



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Davida Hipšra a soudců JUDr. Tomáše Foltase a Mgr. Lenky Krupičkové v právní věci žalobce: **Svazek obcí Čistá Odra**, se sídlem nám. 3, Frýdlant nad Ostravicí, zastoupen Mgr. Janou Zwyrtek Hamplovou, advokátkou se sídlem Olomoucká 36, Mohelnice, proti žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**, se sídlem Masarykova 427/31, Brno, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Ostravě ze dne 12. 12. 2018, č. j. 22 Af 40/2016 - 56

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žádný z účastníků **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I.

[1] Rozhodnutím ze dne 18. 4. 2016, č. j. 17122/16/5000-10470-700938 zamítl žalovaný odvolání žalobce proti platebnímu výměru ze dne 14. 7. 2015, kterým Finanční úřad pro Moravskoslezský kraj vyměřil žalobci odvod do Státního fondu životního prostředí v částce 808 001 Kč za porušení rozpočtové kázně. Žalobce zadával veřejnou zakázku „Kanalizace Frýdlant-Kamenec, Vyhlídka“. Zakázka byla zadávána v užším řízení podle § 21 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále též „zákon o veřejných zakázkách“). Po vyhodnocení všech doručených žádostí splňujících kvalifikační předpoklady bylo vybráno 10 zájemců náhodným výběrem – losem podle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Při losování konaném dne 4. 4. 2011, navrhl po ukončení

zkušebního losování jeden z přítomných uchazečů o veřejnou zakázku změnu čísel, která byla přidělena uchazečům v pořadí podle data doručení nabídky. K tomu zástupce jednající za společnost Allowance s. r. o., která byla pověřena zadavatelem veřejné zakázky k úkonům zadávacího řízení, sdělil, že pravidla losování určuje zadavatel veřejné zakázky a nelze je v průběhu losování měnit a rovněž není jasné, kdo by v tomto případě určil pořadová čísla uchazečů. Tato skutečnost dle žalovaného postrádá racionální zdůvodnění a zakládá pochyby o způsobu losování. Předchozí kontrola losovacího zařízení Elektronickým zkušebním ústavem se netýkala samotného průběhu losování a kontrola losovacího zařízení bezprostředně před zahájením losování byla fakticky nemožná. Tím žalobce porušil zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 zákona veřejných zakázkách, podmínku v části III. Bodu 6 oddílu C písm. a) smlouvy mezi žalobcem a Státním fondem životního prostředí č. 09032611 a podmínku v části B bodu 3 písm. a) přílohy č. 1 rozhodnutí Ministerstva životního prostředí ze dne 28. 6. 2012 o poskytnutí dotace žalobci. Za nesprávný postup při omezení počtu zájemců byla stanovena sankce v rozmezí 25-30% z částky dotace použité na financování předmětné zakázky. Protože nebylo prokázáno, že k ovlivňování zakázky skutečně došlo, ale existuje reálná možnost, že k ovlivňování dojít mohlo, stanovil správce daně odvod za porušení rozpočtové kázně podle § 44a odst. 4 písm. b) a § 14 odst. 7 zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, na spodní hranici procentního rozmezí – ve výši 25% z částky dotace poskytnutí k financování předmětné zakázky.

II.

