



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Petra Mikeše a soudců Milana Podhrázkého a Jitky Zavřelové v právní věci žalobce: **Dobrovolný svazek obcí Jaroměřsko**, se sídlem nám. Československé armády 16, Jaroměř, zast. Mgr. Martinem Pujmanem, advokátem se sídlem Jugoslávská 620/29, Praha 2, proti žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**, se sídlem Masarykova 427/31, Brno, proti rozhodnutím žalovaného ze dne 22. 4. 2016, čj. 17923/16/5000-10470-711844 a čj. 17924/16/5000-10470-711844, o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 27. 11. 2018, čj. 31 Af 31/2016-395,

t a k t o :

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

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Dvěma platebními výměry ze dne 26. 8. 2015 Finanční úřad pro Královéhradecký kraj (dále „správce daně“) vyměřil žalobci (dále „stěžovatel“) odvod za porušení rozpočtové kázně v celkové výši 9 999 186 Kč. Stěžovatel se podle správce daně dopustil porušení rozpočtové kázně podle § 44 odst. 1 písm. j) ve spojení s § 3 písm. e) zákona č. 218/2000, o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), tím, že při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku losováním postupoval v rozporu se zásadou transparentnosti podle § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 3. 2012 (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“). Konkrétně

stěžovatel před zahájením losování neumožnil na žádost zástupce jednoho ze zájemců přechíslování zájemců, tedy náhodnou změnu čísel, kterými byli jednotliví zájemci předem označeni za účelem losování. Proti platebním výměrům podal stěžovatel odvolání, které žalovaný v záhlaví uvedenými rozhodnutími zamítl a platební výměry potvrdil.

[2] Následně se stěžovatel u Krajského soudu v Hradci Králové bránil žalobou proti rozhodnutím žalovaného, kterou krajský soud jako nedůvodnou zamítl.

[3] Krajský soud úvodem podotkl, že otázka, zda stěžovatel porušil zásadu transparentnosti, byla již předmětem soudního přezkumu v jiném řízení. Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 26. 1. 2018, čj. 30 Af 9/2016-439, zamítl žalobu podanou stěžovatelem proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále „ÚOHS“) ve věci správního deliktu stěžovatele podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Kasační stížnost proti tomuto rozsudku Nejvyšší správní soud zamítl rozsudkem ze dne 16. 8. 2018, čj. 10 As 81/2018-97 (dále jen „rozsudek *Dobrovolný svazek obcí Jaroměřsko I*“). Krajský soud proto z citovaných rozsudků vycházel.

[4] K namítaným procesním pochybením krajský soud uvedl, že podle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách notářský zápis osvědčuje průběh losování. Bylo na stěžovateli, aby dohlédl na to, že celý průběh losování bude v notářském zápisu zaznamenán. Skutečnost, že notářský zápis doslovně nezaznamenal přímou řeč přítomných osob, neznamená, že by neobsahoval nezbytné informace zachycené z projevů přítomných. Pokud by byl obsah notářského zápisu vyvrácen, bylo by naopak nutno konstatovat, že postup stěžovatele jako zadavatele je v této části nepřezkoumatelný. Již to by působilo netransparentně z hlediska průběhu losování. Stěžovatel nezpochybnil obsah notářského zápisu. Neuvedl žádné konkrétní zdůvodnění pro odmítnutí návrhu na přechíslování. Navrhované výsledky by na závěrech, jež finanční orgány učinily na základě notářského zápisu, nemohly nic změnit. Finanční orgány se neopomenuly zabývat zprávou o kontrole losovacího zařízení a předávacím protokolem. Finanční orgány byly oprávněny samostatně posoudit, zda se stěžovatel při zadávání veřejné zakázky dopustil porušení zákona o veřejných zakázkách a zda lze v tomto jeho pochybení spatřovat porušení rozpočtové kázně.

[5] Krajský soud se ztotožnil s hodnocením správce daně a žalovaného, dle kterých kontrola losovacího zařízení bezprostředně před zahájením losování byla fakticky nemožná, neboť zájemci ke kontrole počítačového programu nemohli být vybaveni. Jediným způsobem zaručujícím transparentnost losování tak byla alespoň kontrola losovacího postupu, která spočívala v umožnění přechíslování zájemců. Je na zadavateli veřejné zakázky, aby zajistil, že žádný z úkonů (a tedy ani losování coby úkon již ze své podstaty nepřezkoumatelný) v zadávacím řízení nebude působit netransparentně. Omezoval-li stěžovatel účast zájemců losováním, byl povinen zabezpečit, aby losování probíhalo férově, aby jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti a aby řádný průběh losování byl dostatečně kontrolovatelný. Této povinnosti však nedostál. Zpráva Elektrotechnického zkušebního ústavu (dále „EZÚ“) o zkoušce losovacího zařízení nevypovídá o stavu zařízení ke dni losování, ani o jeho průběhu, neboť byla provedena více než měsíc po losování. Jednalo se sice o určitou kontrolu losovacího zařízení, nebyla ale provedena přímo zájemci a bezprostředně před zahájením losování (§ 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách). Z notářského zápisu nelze ověřit, kdo a kdy plombu na losovací

