



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců JUDr. Faisala Husseinioho, Ph.D., a Mgr. Petra Pospíšila v právní věci žalobce: **město Krásná Lípa**, se sídlem Masarykova 6, Krásná Lípa, zastoupeného Mgr. Martinem Pujmanem, advokátem se sídlem Mánesova 19, Praha, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 2. 10. 2015, č. j. ÚOHS-R464/2014/VZ-31150/2015/323/MOđ,

t a k t o :

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

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Žalobce se podanou žalobou domáhal zrušení v záhlaví označeného rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „předseda Úřadu“), kterým byl zamítnut rozklad žalobce a potvrzeno rozkladem napadené rozhodnutí žalovaného ze dne 6. 11. 2014, č. j. ÚOHS-S715/2014/VZ-23661/2014/533/ZPr (dále také jen „rozhodnutí

žalovaného“). Předseda Úřadu uvedl, že toto rozhodnutí žalovaný přijal v řízení vedeném ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“) žalobcem jakožto zadavatelem „při zadávání veřejné zakázky ‚Kanalizace Krásná Lípa‘ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 9. 2011 a uveřejněno v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 30. 9. 2011 pod ev. č. 60065850, ve znění opravy uveřejněné dne 7. 10. 2011“.

[2] Žalovaný svým rozhodnutím rozhodl tak, že ve výroku:

I. Zadavatel, město Krásná Lípa, se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách při zadávání veřejné zakázky „Kanalizace Krásná Lípa“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 9. 2011 a uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 30. 9. 2011 pod ev. č. 60065850, ve znění opravy uveřejněné dne 7. 10. 2011, tím, že porušil § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona o veřejných zakázkách, když dne 24. 10. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zástupce zájemce Průmstav, a.s. přidělení nových pořadových čísel zájemcům o účast v užším řízení, přičemž způsob omezení počtu uchazečů za použití elektronického losovacího zařízení neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy zachování zásady transparentnosti losování, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel na plnění předmětné veřejné zakázky dne 9. 2. 2012 smlouvu s vybraným uchazečem, účastníky sdružení s názvem „Sdružení SaM – Energie“ (dále jen „Sdružení SaM – Energie“), SaM silnice a mosty Děčín a.s. a Energie - stavební a baňská a.s., kteří uzavřeli dne 10. 10. 2011 smlouvu o sdružení.

II. Zadavatel, město Krásná Lípa, se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách při zadávání veřejné zakázky „Kanalizace Krásná Lípa“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 9. 2011 a uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 30. 9. 2011 pod ev. č. 60065850, ve znění opravy uveřejněné dne 7. 10. 2011, tím, že porušil § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona o veřejných zakázkách, když dne 24. 10. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zástupce zájemce Průmstav, a.s. kontrolu losovacího zařízení, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy zachování zásady transparentnosti losování, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel na plnění předmětné veřejné zakázky dne 9. 2. 2012 smlouvu s vybraným uchazečem, účastníky sdružení s názvem „Sdružení SaM – Energie“.

III. Za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. tohoto rozhodnutí se zadavatel, město Krásná Lípa, ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách pokuta ve výši 150 000 Kč. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

[3] Žalobce svou rozsáhlou žalobu, v níž navrhl zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu i žalovaného, shrnul následujícím způsobem:

[4] Do okamžiku uzavření smlouvy dne 9. 2. 2012 zde existovala minimálně čtyři rozhodnutí, která považovala postup žalobce za souladný se zákonem o veřejných zakázkách, a to rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 8. 2011, č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/MNe (dále jen „rozhodnutí žalovaného S145/2011“), rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 6. 10. 2011, č. j. ÚOHS-R200/2011/VZ-15571/2011/310/JSI (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu R200/2011“), rozhodnutí žalovaného ze dne 21. 12. 2011, č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-20327/2011/520/JHI (dále jen „rozhodnutí žalovaného S491/2011“), a rovněž i usnesení žalovaného ze dne 14. 11. 2011, č. j. ÚOHS-S540/2011/VZ-18050/2011/520/JOn (dále jen „usnesení žalovaného S 540/200“). Následně, po uzavření smlouvy, byl postup žalobce potvrzen minimálně šesti dalšími rozhodnutími, a to konkrétně rozhodnutím žalovaného ze dne 29. 2. 2012, č. j. ÚOHS-S338/2011/VZ-15651/2011/510/OKo (dále jen „rozhodnutí žalovaného S338/2011“), rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 29. 6. 2012, č. j. ÚOHS-R63/2012/VZ-12145/2012/310/JSI (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu R63/2012“), rozhodnutím žalovaného ze dne 9. 3. 2012, č. j. ÚOHS-S272/2011/VZ-15008/2012/520/NG (dále jen „rozhodnutí žalovaného S272/2011“), rozhodnutím žalovaného ze dne 13. 3. 2012, č. j. ÚOHS-S429/2011/VZ-1757/2012/510/MGr (dále jen „rozhodnutí žalovaného S429/2011“), rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 28. 5. 2012, č. j. ÚOHS-R81/2012/VZ-9822/2012/310/ASc (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu R81/2012“), rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 29. 5. 2012, č. j. ÚOHS-R10/2012/VZ-9898/2012/310/PSe (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu R10/2012“). Žalobce je s ohledem na počet rozhodnutí posvěčujících postup zadavatele v obdobných případech a na dobu, po kterou byla tato rozhodnutí ze strany žalovaného vydávána, přesvědčen, že se jedná o správní praxi konstantní, ustálenou a dlouhodobou, zakládající legitimní očekávání žalobce. Závěr předsedy žalovaného o neexistenci ustálené správní praxe je proto nesprávný a nezohlednění legitimního očekávání žalobce činí napadené rozhodnutí nezákonným zejména pro rozpor s § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“).

[5] Žalobce se dále domnívá, že v tomto případě by nemohl převážit princip legality nad principem legitimního očekávání, a to zejména z důvodu absence možné újmy třetí osobě. Je nepřípustné, aby byl žalobce potrestán za svůj postup činěný v legitimním očekávání legálnosti, a to navíc úřadem, který žalobcovo legitimní očekávání v důsledku své rozhodovací praxe vyvolal. Nevypořádání se s těmito námitkami činí napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným.

[6] Pro odchýlení se od ustálené správní praxe zde dle názoru žalobce zcela zjevně absentuje řádné odůvodnění závažnými okolnostmi. Změna ustálené správní praxe by navíc nepřípustně směřovala do minulosti a pouze k tíži žalobce. Vedle toho žalovaný v obdobných aktuálních případech postupuje odlišně, než v tomto případě. Nevypořádání se s těmito námitkami činí napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným.

[7] Na nyní posuzovaný případ dále není možné aplikovat závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, dostupného na www.nssoud.cz, a to

pro skutkovou odlišnost případu, pro absenci kombinace více faktorů majících za následek porušení zásady transparentnosti a pro nejasnost závěrů předmětného rozsudku. Nesprávnost aplikace závěrů předmětného rozsudku má za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí.

[8] Žalobce je rovněž přesvědčen, že v souvislosti s losováním z jeho strany nedošlo k porušení § 61 odst. 4 a 5 ve spojení s § 6 zákona o veřejných zakázkách. Žalobce při zadávání veřejné zakázky naopak dodržel celou řadu náležitostí, které lze jednotlivě i v celkovém souhrnu zhodnotit jako posílení transparentnosti omezení počtu zájemců o účast losovacím zařízením. Žalovaný ve svém rozhodnutí a předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí vykládají § 61 odst. 4 a 5 ve spojení s § 6 zákona o veřejných zakázkách příliš extenzivně, přičemž takový výklad prakticky znemožňuje transparentně provést jakékoli losování. Nezákonnost rozhodnutí žalovaného a žalobou napadeného rozhodnutí předsedy Úřadu je pak založena tím, že žalovaný neúplně zjistil skutkový stav věci a na takto zjištěný skutkový stav žalovaný a následně i předseda žalovaného nesprávně aplikovali zmíněná ustanovení zákona o veřejných zakázkách.

[9] Jak v řízení před žalovaným, tak i před předsedou Úřadu došlo k závažným procesním pochybením, resp. byl žalobce ve smyslu § 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“) napadeným rozhodnutím zkrácen na svých právech v důsledku porušení jeho práv v předcházejícím řízení. Konkrétně se jedná o nezjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, nenařízení ústního jednání, provedení důkazu bez možnosti vyjádření žalobce, opomenutí důkazů a rovněž i nešetření oprávněných zájmů žalobce.

[10] Žalobce dále považuje udělenou pokutu za nepřiměřeně vysokou, a to zejména z důvodu nepřihlídnutí k soudobé rozhodovací praxi žalovaného, potvrzující správnost postupu žalobce, z důvodu značného časového odstupu mezi provedeným losováním a zahájením správního řízení a z důvodu možného likvidačního účinku pokuty.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě a replika žalobce

[11] Žalovaný ve vyjádření k žalobě uvedl, že většina nyní prezentovaných námitek byla vypořádána již v rozhodnutí předsedy Úřadu, pročež na odůvodnění tohoto rozhodnutí odkazuje a ve svém vyjádření se tak vyslovuje zejména k argumentům, které zazněly poprvé právě v žalobě.

[12] K problematice ustálené správní praxe a legitimního očekávání uvedl, že pojem transparentnosti v souvislosti s losováním byl z judikatury znám již dříve než před podpisem smlouvy v případě dané veřejné zakázky, a to např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, publikovaného pod č. 2189/2011 Sb., který potvrzoval rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 19. 1. 2010, sp. zn. 62 Ca 31/2008. Tato rozhodnutí je rovněž třeba zahrnout do množiny rozhodnutí utvářejících ustálenou rozhodovací praxi v době podpisu smlouvy. Ke dni jejího podpisu (9. 2. 2012), existovala sice dvě pravomocná rozhodnutí, ta však byla přijata pouze v rámci jednoho řízení před žalovaným, což nelze označit za ustálenou správní praxi.

[13] K dané otázce žalovaný dodává, že v době podpisu smlouvy bylo rozhodnutí žalovaného S491/2011 pouze „vydáno“, a nebylo tak pravomocné, a jelikož proti němu byl podán rozklad, mohlo podléhat změně či zrušení; takové rozhodnutí tudíž nebylo dosud závazné. Co se pak týká rozhodnutí, která byla přijata až po podpisu smlouvy, je třeba přihlédnout k tomu, že část z nich byla následně správními soudy zrušena (rozhodnutí žalovaného S491/2011 a S338/2011). Tyto rozsudky, zejména rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, který byl navíc potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-52, dostupným na www.nssoud.cz, byl žalovaný nucen upřednostnit před vlastní rozhodovací praxí.

[14] Žalovaný ve vztahu k námitce ustálené správní praxe uzavírá, že žádná tu v době rozhodování v nyní posuzované věci neexistovala, a proto se jí žalobce nemohl dovolávat. K tomu se ostatně předseda Úřadu měl vyjádřit v bodech 41. až 44. žalobou napadeného rozhodnutí.

[15] Žalovaný taktéž nesouhlasí s námitkou nesprávné aplikace rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, neboť zde byla dána shodná kombinace faktorů majících za následek porušení zásady transparentnosti. Lichý byl v tomto ohledu žalobní argument, že se v přezkoumávaném případě nejednalo o řízení zahájené na návrh. Rovněž nemají správní orgány povinnost vytvořit podrobný návod, jak má transparentní losování vypadat, neboť v případě pojmu transparentnost se jedná o obecný princip, který je nutno zohlednit při posuzování toho, zda byla dodržena konkrétní pravidla daná zákonem. Ani od průběhu správního řízení a řízení před soudy nelze legitimně očekávat, že bude dávat návody, jak si počínat podle zákona; jednalo by se totiž o zásah do moci zákonodárné. Naopak je třeba vycházet z toho, že je na zadavateli, aby zvolil takový postup, u kterého bude schopen zajistit jeho transparentnost. Právě v tomto kontextu je třeba vnímat to, že to byl právě žalobce, kdo si dobrovolně zvolil způsob přidělení pořadových čísel a konkrétní řešení související s průběhem losování, kdy žalobcem zvolený postup posléze v závislosti na konkrétních okolnostech věci vedl tomu, že žalobce mohl ztíženě odstranit pochybnosti o férovosti průběhu losování (například provést transparentní přečíslování).

[16] V souvislosti s namítanou nesprávností procesního postupu uvedl žalovaný, že i přes skutečnost, že příslušný Notářský zápis NZ 168/2011, N 177/2011 (dále jen „Notářský zápis“) doslovně nezaznamenával přímou řeč přítomných osob (projevy zadavatele a dalších osob), neznamená to, že Notářský zápis neobsahuje o projevech přítomných osob všechny nezbytné informace, na kterých žalovaný mohl postavit své rozhodnutí. Taktéž postrádají relevanci i případná vysvětlení osob ověřujících technickou stránku losovacího zařízení, neboť předmětem správního řízení nebylo posoudit, zda s losovacím zařízením mohlo být manipulováno, ale zda průběh losování se navenek jevil jako férový a řádný. Žalovaný taktéž nesouhlasí, že by se ve svém rozhodnutí nevypořádal s obsahem „Zprávy o zkoušce Elektrotechnického zkušebního ústavu ze dne 10. 3. 2011“ (dále jen „Zpráva o zkoušce“; viz dále), na kterou žalobce odkazoval.

[17] Ve vztahu k námitkám žalobce proti výši udělené pokuty opakuje žalovaný, že v době spáchání správních deliktů neexistovala konstantní, ustálená a dlouhodobá správní praxe, která by potvrzovala správnost postupu žalobce. Rovněž se předseda Úřadu vyjádřil

k problematice majetkových poměrů žalobce a k údajně likvidační výši pokuty. Celá část rozhodnutí týkající se výše pokuty je přezkoumatelná a správná.