[2] Žalobce podal proti rozhodnutí žalovaného žalobu ke Krajskému soudu v Ostravě, který ji zamítl rozsudkem ze dne 12. 12. 2018, č. j. 22 Af 40/2016 - 56. Zdůraznil, že účelem zásady transparentnosti je zajistit, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. Zadavatel sice termín losování stanovil dostatečně předem, všem umožnil účast a zajistil též účast notářky, to však ještě z losování neučinilo transparentní proces. Zajištění bylo možné jednak zmíněným přechíslováním uchazečů a rovněž zajištěním kontroly losovacího zařízení. Zkouška Elektrotechnického zkušebního ústavu, zaplombování losovacího zařízení výrobcem, ani případná následná kontrola zařízení u tohoto ústavu neznamenala kontrolu před zahájením losování provedenou zájemcem a nesměřovala k zajištění transparentnosti losování v jeho průběhu. V podstatě jediným způsobem, jak mohli sami zájemci sledovat transparentnost procesu losování, byla právě změna přiřazených čísel jednotlivým zájemcům bezprostředně před losováním, jak jeden ze soutěžitelů navrhl. Krajský soud považoval důvody odmítnutí tohoto návrhu za neuspokojivé. Pro porušení zásady transparentnosti stačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. Zákon o veřejných zakázkách sice postup přechíslování neupravoval, s poukazem na judikaturu Nejvyššího správního soudu však lze podle krajského soudu dovodit požadavek na zadavatele veřejné zakázky, aby se vyvaroval takových pochybení, která značně snižují průhlednost losování. Právě provedení přechíslování k žádosti jednoho se zájemců by bylo vhodným prostředkem jak zajistit transparentnost řízení. Odkaz žalobce na rozsudek týkající se proporcionality odvodu za porušení rozpočtové kázně považoval krajský soud za irrelevantní. Odkázal přitom na podrobné odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí k otázce proporcionality. K porušení legitimního očekávání, neboť kontrolní orgán nikdy nezpochybnil postup

pokračování

příjemce dotace, krajský soud konstatoval, že kontrola byla vedena na základě podnětu Ministerstva životního prostředí, jehož předmětem byly pochybnosti o transparentnosti zadávacího řízení. Rovněž výhrady žalobce k pravomoci správních orgánů neshledal krajský soud důvodné. Jedinými orgány státní správy, v jejichž kompetenci je výkon správy odvodů za porušení rozpočtové kázně a penále, jsou finanční úřady, které tuto správu vykonávají v souladu s § 44a odst. 11 rozpočtových pravidel.

III.

[3] Žalobce (dále jen „stěžovatel“) podal proti rozsudku krajského soudu v zákonné lhůtě kasační stížnost. V obecné rovině namítl, že stěžovatel je veřejnoprávní subjekt, který není subjektem výdělečným a dotace byla určena na stavbu důležitého veřejného zájmu a stavba řádně slouží svému účelu. Pokud by byl stěžovatel nucen hradit takto vysoký odvod, vedlo by to ke kolapsu svazku, platební neschopnosti, ohrožení vlastnictví veřejného majetku. Požadoval, aby byla věc posouzena „ze vší právní logiky“ a nikoli formalisticky s poukazem na výklad pojmu transparentnost a s přihlédnutím ke konkrétní dotované akci. Správní uvážení, kterým je rozsudek krajského soudu odůvodněn, se vymklo z mantinelů přiměřenosti a důvodnosti v tomto konkrétním případě.

[4] Podle názoru stěžovatele nedošlo k porušení zásady transparentnosti. Tvzení kontrolního orgánu a krajského soudu jsou ryze subjektivní a nepředvídatelná. Stěžovatel nemohl následný postup předvídat z žádné metodiky, pravidel a nemohl k němu dospět rovněž z platné právní úpravy. Konstatování porušení přitom musí být vždy objektivní, nikoli založené na subjektivním názoru kontrolujícího subjektu. Samotný popis průběhu losování naopak prokazuje, že stěžovatel postupoval zcela transparentně, bez jakýchkoli známek diskriminace a za dodržení podmínky rovnosti všech uchazečů. O tom svědčí i notářský zápis o losování, které proběhlo na zcela bezvadném a nijak nezpochybněném losovacím zařízení. Pokud po zkušebním losování navrhl jeden z přítomných bez konkrétního důvodu „jen tak“ subjektivní změnu čísel, která byla uchazečům přidělena zcela transparentně podle data doručení nabídky, byl požadavek na jejich změnu zcela po právu odmítnut. Jiný přístup nebyl ani právně možný. Pokud by naopak bylo tomuto požadavku vyhověno, začal by se celý proces pohybovat mimo zákon. Čísla totiž byla zcela jasně, předem a rovným způsobem stanovena. Krajský soud ani žalovaný nevysvětlili, jak měl tedy žalobce před losováním změnu čísel fakticky provést, jak tedy měl stěžovatel jednat, aby jednal v souladu se zákonem a tedy transparentně. Stěžovatel je svazkem obcí a z povahy věci ani operativně jednat nemohl, protože nebyl přítomen. Požadavek na změnu čísel tedy nebyl jakkoli odůvodněn, podle schválených pravidel nebylo přípustné, aby se losování dělo mimo tato pravidla a žádný jiný uchazeč podobný požadavek nevzněl. Stěžovatel rovněž pokládá řečnickou otázku, zda je v obdobné situaci povinen vyhovět jakémukoli sebeabsurdnějšímu požadavku některého z uchazečů, aby předešel nařčení z netransparentnosti losování. Žádná pravidla neukládají povinnost zadavateli vyhovět jakémukoli individuálnímu požadavku některého z uchazečů.

