



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Ústí nad Labem rozhodl v senátě složeném z předsedy Ing. Mgr. Martina Jakuba Bruse a soudců JUDr. Jiřího Derfla a JUDr. Martiny Vernerové ve věci

žalobce: **město Krásná Lípa**, IČO: 25436911,
sídlem Masarykova 246/6, 407 46 Krásná Lípa,
zastoupená Mgr. Davidem Hejzlarem, advokátem,
sídlem 1. máje 97/25, 460 07 Liberec,

proti

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

o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 21. 12. 2017, č. j. 55543/17/5000-10470-703359,

takto:

- I. Rozhodnutí Odvolacího finančního ředitelství ze dne 21. 12. 2017, č. j. 55543/17/5000-10470-703359, se **pro nezákonnost zrušuje** a věc se **vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný je **povinen** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení ve výši **19 456 Kč** do třiceti dnů ode dne právní moci tohoto rozsudku.

Odůvodnění:

1. Žalobce se žalobou podanou v zákonem stanovené lhůtě domáhal zrušení rozhodnutí žalovaného Odvolacího finančního ředitelství ze dne 21. 12. 2017, č. j. 55543/17/5000- Shodu s prvopisem potvrzuje I. T.

17/2018

10470-703359, (dále jen napadené rozhodnutí), kterým byl k jeho odvolání změněn výrok platebního výměru na odvod za porušení rozpočtové kázně č. 224/D/2016 vydaného Finančním úřadem pro Ústecký kraj (dále jen „správce daně“) dne 7. 9. 2016, č. j. 2002443/16/2500-31471-506373, (dále i jen „platební výměr č. 1“) tak, že se žalobci vyměřuje odvod do státního fondu za porušení rozpočtové kázně ve výši 486 555 Kč namísto ve výměru uvedených 488 743 Kč, a výrok platebního výměru na odvod za porušení rozpočtové kázně č. 223/D/2016 vydaného správcem daně dne 7. 9. 2016, č. j. 2002418/16/2500-31471-506373, (dále i jen „platební výměr č. 2“) tak, že se žalobci vyměřuje odvod do Národního fondu za porušení rozpočtové kázně ve výši 8 271 425 Kč namísto ve výměru uvedených 8 308 619 Kč. Zároveň je ve výrocích platebních výměrů po změně provedené žalovaným nově uvedeno, že k úhradě se ukládá 291 933 Kč (u platebního výměru č. 1), resp. 4 962 855 Kč (u platebního výměru č. 2), neboť poskytovatelem nebyla částka 194 622 Kč (u platebního výměru č. 1), resp. 3 308 570 Kč (u platebního výměru č. 2) vyplacena. Žalobce se zároveň domáhal toho, aby soud uložil žalovanému povinnost nahradit mu náklady soudního řízení.

Žaloba

2. Žalobce uvedl, že správce daně založil své závěry týkající se údajně netransparentního losování, kterým došlo k omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku z celkového počtu 30 na vylosovaných 10, na nesprávném a neúplném zjištění a posouzení skutkového stavu a právních otázek. V rámci projednávání věci žalobce podle svých slov dodržel všechny zásady uvedené v § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 3. 2012 (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), včetně správcem daně zpochybňované zásady transparentnosti. Není podle něj pravdou, že by neprovedl či neumožnil kontrolu losovacího zařízení. Předchozí kontrola losovacího zařízení byla řádně provedena, a to pověřeným státním orgánem, a stejně tak byla žalobcem nabízena rovněž i následná kontrola po provedeném losování. K tomu žalobce poukázal na str. 3 napadeného rozhodnutí, kde sám žalovaný připouští, že žalobce ve skutečnosti umožnil odvést zapečetěné losovací zařízení ke kontrole přímo po losování. To však je v rozporu s jeho tvrzením na str. 6, jakož i s tvrzením správce daně ve zprávě o kontrole č. j. 982354/16/2500-31471-506373, (dále jen „zpráva o kontrole“), že žalobce tuto kontrolu neumožnil.
3. Žalobce dodal, že výslovně nabídl, že ihned po skončení losování bylo možné losovací zařízení znovu odvést do Elektrotechnického zkušebního ústavu, s.p., (dále jen „EZÚ“) ke kontrole, přítomní však tuto nabídku nevyužili. Dané řízení tak podle něj bylo všemi přítomnými (včetně zástupce poskytovatele dotace) vnímáno jako zcela transparentní.
4. Vytýkané neumožnění kontroly losovacího zařízení (tj. kontroly přímo na místě) je navíc podle žalobce nezbytné hodnotit věcně, když kontrola losovacího zařízení přímo na místě by znamenala kontrolu počítačového programu, který byl v losovacím zařízení nainstalován. Je přitom zřejmé, že ke kontrole programu však účastníci losování nemohli být na místě losování bezprostředně před jeho zahájením vybaveni (technicky, odborně či jinak). Taková kontrola s ohledem na povahu losovacího zařízení zájemcům umožněna na místě být objektivně nemohla, proto se jeví jako zcela dostatečné, že žalobce nabídl možnost bezprostřední kontroly zapečetěného zařízení u k tomu příslušného státního subjektu EZÚ.

