



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Radovana Havelce a soudců JUDr. Jaroslava Vlašína a JUDr. Tomáše Rychlého v právní věci žalobce **Města Jablonného v Podještědí**, se sídlem Jablonné v Podještědí, náměstí Míru 22, zastoupeného JUDr. Mgr. Lukášem Vánou, Ph.D., advokátem se sídlem Pardubice, Teplého 2786, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 23. 11. 2017, č. j. 30 Af 99/2015-106,

t a k t o :

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

Odůvodnění:

[1] Rozhodnutím ze dne 9. 12. 2014, č. j. ÚOHS-S850/2014/VZ-26121/2014/533/SWa, uložil žalovaný, jako správní orgán I. stupně, žalobci, jako zadavateli veřejné zakázky s názvem „*Revitalizace Markvartického rybníka*“, zadávané v užším řízení, pokutu ve výši 100.000 Kč za správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“). Tohoto správního deliktu se měl žalobce dopustit tím, že dne 1. 3. 2012 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zájemce změnu pořadových čísel zájemců o účast v užším řízení. Způsob omezení počtu zájemců za použití elektronického losovacího zařízení podle žalovaného neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, což vyvolalo pochybnosti o řádném průběhu losování a zachování zásady

transparentnosti losování. Současně tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Tímto jednáním žalobce porušil § 61 odst. 4 ZVZ a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 ZVZ. Rozklad žalobce zamítl předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 8. 10. 2015, č. j. ÚOHS-R465/2014/VZ-32207/2015/322/Edy (dále jen „napadené rozhodnutí“), a rozhodnutí správního orgánu I. stupně potvrdil.

[2] Žalobu proti napadenému rozhodnutí zamítl Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 23. 11. 2017, č. j. 30 Af 99/2015-106. Při vlastním přezkumu vycházel krajský soud z judikatury Nejvyššího správního soudu, především z rozsudků ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, č. 2189/2011 Sb. NSS, ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012-55, č. 2714/2012 Sb. NSS, a ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49. Ztotožnil se přitom s žalovaným, že žalobce vytýkaným jednáním porušil zásadu transparentnosti. Uvedl, že účelem této zásady je zajistit, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. Transparentní postup nevzbuzuje žádné reálné a objektivizované pochybnosti o tom, že zadavatel jedná korektně a regulérně a že v zadávacím řízení využívá fair prostředků; naopak za takový nelze označit postup, který činí zadávací řízení nekontrolovatelným nebo hůře kontrolovatelným. Krajský soud zdůraznil, že povinnost zabezpečit, aby veškeré kroky v zadávacím řízení probíhaly férově a aby jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti, spočívá na zadavateli; v tomto ohledu zadavatel také nese důkazní břemeno. Žalobce v daném případě sice splnil velkou část podmínek stanovených v § 61 odst. 4 ZVZ, nedostal však povinnosti zajistit, aby řádný průběh losování byl dostatečně jasně kontrolovatelný, a tedy transparentní. Posouzení transparentnosti losování přitom nespočívá v dokazování, zda došlo při losování k manipulaci či nikoliv. Pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování; tato pochybnost přitom může vzejít i z pouhé neschopnosti působit navenek při losování férově.

[3] Krajský soud uvedl, že losování je ze své povahy úkon nepřezkoumatelný. Za situace, kdy zákon tento způsob omezení počtu zájemců v zadávacím řízení připouští, lze losování považovat za dostatečně nediskriminační i transparentní, pokud je prováděno řádně a způsobem vylučujícím jakékoliv pochybnosti ohledně fair postupu. Tyto pochybnosti ale v případě žalobce vyvstaly, neboť žalobce nevyhověl žádosti některých zájemců (přítomných losování) o změnu pořadových čísel. Způsob omezení počtu zájemců za použití elektronického losovacího zařízení totiž z povahy věci neumožňoval účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, zájemci si mohli losovací zařízení (počítač s příslušným počítačovým programem) prohlédnout zvenčí, avšak nemohli samostatně provést jakoukoliv efektivní a odbornou kontrolu losovacího zařízení z pohledu samotného postupu při losování, neboť by to vyžadovalo velmi specifické odborné znalosti, jež nelze po zájemcích bez dalšího vyžadovat a ani je předpokládat. Podle krajského soudu by právě přečíslování bezprostředně před zahájením losování umožnilo zájemcům faktickou kontrolu losovacího postupu. S ohledem na technickou povahu losovacího zařízení jiná kontrola ze strany zájemců bezprostředně před zahájením losování nebyla reálně možná. Odmítnutím požadavku na přidělení nových čísel zájemců mohlo vzniknout podezření, že mechanismus výběru čísel mohl být zadavatelem nastaven tak, aby byli vylosováni právě konkrétní zájemci s předem přidělenými pořadovými čísly. Žalobci přitom nic nebránilo, aby na žádost zájemců přečíslování jednotlivých zájemců pro potřeby losování provedl. Skutečný průběh úkonů spojených s losováním byl zcela zjevně

pokračování

mnohem méně čitelný a kontrolovatelný, než kdyby bylo zájemcům v jejich žádosti vyhověno.