[5] Zásada transparentnosti nemohla být v tomto konkrétním případě porušena, protože k požadavku došlo bez udání důvodu, subjektem k tomu neoprávněným, postupem, který nebyl nijak upraven, a přidělení čísel by nutně muselo být subjektivní, protože žádná pravidla pro změnu čísel nebyla stanovena. Bylo-li losovací zařízení

bezchybné, musí být akceptováno i hlasování na něm provedené. Klást na uvedený požadavek takový význam je zcela nepatřičné a v rozporu se zásadou zdravého rozumu. Stěžovatel rovněž svůj postoj k požadavku na místě jasně a argumentačně přiléhavě odůvodnil. Zadavateli je tak zpětně vytýkáno, že postupoval podle schválených pravidel a naopak za transparentní je považováno jednání, které je subjektivní, kategorické a nijak neodůvodněné. Kontrolující orgán paradoxně vytýká zadavateli postup podle pravidel a nutí jej v zájmu pseudotransparentnosti k jejich závažnému porušení.

[6] Výtky kontrolního orgánu by byly na místě, pokud by zadavatel postupoval v rozporu se zákonem či dotačními pravidly nebo nereagoval na prokázané manipulace. Podle stěžovatele by k podezření na nezákonnou manipulaci došlo právě tehdy, pokud by stěžovatel vznesenému požadavku vyhověl. Bez důkazů nebo alespoň přiměřené důvodnosti argumentů je pak úvaha kontrolního orgánu zcela mimoběžná. Odvod dotace by byl na místě pouze tehdy, pokud by kontrolující orgán prokázal, že ze strany stěžovatele došlo k porušení zákona s jasnými důsledky v podobě zvýhodnění některého z uchazečů. V opačném případě se stěžovatel nemohl ničeho dopustit. Ve věci existuje precizní dokumentace, včetně notářského zápisu. Došlo tak k závažnému porušení principu legitimního očekávání a vzniklá situace je v rozporu s principem právní jistoty a spravedlnosti.

IV.

[7] Žalovaný navrhl zamítnutí kasační stížnosti. Krajský soud dospěl ke správnému závěru, že nepřecíslováním uchazečů o veřejnou zakázku před uskutečněním losování došlo k porušení zásady transparentnosti. Změna čísel zájemců bezprostředně před zahájením losování by jim umožnila faktickou kontrolu losovacího postupu. Vzhledem k technické povaze losovacího zařízení totiž jiná kontrola ze strany zájemců bezprostředně před zahájením losování nebyla materiálně možná. Okolnosti případu proto byly správně posouzeny tak, že vzbuzují odůvodněné pochybnosti o transparentnosti a férovosti losování. Poukaz na porušení principu proporcionality považuje žalovaný za nedůvodný, pokud je bez konkrétních závěrů, které z něj pro stěžovatele vyplývají. Rovněž porušení zásady legitimního očekávání se může dopustit pouze správní orgán, z jehož činnosti takové očekávání vzešlo. Lze proto o něm v tomto případě hovořit pouze ve vztahu k činnosti mající původ u správce daně. I kdyby tedy i jiné orgány porušení rozpočtové kázně případně neshledaly, nemůže mít tato okolnost jakékoli účinky ve vztahu ke správci daně. Navíc daňová kontrola byla u stěžovatele zahájena z podnětu poskytovatele dotace, který upozornil na možné porušení zásady transparentnosti.

V.

[8] Nejvyšší správní soud posoudil kasační stížnost v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal přitom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3, 4 s. ř. s.).

