



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně Mgr. Evy Šonkové a soudkyň Mgr. Lenky Oulíkové a Mgr. Sylvie Šiškeové v právní věci žalobce: **Svazek obcí Kelčany, Milotice, Skoronice, Vacenovice, Vlkoš**, se sídlem Vlkoš 95, zast. Mgr. Zuzanou Tinthoferovou, advokátkou se sídlem Vídeňská 277/68, Brno, proti žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**, se sídlem Masarykova 427/31, Brno, proti rozhodnutím žalovaného ze dne 5. 4. 2017, č. j. 16768/17/5000-10480-809735, a č. j. 16769/17/5000-10480-809735, o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 27. 7. 2021, č. j. 31 Af 53/2017-149,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **se zamítá**.
- II. Žalobce **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti **nepřiznává**.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Včas podanou kasační stížností se žalobce jako stěžovatel domáhá zrušení rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 8. 6. 2017, č. j. 31 Af 53/2017-149 (dále jen „napadený rozsudek“), jímž byla zamítnuta jeho žaloba proti rozhodnutím žalovaného ze dne 5. 4. 2017, č. j. 16768/17/5000-10480-809735, a č. j. 16769/17/5000-10480-809735 (dále jen „napadená rozhodnutí“). Napadenými rozhodnutími žalovaný zamítl odvolání žalobce a potvrdil platební výměry na odvod za porušení rozpočtové kázně Finančního úřadu pro Jihomoravský kraj ze dne 31. 8. 2016, č. j. 3546659/16/3000-31474-709070, a č. j. 3546781/16/3000-31474-709070, jimiž bylo rozhodnuto o povinnosti žalobce odvést za porušení rozpočtové kázně do Státního fondu životního prostředí částku 493 033 Kč a do Národního fondu částku 8 381 551 Kč.

[2] Žalobce měl porušit rozpočtovou kázeň tím, že porušil podmínky rozhodnutí Ministerstva životního prostředí o poskytnutí dotace ze dne 29. 11. 2012, č. j. 115D1120000282 (dále jen „rozhodnutí o poskytnutí dotace“), neboť při realizaci projektu, na který byla poskytnuta dotace, nepostupoval při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku losováním v souladu s § 6 a § 61 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 3. 2012 (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“).

[3] Žalobce jako zadavatel v zadávacím řízení o veřejné zakázce „Milotice – Intenzifikace ČOV a kanalizace“ dne 17. 5. 2011 přistoupil k omezení počtu zájemců losem pomocí elektronického zařízení. Ve stanovené lhůtě pro podání žádostí o účast bylo žalobci doručeno 27 žádostí. Losováním došlo k jejich omezení na deset. Losování provedla společnost JUSTITIA, s.r.o. Losování se účastnil JUDr. Petr Skopal, notář v Holešově, který o průběhu losování vyhotovil notářský zápis č. NZ 315/2011. Z něj vyplývá, že losování bylo přítomno sedm zástupců uchazečů o veřejnou zakázku, zástupci společnosti JUSTITIA, s.r.o., a zástupci žalobce jakožto zadavatele. Uchazečům byla přidělena pořadová čísla v pořadí, v němž se dostavili na losování jejich zástupci, ostatním byla přidělena zbývající pořadová čísla do 27. Přítomní byli seznámeni s pořadovými čísly uchazečů. Poté bylo vylosováno deset zájemců pod čísly 3, 4, 18, 26, 2, 22, 15, 14, 8 a 12. Losování bylo provedeno na elektronickém zařízení v notářském zápisu označeném na podnět jednoho z uchazečů „notebook ASUS“. Vylosované zájemce žalobce následně vyzval k podání nabídky. Veřejná zakázka byla poté zadána zájemci vylosovanému pod číslem 3, s nímž byla uzavřena dne 15. 7. 2011 smlouva o dílo. Žádní uchazeči o veřejnou zakázku nepodali námítky proti průběhu či výsledkům losování.