[18] K vyjádření žalovaného podal žalobce repliku, v níž opět tematizoval otázku ustálené správní praxe a poukázal v této souvislosti na závěry vyplývající z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 3. 2010, č. j. 1 Afs 50/2009-233, dostupného na www.nssoud.cz. V tomto ohledu se žalobce domnívá, že tu jeho legitimní očekávání bylo dáno, a zpochybňuje argumentaci žalovaného, která se opírala o to, že rozhodnutí žalovaného S491/2011 nebylo k datu podpisu smlouvy ještě pravomocné; toto rozhodnutí bylo totiž následně potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu R10/2012. S přihlédnutím k dalším rozhodnutím tak lze již v době uzavření smlouvy hovořit o ustálené správní praxi. Ve vztahu k rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, a rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 128/2012-119, dostupnému na www.nssoud.cz, je rovněž třeba dodat, že těmito rozsudky byla řešena pouze druhostupňová rozhodnutí předsedy Úřadu R10/2012 a rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 6. 2012, č. j. ÚOHS-R63/2012/VZ-12145/2012/310/JSI, kdy věc byla vrácena k dalšímu řízení; řízení byla ostatně v těchto věcech zastavena pro bezpředmětnost návrhu. Žalovaný však mohl rozhodnout o návrhu a zároveň o správním deliktu, pokud by správní řízení z moci úřední rozšířil (což ale žalobci není známo); z dané skutečnosti lze dovozovat, že v nevyhovění návrhu na přečíslování zájemců nespatořoval žalovaný porušení zákona o veřejných zakázkách.

[19] Ačkoli žalovaný odkazoval na rozsudky Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, a ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 128/2012-119, sám v daných věcech dosud nevydal rozhodnutí odklánějící se od jeho dosavadní správní praxe a obsahující odlišné právní posouzení nastolené právní otázky. Žalobce pak dále poukazuje na rozhodnutí žalovaného ze dne 5. 3. 2012, č. j. ÚOHS-S288/2011/VZ-3955/2012/520/JMa (dále jen „rozhodnutí žalovaného S288/2011“), které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 29. 5. 2012, č. j. ÚOHS-R73/2012/VZ-9814/2012/310/JSI (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu R73/2012“), kdy v rámci návrhu bylo argumentováno rovněž netransparentností losování prováděného obdobným losovacím zařízením (obdobně pak věc vedená před žalovaným pod sp. zn. ÚOHS-S272/2011/VZ). Přitom dle rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 28. 8. 2014, č. j. 29 Af 74/2012-80, dostupného na www.nssoud.cz, měl žalovaný povinnost přezkoumat úkony zadavatele (resp. zadávací řízení) v celém rozsahu. Žalobce se tak domnívá, že i tato rozhodnutí mohla založit jeho legitimní očekávání.

[20] Žalobce také neusiluje o podrobný návod, jak vést transparentní losování, nýbrž o řádné odůvodnění rozhodnutí v konkrétním případě. Kombinace nastalých faktorů pak ve věci racionálně vedla k nevyhovění požadavku zájemce o přečíslování; naopak vyhovění tomuto návrhu by mohlo zpochybnit transparentnost losování v očích ostatních zájemců o účast. Ostatně související argumentace žalovaného je vnitřně rozporná, kdy na jedné straně hovoří o tom (bod 65. a 95. rozhodnutí žalovaného), že přečíslování bylo jednou z mála možností, jak posílit transparentnost losování, nyní však dospívá k názoru, že odstranit pochybnosti o férovosti průběhu losování prostřednictvím přečíslování nebylo možné. Zde je však třeba upozornit na nesprávnost argumentace žalovaného, z níž v podstatě vyplývá, že samotné použití elektronického losovacího zařízení je v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách (čerpá přitom z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108). I z bodu 62. rozhodnutí žalovaného vyplývá, že žalovaný chápe použití elektronického

losovacího zařízení jako volbu zužující možnost kontroly celého losování bezprostředně před a po losování; v tomto smyslu je ale dle žalobce nutné považovat za netransparentní prakticky každé losování, přičemž žalobce se snažil transparentnost celého losování posílit svými podniknutými kroky a přijatými opatřeními. Argumentace žalovaného je však v tomto ohledu nesmyslná a nepřipustně extenzivní, neboť prakticky vylučuje legální možnost použití prostředku, který je výslovně upraven a povolen zákonem o veřejných zakázkách.

[21] Žalobcem popsany předpoklad žalovaného o netransparentnosti každého zužování počtu zájemců prováděného prostřednictvím předmětného losovacího zařízení posiluje i skutečnosti, že žalovaný používá prakticky vzorová rozhodnutí, do kterých pouze doplňuje odlišující skutkové okolnosti, z nichž následně dovozuje identický právní závěr o porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách [v různých rozhodnutích, na která žalobce odkazuje, tak žalovaný označuje buď vypnutí a zapnutí přístroje, nebo provedení (umožnění) přechíslování za jednu z mála možností, jak je možné transparentnost výběru s ohledem na použitý elektronický prostředek pro losování alespoň nějakým způsobem zajistit]. Z toho vyplývá, že žalovaný nepřezkoumává každé zadávací řízení samostatně a individuálně, ale všechny zadávací řízení, ve kterých byla použita shodná či obdobná losovací zařízení, posuzuje paušálně a mechanicky aplikuje vzorová rozhodnutí. Nadto i kontrola projektů, u kterých bylo v rámci zúžení počtu uchazečů losem použito losovací zařízení, byla ze strany Ministerstva životního prostředí provedena mechanickým způsobem, když toto ministerstvo do materiálu, na jehož základě ověřovalo transparentnost průběhu losování, zcela mechanicky a zjednodušeně přebíralo závěry vyplývající z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, a z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-52. Stejně tak jak v bodě 78. rozhodnutí žalovaného nebylo přihlíženo k unikátním a konkrétním vlastnostem každého zadávacího řízení, nýbrž je postupováno formalisticky a v podstatě v závislosti na nepředvídatelném prvku spočívajícím v tom, zda někdo před losováním požádal o možnost prověření zařízení či o přechíslování. S ohledem na uvedené se žalobce domnívá, že výklad § 61 odst. 4 a 5 provedený žalovaným a předsedou Úřadu je nesprávný a nezákonný.

[22] Žalobci také není z procesního hlediska jasné, jak žalovaný naložil s důkazem v podobě „Zprávy o zkoušce“; pokud se žalovaný, jak plyne z jeho vyjádření, obsahem tohoto materiálu zabýval, aniž by jej provedl jako důkaz, jednalo se o pochybení. V tomto směru jsou aplikovatelné závěry vyplývající z rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 18. 9. 2015, č. j. ÚOHS-R416/2014/VZ-28759/2015/321/BRy (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu R416/2014“), na které žalobce již dříve odkazoval. S ohledem na danou skutečnost se žalobce domnívá, že došlo k porušení § 2 odst. 4 správního řádu.

IV. Ústní jednání

[23] Při ústním jednání dne 23. 1. 2018 žalobce podrobně navázal na svou žalobní argumentaci, a to zejména tím, že zdůraznil její hlavní body. Zároveň uvedl, že si je vědom toho, že v současnosti jsou u Krajského soudu v Brně projednávány právně i skutkově obdobné věci, stejně tak jako si je vědom dřívější judikatury zdejšího soudu, která vedla k podnětům Ministerstva životního prostředí, na jejichž základě zahájil žalovaný řízení z moci úřední. Tyto podněty byly podány bez ohledu na to, zda se žalovaný již v minulosti

příslušným případem zabýval. V těchto souvislostech žalobce opět zdůraznil problematiku svého legitimního očekávání. Žalobce tak rovněž shrnul čtyři okruhy rozhodnutí žalovaného a předsedy Úřadu, které jeho legitimní očekávání zakládaly – jednal se o 1) rozhodnutí S145/2011 a R200/2011, která byla dána již v době průběhu zadávacího řízení; 2) rozhodnutí v řízení pod sp. zn. ÚOHS-S540/2011/VZ; 3) rozhodnutí, která byla přijata zhruba v době podpisu smlouvy, přičemž je třeba vzít v potaz závěry vyslovené v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 3. 2010, č. j. 1 Afs 50/2009-233, dostupném na www.nssoud.cz; 4) pozdější rozhodnutí, která byla přijata již v době, kdy došlo k judikатурnímu obratu v podobě rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108 (zde upozornil na rozhodnutí přijatá v řízení pod sp. zn. ÚOHS-R63/2012/VZ a sp. zn. ÚOHS-S491/2011).

[24] Žalovaný při jednání odkázal na svá dosavadní písemná podání a rozhodnutí, která ve věci přijal on sám nebo předseda Úřadu. Zároveň zopakoval argumenty uvedené v jeho vyjádření k žalobě.

[25] Soud během jednání provedl důkazy navržené žalovaným, vyjma výsledku účastníků losování, zástupce společnosti VE-ZAK CZ, s.r.o. a zástupce společnosti CENTADOR s.r.o.

V. Posouzení věci soudem

[26] Zdejší soud přezkoumal v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2, věta první, s. ř. s.) napadené rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i předcházející rozhodnutí žalovaného včetně řízení předcházejících jejich vydání. Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s. ř. s.) a dospěl k závěru, že žaloba **není důvodná**.

V. a) Nedostatečná transparentnost losování

[27] Mezi účastníky není sporu o tom, že dne 24. 10. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení zakázky „Kanalizace Krásná Lípa“ prostřednictvím elektronického zařízení, nebylo umožněno na žádost zástupce jednoho ze zájemců (Průmstav, a.s.) přečíslování pořadových čísel subjektů ucházejících se o veřejnou zakázku. Stejněmu zástupci téhož zájemce nebylo umožněno otevření losovacího zařízení za účelem prověření, zda tento přístroj neobsahuje zařízení, kterými je možné losovací zařízení na dálku ovlivnit. Žalobce následně uzavřel smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky. I s ohledem na další okolnosti tento postup dle žalovaného vyvolával pochybnost o řádném průběhu losování a vyhovění navrhovanému přečíslování zájemců bylo nezbytnou podmínkou zachování předpokladu transparentnosti losování, kdy podobné účinky mělo i neumožnění kontroly losovacího zařízení, přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Těmito jednáními se měl žalobce dopustit správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, neboť nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona o veřejných zakázkách, za což mu byla uložena pokuta ve výši 150 000 Kč. Proti rozhodnutí Úřadu podal žalobce v zákonné lhůtě rozklad k předsedovi Úřadu.

Napadeným rozhodnutím bylo shora označené rozhodnutí žalovaného ze dne 6. 11. 2014 potvrzeno a podaný rozklad zamítnut.

[28] Dle § 6 zákona o veřejných zakázkách „[z]adavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace“.

[29] Dle § 61 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách „[o]mezil-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.“

[30] Dle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách „[o]bjektivním 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.“

[31] Dle § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách „[z]adavatel je povinen umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.“

[32] Dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách „[z]adavatel se dopustí správního deliktu tím, že [...] nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku“.

[33] Zákonem o veřejných zakázkách jsou stanoveny následující podmínky pro omezení počtu zájemců losováním: 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 5 dnů před losováním; 6) umožnění zájemcům reálně zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.

[34] Pokud jde o zásadu transparentnosti, jakožto první podmínky pro omezení počtu zájemců losováním, v souladu s níž má být losování prováděno, a o jejímž porušení je mezi žalobcem a žalovaným sporu, tak ta má zajistit, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků.

[35] Transparentním postupem pak zdejší 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, publikovaném pod č. 2621/2012 Sb. NSS, požadavek transparentnosti není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelském postupu shledány „*takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele*“.

[36] Právě uvedené východisko zdejšího soudu, 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. V tomto rozsudku Nejvyšší správní soud mj. uvedl, že „*podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. Motivy jednotlivých osob participujících na výběru zájemců o veřejnou zakázku (ať již budou tyto motivy plně zákonné, dané pouhou neschopností navenek působit férově a řádně, event. nezákonné, nebo snad dokonce kriminální) jsou v tomto ohledu pro posouzení porušení zásady transparentnosti irelevantní. 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, 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*“.

[37] Nejvyšší správní soud v daném rozsudku, jak vyplývá z jeho citace, 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.

[38] 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 ve svém rozsudku 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. Ve světle těchto i shora označených rozhodnutí soud posoudil i předmětnou věc (k aplikovatelnosti a relevanci v tomto odstavci uvedených rozhodnutí na nyní posuzovanou věc se soud vyjádří podrobněji níže v tomto rozsudku).

[39] Spornou právní otázkou v nyní posuzované věci je to, zda se žalobce dopustil správního deliktu, a to postupem, kdy odmítl provést před samotným losováním změnu přidělených čísel jednotlivým uchazečům (přečíslování) a toto odůvodnil dle záznamu v Notářském zápisu, „*JUDr. J. B. [osoba „moderující“ losování] [...] s tím, že pořadová čísla byla uchazečům přidělena dle dat a časů, tak jak žádosti uchazečů byly postupně doručeny organizátoru veřejné zakázky což je zcela transparentní způsob*“ přičemž „*vzhledem k tomu, že nejsou přítomni všichni zástupci uchazečů a též vzhledem k tomu, že pořadí nemůže změnit nikdo z přítomných zástupců uchazečů ani on sám, jak průvodce tohoto losování a není přítomen nikdo, kdo by mohl přečíslování provést, aniž by se losování nestalo netransparentním, není možno přečíslování umožnit [...], protože podmínky losování by se změnil v jeho průběhu*“. Obdobné se týká postupu, kdy zástupci společnosti Průmstav, a.s. nebylo umožněno zkontrolovat před zahájením losování zdrojový kód, resp. zkontrolovat losovací zařízení jeho otevřením, aby bylo možné zjistit, zda „*v losovacím zařízení není bluetooth, WI-FI, LAN, touch screen atd., nebo zařízení kterým je možno losovací přístroj na dálku ovlivnit*“; to bylo odmítnuto s odkazem na možnost následné kontroly Elektrotechnického zkušebního ústavu, potažmo na Zprávu o zkoušce od zmíněného ústavu. Odstranění pečeti, při otevření přístroje, by přitom mělo za následek, jak uvedl losující (pan O. Č.), že by „*nebyla zaručena transparentnost*“.