[9] Kasační stížnost není důvodná.

pokračování

[10] V souzené věci nevyvstala pochybnost, které skutkové okolnosti bylo třeba posoudit při úvaze, zda vyvstaly v konkrétním zadávacím řízení pochybnosti o jeho transparentnosti. Pochybnosti založil postup osoby jednající za subjekt pověřený zadavatelem veřejné zakázky, která nepřistoupila po provedení zkušebního losování na požadavek jednoho z uchazečů, aby byla změněna pořadová čísla, pod kterými se měli zúčastnit losování.

[11] Rovněž je vhodné předeslat, že pro rozhodnutí o kasační stížnosti je k dispozici relativně četná judikatura správních soudů, jak správně připomněl již krajský soud. Ta se vztahuje k obecnějším otázkám dodržení zásady transparentnosti v zadávacím řízení. Správní soudy se rovněž zabývaly skutkově velmi podobnými případy, ve kterých zamítnutí obdobného požadavku na přechíslování uchazečů bylo shledáno rozporným se zásadou transparentnosti vyjádřenou v § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Podle tohoto ustanovení je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

[12] Jakkoli to již stěžovatel nenamítal v kasační stížnosti, je vhodné (i vzhledem k žalobní námitce) přisvědčit krajskému soudu stran pravomoci žalovaného a správního orgánu I. stupně v této věci. Podle § 44a odst. 11 rozpočtových pravidel vykonávají správu odvodů za porušení rozpočtové kázně a penále finanční úřady podle daňového řádu. Podle ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu jsou orgány rozhodující o odvodu za porušení rozpočtové kázně v řízení vedeném podle daňového řádu zcela nezávislé na výsledcích kontrol vedených podle jiných právních předpisů (srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 7. 2014, č. j. 10 As 10/2014 - 43, a ze dne 25. 2. 2016, č. j. 7 Afs 13/2016 - 25) a jsou oprávněny si samy posoudit otázku dodržování povinností podle zákona o veřejných zakázkách. Porušení tohoto zákona totiž představuje porušení povinnosti stanovené právním předpisem, za které lze uložit odvod za porušení rozpočtové kázně (srov. rozsudek ze dne 19. 9. 2012, č. j. 1 Afs 59/2012 - 34). V rozsudku ze dne 15. 12. 2016, č. j. 4 Afs 167/2016 - 47, který se rovněž týkal vyměření odvodu za porušení rozpočtové kázně podle rozpočtových pravidel, Nejvyšší správní soud vyslovil, že *„institut porušení rozpočtové kázně je obsahově širší než institut správního deliktu a závěr jednoho orgánu veřejné moci, že nedošlo k naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle zákona o veřejných zakázkách, proto není na překážku závěru jiného orgánu veřejné moci, že došlo k porušení rozpočtové kázně. (...) Vzhledem k tomu, že instituty porušení rozpočtové kázně a správního deliktu mají různý obsah, závěr o tom, že nedošlo ke spáchání správního deliktu, bez dalšího neovlivňuje závěr o porušení zákona o veřejných zakázkách, respektive o porušení rozpočtové kázně“*. Správce daně si může při rozhodování o odvodu otázku porušení zákona o veřejných zakázkách posoudit zcela samostatně (shodně rozsudek NSS ze dne 6. 9. 2017 č. j. 6 Afs 281/2016 - 86).

[13] Ačkoliv poskytovatel dotace vyplatí finanční prostředky, neznamená to, že by bylo vyloučeno, aby územní finanční orgány prověřily, zda nedošlo před jejich výplatou k porušení rozpočtové kázně. Stát má právo i po vyplacení finančních prostředků prověřit, zda skutečně byly splněny všechny podmínky dotace, byť se tak mělo stát již před vyplacením finančních prostředků (shodně rozsudek ze dne 18. 7. 2014, č. j. 1 Afs 54/2013 - 36).