[4] Krajský soud rozsudkem ze dne 8. 8. 2019, č. j. 31 Af 53/2017-110, napadené rozhodnutí zrušil pro nepřezkoumatelnost, kterou spatřoval v nedostatečném vypořádání námitek žalobce ohledně nepřiměřenosti vyměřených odvodů a jejich likvidačního charakteru. Nejvyšší správní soud se s tímto závěrem neztotožnil a rozsudkem ze dne 24. 2. 2021, č. j. 2 Afs 270/2019-36, ke kasační stížnosti žalovaného předchozí rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. V něm krajský soud napadeným rozsudkem v souladu se závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu v mezích žalobních bodů napadené rozhodnutí věcně přezkoumal.

[5] Krajský soud se v napadeném rozsudku ztotožnil s názorem žalovaného, že žalobce při zadávání veřejné zakázky porušil § 6 zákona o veřejných zakázkách ve spojení s § 61 téhož zákona. S odkazy na judikaturu konstatoval, že transparentním postupem je třeba rozumět takový postup, který nezbuzuje žádné reálné a objektivizované pochybnosti o tom, že zadavatel jedná korektně a regulérně a že v zadávacím řízení využívá fair prostředků. Průběh zadávacího řízení se navenek musí jevit jako férový a řádný. Požadavek transparentnosti není splněn, pokud jsou v zadavatelově 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. Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se prokáže porušení konkrétní zákonné povinnosti.

pokračování

[6] Zdůraznil, že zadavatel veřejné zakázky musí zajistit, aby losování coby úkon ze své podstaty nepřezkoumatelný nepůsobil netransparentně. Přistoupí-li k losování, musí být připraven unést břemeno, které spočívá v neexistenci jakýchkoli reálných a objektivizovaných pochybností o způsobu a průběhu losování. Musí zabezpečit, aby losování probíhalo férově a aby jeho průběh byl dostatečně kontrolovatelný. Podle krajského soudu zadavatel této povinnosti nedostál.

[7] Krajský soud připustil, že žalobce stanovil termín losování s dostatečným předstihem, všem zájemcům umožnil účast na losování a zajistil též účast notáře, čímž naplnil část podmínek stanovených v § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách. To však samo o sobě z losování transparentní proces neučinilo. Transparentnost totiž představuje samostatný požadavek stojící vedle splnění dalších podmínek týkajících se průběhu losování.

[8] Ani skutečnost, že losovací zařízení spadalo do výčtu zařízení, která mohla být dle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách k losování užitá, neznamená automatické dodržení zásady transparentnosti. Krajský soud poukázal na to, že žalobce pro losování použil obyčejného notebooku a (ač speciálního) programu, aniž by například sám z vlastní iniciativy přistoupil k provedení kontroly zařízení bezprostředně před zahájením losování. Je přitom notorií, že standardní notebook má v sobě zakomponovaná komunikační rozhraní umožňující dálkový přístup (např. Wi-Fi či Bluetooth). Žalobce před losováním nepřistoupil k tomu, aby tyto komunikační prostředky učinil nefunkčními nebo o tomto přítomné osoby alespoň informoval. Dle krajského soudu bylo nutné vzít též v úvahu, že v projednávaném případě nebyla kontrola losovacího zařízení (počítačového programu) samotnými zájemci, případně dalšími přítomnými osobami, fakticky možná, neboť k tomu nemohli být bezprostředně před losováním vybaveni. Uvedené skutečnosti tak dle názoru krajského soudu nechávají vzniknout dostatečným pochybnostem o transparentnosti průběhu předmětného losování.

[9] Krajský soud uvedl, že institut zúžení počtu účastníků losování je proces mimořádně citlivý na zachování transparentnosti. Jakékoliv pochybnosti je třeba přičítat na vrub zadavateli, který je „pánem“ aktu losování. Zákon o veřejných zakázkách v době provedení losování sice vlastní postup losování neupravoval, po zadavateli veřejné zakázky je však nutno požadovat, aby se vyvaroval takových pochybení, která značně snižují jeho průhlednost.