[4] Argument, že by změnou pořadí uchazečů byly porušeny zadávací podmínky tak, jak byly uvedeny v kvalifikační dokumentaci, podle krajského soudu neobstojí. Stanovení pořadových čísel zájemců předem, jako to učinil žalobce, bylo úkonem nad rámec zákonných povinností. Měl-li žalobce pořadová čísla připravena předem, činí již pouze tato skutečnost věc neprůhlednou a může být důvodem pro vznik pochybností o transparentnosti průběhu losování. V kontextu uskutečněného losování a odmítnutí změny pořadových čísel nepřispělo přidělení pořadových čísel předem ke zvýšení transparentnosti zadávacího řízení. Na tomto závěru nemůže ničeho změnit ani tvrzení, že právě změna čísel na poslední chvíli by byla netransparentní a že by o ní museli být předem vyrozuměni všichni zájemci. Skutečnost, že se někteří zájemci losování nezúčastnili, šla zcela na jejich vrub a jejich dobrovolnou absenci nelze klást k tíži zájemcům, kteří se konání losování zúčastnili, a měli zájem na uplatnění všech svých oprávnění.

[5] Krajský soud se dále neztotožnil se žalobcem v tom, zda jsou na nyní projednávanou věc přiměřeně aplikovatelné závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108 (dále jen „rozsudek č. j. 62 Af 61/2012-108“), potvrzené rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49. Upozornil, že jádrem sporu ve věci sp. zn. 62 Af 61/2012 bylo, stejně jako v nyní projednávané věci, nedostatečné zdůvodnění odmítnutí žádosti zájemců o změnu čísel pro potřeby losování, ze kterého soudy dovodily porušení zásady transparentnosti, rezultující ve spáchání stejného správního deliktu. Krajský soud nepovažoval za relevantní, že v nyní posuzované věci notář ani zástupci zájemců nevznесли žádné pochybnosti o průběhu losování ani na místě samém, či případně později prostřednictvím námitek; tato okolnost nemůže vést bez dalšího k závěru, že losování proběhlo korektně a v souladu se zásadou transparentnosti. Konstatování porušení zásady transparentnosti lze učinit i na základě přezkumu průběhu losování v řízení zahájeném *ex officio*. Ani skutečnost, že v případě žalobce se jednalo o zakázku podlimitní, přičemž ve věci sp. zn. 62 Af 61/2012 byla posuzována zakázka nadlimitní, není z hlediska použití citovaného rozsudku podstatné, neboť v obou případech je zcela nezbytné dodržet jak § 6 ZVZ, tak § 61 odst. 4 a 5 ZVZ.

[6] Neaplikovatelným na danou věc shledal krajský soud naopak žalobcem odkazovaný rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 18. 4. 2016, č. j. 11 A 107/2014-38, kterým bylo pro nepřezkoumatelnost zrušeno rozhodnutí Ministerstva životního prostředí ve věci nevyplacení části dotace témuž žalobci za pochybení při realizaci stejného výběrového řízení. Městský soud sice taktéž nevyloučil použití závěrů plynoucích ze shora citovaného rozsudku č. j. 62 Af 61/2012-108, v rozhodnutí ministerstva mu však scházela argumentace spočívající ve vlastním zdůvodnění, proč je zamítnutí požadavku na výměnu čísel považováno za krok, který činí celé zadávací řízení netransparentním. Takové pochybení však žalovanému v nyní posuzované věci v žádném případě vytýkat nelze, neboť nejen že využil závěry plynoucí z rozsudku č. j. 62 Af 61/2012-108, avšak současně velmi konkrétně a fundovaně rozvedl, na základě jakých okolností tyto závěry aplikoval.

[7] Krajský soud dále nepřisvědčil námitce žalobce, že napadeným rozhodnutím byla porušena zásada legitimního očekávání. Žalobcem zmiňované starší rozhodnutí žalovaného totiž nelze považovat za rozhodnutí zakládající legitimní očekávání, neboť je nelze označit za ustálenou, jednotnou a dlouhodobou činnost žalovaného; nadto je zpětně (ve světle soudní judikatury) nelze označit ani za souladné se ZVZ. Již v době konání losování přitom byla známa judikatura Nejvyššího správního soudu týkající se transparentnosti, která již byla v předmětné době považována za ustálenou a jednotnou. Žalobce si jí tudíž měl být dostatečně vědom.

[8] Důvodnou neshledal krajský soud ani námitku, že žalovaný svým výkladem sankcionoval žalobce proti smyslu a účelu zákona za využití losování, které přitom ZVZ výslovně umožňoval. Krajský soud uvedl, že je vždy na zadavateli samotném, aby zvolil takový způsob omezení počtu zájemců, u kterého bude schopen zajistit jeho transparentnost. Žalobce si dobrovolně zvolil konkrétní způsob zúžení počtu zájemců i elektronické losovací zařízení. Současně se rozhodl pro přidělení pořadových čísel zájemcům, což mu umožnilo znát čísla konkrétních zájemců v časovém předstihu před samotným losováním. Následně se však ocitl v situaci, kdy pochybnosti o férovosti losování nebylo možné odstranit jinak, než změnou pořadových čísel zájemců; této žádosti však nevyhověl.