pokračování

zařízení umístil a kdo garantoval stav softwaru losovacího zařízení před zaplombováním. Přestože se číslo plomby na losovacím zařízení mohlo shodovat s číslem uvedeným v předávacím protokolu dle notářského zápisu, neprokazuje tato shoda, že losovací zařízení obsahovalo software neumožňující manipulaci s výsledky losování. Notář nebyl přítomen u umístění plomby na zařízení, nebyl proto také schopen a oprávněn tuto skutečnost osvědčit. Sami zájemci nemohli bezprostředně před losováním stav losovacího zařízení ověřit, jelikož vizuální kontrola neporušenosti plomby či zkušební losování nepředstavují účinnou kontrolu, která by vyloučila manipulovatelnost losování. Za účinnou kontrolu by bylo možné považovat zejména kontrolu počítačového programu, k níž však nemohli být zájemci na místě losování vybaveni. Žalovaný nespatořoval porušení zásady transparentnosti toliko v použití losovacího zařízení, ale spatořoval jej v kombinaci několika prvků, a to v charakteru losovacího zařízení, které neumožňovalo kontrolu zařízení na místě, a v neprovedení změny čísel přidělených zájemcům pro účely losování. Navíc číselné pořadí zájemců bylo pouze v dispozici stěžovatele a zájemci o tomto pořadí nebyli předem informováni.

[6] Krajský soud proto uzavřel, že jediným způsobem, jak mohli zájemci zkontrolovat transparentnost procesu losování, byla změna čísel přiřazených jednotlivým zájemcům bezprostředně před losováním, kterou navrhl zástupce jednoho ze zájemců. Jiná kontrola ze strany zájemců bezprostředně před losováním by vzhledem k technické povaze losovacího zařízení byla pouze hypotetická. K porušení zásady transparentnosti postačuje, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. Krajský soud se neztotožnil s námitkou, dle které neexistoval způsob, jak přechíslování provést, aniž by zároveň nedošlo k porušení zásady transparentnosti. Podstatný není klíč, který by byl k novému přiřazení čísel použit, nýbrž bezprostřední změna čísel před losováním. Zadavatel by totiž na takovou změnu jen stěží připravil losovací zařízení tak, aby byl schopen výsledky losování ovlivnit. Krajský soud rovněž neshledal důvodnou námitku, dle které nejsou na projednávanou věc použitelné závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, čj. 62 Af 61/2012-108. Rozhodné skutkové a právní okolnosti jsou totiž obdobné, ne-li totožné. Se závěry tohoto rozsudku vyslovil souhlas i Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 6. 11. 2013, čj. 1 Afs 64/2013-49, ve věci *ALPINE Bau CZ*.

[7] Krajský soud dále neshledal důvodnou námitku legitimního očekávání stěžovatele. Příjemce dotace se může dovolat zásady legitimního očekávání, jestliže příslušný orgán poskytl konkrétní ujištění, která u příjemce mohla vzbudit legitimní očekávání, a tato ujištění jsou v souladu s právními předpisy (rozsudek NSS ze dne 15. 8. 2012, 1 Afs 15/2012-38, č. 2713/2012 Sb. NSS, ve věci *Povodí Labe*). V projednávané věci poskytovatelé dotace neposkytli stěžovateli konkrétní ujištění, která by u něj mohla vzbudit legitimní očekávání. Obeznamení s postupem, který příjemce dotace zvolil pro zadání veřejné zakázky, nelze považovat za konkrétní ujištění. Stěžovatelem předložená rozhodnutí ÚOHS a jeho předsedy byla vydána teprve poté, co stěžovatel rozhodl o zadání veřejné zakázky. Nelze proto argumentovat, že stěžovatel při volbě svého postupu v zadávacím řízení vycházel z rozhodovací praxe ÚOHS.

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření žalovaného

[8] Stěžovatel napadl rozsudek krajského soudu kasační stížností, podle jejího obsahu z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) s. ř. s.

[9] Stěžovatel namítá nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku, kterou spatřuje v neprovedení jím navrhovaných důkazů. Provedení přechíslování by působilo netransparentně vůči těm zájemcům, kteří se losování neúčastnili. Férovost a transparentnost zadávacího řízení stěžovatel zabezpečil v souladu se zákonem o veřejných zakázkách dle svého nejlepšího vědomí s ohledem na chybějící správní praxi. Nelze po něm spravedlivě požadovat, aby dopředu předjímal, že se vytvářená správní praxe změní. Losování se zúčastnila pracovnice Státního fondu životního prostředí a proti stavu losovacího zařízení a průběhu losování nevznesla žádnou námitku, a to ani po zamítnutí požadavku o přechíslování. Losování proběhlo za účasti notáře a prostřednictvím losovacího zařízení, které bylo v rámci následného testování ze strany EZÚ shledáno jako souladné s podmínkami zákona o veřejných zakázkách a zaručující rovné podmínky všem zájemcům o účast.