[10] Obecné závěry judikatury týkající se požadavku transparentnosti jsou dle krajského soudu použitelné i přes skutkové odlišnosti, na něž žalobce poukázal (absence požadavku na změnu přiřazených čísel ze strany uchazečů a neprokázání manipulace s losovacím zařízením znaleckým posudkem). Krajský soud uvedl, že stejně jako finanční orgány vycházel při hodnocení dodržení zásady transparentnosti především z nedostatečnosti kontroly losovacího zařízení a obecně použití zařízení k losování méně vhodnému pro existenci zabudovaných komponentů umožňujících bezdrátovou komunikaci.

[11] Dále krajský soud uvedl, že závěr o tom, že nebylo postupováno v souladu se zásadou transparentnosti, není založen na skutečnosti, zda jsou v souvislosti s losováním dříve nebo později vzneseny námitky. Je na správních orgánech a na správních soudech, aby na základě skutkového stavu soulad se zásadou transparentnosti posoudily.

[12] Pokud jde o rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012-55, č. 2714/2012 Sb. NSS (dále jen „rozsudek č. j. 7 Afs 31/2012-55“), dle krajského soudu z něj vyplývá, že posuzování transparentnosti losování a skutečného ovlivnění jeho průběhu či výsledku jsou na sobě nezávislá. Žalobcem citovaná věta, že „[l]osování nelze považovat za netransparentní pouze z toho důvodu, že teoreticky existuje způsob, jak mohlo být ovlivněno“, nesměřovala k závěru, že pokud nelze nalézt okolnosti nasvědčující ovlivnění, nelze konstatovat porušení zásady transparentnosti.

[13] K námitce žalobce, že finanční orgány nezjistily stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, neboť vycházely pouze z textu notářského zápisu o provedeném losování a neprovedly další důkazy, krajský soud poukázal na § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Podle tohoto ustanovení notářský zápis osvědčuje průběh losování, a obsahuje tedy všechny podstatné informace o tomto procesu. Vzhledem ke specifické povaze zadávacího řízení jakožto formalizovaného procesu s obligatorním písemným průběhem je v zájmu zadavatele zdokumentovat průběh zadání veřejné zakázky transparentním a přezkoumatelným způsobem. Finanční orgány vycházely i z předloženého protokolu o postupu při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku a souvisejících dokumentů, které jsou součástí správního spisu. Ani z nich však nebylo možné usuzovat na dodržení zásady transparentnosti při losování. Krajský soud se ztotožnil se žalovaným, že provedení důkazu certifikací počítačového programu či zkoumáním jeho algoritmu by nic nevyovídalo o průběhu losování. Vzhledem k existenci komunikačního rozhraní na použitém notebooku by totiž kontrola předmětného programu *ex post* ani certifikace neměla žádný význam. Výpovědi osob přítomných při losování provedené *ex post* by nemohly nic změnit na zjištěném stavu, který vyplývá z notářského zápisu a protokolu o postupu při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku. Žalobcem navrhované osoby nemohou dodatečně napravit nedostatky, na které krajský soud poukázal. Krajský soud zdůraznil, že předmětem projednávané věci není posouzení, zda došlo k manipulaci s losováním nebo jeho výsledky, ale transparentnosti losování, tedy zda proběhlo kontrolovatelným způsobem.

[14] Dále krajský soud uvedl, že žalobce se nemůže dovolávat legitimního očekávání, neboť nic nesvědčí o tom, že by se mu dostalo „konkrétního ujištění“ od poskytovatelů dotace. Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, na které poukázal, byla vydána až po uzavření smlouvy s vybraným dodavatelem, a žalobce z nich tedy nemohl vycházet při volbě svého postupu.