[9] Závěrem krajský soud uvedl, že výklad zásady transparentnosti není neměnný a podléhá nutnému vývoji, mj. v závislosti na vývoji druhů losovacích zařízení. Proto i způsob losování, který by byl před několika lety považován za transparentní, nelze za transparentní považovat v době, kdy lze losování prováděné takovým způsobem ovlivňovat. K takovému závěru je třeba dojít tím spíše, pokud je zásada transparentnosti aplikována na akt elektronického losování, který je ze své povahy reálně nepřezkoumatelný. Argumentace žalobce namítající, že není v silách žádného zadavatele rozptýlit veškeré pochybnosti o férovosti losování, které mohou u zájemců vyvstat, není přílehavá, neboť v silách žalobce nepochybně bylo rozptýlit vzniklé pochybnosti, a to minimálně prostřednictvím vyhovění žádosti zájemců o jejich přechíslování pro účely losování. Samotné přechíslování zájemců je přitom úkon tak jednoduchý a rychlý, že by jeho učiněním nemohl být zmařen smysl a účel ustanovení o zúžení počtu zájemců.

[10] Proti tomuto rozsudku podává žalobce (dále jen „stěžovatel“) kasační stížnost, kterou opírá o důvody podle § 103 odst. 1 písm. a) a d) soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“), konkrétně nesprávné posouzení právní otázky soudem a nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů.

[11] Stěžovatel spatřuje nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku v tom, že krajský soud nereflektoval právní názor vyslovený v rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 18. 4. 2016, č. j. 11 A 107/2014-38, z něhož se podává, že v rozhodnutí musí být obsažena úvaha, zda by právě změna čísel na poslední chvíli nevyvolala závažnější pochybnosti o transparentnosti v postupu zadávacího řízení, došlo-li by tím k rozporu se zadávacími podmínkami řízení; bylo třeba také zvážit technické provedení takové záměny čísel těsně před hlasováním. Městským soudem stanovená kritéria pro zhodnocení postupu žalobce při losování zůstávají podle stěžovatele nadále aktuální; přestože na ně v žalobě upozornil, vyčerpávající odpovědi ze strany krajského soudu se mu nedostalo.

pokračování

[12] Ve vztahu k nesprávnému posouzení právní otázky stěžovatel předně poukázal na skutečnost, že totožný skutkový stav byl hodnocen ve třech rovinách, a to v řízení před finančním úřadem ve věci porušení rozpočtové kázně; v nynějším řízení před žalovaným a správními soudy; a v řízení před Ministerstvem životního prostředí ve věci nevyplacení části dotace odpovídající odvodu za pochybení ve výběrovém řízení [§ 14e zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech (dále jen „rozpočtová pravidla“)]. Při přezkumu řízení o odvodu podle § 14e rozpočtových pravidel dospěl Městský soud v Praze k závěru, že poskytovatel dotace (Ministerstvo životního prostředí) pochybil, neboť dostatečně neodůvodnil uložení tzv. korekce ve smyslu § 14e citovaného zákona; jeho úvahy nepostačovaly ani pro závěr, že tu jsou alespoň důvodné pochybnosti o porušení pravidel zadávání ze strany stěžovatele. Stěžovatel upozorňuje, že zatímco pro nevyplacení dotace nebo její části podle § 14e rozpočtových pravidel postačují (jen) důvodné pochybnosti poskytovatele, pro uložení pokuty žalovaným podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ je nutné označit zcela konkrétní a prokázané porušení právní úpravy. To se však v případě stěžovatele nestalo. Stěžovatel se dovolává závěrů shora citovaného rozsudku městského soudu, neboť jsou zde dány zcela shodné skutkové okolnosti.

[13] Podle stěžovatele je dále nesprávný závěr, že přečíslování před losováním odmítl bezdůvodně. Právní názor vyslovený v rozsudku č. j. 62 Af 61/2012-108, a v navazujícím rozsudku kasačního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49, o který se opřel krajský soud, byly v nyní napadeném rozsudku aplikovány selektivně. Případ stěžovatele se od uvedené věci liší tím, že v oznámení o veřejné zakázce bylo předem jasné avizováno, že čísla pro losování se budou řídit pořadím došlých nabídek. Důvodem pro zamítnutí změny čísel byla právě skutečnost, že účastníci předem věděli, jaká čísla jim budou přidělena. Vlastního losování se zúčastnilo pouze 9 z 25 uchazečů, pokud by tedy k přečíslování došlo na místě samém, jednalo by se v případě 16 nepřítomných zájemců o naprosto nepředvídatelný a netransparentní postup. Stěžovatel dodává, že výhrady k nemožnosti kontroly losovacího elektronického zařízení jsou liché v situaci, kdy užití právě takového zařízení právní úprava výslovně umožňovala.