[10] Spornou otázkou je podle stěžovatele to, zda bylo zájemcům umožněno před zahájením losování zkontrolovat losovací zařízení, přičemž zákon o veřejných zakázkách žádná kritéria této kontroly nestanovil. Snaha přenést veškeré riziko spojené s losováním na adresáta právní normy se stěžovateli jeví jako nepřiměřená. Dodatečně mu je kladeno za vinu, že si způsob kontroly určitým způsobem interpretoval, ačkoliv až následně dospěla výkladová praxe k odlišnému názoru na to, jak má být kontrola provedena. Je absurdní, aby použití losovacího zařízení, které je předpokládáno zákonem, samo o sobě představovalo prvek netransparentnosti. Kontrolou zařízení zákonodárce jistě neměl na mysli ani softwarové prověřování, ani přechíslování pořadových čísel. Nepřijetí požadavku na přechíslování nemůže bez dalšího představovat netransparentnost. V době losování nebylo standardní, že by měl zadavatel osvědčení od EZÚ předem k dispozici. Neporušená plomba umístěná výrobcem na losovací zařízení byla zárukou toho, že mezi losováním a zkouškou zařízení nedošlo k žádné manipulaci se zařízením, a že jeho stav byl v době zkoušky totožný. Stěžovatel analogicky odkázal na právní úpravu a správní praxi v oblasti provozu loterií a jiných podobných her. Za kontrolu losovacího zařízení před losováním považoval kontrolu neporušenosti zařízení stran zásahu zvenčí a neporušenost plomby, stejně tak jako zkušební losování, které bylo v dispozici přítomných zájemců. Číslo plomby a neporušenost plomby a losovacího zařízení nikdo nezpochybnil. Z notářského zápisu vyplývá, že zařízení bylo opatřeno plombou výrobcem, který prostřednictvím neporušené pečeti garantoval stav softwaru zařízení. Zpráva o zkoušce EZÚ spolu s neporušeností plomby osvědčuje stav zařízení během losování a vylučuje jeho manipulovatelnost. Vznesení požadavku na přechíslování zájemcem není způsobilé vyvolat objektivní pochybnosti o netransparentnosti zadávacího řízení.

[11] Stěžovatel osobám přítomným na losování objasnil, proč nebylo požadavku na přechíslování vyhověno. Z textu notářského zápisu nemohl krajský soud ani žalovaný získat úplný přehled o průběhu losování, přičemž nelze vyloučit, že vysvětlení zachycené v notářském zápise není zcela přesné a vyčerpávající. Stěžovatel proto navrhoval provedení dalších důkazů, avšak jeho návrhu nebylo vyhověno. Zájemcům byla přiřazována čísla v pořadí dle doručení žádostí o účast, tedy transparentním a v zadávacím řízení běžným způsobem. Stěžovateli není jasné, jakým způsobem nevyvolávajícím pochybnosti o

pokračování

transparentnosti losování by přečíslování mělo proběhnout. Nelze mu tak klást k tíži, že přečíslování neprovedl.

[12] K existenci legitimního očekávání stěžovatel uvedl, že okamžikem, ke kterému má být posuzována otázka legitimního očekávání, je uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky, neboť až tímto okamžikem je spáchán správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Po uzavření smlouvy se vyvinula ustálená rozhodovací praxe ÚOHS, která postup stěžovatele stvrzovala. Navíc v řadě shodných případů nebylo ze strany ÚOHS po prošetření podnětu zahájeno správní řízení. K prolomení správní praxe došlo až rozsudkem Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 61/2012. Princip legitimního očekávání v případě stěžovatele převažuje nad principem legality.

[13] Stěžovatel dále namítá, že krajským soudem citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 61/2012 nemůže být použit na nyní projednávanou věc, neboť v případě stěžovatele bylo postaveno na jisto, že losovací zařízení bylo předmětem zkoušky EZÚ, a zároveň zástupce zájemce ověřil neporušenost a číslo plomby losovacího zařízení a číslo plomby na předávacím protokolu výrobce. Závěrem stěžovatel k neprovedení výsledku jím navrhovaných svědků namítá, že notářský zápis nemůže obsahovat vykreslení atmosféry a přesnou komunikaci mezi přítomnými osobami. Chtěl proto nechat vyslechnout svědky, kteří byli losování přítomni, a byli proto způsobilí popsat za jakých okolností a jakým způsobem byl požadavek zájemce na přečíslování vznesen a s jakým obsahem. Správce daně se rovněž nezabýval zprávou o zkoušce EZÚ a předávacím protokolem.

