvodnění tohoto rozsudku, došel k závěru, že jejich provedení by nic nevypovídalo o průběhu losování, s čímž se zdejší soud ztotožňuje. Vzhledem k existenci komunikačního rozhraní na použitém notebooku by totiž kontrola předmětného programu *ex post* neměla žádného významu, obdobně ani certifikace.
60. Soud tedy neshledal, že by se správní orgány dopustily namítaných procesních pochybení spočívajících v nedostatku dokazování a současně nepřistoupil k provedení žalobcem navržených důkazů v žalobě z obdobných důvodů. Výpovědi osob přítomných při losování provedené *ex post* by nemohly cokoli změnit na zjištěném stavu, který vyplývá z notářského zápisu a protokolu o postupu při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku, tj. že losování by provedeno netransparentně. Obdobně jako v případě certifikace použitého programu nemohou žalobcem navrhované osoby po několika letech od provedení losování napravit jeho nedostatky, které soud uvedl v bodě 48 odůvodnění tohoto rozsudku. Předmětem nyní projednávané věci totiž není posouzení toho, zda došlo k manipulaci s losováním nebo jeho výsledky, ale transparentnosti losování, tj. zda proběhlo kontrolovatelným způsobem.
61. Opakování obsahu protokolu o postupu při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku ze správního spisu rovněž do věci by nepřineslo cokoli nového, nadto se jedná o důkaz obsažený ve správním spise, který je účastníkům znám a soud se s ním seznámil stejně tak jako s dalšími listinami shromážděnými po čas vedení správního řízení příslušnými orgány.
62. Dále byl žalobce přesvědčen, že mu svědčilo legitimní očekávání spočívající v tom, že jeho postup v zadávacím řízení byl v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, neboť Úřad pro ochranu hospodářské soutěže v minulosti ve skutkově obdobných případech dospěl k závěru, že příslušní zadavatelé veřejných zakázek se porušení zákona nedopustili.
63. K právu příjemce dotace dovolat se zásady legitimního očekávání existuje četná judikatura Nejvyššího správního soudu. Odkázat lze zejména na rozsudek ze dne 15. 8. 2012, č. j. 1 Afs 15/2012-38, v němž Nejvyšší správní soud dospěl k následujícím závěrům: *„K výkladu zásady legitimního očekávání v daném kontextu Nejvyšší správní soud odkazuje zejména na judikaturu Soudního dvora týkající se zpětného vymáhání finančních prostředků čerpaných z rozpočtu EU. Zdejší soud si je přitom vědom toho, že jak legislativa EU, tak i judikatura Soudního dvora řeší pouze případy týkající se nakládání s finančními prostředky pocházejícími ze strukturálních fondů a z jiných dostupných finančních nástrojů EU. Dotace pocházející čistě ze státního rozpočtu členského státu EU se řídí zákony daného státu (až na výjimky týkající se nediskriminace, rovného zacházení a nenarušení hospodářské soutěže v rámci jednotného trhu EU). I přesto je možné níže uvedené zásady posuzování čerpání a nakládání s dotacemi z rozpočtu EU vztáhnout i na finanční prostředky čerpané pouze ze státního rozpočtu. Bylo by nelogické a v rozporu se zásadou jednoty právního řádu, kdyby přidělování a kontrola nakládání s finančními prostředky z rozpočtu EU a z domácího rozpočtu členského státu nepodléhalo obdobným standardům. [...] Z judikatury Soudního dvora k uvedeným předpisům plyne, že za dodržení všech podmínek dotací jsou výlučně odpovědní příjemci podpor.*

Skutečnost, že poskytovatel finančních prostředků opomněl upozornit na nesrovnalosti při provádění dané akce, nevylučuje ani neomezuje takovou odpovědnost. Opačný výklad by vedl ke stavu, kdy by byl příjemce dotace zbaven veškeré odpovědnosti za nesrovnalosti, které nebyly oznámeny poskytovatelem. Předpokladem práva dovolávat se legitimního očekávání je v takovém případě poskytnutí konkrétních ujištění ze strany příslušného orgánu, která mohou vzbudit legitimní očekávání u toho, komu jsou určena, a dále skutečnost, že tato ujištění jsou v souladu s použitelnými právními předpisy [rozsudek Soudního dvora ze dne 25. 3. 2010, Sviluppo Italia Basilicata (C-414/08, Sb. rozh. s. I-02559); viz zejména body 102 a 107 rozsudku]. Zásady legitimního očekávání se tak nemůže dovolávat příjemce, který se dopustil zjevného porušení platné právní úpravy [rozsudek Soudního dvora ze dne 13. 3. 2008, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening a další (spojené věci C-383/06 až C-385/06, Sb. rozh. s. I-01561); bod 56] [...]. Samotná skutečnost, že v nynějším případě byli poskytovatelé dotací v době, kdy o jejich poskytnutí stěžovateli rozhodovali, obeznámeni s tím, jakým způsobem zadal zakázku na realizaci Projektu VD Lysá nad Labem, tedy neznamená, že by se stěžovatel mohl v řízení o porušení rozpočtové kázně úspěšně dovolávat zásady legitimního očekávání. Stěžovateli se nedostalo žádných konkrétních ujištění ze strany poskytovatelů dotací (tj. MŽP a SFDI) ohledně souladu jeho postupu při zadávání předmětné veřejné zakázky se zákonem. Stěžovatel se svým postupem navíc dopustil zjevného porušení zákona o veřejných zakázkách.“