[40] Z obsahu správního spisu soud zjistil, že omezení počtu uchazečů v zadávacím řízení formou náhodného výběru předmětné zakázky byla přítomna notářka a o jejím průběhu dne 27. 10. 2011 sepsala již zmíněný Notářský zápis. Z Notářského zápisu soud, mimo jiné zjistil, že zajištěním vlastního losování byla pověřena (společností Alowance s.r.o. na základě mandátní smlouvy) společnost VE-ZAK CZ s.r.o. (pan O. Č.), přičemž společností Allowance s.r.o. byl pověřen JUDr. J. B. (jakožto „moderátor“) „*k provedení odborné pomoci při zpracování zadávacích dokumentací pro veřejné zakázky a organizace veřejných zakázek dle zadání zaměstnavatele*“. JUDr. B. byla přítomným nabídnuta možnost odvézt zapečetěný elektronický losovací přístroj ihned po ukončení losování na kontrolu do Elektrotechnického zkušebního ústavu, a to na náklady zájemce, který o toto bude mít zájem. Přítomní byli seznámeni s praktickým postupem losování a byla provedena zkouška losovacího zařízení.

[41] 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 ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159) nepůsobil netransparentně, je 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. Zadavatel, hodlal-li omezovat účast zájemců losováním, tedy měl v daném případě zabezpečit, aby losování probíhalo férově, aby jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti a aby řádný průběh losování byl dostatečně jasně kontrolovatelný. V daném případě však podle zdejšího soudu zadavatel této povinnosti nedostál.

[42] Zadavatel sice termín losování stanovil dostatečně předem, všem zájemcům umožnil účast na losování a zajistil též účast notářky (čímž část podmínek stanovených v § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách splnil), což nelze při posuzování transparentnosti té části zadávacího řízení, která spočívala v samotném losování, vedle dodržení pravidel podle § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách nikterak přehlédnout, to však z losování transparentní proces ještě neučinilo. Transparentnost je, jak shora uvedeno, podle § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách samostatným požadavkem stojícím vedle splnění dalších podmínek týkajících se průběhu losování.

[43] Předně je totiž třeba zmínit, že samotné losovací zařízení, které bylo k losování použito, v kombinaci s dílčími prvky procesu losování transparentnost losování nezaručilo. Je sice pravdou, že losování 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.

[44] Žalobce v rámci podané žaloby na podporu svého tvrzení, že byly dodrženy veškeré zákonné požadavky pro omezení počtu náhodného výběru, zdůraznil, že losovací zařízení bylo podrobeno zkouškám u Elektrotechnického zkušebního ústavu v Praze (resp. jak vyplývá z bodu 132. žaloby, rovněž u žalovaného). Z obsahu správního spisu soud zjistil, že Zpráva o zkoušce Elektrotechnického zkušebního ústavu ze dne 10. 3. 2011 je přílohou Notářského zápisu (k námitkám procesního charakteru, které se vážou k této Zprávě, se soud vyjádří níže v rámci tohoto rozsudku). Zpráva podává, že zařízení nevyužívá pro losování žádné prvky mimo zařízení a proces probíhá pouze za pomoci instalovaného software uvnitř zařízení a nemůže být provozovatelem ani další osobou ovlivněna. Zpráva o zkoušce Elektrotechnického zkušebního ústavu ze dne 10. 3. 2011 tak dle názoru soudu sice svědčí o funkčnosti a technických vlastnostech losovacího zařízení k uvedenému datu, ale nic nevypovídá o stavu losovacího zařízení ke dni losování (24. 10. 2011) a o samotném procesu losování. Jde sice o určitou kontrolu losovacího zařízení, avšak nikoliv o kontrolu provedenou zájemci o veřejnou zakázku, ani o kontrolu bezprostředně před zahájením losování (§ 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách).

[45] Obdobné závěry, jako jsou uvedené v předchozím odstavci, se týkají rovněž argumentace žalobce, že losovací zařízení bylo možné otevřít jen vyklopením zadního víka, které bylo pevně spojeno se zbytkem zařízení pomocí bezpečnostní pečeti – plomby (dle žalobce provozovatel losovacího zařízení VE-ZAK CZ s.r.o. v zájmu transparentnosti procesu losování zajistil plombování losovacího zařízení u jeho výrobce, společnosti CENTADOR s.r.o., kdy plomba byla označena číslem 056916). K těmto otázkám se žalovaný vyjádřil např. v bodě 67. svého rozhodnutí a reagoval na ně i předseda Úřadu v rozkladovém rozhodnutí. Ani uvedená skutečnost neznamenala, že by zástupci společnosti Průmstav, a.s. bylo umožněno jednak rozptýlit pochyby o transparentnosti průběhu losování přechíslováním pořadových čísel subjektů ucházejících se o veřejnou zakázku (to zejména ve vztahu k § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách), jednak provést úkony ve smyslu § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách, tedy „*kontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky*

sloužící k losování“ (lze tedy vysledovat i jistý rozdíl mezi faktickou kontrolou losovacího postupu – viz např. bod 34. rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49 – a kontrolou losovacího zařízení). Zajištění transparentnosti losování tedy bylo možné, i z hlediska dosavadní judikatury správních soudů, jednak zmíněným přechíslováním, jednak umožněním i fyzické kontroly losovacího zařízení (ta judikaturou nebyla vyloučena). Jak již bylo řečeno, zkouška Elektrotechnického zkušebního ústavu v Praze, zaplombování losovacího zařízení výrobcem, ani případná následná kontrola zařízení u Elektrotechnického zkušebního stavu v Praze neznamenal kontrolu před zahájením losování provedenou zájemcem a nesměřovala k zajištění transparentnosti losování právě v jeho průběhu; zároveň nebylo možné bez dalšího vyloučit, že prostou vizuální kontrolou, jak se jí daný zástupce zájemce domáhal, mohly být rozptýleny jeho pochyby o tom, zda není přítomno zařízení, kterým je možno losovací přístroj na dálku ovlivnit (zde soud odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, dle něhož postačuje i potencialita porušení zásady transparentnosti – existence objektivních pochybností – a nemusí být prokázáno konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti; srov. také např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012-55, publikovaný pod č. 2714/2012 Sb. NSS. Zdejší soud si je vědom judikatury správních soudů, např. již zmíněného rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49, která vychází z toho, 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“*; zároveň se však domnívá, že tyto případy se odlišovaly tím, že zájemci nevznесли požadavek na alespoň vizuální kontrolu losovacího zařízení týkající se přítomnosti prostředků, které by byly s to ovlivnit chod losovacího zařízení, jako to bylo v nynějším případě. Stejně tak se daná rozhodnutí odlišovala i tím, že s ohledem na technickou obtížnost reálné kontroly losovacího zařízení se zaměřovala především na „faktickou kontrolu losovacího postupu“.

[46] Pokud žalobce argumentuje tím, že porušení plomby by samo o sobě mohl vzbudit pochyby o transparentnosti losování, platí totéž jako u odmítnutí přechíslování. Pakliže se svým předchozím postupem v rámci zadávání veřejné zakázky dostal žalobce do jen obtížně uspokojivě řešitelné situace (porušení transparentnosti porušením plomby, porušení transparentnosti změnou předem určeného klíče přidělení čísel jednotlivých uchazečů), jde o jeho zodpovědnost (nebyla zde žádná povinnost omezit počet zájemců, pro tento postup se žalobce rozhodl dobrovolně a sám). Zde lze přiměřeně odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 128/2012-119, dle něhož *„[p]řistoupí-li tedy zadavatel k losování, musí být připraven unést břemeno, které spočívá v neexistenci jakýchkoli reálných a objektivizovaných pochybností o způsobu a průběhu losování. Zadavatel, hodlal-li omezovat účast zájemců losováním, tedy měl v daném případě zabezpečit, aby losování probíhalo férově, aby jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti a aby řádný průběh losování byl dostatečně jasně kontrolovatelný.“*

[47] Vzhledem k popsáným skutkovým okolnostem byla kontrola losovacího zařízení jednak ztížena, jednak žalobcem v podobě požadované uchazečem v podstatě odmítnuta. Proto, jak již bylo také uvedeno, nelze za dostatečnou považovat ani nabídku zadavatele, respektive moderátora losování, že přímo po losování může být zapečetěné losovací zařízení

odvezeno na kontrolu, neboť tato následná kontrola nemusí představovat přesvědčivou kontrolu procesu losování (vztah zejména k § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách), kdy se navíc nejednalo o kontrolu losovacího zařízení bezprostředně před losováním (vztah zejména k § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách).

[48] Přesto se soud domnívá, že v podstatě jediným způsobem, jak mohli sami zájemci sledovat transparentnost procesu losování, byla právě změna čísel přiřazených jednotlivým zájemcům bezprostředně před losováním, jak navrhl zástupce společnosti Průmstav, a.s. (kdy zároveň tímto nebyla vyloučena kontrola losovacího zařízení, jak se jí domáhal rovněž zástupce společnosti Průmstav, a.s. – viz výše). Tento návrh byl však odmítnut s tím, že změna čísel bez přítomnosti všech zájemců by naopak nebyla transparentní (kdy není přítomna ani osoba, která by byla k takovému kroku způsobilá, aniž by se losování nestalo netransparentním). Krajský soud považuje důvody pro odmítnutí změny čísel za neuspokojivé. Krajský soud má, jak vyplývá již z výše uvedeného, 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 programového (softwarového) vybavení ze strany zájemců bezprostředně před zahájením losování byla pouze hypotetická. Pokud žalobce argumentuje tím, že by došlo k porušení způsobu přidělení pořadových čísel dle příslušné zadávací dokumentace, či podle oznámení o omezení počtu uchazečů losem, které bylo uchazečům zasíláno, jedná se opět o projev série nesprávných kroků, které žalobce zavedly do obtížně řešitelné situace.

[49] K samotnému postupu přechíslování považuje zdejší soud za nezbytné zopakovat, že pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. Zákon o veřejných zakázkách sice postup přechíslování neupravoval, nicméně i z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, lze vyvodit, že po zadavateli veřejné zakázky je nutné požadovat, aby se vyvaroval takových pochybení, která značně snižují průhlednost losování. Je totiž především na zadavateli, aby zajistil transparentnost úkonů, které on sám nebo jím pověřená osoba provádí. Pokud žalobci není jasné, jak měl postupovat tak, aby dodržel zásadu transparentnosti, žalovaný v napadeném rozhodnutí nejen i s odkazem na bohatou judikaturu Nejvyššího správního soudu vyložil obecný právní pojem transparentnost v kontextu zadávacího řízení, ale také konkretizoval, že právě provedení přechíslování k žádosti jednoho ze zájemců by bylo vhodným prostředkem jak zajistit transparentnost řízení, a to s ohledem ke všem okolnostem předmětného zadávacího řízení.

[50] Žalobce měl možnost nevyhovět přechíslování, nicméně měl takovýto postup řádně odůvodnit. Krajský soud nepovažuje odůvodnění, které je zachyceno v notářském zápise za dostatečné. Losování je nutno považovat za úkon ze své podstaty nepřezkoumatelný, tím spíše je nutno dbát na to, aby losování i úkony s ním spojené probíhaly dostatečně kontrolovatelným způsobem. Postup, kdy žalobce odůvodnil nepřístupnost ke změně přechíslování tím, že nejsou přítomni všichni uchazeči, je nutno odmítnout. Tentýž závěr jako k neumožnění přechíslování pak soud zastává i ve vztahu k neumožnění vizuální kontroly losovacího zařízení jeho otevřením.

V. b) existence legitimního očekávání a z toho plynoucí důsledky

[51] Jak již bylo zmíněno výše, dle žalobce do okamžiku uzavření smlouvy dne 9. 2. 2012 existovala minimálně čtyři rozhodnutí, která považovala postup obdobný tomu, který zvolil žalobce, za souladný se zákonem o veřejných zakázkách. Šlo o rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 8. 2011, S145/2011, rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 6. 10. 2011, R200/2011, rozhodnutí žalovaného ze dne 21. 12. 2011, S491/2011, a usnesení žalovaného ze dne 7. 12. 2011, S540/2011. Následně, po uzavření smlouvy, byl postup žalobce dle jeho názoru potvrzen minimálně šesti dalšími rozhodnutími, a to konkrétně rozhodnutím žalovaného ze dne 29. 2. 2012, S338/2011, rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 29. 6. 2012, R63/2012, rozhodnutím žalovaného ze dne 9. 3. 2012, S272/2011, rozhodnutím žalovaného ze dne 13. 3. 2012, S429/2011, rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 28. 5. 2012, R81/2012, rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 29. 5. 2012, R10/2012. Žalobce tak je s ohledem na počet rozhodnutí posvěčujících postup zadavatele v obdobných případech a na dobu, po kterou byla tato rozhodnutí ze strany žalovaného (předsedy Úřadu) vydávána, přesvědčen, že se jedná o správní praxi konstantní, ustálenou a dlouhodobou zakládající legitimní očekávání žalobce. Závěr předsedy žalovaného o neexistenci ustálené správní praxe je proto nesprávný a nezohlednění legitimního očekávání žalobce činí napadené rozhodnutí nezákonným zejména pro rozpor s § 2 odst. 4 správního řádu. Zároveň se žalobce domnívá, že v posuzovaném případě nemohl převážit princip legality nad principem legitimního očekávání, a to zejména z důvodu absence možné újmy třetí osobě. Je nepřijatelné, aby byl žalobce potrestán za svůj postup činěný v legitimním očekávání legality, a to navíc úřadem, který žalobcovo legitimní očekávání v důsledku své rozhodovací praxe vyvolal. Navíc nevypořádání se s těmito námitkami činí napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným.