Shodu s prvopisem potvrzuje I. T.

5. Na transparentnost losování podle žalobce nemohlo mít vliv ani neprovedení přechíslování čísel přidělených zájemcům před samotným provedením losování, které požadoval jeden ze zájemců. Má tomu být ve skutečnosti spíš naopak, neboť právě pokud by došlo k zásahu do příslušného systému a provedení přechíslování, mohla by být transparentnost postupu žalobce mnohem spíše zpochybněna. Poukázal přitom na to, že předmětné losovací zařízení pracuje na principu matematického generátoru pseudonáhodných čísel a dle zprávy EZÚ zařízení zaručuje rovné podmínky pro všechny účastníky losování, znemožňuje neoprávněné zásahy v neprospěch nebo prospěch účastníků losování a znemožňuje neoprávněnou manipulaci s evidencí dat. Z uvedeného potvrzení nezávadnosti losovacího zařízení státním podnikem vyplývá naplnění základního předpokladu transparentnosti daného losování. Daňové orgány naopak svoji pochybnost o netransparentnosti nepodložily žádným důkazem, který by vyvracel doloženou skutečnost, že předmětné losovací zařízení bylo v tomto ohledu řádně zkontrolováno a potvrzeno jako vyhovující.
6. „Přechíslování“ zájemců by navíc bylo v rozporu se zveřejněnými pravidly, neboť v Informačním systému o veřejných zakázkách bylo uvedeno, že čísla budou přiřazena podle data doručení žádostí. Závěr daňových orgánů tak podle žalobce nemá žádné správné řešení, přičemž žalovaný se s touto odvolací námitkou dostatečně nevypořádal. Vzhledem ke konstrukci losovacího zařízení (programu – matematického generátoru náhodných čísel) přechíslování objektivně nebylo možné, což daňové orgány nijak nešetřily. Tuto otázku měly s ohledem na její složitost a i s ohledem na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 10 Afs 24/2014 (zejm. bod 33) nechat posoudit externím odborníkem. Žalobce odborné posouzení považuje za nezbytný předpoklad pro možnost zodpovězení souvisejících otázek jako například zda lze (bez demontáže a bez vlivu na následnou další funkčnost, neporušenost apod.) zkontrolovat zdrojový kód zařízení a kontrolu instalace Wi-Fi, touch green a dalších prvků zařízení?
7. Dále žalobce namítal, že přestože v odvolání provedl analýzu nabídek vylosovaných uchazečů, ze které jednoznačně vyplynulo, že výsledky losování nebyly nijak nekorektní či zkreslené, ani neobsahovaly žádné extrémní hodnoty, které by měly vést k pochybnostem o tomto losování, žalovaný se v napadeném rozhodnutí omezil na pouhé konstatování, že příslušnou analýzu nabídek vylosovaných uchazečů považuje za irelevantní. Dle analýzy přitom byl náhodným výběrem vybrán naprosto transparentní vzorek uchazečů a jejich konkrétních nabídek a nic nenasvědčuje jakékoliv účelové manipulaci. Žalobce namítá, že žalovaný k této odvolací námitce dostatečně nepřihlédl a nijak se s ní ve svém rozhodnutí nevypořádal.
8. Nesprávně vypořádána měla být žalovaným i námitka nezohlednění finanční korekce ve výši 10 %, která byla předmětnému projektu udělena na základě přípisu poskytovatele předmětné dotace. Tato korekce, které si byly daňové orgány vědomy, měla být podle žalobce respektována.
9. Nezákonný byl i postup správce daně spočívající v zahájení a vedení daňové kontroly, což vedlo k nezákonnosti správních rozhodnutí vydaných na jejím základě. Stěžejní pro kontrolní zjištění správce daně byly podle žalobce skutečnosti uvedené v notářském zápisu č. NZ 168/2011 ze dne 27. 10. 2011, další skutečnosti uvedené jako kontrolní zjištění vycházely z rozsudku Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 62 Af 61/2012 ze dne 6. 6. 2013, který se týkal společnosti ALPINE Bau CZ s.r.o. Podle žalobce správce daně v

Shodu s prvopisem potvrzuje I. T.