[14] Podle stěžovatele byla navíc i po provedeném losování zajištěna velmi široká soutěž, neboť losem bylo vybráno 10 uchazečů, což je dvojnásobek počtu stanoveného v § 28 odst. 3 ZVZ. Označení takového výběrového řízení za netransparentní je proto absurdní.

[15] Krajský soud sice uvedl, že zákon o veřejných zakázkách neupravoval povinnost přidělovat pořadová čísla určitým způsobem, je však nutné dodat, že právní úprava nestanovovala ani povinnost pořadová čísla měnit k žádosti uchazečů vznesené těsně před losováním. Ve světle základního ústavního pravidla, dle něhož lze povinnosti stanovovat pouze zákonem, a to jen výslovně a s jednoznačným obsahem, tedy argument krajského soudu neobstojí.

[16] Stěžovatel konečně nesouhlasí s názorem krajského soudu, že nemohlo být založeno jeho legitimní očekávání ohledně správnosti zvoleného postupu. V rozhodné době totiž bylo k dispozici rozhodnutí žalovaného ze dne 11. 12. 2014, č. j. ÚOHS-S880/2014/VZ-26403/2014/533/LMa, podle kterého nebylo nutné měnit čísla přidělená uchazečům, a z rozhodovací praxe správních soudů

rozhodně neplynulo, že přechíslování je za všech okolností – bez ohledu na předchozí informování uchazečů – povinností zadavatele.

[17] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti předně uvedl, že rozsudek městského soudu, na který se odvolává stěžovatel, nelze v dané věci použít. Pokud městský soud posuzoval rozhodnutí zcela jiného subjektu, které zrušil pro jeho nepřezkoumatelnost, nelze z toho dovozovat nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí ve věci nyní posuzované. Zde správní orgány obou stupňů své úvahy podrobně rozvedly; konkrétní výhrady městského soudu k rozhodnutí Ministerstva životního prostředí nelze automaticky přenášet i na rozhodnutí žalovaného.

[18] K námitce, že v napadeném rozhodnutí absentuje konkrétní a prokázané porušení právní úpravy, žalovaný odkázal na konkrétní judikaturu Nejvyššího správního soudu, z níž se podává, že porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda k ovlivnění výsledků skutečně došlo. Po zadavateli je nutné požadovat, aby se vyvaroval takových pochybení, která značně snižují průhlednost losování. Odmítnutím požadavku na přidělení nových pořadových čísel zájemcům o účast v užším řízení jim byla v podstatě znemožněna kontrola losovacího zařízení, neboť vzhledem k technické povaze losovacího zařízení žádná jiná kontrola z jejich strany bezprostředně před zahájením losování fakticky nebyla možná. Je to právě zadavatel, který má ze zákona možnost volby zadávacího řízení a v případě užšího zadávacího řízení pak i způsob omezení počtu zájemců. Je tedy na něm, aby volil takový postup, u kterého bude schopen zajistit transparentnost. Nevhodným nastavením zadávacích podmínek, zvoleným způsobem omezení počtu zájemců a odmítnutím žádosti o přechíslování se však stěžovatel sám vlastním přičiněním dostal do situace, kdy nebyl schopen pochybnosti o transparentním průběhu losování odstranit.

[19] Žalovaný je také přesvědčen, že krajský soud správně interpretoval a aplikoval závěry plynoucí z použité judikatury. Nelze z ní rozhodně dovodit, že předem stanovený způsob přidělení čísel pro losování zabezpečí automaticky transparentnost zadávacího řízení.

[20] Je sice pravdou, že právní úprava umožňovala užití elektronického losovacího zařízení a nestanovila přitom povinnost pořadová čísla měnit k žádosti uchazečů vznesené těsně před losováním, stále však kladla na zadavatele povinnost dodržet zásadu transparentnosti. Argument, že zájemcům bylo pořadové číslo stanoveno předem a že losování nebyli přítomni všichni zájemci, se sice na první pohled jeví jako logický, ale z pohledu zásad zadávacího řízení jím nelze zdůvodnit odmítnutí přechíslování zájemců pro potřeby losování. Pokud jediným způsobem, jak bylo možné na místě losovacího zařízení zkontrolovat je právě přechíslování zájemců, pak odmítnutí tohoto požadavku s odůvodněním, žež vlastně vzniklo v důsledku zadavatelem dobrovolně stanovených zadávacích podmínek, nelze považovat za opodstatněné.