[14] Není důvodná námitka, že správní uvážení, kterým je „rozsudek mechanicky odůvodňován“ bylo nepřiměřené v daném konkrétním případě. Předně se neděje úvaha o tom, zda došlo k porušení zásady transparentnosti, v režimu správního uvážení. Jak již konstatoval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159 (publikován pod č. 2189/2011 Sb. NSS), který lze v mnoha ohledech považovat za názorové východisko pro projednávaný případ a od kterého kasační soud neshledal žádného důvodu se v této věci odchýlit, „spadá pojem „zásada transparentnosti“ 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.(...) samotný pojem „transparentnosti“ se vyznačuje obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti jakákoliv konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat (srov. rozsudek NSS ze dne 10. 11. 2005, čj. 1 Afs 107/2004 - 48, publ. pod č. 869/2006 Sb. NSS, který tuto myšlenku aplikoval na doktrínu zneužití práva v daňové oblasti, resp. rozsudek NSS ve věci rozsudek NSS ze dne 5. 6. 2008, čj. 1 Afs 20/2008 - 152, ve věci Lumius, spol. s r. o., publ. pod č. 1771/2009 Sb. NSS, který totéž aplikoval na zásadu zákazu diskriminace v oblasti veřejných zakázek).

[15] Zjištění, zda v daném případě byla porušena zásada transparentnosti, se 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. Kasační stížnost je vedena názorem, že pro závěr o porušení zásady transparentnosti je zapotřebí porušení konkrétní právními předpisy či pravidly poskytovatele dotace stanovené povinnosti, konstatování povinnosti musí být „vždy objektivní“ a nevycházet ze subjektivního názoru kontrolujícího orgánu. Stěžovatel poukazuje na soulad zadávacího řízení s platnou legislativou a naopak je přesvědčen, že vyhověním požadavku uchazeče by se celý proces dostal „mimo zákon a pravidla losování“. Tento přístup není od počátku správný. Pomíjí totiž charakter transparentnosti jako jedné ze základních zásad řízení a přisuzuje jí povahu konkrétními právními předpisy definované skutkové podstaty, jejíž zákonné prvky je třeba v posuzovaném případě naplnit. Tak tomu však s poukazem na shora uvedenou judikaturu není a být ani nemůže. Stěžovatel v podstatě požaduje, aby byla uvedená zásada vnímána jako zcela „určitý“ a nikoli neurčitý právní pojem a vychází z nesprávné premisy, že absence pozitivního vymezení obsahu uvedené zásady musí vést k absenci negativních důsledků spojených s jejím porušením.

[16] Závěr o porušení zásady transparentnosti má tedy místo 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. 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

pokračování

neschopností navenek působit férově a řádně, event. nezákonně, nebo snad dokonce kriminální) jsou v tomto ohledu pro posouzení porušení zásady transparentnosti irelevantní (shodně již citovaný rozsudek sp. zn. 1 Afs 45/2010). Neobstojí proto opakované kasační námitky stěžovatele podsouvající kontrolnímu orgánu a žalovanému „absolutní volnou úvahu“ o transparentnosti zadávacího řízení, ústící v porušení jeho legitimního očekávání či principu právní jistoty.