17/2018

daňové kontrole neprováděl žádné vlastní šetření, neprováděl žádný vlastní kontrolní postup, na jehož základě by mohl učinit kontrolní zjištění, nýbrž toliko převzal bez dalšího závěry jiných orgánů uvedené v podnětu poskytovatele dotace, což je v rozporu s § 92 odst. 2 zákona č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „daňový řád“).

10. O pouhém převzetí závěrů jiného orgánu bez provedení vlastního šetření podle žalobce svědčí i str. 8 zprávy o kontrole, kde je uvedeno: „*Nikdo další ... se nepřipojil a žádné změny losovacího procesu nežádal. Na základě uvedeného byl poskytovatelem vypracován Kontrolní list k prověření transparentnosti.*“ Tak tomu však podle žalobce nebylo. Z písemnosti poskytovatele ze dne 15. 4. 2014 totiž vyplývá, že příslušný kontrolní list byl výstupem z kontroly notářských zápisů až na základě předmětných rozsudků (k tomu viz citace: „*Kontrola probíhala prostřednictvím kontrolního listu, který byl na základě výše zmíněných rozsudků zpracován.*“). Ze závěrů správce daně tedy podle žalobce vyplývá, že příslušný kontrolní list vznikl současně s losováním. Ve skutečnosti však prokazatelně vznikl až jako důsledek vydání rozsudků Městského (pozn. soudu – myšleno zřejmě Krajského) soudu v Brně, což je rozhodující pro posouzení toho, zda v posuzované otázce došlo, či nedošlo ke změně správní praxe. Žalobce proto namítá, že vydané platební výměry spočívaly na prokazatelně nepravdivém výchozím předpokladu správce daně, přičemž žalovaný postupoval stejně tak nezákonným způsobem, když tento postup správce daně v daňové kontrole bez výhrad potvrdil.
11. Dále žalobce namítl, že rozsudky Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2012-108 a č. j. 62 Af 47/2010-53, na které se daňové orgány v dané věci odvolávaly, byly vydány v případech, které se nijak netýkají žalobce. Správce daně k nim přesto přistupoval způsobem, jako by se jednalo o rozhodnutí řešící předběžnou otázku v řízení s žalobcem jako příjemcem dotace, a na tato rozhodnutí se bez dalšího odkázal. Žalovaný sice tento postup správce daně popírá, nicméně později v odvolacím rozhodnutí (na str. 12) se na tyto rozsudky opětovně odkazuje s tím, že v nich byla „*řešena skutkově shodná věc*“. Žalobce namítá, že žalovaný tímto vyjádřením potvrdil nesprávný postup správce daně, navíc v citovaném posouzení zcela pominul významné rozdíly v posuzovaných případech, na které žalobce ve svém odvolání poukazoval.
12. V případě rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 47/2010-53 se jednalo o zcela odlišnou situaci, než je případ žalobce, neboť tento rozsudek řešil losování na základě přeložených kartiček z neprůhledné losovací nádoby. O skutkově odlišný případ s nejasnými závěry ve vztahu k jeho případu šlo i v případě rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2012-108. Podle uvedených rozsudků je v případě omezení počtu zájemců o účast v zadávacím řízení porušena transparentnost, pokud dojde ke kombinaci různých okolností. Právě až teprve kombinace jednotlivých prvků je způsobilá založit pochybnost o férovosti losovacího zařízení. Žalobce namítá, že tato kombinace faktorů v jeho případě nenastala. Z tohoto důvodu nelze vztáhnout závěry z těchto rozsudků na daný případ, natož pak bez dalšího (tj. bez přezkoumatelné správní úvahy), jak učinily daňové orgány. U žalobce na rozdíl od případů ve výše uvedených rozsudcích bylo najisto postaveno, že bylo použito totožné losovací zařízení, které bylo předmětem zkoušky před EZÚ, byla ověřena jeho neporušenost a číslo plomby. Další odlišností, kterou daňové orgány nevzaly v potaz, bylo to, že správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže bylo v případech dle uvedených rozsudků vedeno na návrh neúspěšného zájemce. V případě žalobce však žádný ze zájemců tímto způsobem nepostupoval a transparentnost Shodu s prvopisem potvrzuje I. T.

nezpochybnil. Toto řízení bylo zahájeno z údajné úřední povinnosti více než dva roky po losování. Žalobce uzavřel, že kontrolní zjištění nereflexuje skutečný stav projednávané věci a nemůže být zákonným podkladem pro vyměření odvodu za porušení rozpočtové kázně.