[21] Žalovaný konečně nesouhlasí ani s námitkou porušení zásady legitimního očekávání. Povinnost postupovat transparentně byla v zákoně stanovena už v době před zahájením losování, tj. před 29. 11. 2011, a stejně tak byla známa judikatura správních soudů k výkladu pojmu *transparentnost* (například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, č. 2189/2011 Sb. NSS).

pokračování

[22] Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu podané kasační stížnosti (§ 109 odst. 3 věta před středníkem s. ř. s.) a z důvodů v ní uvedených (§ 109 odst. 4, věta před středníkem s. ř. s.). Ve věci přitom rozhodl bez nařízení jednání za podmínek vyplývajících z § 109 odst. 2 věty první s. ř. s.

[23] Kasační stížnost není důvodná.

[24] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval námitkou nepřezkoumatelnosti. Platí totiž, že nepřezkoumatelný rozsudek zpravidla nenabízí prostor k úvahám o námitkách věcného charakteru, a je tudíž nezbytné jej zrušit. Konstantní judikatura zdejšího soudu označuje za nepřezkoumatelné zejména takové rozhodnutí, v němž soud zcela opomene vypořádat některou z uplatněných žalobních námitek (například rozsudky ze dne 27. 6. 2007, č. j. 3 As 4/2007-58, ze dne 18. 10. 2005, č. j. 1 Afs 135/2004-73, či ze dne 8. 4. 2004, č. j. 4 Azs 27/2004-74; citovaná rozhodnutí zdejšího soudu jsou dostupná z www.nssoud.cz), respektive pokud z jeho odůvodnění není zřejmé, proč soud nepovažoval za důvodnou právní argumentaci účastníka řízení v žalobě a proč žalobní námitky účastníka považuje za liché, mylné nebo vyvrácené, a to zejména tehdy, jde-li o právní argumentaci, na níž je postaven základ žaloby (viz například rozsudek ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005-44). Zároveň ovšem nelze opomenout, že nepřezkoumatelnost rozsudku není závislá na subjektivní představě stěžovatele o tom, jak podrobně by měl být rozsudek odůvodněn. Jedná se totiž o objektivní překážku, která kasačnímu soudu znemožňuje přezkum napadeného rozhodnutí (viz rozsudek ze dne 5. 11. 2014, č. j. 3 As 60/2014-85). Nejvyšší správní soud má za to, že krajský soud posoudil všechny pro věc relevantní žalobní námitky; srozumitelně a konkrétně přitom vyložil, z jakého skutkového stavu vyšel, jakou právní úpravu na něj vztáhl, a jakými úvahami se řídil.

[25] Stěžovatel v podstatě namítal, že krajský soud neposoudil kritéria, která při přezkoumání rozhodnutí Ministerstva životního prostředí (posuzujícího stejné jednání stěžovatele) považoval za podstatná městský soud v rozsudku ze dne 18. 4. 2016, č. j. 11 A 107/2014-38. Stěžovateli tak v napadeném rozsudku scházejí úvahy o tom, zda by přechod na poslední chvíli nevyvolalo závažnější pochybnosti o transparentnosti losování, vzhledem k tomu, že by bylo v rozporu s pravidlem stanoveným v zadávacích podmínkách řízení, a dále úvaha o technickém provedení takové změny a vyhodnocení odlišné situace spočívající v předem nastaveném pravidle pro přidělení čísel jednotlivým uchazečům.

[26] Nejvyšší správní soud shledal, že ačkoli se k těmto bodům krajský soud nevyjádřil přímo v pasáži věnované vypořádání argumentu rozsudkem městského soudu, posouzení stěžovatelem vytknutých kritérií v napadeném rozsudku neschází. Krajský soud především konstatoval, že správní orgány obou stupňů posuzovaly dodržení podmínek transparentnosti individuálně a s ohledem na zjištění konkrétních okolností případu; hodnotily všechny rozhodné okolnosti skutkového stavu, které byly podstatné pro posouzení jednání stěžovatele. V jejich rozhodnutí pak nechybí argumentace, která podle rozsudku městského soudu absentovala v rozhodnutí Ministerstva životního prostředí. Co se týče argumentu změny pořadových čísel na poslední chvíli, krajský soud předně uvedl, že vzhledem k charakteru losovacího zařízení nebyla jiná kontrola samotného průběhu losování ze strany zájemců možná (viz str. 17 napadeného rozsudku). Přidělení čísel pro

losování předem pak bylo úkonem stěžovatele nad rámec povinností vyplývajících ze ZVZ, a samo o sobě učinilo věc méně průhlednou. S ohledem na kontext a průběh losování takový postup nepřispěl k větší transparentnosti zadávacího řízení (viz str. 18). Na straně 18 až 19 krajský soud vyložil, že účastníkům, kteří se k losování dostavili a projevíli zájem přesvědčit se o férovosti losování, nesmí být na újmu dobrovolná absence ostatních uchazečů. Zájemci, kteří se rozhodli neúčastnit se procesu losování, museli být srozuměni s případnými negativními důsledky svého rozhodnutí. Krajský soud shrnul, že v důsledku odmítnutí přečíslování mohlo vzniknout podezření, že mechanismus výběru čísel by mohl být nastaven zadavatelem tak, aby byli vylosováni právě konkrétní zájemci s předem přidělenými pořadovými čísly.