[14] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že se ztotožňuje se závěry krajského soudu. Odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu *Dobrovolný svazek obcí Jaroměřsko I*, který se otázkou transparentnosti losování stěžovatele a jeho argumentací již zabýval.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[15] Nejvyšší správní soud posoudil kasační stížnost a dospěl k závěru, že není důvodná.

[16] Nejvyšší správní soud úvodem předesílá, že obsahově obdobnou kasační stížností téhož stěžovatele se zabýval již v rozsudku *Dobrovolný svazek obcí Jaroměřsko I*. Námitky stěžovatele v nyní projednávané kasační stížnosti jsou věcně v zásadě shodné jako v dané věci. Od závěrů vyslovených v uvedeném rozsudku by se nyní rozhodující senát nemohl sám odchýlit, ale musel by tak učinit jen postupem podle § 17 s. ř. s., tedy postoupením věci rozšířenému senátu s tím, že závěry dříve vyslovené považuje za chybné. Za této situace je více než žádoucí, aby stěžovatel uvedl podrobnou polemiku se závěry dřívějšího rozsudku Nejvyššího správního soudu a to zejména v situaci, kdy tento rozsudek byl vydán v době probíhajícího řízení před krajským soudem a krajský soud z něj ve svém rozsudku vycházel. To však neučinil a namísto toho z velké části pouze téměř doslovně zopakoval námitky, které již uplatnil v dřívější kasační stížnosti. Nyní rozhodující osmý senát sám neshledal dostatečný důvod se odchýlit od závěrů obsažených v tomto rozsudku.

III. A. K tvrzené nepřezkoumatelnosti rozsudku krajského soudu

[17] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval vytýkanou nepřezkoumatelností rozsudku krajského soudu (§ 109 odst. 4 s. ř. s.), kterou stěžovatel spatřuje v neprovedení jím navrhovaných důkazů. Pouze je-li napadený rozsudek přezkoumatelný, může Nejvyšší správní soud přistoupit k věcnému hodnocení uplatněných námitek. Soud má právo posoudit a rozhodnout, které z navrhovaných důkazů provede a které nikoli; toto právo jej však nezavazuje povinnosti odůvodnit, co jej vedlo k takovému závěru a z jakého důvodu považuje provedení důkazu za nadbytečné (rozsudek NSS ze dne 28. 4. 2005, čj. 5 Afs 147/2004-89, č. 618/2005 Sb. NSS). Neprovedení důkazů navrhovaných účastníkem řízení bez toho, aniž by soud vyložil, z jakých důvodů navržené důkazy neprovedl, může založit nepřezkoumatelnost rozsudku pro nedostatek důvodů (rozsudek NSS ze dne 8. 12. 2020, čj. 2 As 243/2020-26).

[18] Z protokolu o jednání před krajským soudem ze dne 22. 11. 2018 vyplývá, že stěžovatel k dotazu soudu trval na provedení důkazů, a to výsledkem osob přítomných losování a výsledkem zástupců společností VE-ZAK CZ s.r.o. a Centador, s.r.o. Dále trval na tom, aby byly jako důkaz provedeny rozhodnutí ÚOHS a jeho předsedy a výsledky šetření podnětů, tak jak byly soudu předloženy jako příloha k podané žalobě. Krajský soud zamítl návrh na provedení výsledku zmíněných osob. Následně k důkazům konstatoval obsah rozhodnutí ÚOHS, jeho předsedy a výsledky šetření podnětů založené ve spise krajského soudu na čl. 159 - 250. Stěžovatel dále navrhl, aby si krajský soud vyžádal spisy týkající se jednotlivých subjektů, jimž ÚOHS sdělil vyrozumění o výsledku šetření podnětů. Tento návrh krajský soud zamítl.

[19] Krajský soud v bodě 35 napadeného rozsudku odůvodnil, proč nevyhověl návrhu na výslech stěžovatelem určených osob. Konkrétně uvedl, že z obsahu notářského zápisu, ve kterém je zachycen a popsán průběh losování, lze vyvodit závěry, k nimž žalovaný a správce daně dospěli. Navrhované výsledky by na daných závěrech nemohly nic změnit. Následným výsledkem osob přítomných losování nelze podle krajského soudu dohánět zákonné povinnosti, které stěžovateli plynuly ze zákona o veřejných zakázkách. Nejvyšší správní soud však přisvědčuje stěžovateli, že krajský soud výslovně neuvedl, proč nevyhověl návrhu na provedení důkazu spisy ÚOHS. Nelze však přehlédnout, že krajský soud v bodě 28 napadeného rozsudku uvedl, že *„[d]alší navržené důkazy ovšem neprovedl s tím, že některé z navrhovaných listin jsou součástí správního spisu, v případě dalších důkazů pak neshledal, že by jejich provedení bylo nezbytné pro rozhodnutí v této věci (k bližšímu odůvodnění viz níže).“* V bodě 78 napadeného rozsudku dále dospěl k závěru, že mj. vyrozumění o výsledku šetření podnětu byla vydána až poté, co stěžovatel zadal veřejnou zakázku. Nelze proto argumentovat, že stěžovatel při volbě svého postupu v zadávacím řízení vycházel z rozhodovací praxe ÚOHS. Z odůvodnění napadeného rozsudku tak implicitně vyplývá, že krajský soud navrhované spisy ÚOHS jako důkaz neprovedl, protože nebyly nezbytné pro rozhodnutí věci, jelikož nemohly založit legitimní očekávání stěžovatele.