[52] Žalobce pro přehlednost své argumentace uvedl následující průběh zadávacího řízení a časový rámec rozhodnutí žalovaného a předsedy Úřadu:

- dne 12. 8. 2011 bylo vydáno rozhodnutí S145/2011
- dne 27. 9. 2011 bylo zahájeno předmětné zadávací řízení
- dne 5. 10. 2011 bylo vydáno rozhodnutí R200/2011, kterým předseda Úřadu potvrdil rozhodnutí S145/2011 a toto rozhodnutí tak nabylo právní moci
- dne 24. 10. 2011 bylo provedeno omezení počtu uchazečů o veřejnou zakázku losováním
- dne 3. 11. 2011 bylo na návrh zájemce Průmstav a.s. ze dne 2. 11. 2011 zahájeno správní řízení u žalovaného vedené pod sp. zn. ÚOHS-S540/2011/VZ
- dne 7. 12. 2011 bylo vydáno usnesení S540/2011, kterým bylo správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S540/2011/VZ zastaveno
- dne 21. 12. 2011 bylo vydáno rozhodnutí S491/2011
- dne 24. 12. 2011 nabylo právní moci usnesení S540/2011, kterým bylo správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S540/2011/VZ zastaveno
- dne 9. 1. 2012 vrátil žalovaný žalobci dokumentaci k veřejné zakázce, včetně notářského zápisu
- dne 9. 2. 2012 uzavřel žalobce smlouvu o dílo s vítězným uchazečem
- dne 29. 2. 2012 bylo vydáno rozhodnutí žalovaného S338/2011

- dne 9. 3. 2012 bylo vydáno rozhodnutí žalovaného S272/2011, které nabylo právní moci dne 30. 3. 2012
- dne 13. 3. 2012 bylo vydáno rozhodnutí žalovaného S429/2011
- dne 28. 5. 2012 bylo vydáno rozhodnutí předsedy Úřadu R81/2012, kterým předseda Úřadu potvrdil rozhodnutí S429/2011, a toto rozhodnutí tak nabylo právní moci.
- dne 29. 5. 2012 bylo vydáno rozhodnutí R10/2012, kterým předseda Úřadu potvrdil rozhodnutí S491/2011, a toto rozhodnutí tak nabylo právní moci
- dne 29. 6. 2012 bylo vydáno rozhodnutí R63/2012, kterým předseda Úřadu potvrdil rozhodnutí S338/2011, a toto rozhodnutí tak nabylo právní moci.

[53] S ohledem na tyto žalobní námitky, odůvodňující oprávněnost žalobcem zvoleného modelu omezení počtu zájemců o účast v užším řízení losováním, soud uvádí, že pojmem správní praxe, která je s to založit legitimní očekávání, se judikatura správních soudů již mnohokrát zabývala. Výslovné vymezení lze nalézt již v usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006-132, publikovaném pod č. 1915/2009 Sb. NSS, dle kterého „[s]právní praxe zakládající legitimní očekávání je ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost (příp. i nečinnost) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů. Takovou praxí je správní orgán vázán. Lze ji změnit, pokud je změna činěna do budoucna, dotčené subjekty mají možnost se s ní seznámit a je řádně odůvodněna závažnými okolnostmi.“ V této souvislosti je třeba zmínit rovněž § 2 odst. 4 správního řádu, dle kterého „[s]právní orgán dbá, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem a aby odpovídalo okolnostem daného případu, jakož i na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly“. Uvedené postuláty souvisí s principem právní jistoty a z něj odvozeného požadavku na předvídatelnost práva, který představuje, jak uvedl Nejvyšší správní soud např. v rozsudku ze dne 15. 8. 2012, č. j. 1 As 46/2012-87, dostupném na www.nssoud.cz, „*takový postup správních orgánů, který je v souladu s právními předpisy. Je-li právo vykonáváno podle naznačených východisek, musí být fyzickým a právnickým osobám garantováno, že v obdobných případech budou správní orgány rozhodovat obdobně a v různých případech různě. Pokud je tedy určitá správní praxe vytvořena, nemůže se od ní správní orgán v jednotlivém případě odchýlit, neboť takový jeho postup by představoval libovůli (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 4. 2005, č. j. 2 Ans 1/2005-57, publikovaný pod č. 605/2005 Sb. NSS).*“

[54] V rámci takto definovaných mezí bylo tedy třeba posoudit oprávněnost žalobcovy argumentace.

[55] Při posouzení věci dospěl soud ke zjištění, že rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 29. 5. 2012, R10/2012, kterým bylo potvrzeno rozhodnutí žalovaného ze dne 21. 12. 2011, S491/2011, skutečně byl model omezení počtu zájemců o účast v užším řízení losováním, jaký zvolil i v posuzovaném případě žalobce, považován za zákonný a jsoucí v souladu s principem transparentnosti. To se týká i zamítnutí návrhu jednoho z uchazečů na přečíslování. Pro úplnost je však třeba upozornit na to, že rozhodnutí předsedy Úřadu R10/2012 bylo zrušeno rozsudkem Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108.

[56] Podobné závěry se týkají i rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 6. 2012, R63/2012, kterým bylo potvrzeno rozhodnutí žalovaného ze dne 29. 2. 2012, S338/2011. I toto rozhodnutí osvědčilo správnost postupu, který byl obdobný nyní posuzovanému postupu žalobce; i zde byla dána žádost jednoho ze zájemců o přečíslování. Ovšem rovněž v tomto případě je nutné konstatovat, že rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 6. 2012, R63/2012, zrušil Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 128/2012-119. Jak upozornil ve svém žalobou napadeném rozhodnutí i předseda Úřadu, v tomto rozsudku Krajský soud v Brně uvedl, že transparentním postupem chápe „*takový postup, který nevzbuzuje žádné reálné a objektivizované pochybnosti o tom, že zadavatel jedná korektně a regulérně a že v zadávacím řízení využívá fér prostředků [...] 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*“; Krajský soud v Brně zde rovněž uvedl, že „*[k]ontrolou losovacího zařízení a prostředků sloužících k losování ve smyslu § 61 odst. 5 zákona musí být rozuměna taková kontrola, která na místě losování s využitím prostředků, které mohou mít zájemci coby účastníci losování bezprostředně před zahájením losování k dispozici, umožní objektivně posoudit, zda losování může proběhnout korektním způsobem či nikoli. Taková kontrola už s ohledem na povahu losovacího zařízení zájemcům umožněna být nemohla – fakticky by to totiž znamenalo kontrolu počítačového programu, jenž byl v losovacím zařízení použit, k čemuž zájemci coby účastníci losování nemohli být na místě losování bezprostředně před jeho zahájením vybaveni.*“

[57] Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 28. 5. 2012, R81/2012, kterým bylo potvrzeno rozhodnutí žalovaného ze dne 13. 3. 2012, S429/2011, opět potvrzuje správnost postupu zadavatele, který se rozhodl provést omezení počtu zájemců o účast v užším řízení losování, a to pomocí elektronického losovacího zařízení CENTLOZ002 (v nyní posuzovaném případě bylo použito obdobné zařízení CENTLOZ001). Na druhou stranu z těchto rozhodnutí nevyplývá, že by některý z uchazečů požadoval kontrolu losovacího zařízení a případně přečíslování, jak to učinil v nynějším případě zástupce společnosti Průmstav, a.s.

[58] Rozhodnutí žalovaného ze dne 9. 3. 2012, č. j. S272/2011, se výslovně zabývalo pouze přípustností zadávací podmínky omezení počtu zájemců na pět; námitka netransparentnosti, kterou vznesl navrhovatel, nebyla předmětem přezkumu, neboť navrhovatel v tomto smyslu nepodal námitky zadavateli, a nebyla tak splněna podmínka § 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách.

[59] Usnesení žalovaného ze dne 7. 12. 2011, S540/2011, kterým bylo zastaveno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů žalobce učiněných ve veřejné zakázce zahájené na návrh společnosti Průmstav, a.s. (zájemce) dne 3. 11. 2011, bylo vydáno z důvodů zpětvzetí návrhu zájemce, doručeného dne 7. 11. 2011 (následně byla žalobci bez dalšího bezprostředního procesního postupu vrácena zadávací dokumentace k veřejné zakázce); není tak dle soudu možné hovořit o překážce věci rozhodnuté. V případě podnětů uvedených pod sp. zn. ÚOHS-P434/2014/VZ, sp. zn. ÚOHS-P430/2014/VZ a sp. zn. ÚOHS-P428/2014/VZ neshledal žalovaný po jejich prošetření důvod k zahájení řízení z moci úřední, ačkoli se dané případy skutkově i právně podobaly žalobcově případu; žalovaný však upozornil dotčené subjekty, že daný závěr nevylučuje možnost následného přezkoumání postupu zadavatele, vyjdou-li najevo nové skutečnosti.

[60] Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 5. 10. 2011, R200/2011, kterým bylo potvrzeno rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 8. 2011, S145/2011, se týkalo zamítnutí požadavku zúčastněného zájemce na přečíslování v kontextu s námitkami možné manipulace s losovacím zařízením, přičemž tato rozhodnutí nebyla zrušena (ve věci neproběhl soudní přezkum). Ze skutkového i právního hlediska přitom bylo možné tyto věci považovat za analogické nyní řešené věci.

[61] Konečně i v rozhodnutí žalovaného ze dne 5. 3. 2012, S288/2011, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 29. 5. 2012, R73/2012, byl zamítnut návrh zájemce na uložení nápravného patření zadavateli, neboť nebylo shledáno, že by losování probíhající za obdobných podmínek a obdobným přístrojem představovalo porušení zásady transparentnosti.

[62] Uvedené skutečnosti hodnotí soud tak, že z pohledu problematiky legitimního očekávání žalobce je třeba na „časové ose“ vymezit několik dat, k nimž je možné činit právní úvahy a závěry: 1) 27. 9. 2011 – zahájení zadávacího řízení; 2) 24. 10. 2011 – provedení omezení počtu uchazečů o veřejnou zakázku losováním; 3) 9. 2. 2012 – uzavření smlouvy o dílo mezi žalobcem a vítězným uchazečem; 4) 6. 11. 2014 – vydání rozhodnutí č. j. ÚOHS-S715/2014/VZ-23661/2014/533/ZPr.

[63] Ke dni zahájení zadávacího řízení nemohlo žalobci vzniknout legitimní očekávání založené na ustálené správní praxi. K tomuto dni existovalo pouze jediné relevantní rozhodnutí, a to sice ze dne 12. 8. 2011, S145/2011, které navíc bylo nepravomocné, takže mohlo podléhat změně v rozkladovém řízení (popř. v následném řízení soudním). Takové osamocené rozhodnutí nezakládá ustálenou správní praxi ve smyslu definice podané Nejvyšším správním soudem v usnesení jeho rozšířeného senátu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006-132.

[64] Ke dni realizace omezení počtu uchazečů o veřejnou zakázku losováním, tedy k 24. 10. 2011, zde byla dvě pravomocná rozhodnutí, a to ze dne 12. 8. 2011, S145/2011, a dále „potvrzující“ rozkladové rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 5. 10. 2011, R200/2011. Jednalo se tedy o jediný případ pravomocně ukončeného správního řízení, v němž bylo rozhodováno o obdobném skutkovém stavu ještě před provedením losování a odmítnutím požadavků zástupce společnosti Průmstav, a. s. Ani v tomto případě tedy dle názoru zdejšího soudu není možné hovořit o „ustálené, jednotné a dlouhodobé činnosti (příp. i nečinnosti) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů“.

[65] Jistou relevanci v rámci hodnocení nynějšího případu lze přiznat i datu 9. 2. 2012, kdy žalobce uzavřel smlouvu o dílo s vítězným uchazečem; do tohoto dne, jak argumentuje i žalobce, přicházelo teoreticky v úvahu zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách (zjistil-li by žalobce, že došlo k vývoji rozhodovací praxe žalovaného a že zvolený postup není považován za souladný se zákonem o veřejných zakázkách). K uvedenému dni však kromě případu zakončeného rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 5. 10. 2011, R200/2011, existovalo pouze usnesení žalovaného ze dne 7. 12. 2011, S540/2011, a rozhodnutí žalovaného ze dne 21. 12. 2011, S491/2011. Ani z nich nelze podle názoru soudu bez dalšího legitimní očekávání žalobce vyvozovat. Usnesení S540/2011, kterým bylo (z důvodů zpětvzetí návrhu) zastaveno správní řízení zahájené na návrh

společnosti Průmstav, a.s. (zájemce) dne 3. 11. 2011 ve věci přezkoumání úkonů žalobce učiněných v předmětné veřejné zakázce, bylo vydáno, jak uvádí i žalovaný, z procesních důvodů a ve věci samé nebylo rozhodováno. Je sice skutečností, že do jisté míry lze dovozovat, že nezahájil-li žalovaný ve věci řízení z moci úřední, mohl mít za to, že v zadávacím řízení k pochybení nedošlo. Na druhou stranu se žalovaný věci samotnou, jak již bylo uvedeno, výslovně nezabýval. Pokud se žalobce domáhal aplikace závěrů vyslovených v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 28. 8. 2014, č. j. 29 Af 74/2012-80 („*Nemělo by žádný praktický důsledek, aby v řízení o návrhu bylo jednání zadavatele přezkoumáno výhradně v mezích uplatněného návrhu a případně řízení zastaveno, pokud by žalovaný v tomto rozsahu porušení zákona o veřejných zakázkách ze strany zadavatele nedovodil, a aby následně žalovaný z moci úřední zahajoval další samostatné správní řízení o přezkumu jiných úkonů zadavatele, u nichž podezření z porušení zákona o veřejných zakázkách sám dovodil v rámci původního návrhového řízení. Takový postup by byl v rozporu se zásadou hospodárnosti.*“), pak je možné poznamenat, že podobný postup, tedy zahájení řízení z moci úřední „v rámci“ řízení návrhového, byl judikturně výslovně uveden až právě v citovaném rozsudku ze dne 28. 8. 2014, tedy až více než dva roky po uzavření smlouvy v nyní řešené věci; zároveň žalovanému stále běžela lhůta pro případné zahájení řízení dle § 121 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách.