[17] V rozsudku ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 - 55, Nejvyšší správní soud konstatoval, že *„porušení zásady transparentnosti postupu zadavatele podle § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, nezpůsobuje pouhá možnost naplnění tvrzené, avšak neprokázané domněnky manipulace, ke které mohlo dojít při losování. Netransparentnost losování způsobují primárně skutkové okolnosti vzbuzující odůvodněnou pochybnost o férovosti jeho průběhu. Úvaha o proveditelnosti možné manipulace slouží pouze k potvrzení či vyvrácení toho, zda zjištěná netransparentnost mohla či nemohla mít, byť jen teoreticky, vliv na výsledek losování. K porušení zásady transparentnosti proto může dojít i v případě, že k žádné manipulaci ve skutečnosti nedošlo.“* S odkazem na uvedené rozhodnutí je proto třeba odmítnout námitku stěžovatele požadující, aby byla manipulace při losování prokázána, aby pochybnosti o regulérnosti celého losování byly oprávněné, či požadavek na existenci „důkazu“, že transparentnost byla porušena. Uvedené okolnosti nejsou kritériem odlišujícím transparentní zadávací řízení od netransparentního, ale zpravidla hrají klíčovou roli při určení rozsahu povinnosti vrátit k tomuto účelu poskytnuté finanční prostředky. Příloha č. 3 k rozhodnutí o poskytnutí dotace v této věci (reg. č. 09032611) ostatně předpokládá v případě prokázané úmyslné manipulace při omezení počtu zájemců odvod poskytnuté dotace v rozsahu 100%, zatímco v případě neplnění požadavků na způsob a průběh omezování počtu zájemců (např. právě porušení zásady transparentnosti) v rozsahu 25-30%. V tomto rozsahu, při jeho spodní hranici, byl stěžovateli odvod uložen. Proto není důvodná námitka, že odvod by byl na místě pouze v případě důkazy prokázaného porušení zákona s jasným zvýhodněním konkrétního uchazeče. Nepřípadným je proto v této souvislosti poukaz stěžovatele na rozsudek ze dne 5. 12. 2014, č. j. 4 As 215/2014 - 40. Žalovaný totiž nezastával právní názor, že jakékoliv porušení dotačních podmínek vede k odnětí celé dotace, jemuž kasační soud v uvedené věci nepřisvědčil. V nyní projednávané věci byla výše odvodu stanovena vstupními podmínkami v procentním rozmezí, ze kterého žalovaný následně vycházel a uložil odvod na spodní hranici tohoto vymezení. Pokud uzavřel, že v zadávacím řízení nebyla dodržena zásada transparentnosti a správní soudy tomuto názoru přisvědčily, nebylo na místě, aby znovu zohledňoval povahu porušení pravidel směrem k dalšímu případnému snížení rozsahu odvodu za porušení rozpočtové kázně.

[18] Pro rozhodnutí o kasační stížnosti je vedle judikatury s obecným přesahem k povaze zásady transparentnosti, též k dispozici judikatura vycházející z obdobných skutkových okolností jako v projednávané věci. Ve věci završené rozsudkem ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 - 49 se soud zabýval pochybením, které rovněž souviselo s nepřechíslováním uchazečů k požadavku jednoho z nich. Rovněž důvody uváděné pro takový postup byly obdobné. Zdejší soud konstatoval, že *„další okolností oslabující férový postup při losování bylo, že zadavatel odmítl vyhovět žádosti žalobce, aby před losováním byla změněna čísla, jež byla zájemcům předem přidělena. V této situaci, kdy nebylo možné provést*

jinou kontrolu losovacího přístroje či samotného losování, odmítnutí změny čísel bez racionálního důvodu opravdu posiluje pochyby o průběhu losování.“

[19] Okolnosti naposledy citované věci byly skutečně velmi obdobné nyní projednávanému případu, včetně shodné osoby, která na místě nevyhověla požadavku na přechíslování uchazečů. Lze proto poukázat i na další části jeho odůvodnění, neboť to reaguje na kasační námitky vedené obdobnými úvahami jako nyní (např. námitka o existenci precizní dokumentace, včetně notářského zápisu, námitka o tom, že manipulace nebyla fakticky prokázána, nebo úvahy o existenci protokolu o zkoušce elektrotechnického zařízení). Nejvyšší správní soud nemá žádný důvod cokoli měnit na již vysloveném závěru, že *„vzhledem k tomu, že uvedené skutečnosti o průběhu losování jsou osvědčeny notářským zápisem, je nutné je považovat za prokázané. Notářský zápis jako veřejná listina zakládá vyvratitelnou domněnku pravdivosti toho, co je touto listinou osvědčeno (§ 134 zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu). Obsah notářského zápisu však žádná ze stran nezpochybňuje. Stěžovatel ovšem zcela nesprávně vyvozuje, že notářský zápis navíc osvědčuje řádný průběh losování. Nejvyšší správní soud zdůrazňuje, že notářský zápis vypracovaný podle § 79 zákona č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád) pouze zaznamenává, jaké skutečnosti se v průběhu losování za přítomnosti notáře udály, nemůže však poskytovat závazné právní hodnocení tohoto skutkového stavu, ani osvědčovat, že se skutečnosti udály v souladu se zákonem. Skutečnost, že o průběhu losování byl sepsán notářský zápis, proto automaticky nemůže znamenat, že losování proběhlo férově a v souladu se zásadou transparentnosti ve smyslu § 6 zákona o veřejných zakázkách. Může se tedy stát, že i losování, o kterém byl sepsán notářský zápis, bude shledáno v rozporu se zákonem. Účast notáře (a následné vypracování notářského zápisu) je ostatně pouze jednou z podmínek losování stanovených v § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách. Pro prokázání pochybností o transparentnosti losování proto není zapotřebí, aby žalobce prokazoval odlišný stav věci, než uvádí notářský zápis, jak se domnívá stěžovatel.*