[20] Nejvyšší správní soud konstatuje, že z rozsudku krajského soudu jsou seznatelné důvody, pro které navržené důkazy neprovedl. Zároveň je z rozsudku je zřejmé, jakými úvahami se krajský soud při posuzování věci řídil, odůvodnění rozsudku je srozumitelné a opřené o dostatek relevantních důvodů. Je z něj patrné, proč krajský soud rozhodl tak, jak

pokračování

je uvedeno ve výroku napadeného rozsudku. Nejvyšší správní soud proto rozsudek krajského soudu nepřezkoumatelným neshledal.

III. B. Porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení

[21] Nejvyšší správní soud dále posoudil námitky brojící proti porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení podle § 6 zákona o veřejných zakázkách.

[22] Podle stěžovatele tím, že za daných podmínek neumožnil přečíslování jednotlivých zájemců, neporušil zásadu transparentnosti. Jak Nejvyšší správní soud zdůraznil v rozsudku *Dobrovolný svazek obcí Jaroměřsko I*, velmi podobným, v mnoha ohledech dokonce shodným případem se již v minulosti zabýval v rozsudku ve věci *ALPINE Bau CZ*, ve kterém rovněž řešil otázku, zda ze strany zadavatele byly naplněny zákonem kladené požadavky s ohledem na § 61 odst. 4 a § 6 zákona o veřejných zakázkách. Dle závěrů ve věci *ALPINE Bau CZ* změna čísel zájemců na jejich požádání 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. Pokud zadavatel neumožní v takovéto situaci změnu přidělených čísel, vytváří to nutně pochybnosti o transparentnosti a férovosti losování (body 34 a 35 rozsudku ve věci *ALPINE Bau CZ*). Tyto závěry následně potvrdil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 18. 7. 2018, čj. 6 As 59/2018-75, ve věci *Krásná Lípa* (srov. body 31-36).

[23] Krajský soud správně uvedl, že podmínkami pro omezení počtu zájemců losováním podle § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách jsou: 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 (rozsudek ve věci *ALPINE Bau CZ*, bod 25).

[24] Podle § 6 zákona o veřejných zakázkách platilo, že *zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazů diskriminace.*

[25] Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 15. 9. 2010, čj. 1 Afs 45/2010-159, č. 2189/2011 Sb. NSS, ve věci *Karlovarská losovačka*, na který krajský soud správně odkázal, v bodě 44 uvedl, že „*podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný [...] Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti. Tyto úvahy platí tím spíše v případě, kdy se přistoupí k losování, protože losování je úkon ze své povahy nepřezkoumatelný.*“ Shodně Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 20. 6. 2012, čj. 7 Afs 31/2012-55, č. 2714/2012 Sb. NSS, ve věci *SDS EXMOST*, dospěl k závěru, že „*[p]losouzení transparentnosti losování v žádném případě nespočívá v dokazování, zda došlo při losování k manipulaci či nikoliv. Pro porušení zásady transparentnosti stačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. K tomu může dojít i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo. [...]*

pochybnosti mohou vzejít i z pouhé neschopnosti působit navenek při losování férově.“ Z uvedeného rozsudku lze dále 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.

[26] Nejvyšší správní soud se proto ztotožnil se závěry krajského soudu, dle kterého stěžovatel porušil zásadu transparentnosti tím, že odmítl provést před samotným losováním změnu přidělených čísel jednotlivým zájemcům na základě žádosti jednoho z přítomných zájemců. Postup stěžovatele totiž vzbuzuje pochybnosti o férovosti a transparentnosti zadávacího řízení.

[27] Způsob a průběh losování, které provedl stěžovatel, se v zásadě neliší od toho, jež posuzoval Nejvyšší správní soud v rozsudku ve věci *ALPINE Bau CZ*, a Krajský soud v Brně v jemu předcházejícím rozsudku sp. zn. 62 Af 61/2012. Na rozdíl od stěžovatele Nejvyšší správní soud nevidí důvod, proč závěry vyslovené v těchto rozhodnutích nevztáhnout i na tento případ. Odlišnosti, na které poukazuje stěžovatel (ztotožnění losovacího zařízení s tím, na něž se vztahovalo osvědčení EZÚ, kontrola plomby chránící zadní víko zařízení) považuje Nejvyšší správní soud pro účely odlišení za nedostatečné. Krajský soud proto nepochybil, jestliže argumentaci založil na rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 61/2012.