[66] Pro úplnost soud k argumentu žalobce, že v případě poznatku o možném porušení zákona by měl správní orgán povinnost zahájit správní řízení neprodleně (v případě, že by byla přiznána důvodnost námitky žalobce, který ze zastavení řízení usnesením žalovaného ze dne 7. 12. 2011, S540/2011, dovozuje, že jednání žalobce považoval žalovaný na nezávadné), uvádí, že obecně tento názor, podpořený odkazem na některé základní zásady činnosti správních orgánů dle správního řádu, platí. Zde však žalovaný důvod pro zahájení správního řízení s žalobcem seznal až na základě výkladu poskytnutého judikaturou správních soudů, konkrétně rozsudkem Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108; to ostatně vyplývá z výslovného odkazu na tento rozsudek obsažený v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 28. 8. 2014, č. j. ÚOHS-S715/2014/VZ-18142/2014/533/ZPr.

[67] Konečně rozhodnutí žalovaného ze dne 21. 12. 2011, S491/2011, v době uzavření smlouvy ze dne 9. 2. 2012 ještě nebylo pravomocné (jak poukazuje i žalovaný, po nabytí právní moci bylo napadeno žalobou a následně Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, o který mimo jiné žalovaný opřel v nyní přezkoumávaném případě své závěry, zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 5. 2012, R10/2012, kterým bylo prvostupňového rozhodnutí žalovaného potvrzeno a tak potvrzeny i právní závěry zde vyslovené; k této skutečnosti také níže). I přes opačný názor žalobce daná skutečnost „precedenční“ účinky tohoto rozhodnutí dle soudu přinejmenším oslabuje, neboť toto rozhodnutí mohlo být v řízení o rozkladu změněno.

[68] I s přihlédnutím k výše uvedenému však dle názoru soudu ani ke dni uzavření smlouvy ze dne 9. 2. 2012 neexistovala ustálená správní praxe, jak ji pojímá judikatura správních soudů. Této postupně se rodící praxi žalovaného, i s jejími výše uvedenými limity, totiž chybí přinejmenším prvek dlouhodobosti a lze ji vymezit pouze dobou zhruba tří měsíců (od 12. 8. 2011 do 21. 12. 2011). K okamžiku podpisu smlouvy s vybraným uchazečem, a tedy k okamžiku spáchání správních deliktů podle výroků I. a II. rozhodnutí žalovaného tak nebyla

dána ustálená správní praxe, jejíž závěry by mohly potvrzovat správnost postupu žalobce při losování v přezkoumávaném případě, resp. správní praxe v případech o obdobném skutkovém stavu, jako je řešen nyní.

[69] Následným rozhodnutím, kterými žalobce argumentuje, pak soud nemohl přiznat relevanci již z toho důvodu, že nemohla ovlivnit jednání žalobce před uzavřením smlouvy dne 9. 2. 2012. Především pak ale proto, že i tato případná správní praxe se ukázala nesprávnou. V tomto ohledu odkazuje soud zejména na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, kterým zdejší soud zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 5. 2012, R10/2012 (k žalobcem namítané neaplikovatelnosti tohoto rozsudku na současnou věc viz níže). Kasační stížnost proti tomuto rozsudku byla zamítnuta rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49 (zejména ve vztahu k deliktu uvedenému ve výroku II. rozhodnutí žalovaného pak lze odkázat i na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 128/2012-119, kterým bylo zrušeno rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 6. 2012, R63/2012, jehož závěrů se žalobce ve vztahu ke konstituování ustálené správní praxe dovolával; je možné poznamenat, že argumentace žalobce obsahuje jistý protimluv – přičemž si soud je vědom snahy žalobce tento paradox osvětlit, pokud se na jedné straně dovolává správní praxe založené rozhodnutími žalovaného či předsedy Úřadu a na druhou stranu odmítá závěry judikatury správních soudů, které se k této rozhodovací praxi žalovaného a předsedy Úřadu vztahují, jinými slovy tedy žalobce tvrdí, že jím uváděné případy řešené žalovaným byly do té míry totožnými s jeho, že konstituovaly správní praxi, avšak že na to navazující soudní rozhodnutí jsou naopak pro svou odlišnost neaplikovatelná). Z poslední doby, kdy byla řešena skutkově i právně v podstatě totožná věc jako nyní, odkazuje zdejší soud na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 11. 2017, č. j. 31 Af 58/2016-58, dostupný na www.nssoud.cz, kterým byla zamítnuta žaloba proti rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 27. 6. 2016, č. j. ÚOHS-R8/2015/VZ-25862/2016/323/PMo (srov. také typově obdobný případ, který se ve věci losování podobným zařízením ovšem lišil tím, že nebyla zvažována otázka požadavku na přečíslování a fyzické kontroly losovacího zařízení – Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 113/2012-128, dostupným na www.nssoud.cz, zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 28. 5. 2012, č. j. ÚOHS-81/2012/VZ-9822/2012/310/ASc, jehož závěrů se žalovaný rovněž dovolával; kasační stížnost byla odmítnuta usnesením Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 6. 2015, č. j. 6 As 121/2014-35, dostupným na www.nssoud.cz).

[70] Uvedené skutečnosti soud přiblížil, jak již bylo naznačeno, proto, že případně vytvořené správní praxe se lze dovolávat jen tehdy, pakliže je zákonná. Jak vyplývá např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 8. 2012, č. j. 1 As 46/2012-87, dostupného na www.nssoud.cz, „*postupuje-li správní orgán v rozporu se zákonem (byť i dlouhodobě a v obdobných věcech), nelze se legitimního očekávání dovolávat. [...] Podle judikatury Nejvyššího správního soudu se účastník řízení před správním orgánem může dovolávat obdobného zacházení jako v předchozích srovnatelných případech jen tehdy, byl-li tento předchozí postup správního orgánu v souladu se zákonem – jinak řečeno, účastník se nemůže domáhat, aby správní orgán nadále dodržoval svoji předchozí nezákonnou správní praxi (i když nebyla relevantně napadena či jinými mechanismy uvedena do souladu se zákonem), nýbrž se může domáhat toliko toho, aby správní orgán dodržoval takovou správní praxi, která se pohybuje v mezích prostoru pro uvážení, jenž je mu zákonem dán*“ (srov. rozsudek ze dne

31. 1. 2007, č. j. 2 Afs 16/2006-131). [...] Jestliže tedy městský soud a následně i Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že při posuzování bonity kmitočtů musí být zohledněny i jiné skutečnosti než jen počet trvale usazených obyvatel (např. počet přechodně se pohybujících účastníků silničního provozu), a že v rámci řízení o změně některých skutečností podle § 21 zákona o vysílání nelze zásadním způsobem měnit územní rozsah udělené licence, je nutně zákonnou jen taková praxe žalované, která obdobné případy bude posuzovat způsobem, který nastínil v tomto rozsudku Nejvyšší správní soud a před ním i Městský soud v Praze. Jiný pohled nutně nemůže být v souladu se zákonem, a proto poukaz Route Radio s. r. o. na případné jiné posuzování obdobných věcí ve správních řízeních vedených žalovanou jí nemůže být v nyní posuzovaném případě již z podstaty věci ku prospěchu.“

[71] Navíc legitimní očekávání týkající se rozhodovací činnosti správního orgánu (tedy i ustálené správní praxe) je nutné, a to i ve vazbě na žalobcem zmiňovaný § 2 odst. 4 správního řádu, vztáhnout zejména k okamžiku rozhodování správního orgánu (v případě žalobce tedy k 6. 11. 2014, kdy rozhodl o jeho věci žalovaný, a 2. 10. 2015, kdy rozhodl předseda Úřadu o rozkladu). Jak uvádí Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 16. 3. 2010, č. j. 1 Afs 50/2009-233, „je tedy chráněna dobrá víra účastníka řízení i vzhledem k okamžiku rozhodování správního orgánu. Jakkoli lze tedy souhlasit s tím, že § 2 odst. 4 správního řádu přeneseně brání dobrou víru účastníků, že pokud rozhodovací činnost správního orgánu svědčí o zastávání určitého právního názoru správním orgánem, potom jednání účastníků, odpovídající takovému názoru, bude moci být jimi pokládáno za souladné s právními předpisy, je nutné citované ustanovení vykládat především tak, že pokud v okamžiku rozhodování správního orgánu existují jiná jeho rozhodnutí pojednávající o skutkově týchž či obdobných případech, je nutno chránit víru účastníků, že správní orgán bude také v jejich případě rozhodovat stejným způsobem. Existence možnosti účastníků řízení spoлеhnout se na to, že jejich věc správní orgán posoudí stejným způsobem, jakým již dříve posoudil skutkově obdobné či stejné věci, je nezbytnou součástí jednoho ze základních znaků právního státu – právní jistoty.“ (pozn.: zvýraznění původní) I kdyby tedy došlo k zformování určité správní praxe, ke kterémužto názoru soud k rozhodným datům nedospěl, je zjevné, že ke dni 6. 11. 2014 a 2. 10. 2015 již existovala pravomocná rozhodnutí správních soudů, která rušila rozhodnutí žalovaného a předsedy Úřadu, kterých se žalobce dovolával. Za takové situace postačovalo, aby v reakci na argumentaci žalobce žalovaný, popř. předseda Úřadu, řádně (přezkoumatelně) odůvodnil změnu svého právního názoru oproti jiným jeho rozhodnutím, což se dle přesvědčení soudu také stalo; žalovaný a předseda Úřadu měli povinnost postupovat v souladu s názorem vyjádřeným v judikatuře (srov. výše citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 8. 2012, č. j. 1 As 46/2012-87; k limitaci zásady legitimního očekávání zásadou legality viz také rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 3. 2010, č. j. 1 Afs 50/2009-233), např. v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49, či rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 128/2012-119, které také byly zveřejněny a bylo možné se s nimi přinejmenším v elektronické podobě seznámit.

[72] Z výše uvedených důvodů se tedy soud domnívá, stejně jako předseda Úřadu v napadeném rozhodnutí, že nebyly důvodné ani další námitky odvíjející se od námitky jsoucnosti ustálené správní praxe. To se týká zejména argumentu, že legitimní očekávání

žalobce související s principem právní jistoty mělo převážet nad principem legality, tedy postupem dle zákona v intencích později změněné judikatury. S výhradou shora uvedeného má soud za to, že i kdyby tu takový konflikt právních principů byl dán, nelze přisvědčit ani argumentaci žalobce opřené o nálezy Ústavního soudu ze dne 12. 12. 2013, sp. zn. III. ÚS 3221/11. Pokud žalobce výjimečné okolnosti, které měly ve smyslu zmíněného nálezu vést k upřednostnění principu jeho legitimního očekávání, spatřuje v tom, že se v posuzovaném případě jednalo o vztah mezi státem a soukromou osobou, jehož se neúčastní žádná jiná osoba, jejíž zájmy by mohly být dotčeny, soud se s tímto hodnocením neztotožňuje. V záležitosti řešené Ústavním soudem se jednalo o problematiku daňové povinnosti, kdy se skutečně jedná výlučně o vztah mezi státem a soukromou osobou. Formálně vzato i v případě žalobcovy věci šlo o sankční vztah mezi státem a jím, na druhou stranu však nelze úplně pustit ze zřetele to, že žalovaný (předseda Úřadu) posuzoval jednání žalobce, které směřovalo i vůči třetím osobám a mohlo se dotknout jejich práv.

[73] Soud k argumentační linii žalobce uvedené v této části rozsudku pro úplnost připomíná, že od právní moci rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, byl žalovaný povinen se řídit tam vyjádřeným právním názorem. I z tohoto důvodu (nad rámec již uvedeného) nelze přisvědčit argumentům žalobce, dle nichž měla být ve smyslu usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006-132, praxe žalovaného (výklad principu transparentnosti v popisovaném smyslu) měněna jen do budoucna a s výslovným upozorněním. Jak rovněž bylo řečeno, s právním názorem správních soudů bylo možné se seznámit, neboť byla publikována minimálně na internetových stránkách Nejvyššího správního soudu. Co se týká časového působení změn judikatury, je třeba zdůraznit, že judikатурní názor na výklad § 61 odst. 4 a 5 v daném smyslu byl vysloven poprvé až v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, a správní soudy tak nijak svou dosavadní judikaturu nepřehodnocovaly. Navíc na právní vztahy vzniklé v minulosti není možné aplikovat mylné právní názory z doby před jejich změnou. Obecně tedy platí zásada, že nový právní názor se uplatní na všechna budoucí, jakož i na všechna probíhající řízení (přiměřeně viz *Kühn*, Z. Ústavní soud k intertemporalitě judikатурních změn. *Jurisprudence*, 2010, č. 8). V daném případě tedy nebylo možné, aby žalovaný pokračoval v rozhodování v intencích svých nesprávných právních názorů vyjádřených před právní mocí rozsudku č. j. 62 Af 61/2012-108.