[27] Pokud jde o možnost provedení změny čísel pro losování, krajský soud na straně 20 uvedl, že stěžovateli skutečně nic nebránilo v tom, aby na žádost zájemců provedl přečíslování jednotlivých zájemců pro potřeby losování. Neztotožnil se s názorem stěžovatele, že by v důsledku zvýšeného úsilí, administrativy a zvýšení nákladů na zadávací řízení byl zmařen smysl a účel zúžení počtu zájemců. Samotné přečíslování zájemců označil za úkon natolik jednoduchý a „*spěšný*“, že by jeho učiněním nemohl nastat žádný ze stěžovatelem namítaných důsledků (viz str. 23 napadeného rozsudku).

[28] Krajský soud konečně neopomněl ani posoudit rozdíl spočívající v tom, že stěžovatel dopředu stanovil klíč, podle kterého se uchazečům přidělí čísla pro losování. Jak již bylo zmíněno výše, krajský soud konstatoval, že přidělení čísel dopředu bylo jen dobrovolným krokem stěžovatele nad rámec zákonné úpravy, který nadto pro zájemce neznamenal větší transparentnost celého průběhu losování. V této okolnosti proto krajský soud neshledal natolik zásadní rozdíl, aby na věc stěžovatele nemohl aplikovat názory vyslovené v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2012-108, v němž byl řešen obdobný případ, ve kterém žalobce taktéž dostatečně nezdůvodnil odmítnutí žádosti zájemců o přečíslování pro potřeby losování.

[29] Ze shora uvedeného proto plyne, že se krajský soud všemi shora uvedenými kritérii zabýval a zaujal k nim stanovisko. Lze tak uzavřít, že rozsudek krajského soudu není nepřezkoumatelný a kasační důvod ve smyslu ustanovení § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. naplněn není.

[30] Pokud jde o posouzení výhrad stěžovatele k právnímu hodnocení věci krajským soudem, kasační stížností je předně poukazováno na rozdílné podmínky pro uložení odvodu podle § 14e rozpočtových pravidel, kde postačuje pouhá důvodná pochybnost poskytovatele dotace o porušení právních povinností, zatímco pro uložení pokuty za správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ je třeba prokázat konkrétní porušení právní úpravy. Stěžovatel touto argumentací (stejně jako v žalobě) míří k závěrům vysloveným v rozsudku městského soudu č. j. 11 A 107/2014-38, s poukazem na shodný skutkový stav obou věcí a totožnost posuzovaného jednání. Má za to, že neshledal-li městský soud z konkrétně vyslovených důvodů v jím přezkoumávaném rozhodnutí Ministerstva životního prostředí dostatečnou oporu pro závěr o existenci pochybností o transparentnosti prováděného losování, tím spíše by musely být tyto důvody naplněny v případě, kdy zákon vyžaduje reálné porušení povinností při veřejném zadávání. Tato argumentace je však zcela lichá a to hned z několika důvodů. Předně lze zopakovat, že

pokračování

městský soud zrušil rozhodnutí ministerstva pro nepřezkoumatelnost, konkrétně proto, že v něm absentovaly důvody, o které žalovaný správní orgán opíral své pochybnosti o dodržení právních předpisů. V nyní projednávané věci však krajský soud absenci těchto úvah v napadeném rozhodnutí žalovaného neshledal. Zadruhé je třeba upozornit, že Krajský soud v Brně nebyl nikterak vázán právním názorem Městského soudu v Praze na nutnost zohlednění okolností, které by mohly pochybnosti o dodržení transparentnosti předmětného zadávacího vyloučit; podstatné přitom je, že tyto okolnosti (kritéria), na něž bylo žalobou poukazováno, sám věcně vyhodnotil a vyložil, proč nemohou vyvrátit závěr o nedodržení zmiňované zásady při provádění losování v zadávacím řízení (viz výše). Konečně nelze přehlédnout, že ani v nyní projednávané věci nebyl stěžovatel potrestán za vlastní ovlivnění výsledků veřejné soutěže (tato skutečnost nebylo prokazována a tedy ani prokázána), nýbrž (jen) za porušení zásady transparentnosti (která je jednou ze zásad, jež mají ovlivnění veřejného zadávání vyloučit).

[31] Problematikou porušení zásady transparentnosti se přitom již kasační soud ve své judikatuře podrobně zabýval. V rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, č. 2189/2011 Sb. NSS, uvedl, že podmínkou dodržení zásady transparentnosti je průběh zadávacího řízení vedený způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. *„Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti. Tyto úvahy platí tím spíše v případě, kdy se přistoupí k losování, protože losování je úkon ze své povahy nepřezkoumatelný.“* Tento závěr dále potvrdil a rozvedl rozsudek ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012-55, č. 2714/2012 Sb. NSS, ze kterého se podává, že *„[l]osování nelze považovat za netransparentní pouze z toho důvodu, že teoreticky existuje způsob, jak mohlo být ovlivněno. [...] Netransparentnost losování způsobují primárně skutkové okolnosti vzbuzující odůvodněnou pochybnost o férovosti jeho průběhu. Úvaha o proveditelnosti možné manipulace slouží pouze k potvrzení či vyvrácení toho, zda zjištěná netransparentnost mohla či nemohla mít, byť jen teoreticky, vliv na výsledek losování. K porušení zásady transparentnosti proto může dojít i v případě, že k žádné manipulaci ve skutečnosti nedošlo.“* Tuto judikaturu ostatně citoval i krajský soud v napadeném rozsudku a Nejvyšší správní soud neshledává důvodu se od těchto závěrů odchýlit.