[28] Nejvyšší správní soud neshledal rovněž důvodnou argumentaci stěžovatele Zprávou EZÚ o zkoušce zařízení. Podobně, jako uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ve věci *ALPINE Bau CZ*, bod 34, takováto zpráva sice svědčí o funkčnosti a technických vlastnostech losovacího zařízení k datu zkoušky, ale nic nevypovídá o stavu losovacího zařízení ke dni losování a o samotném procesu losování. Na tom nic nemůže změnit ani neporušená plomba na zařízení. Obdobně Nejvyšší správní soud v rozsudku ve věci *Krásná Lípa*, bod 34, konstatoval, že „*přezkoušení losovacího zařízení EZÚ s určitým časovým odstupem po losování (zapříčiněným nutností dopravit zařízení k EZÚ), tedy následnou kontrolu losovacího zařízení třetí osobou, nelze stavět na roveň kontrole, kterou mají právo vykonat samotní zájemci bezprostředně před losováním (§ 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách).*“ Nejvyšší správní soud dodává, že stěžovatel směšuje argumentaci, že zařízení fungovalo ve skutečnosti bezchybně, na straně jedné, a otázku, jak se mohla férovost losování jevit navenek třetím osobám, na straně druhé.

[29] Nejvyšší správní soud souhlasí s krajským soudem, že kontrola losovacího zařízení, tj. počítačového programu, samotnými zájemci nebyla fakticky možná, neboť zájemci k tomu nemohli být bezprostředně před losováním vybaveni. Vizuální kontrola neporušenosti plomby a zkušební losování nepředstavuje z podstaty fungování losovacího zařízení účinnou kontrolu ze strany zájemců. V tomto nelze za dostatečnou považovat ani nabídku stěžovatele, že přímo po losování může být zapečetěné losovací zařízení odvezeno zájemcem na kontrolu, neboť jak bylo uvedeno výše, následná kontrola nevypovídá o stavu losovacího zařízení k okamžiku losování a o jeho průběhu (srov. rozsudek ve věci *ALPINE Bau CZ*, bod 34). Nejvyšší správní soud však přisvědčuje stěžovateli, že zákon o veřejných zakázkách nestanovil, jakým způsobem má zadatel umožnit zájemcům zkontrolovat před losováním zařízení a prostředky sloužící k losování. Ostatně není možné, aby zákon kazuisticky vyjmenovával jednotlivé způsoby kontroly losovacích zařízení, jestliže

pokračování

zadavatelé mohou k losování použít zařízení, jež spočívají na různých technických řešeních, ať již z hlediska hardwaru nebo softwaru. Zajisté nelze proto klást k tíži stěžovatele, že za kontrolu podle § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách považoval vizuální kontrolu zařízení a zkušební losování. Jestliže však zástupce jednoho ze zájemců vznesl požadavek na přechíslování zájemců pro účely losování, bylo na stěžovateli, aby požadavku vyhověl, neboť jak Nejvyšší správní soud uvedl výše, s ohledem na charakter losovacího zařízení jiná účinná kontrola zařízení ze strany zájemců nebyla možná. Nevyhověním požadavku na přechíslování stěžovatel vzbudil důvodné pochybnosti o férovosti průběhu losování, a právě v tom je spatřováno porušení zásady transparentnosti, nikoliv v samotném způsobu kontroly losovacího zařízení ze strany zájemců.

[30] Stěžovatel se brání proti tomu, že by s plombou kdokoli manipuloval, nesouhlasí ani s odůvodněním krajského soudu, dle kterého informace, vyplývající z notářského zápisu, nevypovídají nic o stavu losovacího zařízení v době losování, neboť nebylo možné ověřit, kdo a kdy plombu na losovací zařízení umístil a kdo garantoval stav software zařízení před zaplombováním. Stěžovatel i zde sklouzává k polemice s tím, že s plombou nikdo nic nelegálního neprováděl. Nejvyšší správní soud opakuje, že to není podstatou porušení zásady transparentnosti. Pro porušení této zásady postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. K tomu může dojít i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo. Pokud by se naopak prokázalo, že plomba byla porušena, že s ní někdo manipuloval, že se software bylo manipulováno apod., celá kauza by se jistě dostala i do trestněprávní roviny. Nic takového v této věci zjevně nenastalo a pro závěr o porušení zásady transparentnosti ani nastat nemuselo.