Podle stěžovatele nebyly námitky žalobce ve správním řízení podepřeny jakýmkoliv relevantními důkazy a omezovaly se pouze na proklamace podezření. K tomu Nejvyšší správní soud připomíná svou výše uvedenou judikaturu, podle které je pro porušení zásady transparentnosti losování dostatečné, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. Tvzení takových okolností přitom může mít i formu proklamace podezření, neboť pochybnosti zpravidla není možné doložit konkrétními důkazy. Není totiž nutné prokázat, že opravdu došlo ke konkrétnímu porušení určité povinnosti zadavatele (např. k manipulaci při losování).

Nejvyšší správní soud souhlasí s názorem krajského soudu, že Zpráva o zkoušce Elektrotechnického zkušebního ústavu sice svědčí o funkčnosti a technických vlastnostech losovacího zařízení k uvedenému datu, ale nic nevyovídá o stavu losovacího zařízení ke dni losování 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. Nejvyšší správní soud dále přisvědčuje krajskému soudu v tom, že kontrola losovacího zařízení, tj. počítačového programu, samotnými zájemci nebyla fakticky možná, neboť zájemci k tomu nemohli být bezprostředně před losováním vybaveni. V tomto nelze za dostatečnou považovat ani nabídku zadavatele, respektive moderátora losování, že přímo po losování může být zapečetěné losovací zařízení na náklady zájemce odvezeno na kontrolu, neboť tato následná kontrola nemusí provést přesvědčivou kontrolu procesu losování. De facto jediným způsobem, jak mohli sami zájemci sledovat transparentnost procesu losování, byla

pokračování

práve změna čísel přiřazených jednotlivým zájemcům bezprostředně před losováním, jak navrhl žalobce. Tento návrh byl však odmítnut s tím, že změna čísel na poslední chvíli bez informování všech zájemců by naopak nebyla transparentní. Nejvyšší správní soud shodně s krajským soudem považuje důvody pro odmítnutí změny čísel za iracionální. Jako argument jistě neuspěje tvrzení, že by museli být o přechíslování dopředu vyrozuměni všichni zájemci. Ze správního spisu totiž nevyplyvá, že by zájemci byli dopředu, tj. např. v oznámení o termínu losování, vyrozuměni, jaká jim budou přidělena čísla pro účely losování. Proto se jako nelogický jeví argument, že měli být zájemci o „přechíslování“ informováni s větším předstihem. Stejně tak nelze soublasit s tvrzením moderátora losování, že by změna čísel na poslední chvíli byla netransparentní. Nejvyšší správní soud má naopak za to, že změna čísel zájemců bezprostředně před zahájením losování by umožnila zájemcům faktickou kontrolu losovacího postupu. Vzhledem k technické povaze losovacího zařízení totiž jiná kontrola ze strany zájemců bezprostředně před zahájením losování nebyla materiálně možná.“

[20] Obsahově obdobnou problematikou se Nejvyšší správní soud zabýval rovněž v rozsudku ze dne 18. 6. 2018, č. j. 6 As 59/2018 - 75. Způsob a průběh losování, které provedl žalobce, se v zásadě nelišil od toho, jež posuzoval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 - 49, důvodem pro zrušení rozsudku krajského soudu a žalobou napadeného rozhodnutí však nebyl v odlišném právním názoru na otázky rozhodné i nyní, ale rozpor ve výroku rozhodnutí, který na jedné straně vytkl neumožnění kontroly losovacího zařízení, avšak podle dosavadní judikatury počítačový program v zásadě zkontrolovat nelze.