13. Dále žalobce poukázal na to, že kontrolní list z příslušného losování byl poskytovatelem (projektovou manažerkou Státního fondu životního prostředí ČR) vypracován dodatečně, a to až po vydání rozsudků správních soudů. Není na něm uvedeno datum losování ani datum vyhotovení. Odpověď NE na otázku č. 18 (*„Požádal někdo z účastníků o výměnu čísel přidělených pro losování jednotlivým nabídkám? Pokud ano, jak je zadavatel vypořádal?“*) je podle něj v rozporu s vyhotoveným notářským zápisem. Tímto zjevným rozporem se daňové orgány nikterak nezabývaly přesto, že prostřednictvím kontrolního listu vyhotoveného na základě notářského zápisu měla být provedena kontrola Ministerstva životního prostředí.
14. Rozsudky považující za netransparentní takový postup, při kterém v případě losování vznikne pochybnost o transparentnosti, aniž by úmyslná manipulace byla prokázána, byly prokazatelně vydány až po provedení omezení počtu uchazečů losováním. Závěry z nich vyplývající byly na věc žalobce daňovými orgány nepřijatelně aplikovány zpětně, když zadávací řízení u žalobce probíhalo za zcela jiné správní praxe. Žalobce má za to, že mu nelze vytýkat jeho postup a odvolávat se na později vydané rozsudky. Ze správního spisu je zřejmé, že poskytovatel dotace provedl podrobnou kontrolu a aplikoval uvedený právní výklad až v návaznosti na předmětný rozsudek, zatímco do té doby i on považoval postup žalobce za legitimní a legální. Žalobce namítl, že pokud by poskytovatel považoval omezení počtu zájemců losováním za netransparentní v době jeho konání či bezprostředně poté, pak by zcela jistě nepřistoupil dne 25. 1. 2013 k vydání rozhodnutí o poskytnutí dotace (smlouva o poskytnutí dotace byla podepsána až dne 8. 3. 2013). Jedná se o zcela zásadní skutečnost, přičemž žalobce namítá, že se s ní žalovaný ve svém rozhodnutí nijak nevypořádal. Žalobce se domnívá, že jej nelze sankcionovat za to, že v reálném čase postupoval ve shodě s obecným právním názorem, který evidentně odpovídal dokonce i právnímu názoru poskytovatele dotace. Za nepřijatelné považuje to, aby mu případná změna výkladu a praxe na základě vydaných rozsudků správních soudů byla přičítána zpětně k tíži ve vztahu k případu, který nastal o několik let dříve. Poukázal přitom na potřebu ochrany jeho legitimního očekávání ve vztahu ke správní praxi a zásadně nepřipouštěnou retroaktivnost její změny. Ani žalovaný navzdory svému tvrzení nedoložil, že by správní praxe týkající se posuzování otázky transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách odpovídala v období roku 2011 tomu, jak vůči žalobci následně daňové orgány postupovaly v letech 2015 a následujících. Žalobce tedy namítl, že způsob, jakým je pojem transparentnosti nyní vykládán, není shodný s tím, jak tento pojem ve své praxi vykládaly daňové orgány a poskytovatel dotace v roce 2011.
15. Žalovanému žalobce vytýkal rovněž to, že se nijak nevyjádřil k jeho odvolací námitce, podle které poukazoval na to, že oznámení podezření na porušení rozpočtové kázně nebylo sděleno jen žalobci, ale také i mnoha dalším subjektům, které v zadávacím řízení použily v dobré víře stejné losovací zařízení. Tato námitka přitom svědčí o prokazatelné změně správní praxe a o tom, že v této souvislosti daňové orgány přistoupily k plošnému řešení vůči všem dotčeným subjektům. Tomu, že takových případů bylo více, nasvědčují i písemnosti z rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Žalobce však nedisponoval možnostmi získat jejich seznam, proto jeho případné opatření ponechal na Shodu s prvopisem potvrzuje I. T.

správci daně. Tento důkaz však nebyl nijak reflektován. Tím byly ze strany daňových orgánů porušeny zásady *in dubio pro libertate* a *in dubio mitius*.