[31] Stejně tak na věci nic nemění ani to, že se losování vedle notáře účastnila též pracovnice Státního fondu životního prostředí, která na místě po zamítnutí požadavku jednoho ze zájemců na přechíslování neuplatnila žádnou námitku nebo jinou kritiku. Porušení transparentnosti může nastat i tehdy, pokud na místě příslušní zástupci státních orgánů na protiprávní jednání zadavatele bezprostředně nereagují. Ostatně argumentace stěžovatele míří k tomu, že je-li na místě přítomen pracovník státního orgánu, a okamžitě na protiprávní postup zadavatele neupozorní, nezákonnost pomine, respektive na ni nelze již nadále poukazovat. Takovýto závěr je zjevně absurdní. Ostatně stejně tak účast notáře ani následné vyhotovení notářského zápisu neosvědčuje zákonnost a bezchybnost zadávacího procesu. Notářský zápis jako veřejná listina zakládá jen vyvratitelnou domněnku pravdivosti toho, co je touto listinou osvědčeno. Notářský zápis zjevně směřuje k osvědčení určité posloupnosti faktů, nikoliv k zákonnosti a bezvadnosti těchto faktů (rozsudek ve věci *ALPINE Bau CZ*, body 30 a 31).

[32] Stěžovatel dále namítá, že i kdyby snad na místě připustil přechíslování, založilo by to jen jiné porušení principu transparentnosti losování. Nejvyšší správní soud se obdobnou, ne-li totožnou námitkou zabýval v rozsudku ve věci *ALPINE Bau CZ*, bod 34, ve kterém konstatoval, že „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 nevyplývá, 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 souhlasit 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.“ Námitka stěžovatele je proto lichá. Přechislování zájemců přímo před losováním bylo s ohledem na požadavek vznesený zástupcem jednoho ze zájemců nejlepším způsobem, jak zajistit v daném okamžiku transparentnost losování.

III. C. Legitimní očekávání stěžovatele

[33] Nejvyšší správní soud předně podotýká, že argumentace stěžovatele stran legitimního očekávání v zákonnost průběhu losování je založena na tvrzené správní praxi ÚOHS a jeho rozhodnutích. I v této části stěžovatel až na nepatrné změny převzal argumentaci z kasační stížnosti, o které Nejvyšší správní soud rozhodl rozsudkem *Dobrovolný svazek obcí Jaroměřsko I*, aniž by reflektoval aktuální odůvodnění krajského soudu.

[34] Krajský soud v nyní projednávané věci v bodech 73-80 napadeného rozsudku srozumitelným způsobem odůvodnil, proč vyměření odvodu za porušení rozpočtové kázně nebránilo legitimní očekávání stěžovatele. Uvedl, že příjemce dotace se může dovolat zásady legitimního očekávání, jestliže příslušný orgán poskytl konkrétní ujištění, která u příjemce mohla vzbudit legitimní očekávání, a tato ujištění jsou v souladu s právními předpisy (rozsudek *Povodí Labe*). V případě stěžovatele nic nesvědčí tomu, že by poskytovatelé dotace poskytli stěžovateli konkrétní ujištění, která by u něj mohla vzbudit legitimní očekávání. Krajský soud zároveň vyslovil pochybnosti, zda stěžovatelem tvrzená správní praxe ÚOHS je vůbec relevantní pro rozhodování finančních orgánů o porušení rozpočtové kázně příjemcem dotace. I kdyby byla, tak stěžovatelem předložená rozhodnutí ÚOHS a jeho předsedy, stejně jako vyrozumění o výsledku šetření, byla vydána až poté, co stěžovatel rozhodl o zadání veřejné zakázky. Stěžovatel tak ani nemohl při volbě svého postupu vycházet v zadávacím řízení z rozhodovací praxe ÚOHS.

[35] Stěžovatel musí v kasační stížnosti zásadně reagovat na argumentaci krajského soudu a uvádět, z jakých důvodů jsou závěry, které krajský soud v napadeném rozhodnutí uvedl, nesprávné. Za takovou reakci stěžovatele, kterou by bylo možné postavit proti závěrům krajského soudu, nelze v této části považovat převzatou argumentaci z kasační stížnosti, o které rozhodl Nejvyšší správní soud rozsudkem *Dobrovolný svazek obcí Jaroměřsko I*, neboť se svým obsahem zjevně mýjí s důvody rozhodnutí krajského soudu v nyní projednávané věci. Nejvyšší správní soud proto konstatuje, že námitky stěžovatele týkající se legitimního očekávání ve správní praxi ÚOHS jsou nepřijatelné podle § 104 odst. 4 s. ř. s. Na tomto závěru nic nemění stěžovatelovo obecné tvrzení v bodě 93 kasační stížnosti, dle kterého závěry rozsudku *Povodí Labe* nejsou v rozporu s jeho argumentací. Stěžovatel nijak blíže nespecifikoval, z jakých konkrétních důvodů není jeho argumentace v rozporu, a o které závěry zmíněného rozsudku se má přesně jednat. Za takové situace není úkolem Nejvyššího správního soudu za stěžovatele tyto důvody domýšlet.