[15] Závěry vyslovené ve věci Svazku obcí Nové Syrovice a Láz v rozsudku krajského soudu ze dne 27. 4. 2018, č. j. 30 Af 18/2016-101, a rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2019, č. j. 5 As 191/2018-32 (dále jen „rozsudek č. j. 5 As 191/2018-32“), dle krajského soudu na posuzovanou věc nedopadají, neboť se jedná o skutkově odlišný případ. K tomu poukázal na obsah notářského zápisu v odkazované věci a v něm uvedený popis zařízení a provedené zkoušky. Oproti tomu notářský zápis v nyní posuzované věci sice obsahuje popis průběhu losování počínaje seznamem zájemců, způsobem přidělení čísel jednotlivým uchazečům o zakázku a seznamem vylosovaných čísel a uvedením názvů vylosovaných subjektů, avšak k samotnému losovacímu zařízení obsahuje pouze jedinou informaci, a to: „Zástupce společnosti Skanska a.s. požádal, aby bylo zaprotokolováno, že elektronické losování bylo provedeno na notebooku ASUS.“ Zcela chybí informace o tom, o

pokračování

jaké zařízení se reálně jednalo a zda bylo jakýmkoliv způsobem zajištěno před manipulací, zda bylo před losováním zkontrolováno, zaplombováno apod. Nad rámec označení notebooku nebylo mezi účastníky sporné, že použitým programem byl „Generátor náhodných čísel od výrobce LEKTOR INTERMEDIA, s.r.o.“. Žádné bližší skutečnosti nebyly uvedeny ani v protokolu o postupu při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku.

[16] Krajský soud nepřisvědčil ani námitce nepřiměřené výše vyměřených odvodů za porušení rozpočtové kázně. Krajský soud byl vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu v rozsudku ze dne 24. 2. 2021, č. j. 2 Afs 270/2019-36. Tím Nejvyšší správní soud zrušil předchozí rozsudek krajského soudu, neboť se neztotožnil se závěrem o nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí. Tu krajský soud původně spatřoval v nedostatečném vypořádání námitek ohledně nepřiměřenosti vyměřených odvodů a jejich likvidačního charakteru. Krajský soud v napadeném rozsudku dospěl k závěru, že správní orgány odvod ve výši 10 % z částky použité na financování veřejné zakázky stanovily v souladu s judikaturou a zohlednily závažnost i dopady porušení.

II. Kasační stížnost a vyjádření k ní

II. 1. Kasační stížnost

[17] Proti napadenému rozsudku podal žalobce (dále jen „stěžovatel“) kasační stížnost, v níž navrhuje, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek zrušil a věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení.

[18] Stěžovatel nesouhlasí se závěry napadeného rozsudku ohledně netransparentnosti losování. Má za to, že krajský soud tuto otázku nesprávně právně posoudil.

[19] Stěžovatel namítá, že postupoval v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, který umožňoval provést losování v užším řízení na elektronickém zařízení. Dle názoru stěžovatele skutečnosti uvedené žalovaným a krajským soudem nedosáhly takové intenzity, aby bylo možné konstatovat porušení zákona. Vytýká krajskému soudu, že se ztotožnil se zástupným důvodem prezentovaným žalovaným, aniž dostatečně posoudil možnost ovlivnění zadávacího řízení. Krajský soud shledal důvod pro závěr, že losování proběhlo netransparentně, v tom, že teoreticky mohlo dojít k ovlivnění prostřednictvím Wi-Fi či Bluetooth na notebooku, jehož bylo použito, ačkoli pro takové konstatování neměli žalovaný ani krajský soud žádnou oporu.

[20] Stěžovatel se domnívá, že jeho případ se neliší od případu řešeného v rozsudku NSS č. j. 5 As 191/2018-32. Poukazuje na to, že ani skutečnost, že losovací zařízení bylo obaleno a zabezpečeno pomocí bezpečnostní pečeti, neznamená, že s ním nemohlo být manipulováno, přičemž možnost ověření zabezpečení na místě pro přítomné zástupce dodavatelů takřka neexistuje. Dle stěžovatele intenzita údajné netransparentnosti losování v případě jím provedeného losování nepřevyšuje případnou míru netransparentnosti losování ve věci Svazku obcí Nové Syrovice a Láz. Na tento rozsudek stěžovatel poukázal již v řízení před krajským soudem v podání ze dne 26. 5. 2021. Obsah tohoto podání zrekapituloval v kasační stížnosti.