Vyjádření žalovaného k žalobě

16. Žalovaný k výzvě soudu předložil správní spis a písemné vyjádření k žalobě, kterou navrhoval zamítnout. Ve vyjádření shrnul průběh řízení před daňovými orgány s tím, že žalobní námitky korespondují s těmi odvolacími, ke kterým se již vyjádřil v napadeném rozhodnutí, na jehož odůvodnění odkázal. Dodal, že v případě losování na elektronickém losovacím zařízení k porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. K tomu v případě žalobce došlo souběhem toho, že neumožnil jednomu z uchazečů o veřejnou zakázku před započítáním losování kontrolu losovacího zařízení a prostředků sloužících k losování a dále také zamítl požadavek na přecíslování zájemců (změnu čísel předem přidělených jednotlivým zájemcům).
17. Žalovaný rovněž uvedl, že „korekci“ (finanční opravu) vyčíslenou poskytovatelem dotace ve výši 10 % ve smyslu dopisu Evropské komise č. j. ARES(2013)3366900 ze dne 29. 10. 2013 správce daně při stanovení odvodu za porušení rozpočtové kázně nemohl akceptovat, neboť dle tohoto dopisu nebyly poskytovatelem dotace zapracovány do Rozhodnutí, jak vyplývá z ustanovení § 14 odst. 7 zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „rozpočtová pravidla“).
18. Daňová kontrola byla podle žalovaného omezena jen na prověření skutečností uvedených v podnětu poskytovatele. K tomu byly přiloženy veškeré k tomu potřebné dokumenty a bylo z nich možno ověřit, že podezření poskytovatele se zakládá na pravdě, tedy že došlo k porušení podmínek dotace. Správce daně proto nepovažoval za nutné doplňovat další písemnosti. Žalobce byl navíc vyzván, aby případně navrhl další důkazy, ze kterých by vyplývalo, že podmínky dotace splnil. Ze spisového materiálu nevyplývá, že by žalobce zpochybnil shodu písemností předložených poskytovatelem s originálem, a nepředložil ani žádné písemnosti, které by jejich obsah zpochybňovaly. V odvolacím řízení žalovaný vyzval poskytovatele dotace, aby objasnil rozsah financování projektu, a na základě jeho odpovědi pak snížil stanovený odvod a do výroku rozhodnutí včlenil též pasáž o neproplacené části dotace.
19. Žalovaný závěrem odmítl výklad žalobce, že došlo k nepřípustně retroaktivní změně správní praxe v souvislosti s judikaturou soudu. Zdůraznil, že již v době předmětného losování existoval rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, který se zabýval případem tzv. Karlovarské losovačky. Citovaný rozsudek provedl poměrně jasný výklad pojmu „transparentnost“, který samozřejmě dopadá i na případ žalobce.

Replika žalobce

20. Žalobce v replice setrval na svých námitkách uplatněných v žalobě.

Shodu s prvopisem potvrzuje I. T.

17/2018

Doplnění žaloby

21. Žalobce soudu dne 14. 12. 2018 doručil podání označené jako doplnění žaloby, ve kterém poukázal na to, že dne 18. 7. 2018 byl ve skutkově totožné věci téhož žalobce proti žalovanému Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže vydán Nejvyšším správním soudem rozsudek č. j. 6 As 59/2018-75, kterým bylo rozhodnuto o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 23. 1. 2018, č. j. 29 Af 114/2015-332. Žalobce uvedl, že závěry učiněné Nejvyšším správním soudem v tomto rozsudku a jemu předcházející řízení mají význam taktéž i ve vztahu k meritornímu rozhodnutí v projednávaném případě.

Vyjádření žalovaného k doplnění žaloby

22. Žalovaný na podání žalobce nazvané doplnění žaloby reagoval poukazy na § 72 odst. 1 a § 75 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“) a rozdílnou činnost orgánů finanční správy a Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zrušené nově namítaným rozsudkem Nejvyššího správního soudu dne 18. 7. 2018, č. j. 6 As 59/2018-75, bylo jedním, nikoli jediným podkladem pro rozhodování o uložení odvodu za porušení rozpočtové kázně. Dodal, že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže svým novým rozhodnutím ze dne 6. 12. 2018, č. j. ÚOHS-R464/2014/VZ-36193/2018/323/MBr, které žalovaný ke svému vyjádření připojil, ve věci opětovně rozhodl tak, že výrok č. I potvrdil, výrok č. II zrušil a původně uloženou správní sankci snížil na 120 000 Kč. Žalobce dále také v souvislosti s rozsudkem Nejvyššího správního soudu ve věci správního deliktu podal žalovanému podnět k nařízení přezkoumání žalobou napadeného rozhodnutí dle § 121 daňového řádu. Žalovaný na předmětné podání odpověděl přípisem ze dne 26. 3. 2019, č. j. 12733/19/5000-10470-703359, který žalovaný ke svému vyjádření soudu rovněž připojil, v tom smyslu, že k porušení rozpočtové kázně došlo, proto není důvod k nařízení přezkoumání rozhodnutí o odvolání.