III. D. K námitce vady řízení podle § 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s.

pokračování

[36] Stěžovatel dále namítá nesprávný postup správce daně a žalovaného, kteří rozhodovali fakticky na základě jediného důkazu, a to notářského zápisu, přestože stěžovatel navrhoval provedení dalších důkazů, které mohly prokázat průběh losování.

[37] Nejvyšší správní soud se ztotožňuje s odůvodněním krajského soudu ohledně provedení notářského zápisu jakožto základního a rozhodujícího důkazu, a s neprovedením jiných důkazů, a odkazuje proto na příslušné pasáže rozsudku krajského soudu v části V.1. Právě notářský zápis osvědčuje, co se během losování skutečně stalo. Provedení důkazů, kterých se stěžovatel domáhá, by na výsledek nynějšího řízení nemohlo mít sebemenší vliv, neboť všechny tyto důkazy směřují k objasnění toho, zda se stěžovatel během losování dopustil skutečně nezákonné manipulace. Jak již ale Nejvyšší správní soud uvedl, o to v této věci vůbec nejde. Porušení zásady transparentnosti znamená především to, že v zadavatelském postupu jsou 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. To, že ve skutečnosti k žádným manipulacím se zakázkou nedošlo, je již pro hodnocení porušení zásady transparentnosti bez významu (srov. k tomu blíže rozsudek ve věci *Karlovarská losovačka*, body 43 a 44).

[38] Stěžovatelovy návrhy na provedení dalších důkazů zůstaly zcela obecné a vágní, v duchu jeho teze, že je možné, že nějaká podstatná okolnost v notářském zápisu chybí. Notářský zápis dle stěžovatele nemusel zachytit vše podstatné, co se během losování stalo. Nejvyšší správní soud v tomto plně odkazuje na bod 33 napadeného rozsudku, dle něhož sama skutečnost, že notářský zápis doslovně nezaznamenává přímou řeč přítomných osob či učiněných projevů zadavatele, zástupců a přítomných zájemců, neznamená, že by notářský zápis neobsahoval všechny nezbytné informace zachycené z projevů přítomných, z nichž žalovaný a správce daně mohli ve své rozhodovací činnosti vycházet a opřít o ně své závěry. Krajský soud správně uvedl, že pokud by obsah notářského zápisu byl vyvrácen, či podstatně korigován, bylo by nutně na místě konstatovat, že postup stěžovatele jako zadavatele je v této části nepřezkoumatelný, jelikož by v souvislosti s losováním nebyl k dispozici řádně pořízený notářský zápis osvědčující všechny rozhodné skutečnosti. Již sama tato skutečnost by tedy nutně působila netransparentně z hlediska průběhu losování veřejné zakázky mj. z toho důvodu, že by materiálně nebyla splněna jedna z podmínek § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, které stanoví, že losování provede veřejný zadavatel za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování. Nejvyšší správní soud s těmito závěry plně souhlasí a dodává, že pokud by snad stěžovatel vysvětloval nepřecíslování nějakými argumenty, jež by vyplynuly z navrhovaných výsledků osob přítomných losování, a které by se z nějakého důvodu nedostaly do notářského zápisu, bylo by to samo o sobě porušením § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, stejně jako porušením principu transparentnosti.

[39] Nejvyšší správní soud závěrem neshledal důvodnou námitku, dle které správce daně neprovedl důkaz Zprávou EZÚ o zkoušce losovacího zařízení spolu s předávacím protokolem, nijak se těmito důkazy nezabýval a nedovožoval z nich žádné závěry. Jak správně uvedl krajský soud v bodě 36 napadeného rozsudku, správce daně se zmíněnými důkazy zabýval na str. 14 zprávy o daňové kontrole, přičemž dospěl k závěru, že *„[a]čkoliv správce daně o existenci protokolu o přezkoušení nepochybuje, je zcela jednoznačné, že ani takový protokol není nezvratným důkazem, že losovací řízení nemohlo být předem nastaveno*

ke konkrétnímu výběru čísel...“ Navrhované důkazy by tak podle správce daně nemohly přispět k objasnění rozhodných skutečností, tj. stavu losovacího zařízení před a v průběhu losování. Nejvyšší správní soud proto uzavírá, že ze zprávy o daňové kontrole přinejmenším implicitně vyplývá, proč správce daně navrhované důkazy neprovedl, nezatížil tak rozhodnutí vadou tzv. opomenutého důkazu.

IV. Závěr a náklady řízení

[40] Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná. Ze shora uvedených důvodů proto kasační stížnost podle § 110 odst. 1 věty poslední s. ř. s. zamítl.

[41] Nejvyšší správní soud rozhodl o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti podle § 60 odst. 1 věty první s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel nebyl v řízení o kasační stížnosti úspěšný, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému, kterému by jinak právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti příslušelo, soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, neboť mu v řízení o kasační stížnosti žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně 21. ledna 2021

Petr Mikeš
předseda senátu