[21] Krajský soud v napadeném rozsudku uvedl, že závěr o netransparentnosti losování nevyžaduje prokázání manipulace s losovacím zařízením či existenci další obdobné skutečnosti. V rozsudcích, na které odkázal v bodech 59 a 60, však vždy taková další obdobná skutečnost vyvstala. Stěžovatel zdůrazňuje, že v jeho případě žádná skutečnost naznačující ovlivnění losování prokázána nebyla, neboť stěžovatel (v pozici zadavatele) neodmítl jakýkoliv požadavek vznesený zástupcem dodavatele během losování. Namítá, že krajský soud se nevypořádal se závěrem rozsudku č. j. 7 Afs 31/2012-55, podle něž *„losování nelze považovat za netransparentní pouze z toho důvodu, že teoreticky existuje způsob, jak mohlo být ovlivněno“*, a postupoval v rozporu s ním.

[22] Stěžovatel je přesvědčen, že neporušil žádnou z povinností plynoucích z § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Z notářského zápisu je zřejmé, že všem zájemcům bylo „umožněno“ reálně zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování. Stěžovatel dotazy ani kontrolu losovacího zařízení nikterak neznemožnil. Žádné kontroly nebránil a byl připraven zodpovědět dotazy ve vztahu k charakteristice losovacího zařízení, k čemuž byl dán prostor, jak plyne z notářského zápisu a dotazu zástupce dodavatele SKANSKA a.s.

[23] Stěžovatel s odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 4. 2017, č. j. 2 Afs 142/2016-32, uvádí, že pokud poskytovatel dotace požadoval pro prokázání transparentnosti losování doložení dalších informací a podkladů nad rámec zákona, měly být tyto skutečnosti jednoznačně uvedeny v dotačních pravidlech poskytovatele.

[24] Stěžovatel dále namítá, že žalovaný ani krajský soud neprovedli další důkazy a výsledky osob, které byly přítomny losování a mohly by *„osvědčit další skutečnosti a technické parametry, které se neobjevily v notářském zápise, avšak nelze vyloučit, že předmětné parametry losovacího zařízení rovněž splňovalo.“* Uvádí, že neexistoval závazný postup pro obsah notářského zápisu a notář zapsal skutečnosti, které mu připadaly důvodné k zaznamenání. To neznamená, že losovací zařízení nespĺňovalo další parametry, které byly teoreticky a formou domněnek stěžovateli vytýkány žalovaným a krajským soudem a které nemohly být vyvráceny, neboť navržené důkazy nebyly provedeny.

II.2. Vyjádření žalovaného

[25] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti navrhuje kasační stížnost jako nedůvodnou zamítnout.

[26] Napadený rozsudek považuje za přezkoumatelný, zákonný a správný a s jeho závěry se plně ztotožňuje. Zdůrazňuje, že pouhý nesouhlas žalobce se závěry krajského soudu neznamená, že by byly nesprávné. Vzhledem k tomu, že stěžovatel opakuje námitky uplatněné v žalobě a replice, žalovaný odkazuje na svá vyjádření k nim a na napadená rozhodnutí.

[27] Žalovaný nesouhlasí se stěžovatelem, že by přítomnost notáře a sepis notářského zápisu zajistily férovost postupu při losování. Notář není schopen se odborně vyjadřovat k technickým otázkám, a proto je neověřoval. Z notářského zápisu o průběhu losování není kromě označení výrobce notebooku seznatelné, o jaké zařízení se jednalo, prostřednictvím

pokračování

jakého programu či aplikace bylo losování provedeno, jaký byl algoritmus losování, zda bylo provedeno kontrolní losování apod.