[21] Lze tedy rámcově uzavřít, že odmítnutí požadavku jednoho z uchazečů o „přechíslování“ uchazečů bylo okolností způsobitou založit pochybnosti o transparentnosti zadávacího řízení a porušením této zásady vyjádřené v § 6 zákona o veřejných zakázkách.

[22] K jednotlivým argumentům uvedeným v kasační stížnosti považuje Nejvyšší správní soud za potřebné ještě dodat následující: nebylo rozhodné, zda požadavek na přechíslování uchazečů vzešel pouze od jednoho z uchazečů, či zda jej případně navrhovalo více. Rovněž nebylo rozhodné, zda byl tento požadavek výslovně odůvodněn pochybnostmi o férovosti losování, či zda byl uplatněn bez výslovného důvodu. Proto jsou mimoběžné úvahy stěžovatele, co všechno mohl uchazeč případně bezprostředně před losováním namítat a zda by jakákoli věcně odlišná námitka měla obdobný efekt. Podstatné bylo, že byl tento požadavek před zahájením losování objektivně vznesen a byl způsobilý založit pochybnost o férovosti celého procesu. Důvody, pro které byl tento požadavek odmítnut, nelze považovat za racionální. Stejně tak nebylo možné považovat uplatněný požadavek za protiprávní. Případné pochybnosti o porušení zásady transparentnosti totiž zpravidla nemůže vyvrátit tvrzení, že organizace losování je záležitostí zadavatele, jakož i pochyby o tom, podle jakého klíče by případně měla být uchazečům přidělena nová čísla. Poukaz stěžovatele na jejich transparentní přidělení se míjí s účelem férovosti celého procesu. Ve věci nešlo o to, aby byla „férově“ přidělena čísla uchazečům, ale o to, aby následné losování nebylo zatíženo pochybnostmi o jeho řádném průběhu. Nebylo rozhodné, jaké konkrétní číslo bylo tomu kterému uchazeči pro účely losování přiděleno (že se tak mělo dít podle pořadí, v jakém byly jednotlivé nabídky, tedy transparentním způsobem). Zásadní rovněž nebylo, že nebyla stanovena pravidla pro změnu čísel. Právě proto, že šlo o zcela nahodilé losování předem daného počtu losovaných zájemců, nebylo

třeba nezměnitelného klíče (pravidel) pro určení čísel, pod kterými se tito losování následně účastní. Podstatné bylo, že před zahájením losování byla uchazečům tato čísla objektivně přidělena, bylo předem známo, pod jakým konkrétním číslem se který z nich losování účastní. Porušení zásady transparentnosti bylo oprávněně shledáno v tom, že byl bez rozumného důvodu odmítnut návrh na jejich změnu před provedením samotného losování.

[23] Nejvyšší správní soud v již několikrát citovaném rozsudku sp. zn. 1 Afs 45/2010 rovněž zdůraznil, že „význam zásady transparentnosti v první řadě směřuje k cíli samotného práva veřejných zakázek, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Právě k zajištění konkurence mezi dodavateli slouží rovněž zásada transparentnosti.“ Na nedůvodnosti kasační stížnosti proto nemůže ničeho změnit ani to, že zadavatelem veřejné zakázky byl nevýdělečný subjekt - svazek obcí a dotace byla určena na stavbu důležitého veřejného zájmu, byla řádně provedena a slouží zdárně svému účelu. Tyto souvislosti totiž zřetelně míří mimo hlediska rozhodná pro posouzení, zda při použití dotace bylo řádně postupováno v souladu se zásadou transparentnosti zadávacího řízení.

[24] S poukazem na shora uvedené důvody Nejvyšší správní soud zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou (§ 110 odst. 1 s. ř. s.).

[25] Soud rozhodl o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti podle § 60 odst. 1 věty první s. ř. s. za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatel nebyl v řízení o kasační stížnosti úspěšný, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému, jemuž by jinak právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti příslušelo, soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, protože mu v řízení o kasační stížnosti nevznikly žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti.

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 11. června 2020

Mgr. David Hipšr
předseda senátu