Posouzení věci soudem

23. O žalobě soud rozhodl v souladu s § 51 odst. 1 s. ř. s. bez jednání, neboť žalovaný s tímto postupem výslovně souhlasil a žalobce do dvou týdnů od doručení příslušné výzvy nesdělil svůj nesouhlas s takovýmto projednáním, ačkoli byl ve výzvě výslovně poučen, že nevyjádří-li se v dané lhůtě, má se za to, že souhlas s rozhodnutím bez jednání byl udělen.
24. Napadené rozhodnutí žalovaného soud přezkoumal v řízení podle části třetí hlavy druhé prvního dílu s. ř. s., který vychází z dispoziční zásady vyjádřené v § 71 odst. 1 písm. c), písm. d), odst. 2 větě druhé a třetí a v § 75 odst. 2 větě první s. ř. s. Z této zásady vyplývá, že soud přezkoumává zákonnost rozhodnutí správního orgánu pouze v rozsahu, který žalobce uplatnil v žalobě nebo během dvouměsíční lhůty po oznámení napadeného rozhodnutí ve smyslu § 72 odst. 1 věty první s. ř. s. Povinností žalobce je proto tvrdit, že rozhodnutí správního orgánu nebo jeho část odporuje konkrétnímu zákonnému ustanovení, a toto tvrzení zdůvodnit. Nad rámec žalobních bodů musí soud přihlídnout toliko k vadám napadeného rozhodnutí, k nimž je nutno přihlížet bez návrhu, včetně prekluze daňové povinnosti, nebo které vyvolávají nicotnost napadeného rozhodnutí podle § 76 odst. 2 s. ř. s. Takové nedostatky však v projednávané věci nebyly zjištěny.

Shodu s prvopisem potvrzuje I. T.

17/2018

25. Na tomto místě soud předesílá, že po přezkoumání skutkového a právního stavu a po prostudování obsahu předloženého správního spisu dospěl k závěru, že žaloba je důvodná.
26. Z předloženého správního spisu soud zjistil, že žalobce dne 27. 9. 2011 zahájil zadávací řízení na podlimitní veřejnou zakázku na stavební práce „Kanalizace Krásná Lípa“. Žalobce zadával zakázku v užším řízení (§ 28 zákona o veřejných zakázkách). Dle oznámení o zahájení zadávacího řízení žalobce předpokládal vyzvat k podání nabídky (k účasti v zadávacím řízení) 10 zájemců, jež vybere losem v souladu s § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Losování proběhlo dne 24. 10. 2011 za účasti zástupců uchazečů, kdy všichni uchazeči splnili kvalifikační předpoklady, a notářky JUDr. Libuše Žatecké, která o průběhu losování sepsala notářský zápis ze dne 27. 10. 2011, sp. zn. NZ 168/2011, N 177/2011.
27. Podle něj losování probíhalo pomocí matematického generátoru pseudonáhodných čísel CENT LOZ 001, který bylo možné otevřít pouze vyklopením zadního víka opatřeného bezpečnostní pečeti, bez kterého je nelze otevřít ani v něm či aplikaci provádět jakékoli změny. Moderátor losování JUDr. J. B. přítomné po seznámení s charakteristikou losovacího zařízení a principem, na kterém funguje, dále informoval, že ihned po skončení losování je možnost nechat zapečetěné losovací zařízení zkontrolovat u EZÚ.
28. Před losováním náhodně vybraný zástupce jednoho z uchazečů zkontroloval číslo losovacího zařízení i neporušenost plomby a její číslo. Podle něj souhlasilo číslo losovacího zařízení a plomba č. 056916 byla neporušena. Zástupce dalšího z uchazečů, společnosti Průmstav, a.s., se dotázal, zda je možné před samotným losováním zkontrolovat zdrojový kód zařízení a ověřit, zda není možné toto zařízení na dálku nějak ovlivnit, přičemž se domáhal otevření zařízení. Zástupce administrátora veřejné zakázky pan O. Č. to neumožnil, odkázal na zprávu o zkoušce losovacího zařízení u EZÚ, která byla přítomným k dispozici, a znovu upozornil na možnost následného přezkoušení zařízení u EZÚ. Otevření zařízení vyloučil, neboť po porušení plomby by nebylo možné zaručit transparentnost losování.
29. Následně v kooperaci se zástupci uchazečů proběhla zkouška losovacího zařízení, přičemž další ukázky uchazeči nepožadovali. Po ukázce byla uchazečům v souladu s tím, jak bylo předem avizováno, přidělena čísla odpovídající pořadí, v němž doručili žalobci žádosti o účast v zadávacím řízení. Zástupce společnosti Průmstav, a.s., vznesl požadavek na přechíslování uchazečů. Tuto žádost zástupce administrátora veřejné zakázky zamítl s tím, že přidělení čísel bylo provedeno zcela transparentně na základě objektivního kritéria, které bylo zájemcům od počátku známé z oznámení o zahájení zadávacího řízení. Losování se nezúčastnili zástupci všech zájemců, vůči nimž by přechíslování nebylo transparentní. Nebyla přítomna ani osoba, která by přechíslování mohla provést tak, aby je bylo možné považovat za transparentní. Žádný další zájemce se k požadavku zástupce společnosti Průmstav, a.s., nepřipojil, a proto proběhlo losování, při němž bylo vybráno deset uchazečů. Nabídky následné kontroly zapečetěného losovacího zařízení u EZÚ nikdo z přítomných uchazečů nevyužil.
30. Součástí notářského zápisu byla zpráva o zkoušce elektronického losovacího zařízení CENTLOZ001 ze dne 10. 3. 2011 vydaná EZÚ, dle níž „*okolnost, jež určuje výsledek losování není předem nikomu známa a je takového druhu, že nemůže být provozovatelem ani další osobou ovlivněna. Zařízení nevyužívá pro losování žádné prvky mimo zařízení, proces* Shodu s prvopisem potvrzuje I. T.