[28] Žalovaný má za to, že v napadených rozhodnutích podrobně odůvodnil pochybnosti o transparentnosti losování. Poukázal na to, že notebook má v sobě zpravidla zabudováno aktivní komunikační rozhraní (bezdrátové připojení typu Wi-fi, LAN, touch screen aj.). Byť stěžovatel použil elektronické zařízení, jak zákon o veřejných zakázkách dovoloval, ve vztahu k zásadě transparentnosti nelze posoudit, zda se nejednalo o zařízení umožňující případnou manipulaci s výsledkem losování. Použití elektronického zařízení fakticky znemožnilo zájemcům provést kontrolu losovacího zařízení a losování před jeho provedením. Stěžovatel mohl například zajistit kontrolu počítačového programu, k jehož kontrole nemohli být účastníci na místě vybaveni, k tomu způsobilým zařízením, zkontrolovat, zda je zařízení zajištěno před vnější manipulací a provést kontrolní losování. Nic z toho však neprovedl. Dle žalovaného tak byla v posuzovaném případě zájemcům o veřejnou zakázku kontrola fakticky znemožněna.

[29] Žalovaný odmítá názor stěžovatele, že by transparentnost mohla být „osvědčena“ tím, že žádný ze zájemců neuplatnil námitky. Ani skutečnost, že na základě zástupce jednoho z uchazečů bylo zaprotokolováno, že losování proběhlo na notebooku značky ASUS, nevypovídá o transparentnosti losování. Není zřejmé, jakým konkrétním způsobem bylo losování provedeno, zda bylo zařízení zajištěno proti vnějšímu ovlivnění a zda bylo provedeno zkušební losování. Důvodem zamítnutí žaloby byla přitom právě rezignace stěžovatele na dodržení zásady transparentnosti, za kterou jakožto zadavatel veřejné zakázky odpovídá. Je především na zadavateli, aby zajistil transparentnost úkonů, které sám nebo prostřednictvím pověřených osob provádí.

[30] Žalovaný zdůrazňuje, že samotná pochybnost o korektnosti a férovosti průběhu losování postačuje k závěru o porušení zásady transparentnosti. Kasační námitku, že si krajský soud v návaznosti na vyjádření žalovaného měl domyslet, jak mohlo být losování ovlivněno, žalovaný považuje za zavádějící. S odkazem na napadený rozsudek zdůrazňuje, že předmětem projednávané věci není posouzení, zda došlo k manipulaci s losováním nebo jeho výsledky, ale posouzení transparentnosti, tedy zda losování proběhlo kontrolovatelným způsobem. Žalovaný má za to, že pochybnosti o transparentnosti jsou odůvodněné. Zadávací řízení neproběhlo způsobem, který se jeví férový a řádný, neboť zájemcům o veřejnou zakázku nebylo reálně bezprostředně před zahájením losování umožněno zkontrolovat losovací zařízení.

[31] Žalovaný shodně jako krajský soud zastává názor, že závěry rozsudku ve věci Svazku obcí Nové Syrovce a Láz nelze s ohledem na odlišné skutkové okolnosti v nyní projednávané věci aplikovat.

[32] K námitce neprovedení důkazů žalovaný uvádí, že dodatečná kontrola technických parametrů losovacího zařízení ani výsledky přítomných nemohou dodatečně zhojit netransparentnost postupu stěžovatele, který nesplnil povinnost dle § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách. Průběh vlastního losování a stav zařízení v okamžiku losování nelze z podstaty věci prokázat.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[33] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval tím, zda byly splněny podmínky řízení. Zjistil, že kasační stížnost byla podána včas, osobou oprávněnou, proti rozhodnutí, vůči němuž je ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná a jsou splněny i obsahové náležitosti kasační stížnosti dle § 106 s. ř. s.

[34] Nejvyšší správní soud se dále zabýval přípustností kasační stížnosti, neboť v posuzované věci již dříve rozhodl rozsudkem ze dne 24. 2. 2021, č. j. 2 Afs 270/2019-36. Přípustnost opětovné kasační stížnosti je omezena na důvody, které Nejvyšší správní soud v souladu se zákonným omezením svého přezkumu dosud neřešil. Kasační stížnost není v zásadě přípustná proti rozhodnutí, jímž soud rozhodl znovu poté, kdy jeho původní rozhodnutí bylo zrušeno Nejvyšším správním soudem [§ 104 odst. 3 písm. a) věta před středníkem s. ř. s.]. Uvedené ustanovení se však neuplatní v případech, kdy by odmítnutí kasační stížnosti znamenalo odmítnutí věcného přezkumu rozhodnutí z pohledu aplikace hmotného práva (viz usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 3. 2011, č. j. 1 As 79/2009-165, č. 2365/2011 Sb. NSS).