[74] Nadto je ovšem nutné k argumentaci legitimním očekáváním změnou správní praxe apod. znovu upozornit, že obecně se výkladem pojmu transparentnost zabýval Nejvyšší správní soud, jak již bylo shora řečeno, v rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, tedy zhruba rok před tím, než proběhlo losování. Navíc soud k výslovné námitce žalobce dodává, že se nedomnívá, že by žalobou napadené rozhodnutí předsedy Úřadu bylo v daném směru nepřezkoumatelné; předseda Úřadu se sice k věci vyjádřil velmi stručně, nicméně dostačujícím způsobem uvedl, že zde vůbec nebylo dáno legitimní očekávání, které by mohlo převážet nad principem legality. Proto nebylo nutné ani to, aby se předseda Úřadu vyjadřoval k navazujícím námitkám, které ve smyslu výše uvedeného ztratily opodstatnění.

[75] Na uvedených závěrech soudu pak nemohly změnit nic ani další žalobce navržené a posléze provedené důkazy v podobě komunikace mezi Státním fondem životního prostředí ČR a společností Allowance s.r.o., která pro žalobce výběrové řízení organizovala, resp. komunikace mezi Státním fondem životního prostředí ČR a žalobce, které se týkaly posouzení

zadávací dokumentace. Toto předběžné posouzení nemůže žalobce zbavit odpovědnosti za netransparentní postup při losování, a to i proto, že nebylo možné v době posouzení zadávací dokumentace předpokládat, jak konkrétně z hlediska transparentnosti žalobce losování provede. Bez významu jsou v tomto směru i dokumenty Ministerstva životního prostředí, které posléze vedly tento orgán k podání podnětu k žalovanému, který na jeho základě, a to v návaznosti na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108 (který zmínilo ve svých materiálech i Ministerstvo životního prostředí), zahájil řízení ve věci žalobce. Soud totiž nepřezkoumává a nehodnotí činnost Ministerstva životního prostředí, nýbrž činnost a rozhodnutí žalovaného předsedy Úřadu.

V. c) (Ne)možnost aplikace rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, na projednávanou věc

[76] Důležitou součástí žalobcovy argumentace je také tvrzení o nemožnosti aplikace závěrů formulovaných v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, na nyní projednávanou věc. Tato námitka velmi úzce souvisí s otázkami rozebíranými výše, tedy samotnou transparentností průběhu losování a jejím posouzením a do jisté míry s komplexem výtek na adresu žalovaného souvisejících s legitimním očekáváním žalobce.

[77] Zdejší soud je při posuzování této námítky, stejně jako žalovaný a předseda Úřadu, přesvědčen, že závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108 (a navazující judikatury), na věc naopak plně dopadají. Nelze totiž najít nalézt relevantní odlišnosti; na druhou stranu jsou rozhodné skutkové a právní okolnosti srovnatelné, ne-li totožné (lze pro dokreslení předběžné – ze skutkového hlediska – poukázat např. na úzkou časovou souvislost losování v obou případech, obdobné losovací zařízení, působení společnosti VE-ZAK CZ s.r.o. apod.).

[78] Pro ilustraci analogických skutkových okolností soud shrnuje zjištění, která krajský soud v Brně učinil ve zmíněném rozsudku přijatém v řízení pod sp. zn. 62 Af 61/2012: „Z notářského zápisu č. NZ 148/2011 (N 169/2011) sepsaného dne 19.9.2011, který je součástí dokumentace o veřejné zakázce, vyplynulo, že losování proběhlo dne 19.9.2011 od 8:30 do 8:57 hodin prostřednictvím elektronického losovacího zařízení Cent LOZ002. Zajištěním losování byla pověřena společnost VE-ZAK CZ s.r.o. Podle notářského zápisu z prohlášení moderátora losování plyne, že losovací zařízení nemá žádné aktivní komunikační rozhraní (bluetooth, Wi-Fi, LAN, touch screen atd.) vyjma tří kláves pro ovládání aplikace. Zařízení dále obsahuje na zadní stěně tlačítko pro nouzové vypnutí zařízení v případě požáru nebo poruchy elektroinstalace a vstup pro napájecí kabel. Provozovatel losovacího zařízení se před zahájením losování prokázal neporušenou plombou losovacího zařízení číslo 056920. Dále provozovatel losovacího zařízení uvedl, že přílohou notářského zápisu je zpráva Elektrotechnického zkušebního ústavu, s. p. o zkoušce losovacího zařízení č. 100680-01/02 („Zpráva o zkoušce“). Provozovatel losovacího zařízení dále provedl zkoušku losování. Před samotným losováním přečetl provozovatel losovacího zařízení všechny zájemce v pořadí podle doručení žádosti o účast, celkem 14 zájemců. Následně došlo k samotnému losování. Zájemcům, kteří prokázali splnění kvalifikace (mimo jiné i žalobci), byla pro účely losování přiřazena čísla 1 – 14 odpovídající pořadí přijetí jejich žádosti o účast v předmětné veřejné

zakázce, z nichž pak byla vylosována [dále uvedená] čísla [...]“. Rovněž v tomto případě jeden ze zájemců požádal před losováním o přečíslování.

[79] Žalobce poukazuje na skutkovou rozdílnost nynější věci od věci řešené pod sp. zn. 62 Af 61/2012 v tom, že bylo postaveno najisto, že se jedná o totožné losovací zařízení, které bylo předmětem zkoušky před Elektrotechnickým zkušebním ústavem, a zároveň že zástupce jednoho ze zájemců ověřil neporušenost a číslo plomby losovacího zařízení, přičemž obě tyto skutečnosti vyplývají z Notářského zápisu. Této námitce soud přisvědčuje jen částečně. Ze strany čtvrté Notářského zápisu vyplývá, že náhodně vybraný přítomný zástupce uchazeče konstatoval, že číslo losovacího zařízení souhlasí s předávacím protokolem (viz příloha Notářského zápisu – Předávací protokol „Cent XZ-CAK CZ 0035/2011“ ze dne 10. 10. 2011 kdy předávajícím byla společnost CENTADOR s.r.o. a přejímajícím společnost VE-ZAK CZ s.r.o., předáváno bylo losovací zařízení CENTLOZ001 uzamčené plombou č. 056916). Na rozdíl od věci sp. zn. 62 Af 61/2012 tak bylo zachyceno, že se shoduje přístroj použitý k losování s přístrojem, který byl předán společností CENTADOR s.r.o. společnosti VE-ZAK CZ s.r.o. – tato skutečnost se naopak shoduje s konstatováním uvedeným v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108. V tomto ohledu lze odkázat na zmíněný rozsudek, v němž je k takové situaci uvedeno, že *„není najisto postaveno ani to, zda se v případě losovacího zařízení použitého při losování jednalo o totéž losovací zařízení, jaké bylo předmětem Zprávy o zkoušce. Nadto je podstatné, že Zpráva o zkoušce se nikterak nevyjadřuje k samotnému procesu losování.“* I kdyby tedy byla dána shoda použitého losovacího zařízení se zařízením, které bylo předmětem Zprávy o zkoušce, pořád platí to, co uvedl i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-52, tedy že *„Zpráva o zkoušce Elektrotechnického zkušebního ústavu ze dne 10. 3. 2011 sice svědčí o funkčnosti a technických vlastnostech losovacího zařízení k uvedenému datu, ale nic nevypovídá o stavu losovacího zařízení ke dni losování (19. 9. 2011) a o samotném procesu losování. Jde sice o určitou kontrolu losovacího zařízení, avšak nikoliv o kontrolu provedenou zájemci o veřejnou zakázku, ani o kontrolu bezprostředně před zahájením losování.“* (pozn.: zvyraznění doplněno).

[80] Zdejší soud se již vyjádřil k tomu, že ani následná kontrola u Elektrotechnického zkušebního ústavu nemohla nijak ovlivnit závěry týkající se porušení § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách. Pokud se týká testovacích losování, která měla dle žalobce sloužit jako forma kontroly zařízení i samotného losování ze strany zájemců, je možné zmínit, že např. „zkouška losování“ nebyla shledána jako rozhodný faktor ani v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108; navíc se opět nejedná o kontrolu samotného procesu losování v jeho průběhu a ani kontrolu losovacího zařízení.

[81] Podobně jako předseda Úřadu ve svém rozhodnutí i nyní soud odkazuje na, dle jeho názoru stále relevantní, pasáže rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, dle kterých *„z pohledu transparentnosti losování je podstatné, že účinná kontrola losovacího zařízení zájemci fakticky nebyla možná. Zájemci se totiž nejvýše mohli na losovací zařízení „podívat“, resp. zvenčí si je „prohlédnout“, nikoli provést efektivní kontrolu losovacího zařízení z pohledu samotného postupu při losování. Kontrolou losovacího zařízení a prostředků sloužících k losování ve smyslu § 61 odst. 5 ZVZ musí být rozuměna taková kontrola, která na místě losování s využitím prostředků, které mohou mít zájemci coby účastníci losování bezprostředně před zahájením losování k dispozici, umožní objektivně*

posoudit, zda losování může proběhnout korektním způsobem či nikoli“. Rovněž je možné souhlasit s interpretací předsedy Úřadu, dle které takový postup považuje krajský soud nejenom za porušení samostatné povinnosti umožnit kontrolu losovacího zařízení, ale i významný prvek nasvědčující o porušení další povinnosti, a to povinnosti postupovat transparentně, když dle jeho názoru neumožněním reálné kontroly, jak uvádí v citovaném rozsudku Krajský soud v Brně, „nejen že došlo k porušení § 61 odst. 5 ZVZ (což je porušením samostatným), nýbrž také k oslabení celkově transparentního dojmu z losování; nic na tom nemění nabídka, aby bylo losovací zařízení následně (po skončení losování) „odvezeno na kontrolu“, jak je v notářském zápisu na páté straně zaznamenána. [...] Další okolností, která důvěru v korektní a obecně fair postup při losování oslabuje, je skutečnost plynoucí z páté strany notářského zápisu, podle něhož zástupce žalobce požádal, aby před losováním byla změněna čísla, jež byla jednotlivým zájemcům předem přidělena, čemuž však nebylo vyhověno.“ S tím vyslovil souhlas i Nejvyšší správní soud v následném rozsudku ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-52.

[82] V rozporu s námitkou žalobce se pak zdejší soud domnívá, že byla dána kombinace faktorů, která oslabovala transparentnost losování. Jednak šlo, v relaci k porušení § 61 odst. 4 a § 61 odst. 5 ve vztahu k § 6 zákona o veřejných zakázkách, o použití jen obtížně kontrolovatelného zařízení, kdy nebyl postaven najisto jeho stav ke dni losování, a zároveň došlo k odmítnutí požadavku na přechíslování (který je judikaturou uznávám jako jedna z mála možností reálné kontroly losování) a požadavku na otevření zařízení (kdy jistá vizuální kontrola losovacího zařízení mohla být provedena k přítomnosti „bluetooth, WI-FI, LAN, touch screen atd.“, jak je zmiňoval moderátor losování).

[83] Pokud žalobce uvádí, že ani přechíslování, ani otevření zařízení nebylo možné, neboť by i tento postup vedl k ohrožení transparentnosti, resp. samotného losování, pak lze souhlasit s vyjádřením k žalobě, že takové podmínky (stejně jako omezení počtu zájemců) si žalobce zvolil dobrovolně; pokud se na základě takto nastavených parametrů, včetně stanovení pořadí zájemců předem, dostal do svízelné situace, je to důsledek jeho vlastních (nesprávných) rozhodnutí (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2016, č. j. 4 As 68/2016-48, dostupný na www.nssoud.cz; zejm. č. 1. 53). Je sice pravdou, že žalovaný žalobci nenabídl konkrétní postup, který měl za dané situace zvolit, aby zajistil transparentnost losování, na druhou stranu to však není, i s přihlédnutím k již uvedenému, jeho úkolem. Zároveň si sice lze představit, jak uvádí žalobce, že kontrola zařízení mohla být provedena i jinak než jeho otevřením, avšak byla to kontrola, která se reálně nabízela a důvody, které žalobce uvedl pro její odmítnutí, soud neshledává, se zohledněním shora konstatovaného, dostatečnými. Obecně soud připomíná, že dle judikatury správních soudů je pojem transparentnosti pojmem pružným a schopným reagovat na nejrozumnější skutkové situace, které mohou nastat (viz výše zmíněný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159). Současně judikatura potvrdila, že pružnost pojmu transparentnost předpokládá též vývoj v závislosti na proměňujících se protizákonných praktikách, a že pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. K tomu přitom může dojít i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo. Pochybnosti mohou vzejít i z pouhé neschopnosti působit navenek při losování férově – srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012-55.

[84] Stejně jako předseda Úřadu nepovažuje soud za rozhodující skutkovou odlišnost oproti případu řešenému Krajským soudem v Brně pod sp. zn. 62 Af 61/2012 to, že v nynější věci nebylo správní řízení vedeno na základě návrhu neúspěšného zájemce o účast v zadávacím řízení. Krajský soud přitom konstatuje, že v souvislosti s řešeným zadávacím řízením takový návrh podán byl, přičemž navrhovatel jej vzal záhy zpět (viz řízení sp. zn. S540/2011). Zatímco žalobce z tohoto faktu vyvozuje, že tento navrhovatel, společnost Průmstav, a.s. (a to ani žádný jiný subjekt, neboť návrh k žalovanému nikdo další nepodal), neměl za to, že by postup žalobce byl netransparentní, a že mu tímto postupem vznikla újma, považuje soud tento závěr za nanejvýš spekulativní. Daného navrhovatele mohla ke zpětvzetí návrhu vést celá škála představitelných důvodů (stejně jako další subjekty mohlo k nepodání návrhů vést mnoho příčin – jen namátkou lze uvést, stejně tak spekulativně jako žalobce, např. pragmatickou snahu nekomplikovat si postavení v případném dalším zadávacím řízení, neochotu angažovat se v řízení před žalovaným a nést s tím spojené náklady apod.); proto se soud na rozdíl od žalobce nedomnívá, že *„zpětvzetí návrhu je třeba přikládat vypovídací hodnotu“*. Především však soud znovu poukazuje, v souladu s citovanou judikaturou správních soudů, na to, že pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. Pojetí pojmu transparentnosti, jak ji zvolil žalovaný a předseda Úřadu, tak rovněž není, jak uvádí žalobce, subjektivní (žalobce se domáhá tzv. „objektivních podmínek transparentnosti“); nelze jednoduše říci, že postup žalobce byl shledán nesprávným v subjektivních, a nikoli objektivních okolnostech, *„tedy ne v tom, zda došlo k přečíslování zájemců, ale zda přečíslování některý z účastníků navrhl“*. V tomto kontextu soud uvádí, že sám pojmový aparát žalobce (a jeho pojetí „objektivnosti“ a „subjektivnosti“) nepovažuje za přiléhavý, kdy naopak lze za objektivně se vyskytnuvší okolnost považovat to, zda někdo navrhl či nenavrhl před zahájením losování přečíslování zájemců. Zároveň soud doplňuje, že právě nevyhovění návrhu na přečíslování či kontrolu losovacího zařízení (a jeho odůvodnění či nedostatečné odůvodnění), jako nyní, může být oním „objektivním“ faktorem, který v souhrnu všech skutkových okolností vede ke zmíněnému, judikaturou vymezenému, vzbuzení odůvodněných pochybností o férovosti průběhu losování.