64. Z uvedeného rozsudku plyne, že příjemce dotace se může úspěšně dovolat zásady legitimního očekávání při splnění dvou podmínek: 1) příslušný orgán mu poskytl konkrétní ujištění, která u něj mohla vzbudit legitimní očekávání; 2) tato ujištění jsou v souladu s použitelnými právními předpisy, resp. postup podle těchto ujištění nepředstavuje „zjevné porušení platné právní úpravy“.
65. V nyní posuzovaném případě nic nesvědčí tomu, že by poskytovatelé předmětné dotace (ministerstvo a Statní fond životního prostředí) poskytli žalobci konkrétní ujištění, která by u něj mohla vzbudit legitimní očekávání v souladu s požadavky uvedenými v citované judikatuře. Samotnou skutečnost, že poskytovatelé dotace jsou obeznámeni s postupem, který příjemce dotace zvolil pro zadání příslušné veřejné zakázky, nelze považovat za takové „konkrétní ujištění“.
66. Žalobce ostatně ani netvrdí, že by se mu dostalo jakýchkoliv ujištění ze strany poskytovatelů dotace. Žalobce dovozuje své legitimní očekávání z rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, kdy nadto žalobcem předložená rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, byla (jak uvedl i žalovaný v napadených rozhodnutích) vydána až po uzavření smlouvy s vybraným dodavatelem. Nejstarší z žalobcem předložených rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže je rozhodnutí ze dne 29. 2. 2012, č. j. ÚOHS-S338/2011/VZ-15651/2011/510/OKo. Ke spornému losování v nyní posuzované věci přitom došlo již dne 17. 5. 2011. Nelze tak ani argumentovat, že žalobce při volbě svého postupu v zadávacím řízení vycházel z rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.
67. Krajský soud tak v návaznosti na vše výše uvedené uzavírá, že soubor námitek týkající se nesprávného či nezákonného posouzení transparentnosti omezení počtu uchazečů losováním pomocí elektronického zařízení v zadávacím řízení o veřejnou zakázku s názvem „Milotice – Intenzifikace ČOV a kanalizace“, považuje za nedůvodný.