[32] Stěžovatel dále trvá na tom, že v jeho případě neměl krajský soud vycházet z úvah vyslovených v jeho rozsudku č. j. 62 Af 61/2012-108, neboť uvedená věc se podstatně liší od věci nyní projednávané. Stěžejní rozdíl spatřuje v tom, že v dané věci byla účastníkům výběrového řízení dopředu přidělena čísla pro losování. Nejvyšší správní soud konstatuje, že stěžovatel zde pouze jinými slovy opakuje své žalobní výtky, aniž by polemizoval s konkrétními závěry, které k nim zaujal krajský soud. Výše přitom již bylo vyloženo (viz body [26] a [28] odůvodnění), že krajský soud tyto výtky přezkoumatelně a dostatečně vypořádal. Za této situace tu není námitek, které by mohl Nejvyšší správní soud vypořádat; stěžovatelem vznesenou argumentaci nelze považovat za kasační námitku, neboť nesměruje proti důvodům napadeného rozsudku či procesnímu postupu krajského soudu (srov. § 103 odst. 1 s. ř. s.).

[33] Rozporuje-li dále stěžovatel názor krajského soudu, že ani neúčast 16 uchazečů (z celkového počtu 25) na losování nemohla být důvodem pro odmítnutí redistribuce předem přidělených čísel uchazečů před zahájením losování, neboť jen z tohoto důvodu nelze navržený postup považovat za nepředvídatelný či neprůhledný vůči nepřítomným,

nelze s ním souhlasit. Nejvyšší správní soud na tomto místě považuje za vhodné nejprve korigovat názor krajského soudu, dle kterého již jen samotné přidělení pořadových čísel pro účely losování podle dopředu stanoveného pravidla v zadávací dokumentaci činí postup ve výběrovém řízení netransparentním (viz str. 18, první odstavec, věta sedmá napadeného rozsudku). Kasační soud je toho názoru, že předem přidělená čísla pro losování nečiní postup zadavatele *a priori* neprůhledným; zcela se však s krajským soudem shoduje v názoru, že porušení zásady transparentnosti nastane v situaci, kdy k této (zadavatelem svobodně zvolené) zadávací podmínce přistoupí další okolnosti, které vzbudí pochybnosti o korektním a férovém postupu v zadávacím řízení. Takovou okolností pak může být právě skutečnost, že zadavatel odmítl racionální návrhy některých uchazečů na změnu postupu při losování, založené na plausibilní úvaze o možnosti ovlivnění losování, právě v důsledku předem přidělených čísel uchazečům. Nejvyšší správní soud sdílí názor krajského soudu, že bylo-li v možnostech zadavatele provést redistribuci čísel před samotným zahájením losování (čímž by se vyloučila - byť jen hypotetická - možnost, že losovací software byl upraven tak, aby vylosoval některá předem zadaná čísla), byl povinen takovému návrhu vyhovět; krajský soud přitom zcela přílehavě upozornil, že elektronické losovací zařízení s ohledem na svoji povahu neumožňuje z pohledu zájemců jiný způsob kontroly než změnu čísel zájemců bezprostředně před zahájením losování. Jestliže naopak zadavatel tento návrh odmítne, ačkoli požadovaný úkon nevyžadoval vynaložení neúměrných nákladů, nebyl nepřiměřeně administrativně ani časově náročný a byl technicky proveditelný (což stěžovatel nerozporuje), lze mít za to, že vyvstaly důvodné pochybnosti o transparentnosti zadávacího řízení.