[85] Pokud žalobce v bodě 96. žaloby argumentuje okolnostmi spočívajícími v nepřipojení se ostatních zájemců k návrhu zástupce společnosti Průmstav, a.s. na přečíslování, nepovažuje soudy tyto námitky pro věc za rozhodné, neboť důvody žalobou napadeného rozhodnutí stojí na jiných základech. Co se pak týká bodu 97. žaloby, nepovažuje soud za nutné vyjadřovat se k obecné úvaze žalobce o tom, zda by bylo důvodné *„sankcionovat zadavatele všech zadávacích řízení, v nichž zadavatel přistoupil k zadání zakázky v užším řízení s tím, že se rozhodl pro omezení počtu zájemců o účast v zadávacím řízení formou losování, a to v případech, kdy nebylo před samotným losováním provedeno přečíslování seznamu zájemců a losovací zařízení nebylo otevřeno ke kontrole“*. Soud neposuzuje hypotetické případy, ale případy konkrétní, jako ten nynější, a to v závislosti na individuálních skutkových okolnostech.

[86] Soud také nepovažuje rozhodnutí předsedy Úřadu za *„nepřezkoumatelné pro jeho nesrozumitelnost“*, pokud předseda Úřadu neuvádí, co představuje *„racionální důvod, který je relevantní pro danou situaci“* (ve vztahu k odmítnutí požadavku na přečíslování). Předseda Úřadu v bodě 73. svého rozhodnutí uvádí, že není možné vždy (za všech okolností) dovodit

povinnost zadavatele provést přečíslování zájemců o účast; také uvádí, že pro takové odmítnutí musí být dán racionální důvod a stejně tak není zadavatel nucen provádět přečíslování „donekonečna“. Tyto úvahy, při zohlednění toho, že žalovaný není povinen dávat žalobci podrobný návod pro to, jak provádět transparentní losování a jak se vypořádat s každou při losování se objevivší skutečností, nepovažuje soud za nijak nesrozumitelné. Zároveň zde soud nespatřuje zásadní odchýlení se od rozsudků Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, a Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-52, v nichž se rovněž hovoří o racionalitě důvodů pro odmítnutí změny čísel. K související námitce žalobce pak soud dodává, že Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-52, nijak kategoricky neodmítá, že by pro účely sledování transparentnosti procesu losování, neexistoval jakýkoli jiný prostředek, než je právě přečíslování. Závěry žalobou napadeného rozhodnutí proto zdejší nepovažuje za „překvapivé“ či odchylující se od judikatury, jak se domnívá žalobce.

[87] Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, považuje žalobce za neaplikovatelný rovněž „pro nejasnost jeho závěrů“, kdy z něj údajně „v podstatě vyplývá, že použití elektronického losovacího zařízení, ač bylo zákonem výslovně předpokládáno v ust. § 61 odst. 4 ZVZ, bude zároveň pokaždé v rozporu s ust. § 61 odst. 5 ZVZ. Elektronické losovací zařízení je vždy nutně vybaveno počítačovým programem. Pokud pak jedinou kontrolou, která umožní zájemcům objektivně posoudit, zda losování může proběhnout korektním způsobem, je kontrola počítačového programu, k níž však zájemci nemohou být na místě losování bezprostředně před jeho zahájením vybaveni, znamená to, že legální použití elektronického losovacího zařízení de facto není možné a každý zadavatel, který elektronické losovací zařízení dle tehdejší právní úpravy použil, porušil zákon.“ S tímto hodnocením se soud neztotožňuje. Předně uvádí, že citovaný rozsudek byl přezkoumán a „potvrzen“ rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-52; judikatura nadřízeného soudu je pro krajský soud „závazná“. Navíc Krajský soud v Brně i Nejvyšší správní soud dovodil, že kontrola byla možná například právě přečíslováním, přičemž z jejich rozhodnutí nelze, jak již bylo řečeno, kategoricky vyloučit jinou kontrolu (např. tu navrženou zájemcem v nynějším případě – prohlédnutím si, zda losovací zařízení neobsahuje prostředek, jímž je možné jej ovlivnit zvenčí). Navíc v bodě 103. žaloby žalobce v souvislosti se zde rozebíranou námitkou cituje pasáž rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, která má vztah ke kontrole provedené Elektrotechnickým zkušebním ústavem, z kteréhožto důvodu soud považuje tuto argumentaci za poněkud nepřiléhavou. Formulační rozdíly mezi zde citovanými rozsudky Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu, jak je namítá žalobce, pak soud v kontextu dalších okolností případu nepovažuje za relevantní.

[88] Ohledně „dalších námitek týkajících se transparentnosti zadávacího řízení“, které jsou obsaženy v části III. 3) žaloby (body 111. a násl.) uvádí soud, že se s nimi, s ohledem na jejich povahu a obsah, vypořádal již v předešlých částech tohoto rozsudku; rovněž nepovažuje za oprávněnou námitku, která je v této části žaloby obsažena, že je žalobou napadené rozhodnutí předsedy nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

[89] Pakliže žalobce namítá, že žalovaný (předseda Úřadu) mohl zjistit, na základě výpovědi možných svědků, kdo, kdy a jak losovací zařízení plombuje a kdo garantoval stav softwaru, je třeba uvést, že žalovaný věc posuzoval ke dni, kdy proběhlo losování. Pozdější

zjišťování navrhovaných skutečností tedy nemělo zásadní význam ve vztahu k možným pochybnostem o transparentnosti, které vznikly právě v den losování, a které měly souvislost s neumožněním přečíslování a fyzické kontroly losovacího zařízení (proto soud také neprováděl důkazy v podobě výsledku svědků – účastníků losování, zástupce společnosti VE-ZAK CZ, s.r.o. a zástupce společnosti CENTADOR s.r.o.). Podobně lze uvést k argumentaci v bodu 132. žaloby, že z hlediska nynějšího posouzení věci není rozhodné, zda měl žalovaný v březnu roku 2011 losovací zařízení CENTLOZ001 zapůjčené – žalovaný nemohl při kontrole tohoto zařízení předvídat, že dojde k výše specifikovaným okolnostem snižujícím transparentnost losování; taktéž je možné poukázat na to, že pozdější hodnocení věci žalovaným bylo ovlivněno shora již zevrubně popsáním vývojem judikatury, jíž byl žalovaný při své činnosti vázán.

V. d) námitky týkající se nesprávného procesního postupu

[90] Žalobce se v rámci tohoto okruhu námitek domnívá především to, že žalovaný, resp. předseda Úřadu v rozporu s § 3 a § 50 odst. 2 správního řádu nezjistil všechny skutečnosti, které jsou rozhodné pro posouzení věci. V tomto směru se zejména domnívá, že Notářský zápis nebyl pro rozhodnutí věci dostatečným podkladem, nýbrž že měly být provedeny výslechy zájemců o účast, zástupců zájemců, notáře, společnosti VE-ZAK CZ s.r.o. aj., a to za účelem zjištění zabezpečení losovacího zařízení a zjištění dalších důvodů, v Notářském zápise nezachycených, pro odmítnutí přečíslování či kontroly zařízení.

[91] Ve vztahu k daným námitkám se soud ztotožňuje se závěry vyjádřenými v napadeném rozhodnutí a ve vyjádření k žalobě. Sama skutečnost, že Notářský zápis doslovně nezaznamenává přímou řeč přítomných osob či projevy zadavatele, jeho zástupců a přítomných zájemců, neznamená, že Notářský zápis nezaznamenal o projevech přítomných osob všechny nezbytné informace, o které se žalovaný mohl ve svých závěrech opřít. Pokud by obsah Notářského zápisu byl vyvrácen, či podstatně korigován, byl postup (žalobce) zadavatele v této části nepřezkoumatelný, jelikož by v souvislosti s losováním nebyl k dispozici řádně pořízený notářský zápis, který by osvědčil všechny skutečnosti. Už tato skutečnost by působila netransparentně z hlediska průběhu losování veřejné zakázky, a to také proto, že by materiálně nebyla splněna jedna z podmínek dle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, který stanoví, že losování provede veřejný zadavatel „za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování“. Rovněž není pravděpodobné, že by souhrn údajů o číslech bezpečnostních pečeti a institucích, které je zhotovily, byť jsou tyto údaje zmíněny v textu Notářského zápisu (jakožto veřejné listiny), měl relevantní vypovídací hodnotu z pohledu transparentnosti losování k okamžiku losování. To se týká i eventuálních vysvětlení osob ověřujících technickou stránku zařízení, neboť předmětem správního řízení nebylo posoudit, zda s losovacím zařízením mohlo být manipulováno, ale zda průběh losování se navenek jevil jako férový a řádný. Navíc žalobce v žádnou fázi řízení před žalovaným, a ani v řízení před soudem, relevantně nezpochybnil obsah předmětného Notářského zápisu, kdy sám nenabídl žádné zdůvodnění pro odmítnutí přečíslování či fyzické kontroly losovacího zařízení, které by buď šlo nad rámec Notářského zápisu, či by bylo významné z hlediska zproštění odpovědnosti za žalobci připisované správní delikty; není tak zcela zřejmé, k čemu by provedení takových důkazů mělo v řízení před žalovaným (předsedou Úřadu) vést (obdobně pak lze uvést i k neprovedení takto navržených důkazů v řízení před soudem). Soud tak uzavírá, že přímo v Notářském zápise je uveden důvod zamítnutí požadavku na přečíslování a

tvrzení, že mohl existovat jiný (v notářském zápise nezachycený) důvod přecíslování, je i dle názoru zdejšího soudu účelové.

[92] Žalobce rovněž namítá, že ve věci mělo proběhnout ústní jednání. Z obsahu správního spisu skutečně vyplývá, že žalovaný (i předseda Úřadu) rozhodoval bez nařízení ústního jednání. Žalobce tvrdí, že tímto postupem bylo zasaženo do jeho procesních práv zejména s ohledem na dokazování a zjišťování skutkového stavu bez důvodných pochybností. Zároveň žalobce uvádí, že nebyl vyrozuměn o provádění důkazů mimo ústní jednání.

[93] Dle § 49 odst. 1 správního řádu „[ú]stní jednání správní orgán nařídí v případech, kdy to stanoví zákon, a dále tehdy, jestliže je to ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků nezbytné“.

[94] Ohledně předmětné námitky lze uvést, že dle § 15 odst. 1 správního řádu je správní řízení zásadně ovládáno zásadou písemnosti, přičemž tato zásada je modifikována v případech, kdy je správním orgánem nařízeno ústní jednání (viz citovaný § 49 správního řádu). Zákon o veřejných zakázkách v tomto smyslu v případě řízení vedeného žalovaným ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem při zadávání veřejné zakázky žádnou speciální úpravu neobsahuje. Jak přitom vyplývá z rozsudku Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 29. 3. 2012, č. j. 15 A 18/2010-88, dostupného na www.nssoud.cz, „účastníku správního řízení svědčí vždy „toliko“ nárok na uskutečnění ústního jednání v režimu veřejného ústního jednání a nikoliv samotný nárok na uskutečnění ústního jednání jako takového. Zda se ve věci uskuteční ústní jednání či nikoliv, zákonodárce vyjma případů, kdy tak stanoví zákon, ponechal na úvaze správního orgánu, jejíž rámec je vymezen v ust. § 49 odst. 1 správního řádu.“ Lze přitom přisvědčit žalobci, že dle usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 4. 2012, č. j. 7 As 57/2010-82, publikovaného pod č. 2633/2012 Sb. NSS, „[d]okazování tedy musí být primárně prováděno při ústním jednání, o jehož konání bude účastník sankčního řízení předem vyrozuměn ve smyslu § 49 odst. 1 správního řádu, aby mohl případně využít svého práva být přítomen a měl možnost se ke všem prováděným důkazům vyjádřit“. Z uvedeného však nelze dovodit, že by ústní jednání mělo být nařizováno správními orgány ve všech správních řízeních vedených ve věci možného spáchání správního deliktu výlučně a bez výjimky. Vzhledem k odůvodnění obsaženému v rozhodnutí předsedy Úřadu pro to, nenařídít ústní jednání, se soud nedomnívá, že by se jednalo o vadu, která by měla vést ke zrušení žalobou napadeného rozhodnutí (také vzhledem k tomu, že dle názoru soudu nedošlo k procesnímu pochybení jako je např. žalobcem zmíněné nezjištění skutkového stavu, o němž nejsou pochybnosti). Soud však poznamenává, že postup žalovaného, potažmo předsedy Úřadu považuje za hraniční a provádění ústního jednání v obdobných případech důrazně doporučuje.