probíhá pouze za pomoci instalovaného software uvnitř zařízení“, předávací protokol elektronického losovacího zařízení ze dne 10. 10. 2011, protokol o výsledku losování ze dne 24. 10. 2011 a seznam účastníků losování.

31. Podle § 61 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách platilo, že omezil-li veřejný zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, provede výběr ze zájemců, kteří řádně prokázali splnění požadované kvalifikace, a to podle objektivních kritérií podle odstavce 2 nebo 4 uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Takovým objektivním kritériem mohl být i náhodný výběr provedený losem. Veřejný zadavatel byl povinen provést losování v souladu se zásadami uvedenými v § 6 prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování. Účastnit se losování mají právo zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním (§ 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách). Zadavatel je povinen umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování (§ 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách).
32. Podle § 6 zákona o veřejných zakázkách byl zadavatel povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
33. Podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, č. 2189/2011 Sb. NSS, *„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“. V rozsudku ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012-55, č. 2714/2012 Sb. NSS, Nejvyšší správní soud v podobném duchu konstatoval, že „posouzení transparentnosti losování v žádném případě 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. K tomu může dojít i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo. [...] pochybnosti mohou vzejít i z pouhé neschopnosti působit navenek při losování férově“.*
34. Transparentnost je neurčitým právním pojmem. Jeho definování v právních předpisech nemusí být vhodné, dokonce ani možné, a to i proto, aby takové normy mohly pružně reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti jakákoliv konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat. Z judikatury Nejvyššího správního soudu (například té citované výše) vyplývá, že podmínkou pro dodržení zásady transparentnosti bylo zajistit takový průběh zadávacího řízení, který se navenek jeví jako férový a řádný.
35. Ústavní soud ve svém nálezu ze dne 25. 10. 2021, sp. zn. II. ÚS 2191/20, shrnul, že *„u losování elektronickými zařízeními nebylo dlouhou dobu jasné, jak lze zkontrolovat před zahájením losování elektronické losovací zařízení a rovněž zde vyvstávaly otázky ohledně zajištění transparentnosti takového losování. Později judikatura dovodila, že právě přechíslování zájemců před losováním, pokud o to požádal jeden zájemců, k transparentnosti přispěje“.*
36. Poprvé se přitom k transparentnosti v případě losování elektronickým zařízením a ke kontrole tohoto zařízení vyjádřil Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, tedy téměř dva roky po proběhlém losování v nynější věci. Žalobu podal jeden ze zájemců, který se účastnil losování, nebyl vylosován a vnímal zadávací řízení jako Shodu s prvopisem potvrzuje I. T.

netransparentní. Kombinace různých faktorů v dané věci podle krajského soudu způsobila, že omezení počtu zájemců skutečně navenek nepůsobilo transparentně. Například zpráva Elektrotechnického zkušebního ústavu o zkoušce losovacího zařízení se nijak nezabývala samotným procesem losování, z notářského zápisu neplynulo, že by notář ověřil číslo losovacího zařízení použitého v losování s číslem zařízení ve zprávě o zkoušce losovacího zařízení atd. De facto jediným způsobem, jak mohli sami zájemci sledovat transparentnost losování, byl vzhledem k technické povaze losovacího zařízení způsob navržený jedním ze zájemců, a sice změnit čísla přiřazená jednotlivým zájemcům bezprostředně před losováním (viz potvrzující rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49).