[34] Nesprávný je rovněž argument stěžovatele, že nebyl povinen umožnit kontrolu elektronického losovacího zařízení proto, že jeho použití dovolovala tehdy účinná právní úprava. K tomu je nejprve nutno uvést, že žalovaný ani krajský soud nikterak nezpochybňovali legálnost postupu stěžovatele, pokud se rozhodl použít tento typ zařízení. Podstatou výhrad žalovaného bylo, že uchazečům zařazeným do losování nebyla umožněna *kontrola* tohoto zařízení. Ustanovení § 61 odst. 5 ZVZ ve znění účinném pro nyní projednávanou věc přitom ukládalo zadavateli umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování. Vzhledem k tomu, že losování probíhalo prostřednictvím elektronického zařízení – počítače s příslušným programem, u kterého, jak shora uvedeno, nelze vyloučit předchozí nezákonné ovlivnění losovacího algoritmu ve prospěch vylosování určitých čísel, je třeba pod pojem *kontroly* ve smyslu citovaného ustanovení zahrnout rovněž možnost redefinice vstupních dat pro losování, tj. přerozdělení losovacích čísel. Je sice pravdou, že přecíslováním účastníků by nebyl odstraněn hypotetický problém spočívající v možnosti ovlivnění počítačového programu, změnou pořadových čísel by se však předešlo zamýšleným důsledkům, tj. vylosování konkrétních předem vybraných účastníků. Namítá-li tedy účastník zadávacího řízení, že s počítačovým programem mohlo být manipulováno, a požaduje proto změnu čísel určených pro losování, je v zájmu zachování transparentnosti namísto tomuto požadavku vyhovět, jestliže takovému kroku technicky vzato nic nebrání. Ve světle výše uvedeného je proto třeba považovat odmítnutí změny pořadových čísel stěžovatelem za okolnost, která vyvolala odůvodněnou pochybnost o transparentnosti zadávacího řízení.

[35] Nejvyšší správní soud se neztotožnil ani s námitkou, dle které i po omezení počtu zájemců byla mezi vybranými deseti zajištěna široká soutěž. Tento argument je zcela

pokračování

nepřípadný s ohledem na to, že pro naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ ve spojení s § 6 ZVZ není třeba prokázat, že v zadávacím řízení došlo k manipulaci, ale postačí pouhá důvodná pochybnost, že při výběru uchazečů nebylo postupováno korektně a férově. Pro stručnost lze znovu odkázat na body [30] a [31] tohoto rozsudku, respektive závěry krajského soudu vyjádřené na straně 15 až 16 napadeného rozsudku.

[36] Pokud stěžovatel dále namítá, že právní úprava neukládala zadavatelům přidělovat pořadová čísla uchazečům určitým způsobem ani je na žádost uchazečů měnit, lze mu přisvědčit, neboť takovou povinnost ZVZ skutečně nestanovil. Tento zákon ovšem v § 6 obsahoval obecnou povinnost dodržovat při veřejném zadávání (v jakékoli jeho fázi) zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Pokud se stěžovatel rozhodl pro omezení počtu zájemců v užším řízení, bylo na něm, jakým způsobem tak učiní, zvolený způsob však musel zajistit respektování shora uvedených zásad. Povinnost přijmout odpovídající opatření, která byla s to zajistit transparentnost postupu v zadávacím řízení, případně odstranit vzniklé pochybnosti o zachování shora uvedených zásad, byla tedy výlučně na něm. Jestliže zájemci pojali rozumné obavy, že zvolený postup stěžovatele v zadávacím řízení není pro zachování principů veřejného zadávání dostatečný, bylo jeho povinností tyto obavy rozptýlit. Jako adekvátní způsob odstranění pochybností o řádném a férovém (*in concreto* transparentním) průběhu losování a naplnění smyslu § 6 ZVZ se v nyní projednávané věci, jak výše uvedeno, nabízela právě změna pořadových čísel pro losování.

[37] Stěžovatel závěrem své kasační stížnosti zopakoval své tvrzení, že žalovaný porušil zásadu legitimního očekávání. Stejně jako v případě výhrad k použití rozsudku krajského soudu č. j. 62 Af 61/2012-108, ani zde stěžovatel nevznáší konkrétní argumenty, které by směřovaly ke zpochybnění závěrů krajského soudu (byť se k této argumentaci krajský soud přezkoumatelným způsobem vyjádřil), ale fakticky pouze reprodukuje předchozí žalobní námítky. V této části kasační stížnosti tedy Nejvyšší správní soud neshledal námítky, ke kterým by se mohl věcně vyjádřit. Konečně, argument rozhodnutím žalovaného ze dne 11. 12. 2014, č. j. ÚOHS-S880/2014/VZ-26403/2014/533/LMa, stěžovatel neuplatnil v žalobě, ač mu v tom nic nebránilo. Na tuto námítku je proto třeba hledět jako na nepřipustnou ve smyslu § 104 odst. 4 s. ř. s.

[38] Ze všech shora uvedených důvodů tedy Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná. Za podmínek vyplývajících z ustanovení § 110 odst. 1 *in fine* s. ř. s. ji proto rozsudkem zamítl.

[39] O nákladech řízení rozhodl Nejvyšší správní soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s., ve spojení s § 120 s. ř. s. Vzhledem k tomu, že stěžovatel byl v řízení o kasační stížnosti procesně neúspěšný, právo na náhradu nákladů řízení mu nenáleží. Pokud jde o procesně úspěšného účastníka – žalovaného, v jeho případě nebylo prokázáno, že by mu v souvislosti s tímto řízením vznikly náklady, které by překročily rámec běžné úřední činnosti. Nejvyšší správní soud proto rozhodl tak, že se mu náhrada nákladů řízení nepřiznává.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 24. ledna 2020

Mgr. Radovan Havelec
předseda senátu