[95] Podle žalobce mu také nebyla dána možnost vyjádřit se k důležitému důkazu v podobě tiskového prohlášení Elektrotechnického zkušebního ústavu ze dne 6. 6. 2013 (dále jen „Tiskové prohlášení“). Zde žalobce poukazuje na čl. 38 odst. 2 Listiny základních práva svobod a jeho promítnutí do podústavní roviny v podobě § 36 odst. 3 správního řádu. Tak tomu v daném případě nebylo, neboť zmíněné Tiskové prohlášení nebylo založeno ve správním spisu a žalobce tak nemohl předvídat, že se stane podkladem pro rozhodnutí. Žalobce také namítá neprovedení důkazu Zprávou o zkoušce, přičemž předsedu Úřadu již ve vyrozumění ze dne 25. 9. 2015 upozornil na jeho rozhodnutí ze dne 18. 9. 2015, č. j. ÚOHS-

R416/2014/VZ-28759/2015/321/Bry, jímž došlo ke zrušení rozkladem napadeného rozhodnutí žalovaného právě z důvodu nesprávného procesního nakládání se Zprávou o zkoušce.

[96] Zde soud uvádí, že otázky Tiskového prohlášení se týká bod 67. rozhodnutí žalovaného, resp. bod 80. a 69. rozhodnutí předsedy Úřadu. Soud se přitom ztotožňuje s hodnocením věci předsedou Úřadu a uvádí, že z rozhodnutí žalovaného vyplývá, že odkaz na Tiskové prohlášení se v něm objevil formou citace rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108. Lze si klást otázku, zda lze tuto skutečnost považovat za známou z úřední činnosti. Zde soud přiměřeně odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 2. 2010, č. j. 1 As 100/2009-129, 2038/2010 Sb. NSS, v němž se hovoří o tom, že *„pokud správní orgán čerpá určitá fakta ze soudních rozhodnutí nebo soudních spisů, může jít dle jejich povahy o skutečnosti úředně známé. V takovém případě nutno označit soudní rozhodnutí, ze kterého jsou určitá fakta čerpána“*. Dále rozsudek Nejvyššího správního soudu požaduje, aby účastníci řízení mohli aplikaci takových skutečností rozumně předpokládat. V dané věci má zdejší soud za to, že žalobce mohl aplikaci těchto závěrů bez pochyb rozumně předpokládat, neboť rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, byl uveden již v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 28. 8. 2014. Informace, ze kterých žalovaný ve svém rozhodnutí vycházel, představují doslovnou citaci z konkrétního soudního rozhodnutí, ve kterém jsou tyto fakta uvedena a v tomto smyslu je třeba také hodnotit jím získaná „skutková zjištění“. Krajský soud na základě shora uvedeného nepovažuje tuto námitku za důvodnou.

[97] Dále se soud kloní (po provedení důkazu v podobě rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 18. 9. 2015, č. j. ÚOHS-R416/2014/VZ-28759/2015/321/BRy) k závěru vyjádřenému v bodě 81. rozhodnutí předsedy Úřadu, na které pro stručnost odkazuje, a dle něhož *„v přezkoumávaném případě, na rozdíl od předkládaného rozhodnutí, Úřad vzal v potaz existenci zprávy EZÚ, i to že byla součástí notářského zápisu. Skutečnost, že její závěry, jakožto závěry pocházející od třetí osoby, jejíž kontrola nenahrazuje kontrolu provedenou zájemci, nepovažoval Úřad za relevantní, pak Úřad na několika místech odůvodnění napadeného rozhodnutí zdůraznil. V tom je proto třeba spatřovat odlišnost přezkoumávaného případu od případu R416/2014.“* Ve zbytku lze odkázat na závěry uvedené v předchozím odstavci, které se do značné míry vztahují jak ke zmíněnému Tiskovému prohlášení, tak ke Zprávě o zkoušce (viz rozbor problematiky této Zprávy v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108).

[98] Soud také nesouhlasí s námitkou žalobce, že se žalovaný ani předseda Úřadu nijak nevypořádali s návrhem na připojení spisů ve věcech vedených pod sp. zn. ÚOHS-P434/2014/VZ a sp. zn. ÚOHS-P430/2014/VZ. Bez bližšího hodnocení správnosti závěrů předsedy Úřadu v této věci na tomto místě soud uvádí, že předseda Úřadu se k dané otázce vyslovil v bodě 44. svého rozhodnutí.

[99] Konečně se ve vztahu ke zde uváděnému okruhu námitek soud nedomnívá, že by žalovaný pochybil tím, že ve smyslu § 117 zákona o veřejných zakázkách neupravil již v listopadu 2011 poměry účastníků předběžným opatřením. Jednak odpovědnost za jednání v zadávacím řízení nese především žalobce jakožto zadavatel, a nikoli žalovaný, jakožto orgán dohledu; především však se v danou dobu správní praxe žalovaného teprve formovala a

nakonec byla razantně ovlivněna pozdější judikaturou, pročez nelze mít za to, že by došlo k pozdějšímu nepředvídatelnému postupu či porušení zásad vyplývajících z § 2 odst. 3 správního řádu.

V. e) Námitky týkající se výše uložené pokuty

[100] S ohledem na výše uvedený podrobný výklad nelze souhlasit se žalobcem, že by uložená pokuta byla nepřiměřená proto, že byla udělena v rozporu s ustálenou správní praxí žalovaného, resp. daným rozhodnutím byla tato praxe změněna. O existenci takové správní praxe totiž nebylo možné hovořit. Z tohoto důvodu nelze přiznat důvodnost námitkám, jimiž v dané souvislosti žalobce upozorňuje na polehčující okolnosti. Soud také nesouhlasí s námitkou, že uložená sankce je nepřiměřená důvodu značného časového odstupu mezi provedeným losováním a zahájením správního řízení. V tomto směru soud souhlasí s předsedou Úřadu a pro stručnost odkazuje na bod 85. jeho rozhodnutí. Rovněž soud nepřisvědčil argumentaci rozhodnutím žalovaného ze dne 11. 1. 2013, č. j. ÚOHS-S227/2005/VZ-707/2013/511/Mon (dané rozhodnutí soud provedl jako důkaz při jednání), jímž byla veřejnému zadavateli uložena symbolická pokuta pouze ve výši 1 000 Kč; z bodu 199. tohoto rozhodnutí totiž plynou jasné důvody, pro uložení takto snížené pokuty [„Úřad (...) v minulém období vydal rozhodnutí a mj. Lesům ČR zaslal stanoviska, z nichž bylo možno učinit závěr, že Lesy ČR nejsou veřejným zadavatelem dle ust. § 2 odst. 1 písm. a) bodu 4. zákona (příp. že by šetřená veřejná zakázka nemusela být veřejnou zakázkou ve smyslu § 6 odst. 1 zákona)“]. Žádné taktové srovnatelné očekávání nebo správní praxe však v nynějším případě nebyla dána (podrobně opět viz výše).

[101] Dle názoru soudu také byli žalovaní i předseda Úřadu vedeni správními úvahami, z nichž dovozovali, že uložená pokuta ve výši 150 000 Kč nebude pro žalobce likvidační; v intencích usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 As 9/2008-133, publikovaného pod č. 2092/2010 Sb. NSS, dovodili, že vzhledem k osobě žalobce, jakožto územního samosprávného celku, a výši pokuty 150 000 Kč, zde totiž neexistuje dostatečně intenzivní prvek, který by žalovaného nabádal ke zkoumání toho, zda má uložená pokuta likvidační charakter, resp. tento likvidační charakter není vzhledem k poměru osoby pachatele a výše pokuty na první pohled zřejmý (viz bod 79. rozhodnutí předsedy Úřadu).

[102] Soud se ztotožňuje rovněž s názorem předsedy Úřadu (viz bod 86. jeho rozhodnutí), že nelze brát, z hlediska tvrzeného likvidačního charakteru pokuty, v potaz odkaz na možné odnětí prostředků poskytnutých formou dotace z Operačního programu Životní prostředí. Žalobou napadené rozhodnutí správně odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 11. 2012, č. j. 1 Afs 23/2012-102, dostupný na www.nssoud.cz, dle něhož „žádost o zohlednění okolnosti, že pokud bude stěžovateli udělena v dané věci správní pokuta, tak bude krácena dotace (případně vymáhána sankce) za porušení rozpočtových pravidel, je ze své podstaty zcela nepřijatelná a pro rozhodování nepodstatná. Nelze požadovat ani po správním orgánu, ani po soudu, aby „přehlédl“ porušení zákona z důvodu, že stěžovatel ponese ještě jiné důsledky svého protiprávního jednání.“

[103] Konečně zdejší soud neshledal důvody pro navrhané uplatnění moderačního práva soudu, neboť možnost moderovat správním orgánem uloženou sankci má soud dle § 65 odst.

3 s. ř. s. ve spojení s § 78 odst. 2 s. ř. s. v případě, že byl trest uložen „*ve zjevně nepřiměřené výši*“. Jelikož krajský soud, s odkazem na výše uvedené, nedospěl k závěru, že by sankce byla zjevně nepřiměřená, nejsou splněny podmínky pro realizaci moderačního práva soudu.

V. f) Námitky obsažené v replice žalobce

[104] V replice ze dne 18. 4. 2016 se žalobce opětovně vrátil k problematice legitimního očekávání. K tomuto rozšíření žalobní argumentace soud uvádí, že otázkami vztahujícími se k rozhodnutím S491/2011, R10/2012 a S540/2011 se zabýval již výše. Za relevantní argument pak soud nepovažuje upozornění, že rozsudky ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 128/2012-119, a ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, Krajský soud v Brně zrušil „pouze“ rozhodnutí předsedy Úřadu R10/2012 a R63/2012, a nikoli jim předcházející prvostupňová rozhodnutí žalovaného; je zřejmé, že zmíněné rozsudky se týkaly právních závěrů, které byly shodné v obou stupních správního řízení, přičemž s konstatovanými nedostatky se měl žalovaný v dalším řízení vypořádat – nelze tak považovat za rozhodné, že nebyla zrušena i prvostupňová rozhodnutí žalovaného. Pakliže v obou řízeních následně došlo k zastavení správního řízení pro jeho bezpředmětnost, bylo to z toho důvodu, že v daných věcech již došlo k uzavření smlouvy, přičemž v těchto řízeních, která byla zahájena na návrh, již nebylo možné uložit opatření k nápravě. Soud přitom v současném řízení nemůže řešit otázku, proč žalovaný v uvedených věcech nezahájil rovněž řízení z moci úřední (v intencích rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 28. 8. 2014, č. j. 29 Af 74/2012-80), v jejichž rámci by bylo možné rozhodnout o správním deliktu zadavatele – nezahájení řízení z moci úřední eventuálně nesvědčí ani tak o potvrzení správnosti postupu žalobce (a správní praxi žalovaného), jako možná spíše o nedůsledném řízení se judikaturou správních soudů [zde soud upozorňuje, že z provedeného dokazování rozhodnutími předsedy Úřadu ze dne 12. 3. 2015, sp. zn. ÚOHS-R63/2012/VZ, a žalovaného ze dne 14. 4. 2015, sp. zn. ÚOHS-S491/2011/VZ, skutečně plyne, že po uzavření smlouvy v daných věcech bylo řízení „bez dalšího“ zastaveno dle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu, tedy pro bezpředmětnost žádosti (návrhu), kdy ve věci již nebylo možné uložit opatření k nápravě ve smyslu § 118 zákona o veřejných zakázkách]. Jak již však bylo řečeno, v tomto řízení nemůže soud takto nastolenou otázku podrobně řešit.

[105] V podané replice žalobce uvedl několik rozhodnutí (rozhodnutí žalovaného ze dne 31. 10. 2014, č. j. ÚOHS-S711/2014/VZ-23093/2014/523/LSt, ze dne 11. 12. 2014, č. j. ÚOHS-S880/2014/VZ-26403/2014/533/LMa, a ze dne 4. 12. 2015, č. j. ÚOHS-S0708/2014/VZ-42720/2015/523/ASo), ze kterých dle jeho tvrzení vyplývá, že žalovaný rozhoduje případy mechanicky a paušálně a neposuzuje každý případ individuálně. Rovněž poukázal na stejný mechanický charakter kontroly projektů ze strany Ministerstva životního prostředí.

[106] Uvedené námitky nepovažuje soud po provedení dokazování za důvodné, neboť nelze bez dalšího považovat za pochybení, pokud žalovaný obdobné skutkové stavy hodnotí prostřednictvím obdobných formulací. Pakliže v některých rozhodnutích hovoří o přecíslování, zatímco v jiných o vypnutí a opětovného zapnutí losovacího zařízení jako o prostředcích, které mají „*potenci omezit či zcela vyloučit negativní dopad dalších okolností plynoucích buď z povahy losovacího zařízení, nebo z jednání zadavatele*“, nelze ani to hodnotit jako pochybení. Žalovaný zde pouze poukazuje na některé postupy, které mohly přispět k transparentnosti losování. Zároveň data přijetí výše citovaných rozhodnutí

relativizují tvrzení žalobce o existenci ustálené správní praxe ke dni rozhodování žalovaného a předsedy Úřadu v jeho vlastní záležitosti. K odkazu na postupy Ministerstva životního prostředí soud uvádí, že v nynějším řízení nemůže řešit jednání tohoto správního orgánu.

VI. Závěr a náklady řízení

[107] Na základě výše uvedeného soud žalobu dle § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl, neboť není důvodná.

[108] O náhradě nákladů řízení soud rozhodl podle § 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 ve věci úspěch neměl (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta) a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly, pročez mu soud náhradu nákladů řízení nepřiznal. Nadto žalovaný náhradu nákladů řízení ani nepožadoval.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku 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.

V Brně dne 23. ledna 2018

JUDr. Zuzana Bystřická, v.r.
předsedkyně senátu