Výše vyměřeného odvodu

68. Ve vztahu k námitce nepřiměřené výše vyměřených odvodů za porušení rozpočtové kázně krajský soud shrnuje, že se dle jeho názoru jak správní orgán prvního stupně, tak žalovaný dostatečným způsobem zabývali okolnostmi majícími vliv na výši vyměřeného odvodu, kterou vzhledem k ostatním okolnostem posuzované věci správní orgán prvního stupně stanovil na 10 % z částek použitých na financování předmětné veřejné zakázky (viz str. 2 – 3 platebních výměrů a str. 9 – 10 napadených rozhodnutí).
69. Provedenou daňovou kontrolou bylo na straně žalobce zjištěno porušení rozpočtové kázně způsobené nedodržením podmínek, jež nebyly poskytovatelem dotace dle § 14 odst. 6 zákona o rozpočtových pravidlech vyčleněny jako méně závažné. V souladu s ustanovením § 44a odst. 4 písm. c) zákona o rozpočtových pravidlech tak měl správce daně vyměřit odvod v částce, v jaké byla porušena rozpočtová kázeň. Dle judikatury správních soudů (srovnej např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 6. 2009, č. j. 7 Afs 107/2008-100, ze dne 31. 3. 2014, č. j. 2 Afs 49/2013-34, ze dne 26. 9. 2014, č. j. 2 As 106/2014-46, ze dne 5. 12. 2014, č. j. 4 As 215/2014-40) je správce daně v případě stanovení odvodu ve výši porušení rozpočtové kázně podle § 44a odst. 4 písm. c) zákona o rozpočtových pravidlech navíc povinen vždy zvažovat okolnosti konkrétního porušení rozpočtové kázně a vycházet z principu proporcionality mezi závažností tohoto porušení a výší za něj předepsaného odvodu. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 26. 9. 2014, č. j. 2 As 106/2014-46, k tomu shrnul, že „[z] předchozí uvedené judikatury, která se otázkou výše odvodu za porušení rozpočtové kázně zabývala, je zřejmé, že je judikatura zdejšího soudu v tomto ohledu jednotná a reflektující, že při stanovení výše odvodu je třeba zvažovat okolnosti konkrétního porušení rozpočtové kázně a vycházet z principu proporcionality mezi závažností tohoto porušení a výší za ně předepsaného odvodu. Z uvedené judikatury plyne, že v každém konkrétním případě je třeba vážit, zda je důvod k odvodu v plné výši čerpaných či poskytnutých prostředků státního rozpočtu, či k odvodu odpovídajícímu konkrétnímu dílčímu pochybení.“
70. Správní orgán prvního stupně přitom v nyní projednávané věci postupoval právě podle v předchozím odstavci citovaných závěrů Nejvyššího správního soudu, kdy při stanovení výše odvodu přihlédl k jednotlivým okolnostem porušení podmínek rozhodnutí o poskytnutí dotace a vyjádřil se k jejich závažnosti a jejich vlivu na naplnění účelu poskytnuté dotace. Při stanovení výše odvodu vzal v úvahu charakter pochybení žalobce, počet těchto pochybení a také skutečnost, že porušení nemělo vliv na průkazné užití dotace a že postup žalobce při losování nebyl napaden žádnými z účastníků rozhodné části zadávacího řízení. Podpůrně pak správní orgán prvního stupně zohlednil také návrh výše odvodu vyčíslený v auditu operace a podnětu ministerstva.
71. Žalovaný pak v odvolacím řízení v této souvislosti doplnil, že zadavatel kromě jedné postupoval v souladu s podmínkami uvedenými v § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a že netransparentní byla pouze část zadávacího řízení. Nedodržení zásady transparentnosti v průběhu zadávacího řízení bylo podle příslušných ustanovení rozhodnutí o poskytnutí dotace sankcionováno postihem ve výši 25 – 30 % z části poskytnuté dotace. S ohledem na výše uvedené skutečnosti však správní orgán prvního stupně stanovil odvod za porušení rozpočtové kázně ve výši 10 % z částky použité na financování předmětné akce, s čímž se žalovaný ztotožnil.
72. Dle krajského soudu správní orgány postupovaly zcela v souladu s výše citovanou judikaturou Nejvyššího správního soudu, když zohlednily závažnost porušení rozpočtové kázně ve vztahu k poskytnutým finančním prostředkům, jakož i dopady pochybení žalobce. Jejich úvahy přitom soud pokládá za plně přezkoumatelné, dostatečné a

odpovídající v řízení zjištěným skutečností. K námitce žalobce, že mu byly odvody vyměřeny až po šesti letech od provedení losování, zdejší soud uvádí, že ani rozhodnutí o poskytnutí dotace ani zákonná právní úprava a ani judikatura soudů správním orgánům neukládají přihlížet k době, která v posuzovaném případě uplynula od porušení právem stanovené povinnosti. Ani této námitce proto krajský soud nepřisvědčil.

VI. Shrnutí a náklady řízení

73. S ohledem na vše shora uvedené dospěl soud po provedeném řízení k závěru, že napadené rozhodnutí je třeba zrušit pro nepřezkoumatelnost spočívající v nedostatku důvodů rozhodnutí. Zdejší soud tak napadené rozhodnutí dle § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s. bez nařízení jednání zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. V dalším řízení je žalovaný dle § 78 odst. 5 s. ř. s. vázán právním názorem soudu.
74. Výrok o náhradě nákladů řízení vychází z § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce byl ve věci úspěšný, soud mu proto přiznal právo na náhradu nákladů řízení vůči žalovanému. Náklady řízení žalobce sestávají ze zaplaceného soudního poplatku ve výši 2 x 3.000 Kč a z odměny a náhrady hotových výdajů zástupce žalobce. Odměna zástupce činí dle § 9 odst. 4 písm. d), § 7 bod 5. a § 11 odst. 1 písm. a) a d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., ve znění pozdějších předpisů za tři úkony právní služby (příprava a převzetí věci, sepsání žaloby, sepsání písemného podání ve věci samé – replika k vyjádření žalovaného) 3 x 3.100 Kč a náhrada hotových výdajů činí dle § 13 odst. 3 citované vyhlášky 3 x 300 Kč. Jelikož, jak zjistil krajský soud z dálkového přístupu do registru plátců daně z přidané hodnoty, je právní zástupce žalobce plátcem daně z přidané hodnoty, zvyšuje se odměna a náhrada hotových výdajů o částku odpovídající této dani, tj. o 2.142 Kč. Celková výše nákladů řízení žalobce tak činí 18.342 Kč.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. 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.

Brno 8. srpna 2019

JUDr. Jaroslava Skoumalová v. r.
předsedkyně senátu