37. Při výkladu neurčitého právního pojmu transparentnosti a abstraktního pojmu „*kontroly losovacího zařízení*“ tedy správní soudy vytvořily ve své judikatuře další povinnost zadavateli zakázek, a to umožnit přecíslování zájemců bezprostředně před losováním. Tato povinnost však byla vytvořena až poté, co žalobce organizoval veřejnou zakázku, a proto mu její nedodržení nemohou orgány státní moci přičítat k tíži a jen na základě jejího nedodržení požadovat vrácení dotace či její části. V tomto směru je nutno přisvědčit názoru žalobce, že v tom případě by došlo k zásahu do právní jistoty a předvídatelnosti práva.
38. Ze závěrů rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013 č. j. 62 Af 61/2012-108, později rozpracovanými další judikaturou správních soudů, vycházel žalovaný i ve věci žalobce. Zdejší soud však má ve shodě s názorem Ústavním soudem vyjádřeným v nález ze dne 25. 10. 2021, sp. zn. II. ÚS 2191/20, za to, že „*dovodí-li judikatura specifický požadavek pro zajištění transparentnosti losování, nemohou být předcházející losování automaticky označena za netransparentní pouze z toho důvodu, že v nich takový požadavek nebyl dodržen*“. Rozdíl oproti případům posuzovaným v rozhodnutích, ze kterých vycházely v nyní projednávané věci daňové orgány, přitom zdejší soud v projednávané věci shledal v průběhu losování a souhrnu veškerých opatření, která byla při zkoumání losování ze strany osob, které je zajišťovaly, provedena či potenciálně dotčeným osobám alespoň nabídnuta (kontrola zařízení EZÚ před losováním, vizuální kontrola a identifikace losovacího zařízení a plomby provedená náhodně vybraným zástupcem uchazečů, zkouška zařízení provedená v součinnosti s přítomnými zástupci uchazečů a nevyužitá nabídka kontroly zapečetěného zařízení EZÚ bezprostředně po skončení losování). Z takového postupu se soudu jeví, že ze strany žalobce bylo učiněno co nejvíce kroků k zajištění dostatečné transparentnosti losování. Daňové orgány však v napadených rozhodnutích vycházely primárně z toho, že k porušení zásady transparentnosti došlo tím, že na žádost jednoho z uchazečů nebylo umožněno přecíslování zájemců losování bezprostředně před losováním. Vycházely tedy z požadavku, který na losování klade judikatura pocházející až z období po proběhlém losování v dané věci, a to aniž by při tom dostatečně a v souhrnu zohlednily i další skutečnosti spojené s průběhem a okolnostmi daného losování.
39. Z uvedeného důvodu soud napadené rozhodnutí žalovaného zrušil podle § 78 odst. 1 s. ř. s. pro nezákonnost a vrátil mu věc podle § 78 odst. 3 s. ř. s. k dalšímu řízení. Seznal přitom, že zabývat se dalšími námitkami žalobce by bylo s ohledem na to, že daňové orgány při svém rozhodování postupovaly podle svého nesprávného právního názoru, nadbytečné. V dalším řízení bude pak žalovaný podle § 78 odst. 5 s. ř. s. vázán právním názorem, který byl vysloven v tomto zrušujícím rozsudku.
40. Žalobce měl v projednávané věci plný úspěch, a proto soud podle § 60 odst. 1 věty první s. ř. s. uložil žalovanému povinnost zaplatit mu do třiceti dnů od právní moci rozsudku

Shodu s prvopisem potvrzuje I. T.

náhradu nákladů řízení o žalobě v celkové výši 19 456 Kč. Náhrada se skládá ze zaplaceného soudního poplatku ve výši 3 000 Kč, z částky 12 400 Kč za čtyři úkony právní služby advokáta Mgr. Davida Hejzlara po 3 100 Kč podle § 7, § 9 odst. 4 písm. d) a § 11 vyhlášky Ministerstva spravedlnosti č. 177/1996 Sb., advokátní tarif, ve znění pozdějších předpisů [převzetí a příprava zastoupení – § 11 odst. 1 písm. a); podání žaloby – § 11 odst. 1 písm. d), replika – § 11 odst. 1 písm. d), doplnění žaloby ze dne 14. 12. 2018 – § 11 odst. 1 písm. d)], z částky 1 200 Kč jako náhrady hotových výdajů advokáta [čtyři režijní paušály po 300 Kč podle § 13 odst. 1 a 3 advokátního tarifu] a z částky 2 856 Kč představující 21% DPH z výše uvedených částek kromě soudního poplatku, jelikož zástupce žalobce je plátcem DPH.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat **kasační stížnost** ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti **musí** být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Soudní poplatek za kasační stížnost vybírá Nejvyšší správní soud. Variabilní symbol pro zaplacení soudního poplatku na účet Nejvyššího správního soudu lze získat na jeho internetových stránkách: www.nssoud.cz.

Ústí nad Labem 25. ledna 2022

Ing. Mgr. Martin Jakub Brus v.r.
předseda senátu

Shodu s prvopisem potvrzuje I. T.