[35] Rozsudkem č. j. 2 Afs 270/2019-36 Nejvyšší správní soud ke kasační stížnosti žalovaného zrušil předchozí rozsudek krajského soudu č. j. 31 Af 53/2017-110, neboť se neztotožnil s jeho závěrem o nepřezkoumatelnosti napadených rozhodnutí pro nedostatek důvodů. Tu krajský soud shledal v nedostatečném vypořádání námitek žalobce ohledně nepřiměřenosti vyměřených odvodů a jejich likvidačního charakteru. Posouzením otázky transparentnosti omezení počtu uchazečů o veřejnou zakázku prostřednictvím losování pomocí elektronického zařízení se Nejvyšší správní soud nemohl zabývat, neboť byl vázán rozsahem a důvody kasační stížnosti tehdejšího stěžovatele (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.), jímž byl žalovaný. Kasační stížnost nynějšího stěžovatele, která směřuje proti posouzení otázky transparentnosti krajským soudem, je proto přípustná.

[36] Nejvyšší správní soud přezkoumal kasační stížností napadený rozsudek v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., jsa vázán rozsahem a důvody, které stěžovatel uplatnil v kasační stížnosti. Dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

[37] Soud připomíná, že řízení ve správním soudnictví, včetně řízení o kasační stížnosti, je ovládáno dispoziční zásadou. Obsah stížnostních bodů a kvalita jejich odůvodnění v kasační stížnosti proto do značné míry předurčují obsah rozhodnutí kasačního soudu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 6. 2005, č. j. 7 Afs 104/2004-54). Je nutno zdůraznit, že kasační stížnost je opravným prostředkem proti pravomocnému rozhodnutí krajského soudu (§ 102 s. ř. s.) a důvody které v ní lze s úspěchem uplatnit, se tak musí upínat právě k tomuto rozhodnutí (srov. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 6. 2003, č. j. 6 Ads 3/2003-73). Uvedení konkrétních stížnostních námitek nelze nahradit zopakováním námitek uplatněných v odvolání nebo v řízení před krajským soudem, neboť ty směřovaly proti jiným rozhodnutím, než je rozhodnutí přezkoumávané Nejvyšším správním soudem (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 10. 2007, č. j. 8 Afs 106/2006-58). Stěžovatel v části kasační stížnosti pouze rekapituloval námitky proti napadenému rozhodnutí, které uvedl v řízení před krajským soudem, aniž by konkrétně

pokračování

polemizoval s argumentací a rozhodovacími důvody krajského soudu. Některé kasační námitky byly formulovány velmi obecně, a soud tak na ně mohl reagovat pouze v odpovídající míře obecnosti (viz dále).

III. 1. Porušení zásady transparentnosti

[38] 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 (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49, bod 25).

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

[40] Nejvyšší správní soud souhlasí s krajským soudem, že transparentnost představuje samostatný požadavek stojící vedle dalších zákonných požadavků, které musí být při losování splněny. Použití elektronického zařízení k losování, které zákon připouštěl, ani umožnění účasti zástupcům uchazečů tedy ještě neznamená, že stěžovatel dostal též povinnosti postupovat při losování transparentně.

[41] 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 ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu, z níž vycházel i krajský soud, vyplývá, že podmínkou pro dodržení zásady transparentnosti bylo zajištění průběhu zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. Zásada transparentnosti je porušena tehdy, pokud jsou v zadavatelově 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. Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, č. 2189/2011 Sb. NSS).

[42] Posouzení transparentnosti losování 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. Pochybnosti mohou vzejít i z pouhé neschopnosti působit navenek při losování férově a řádně (viz např. rozsudek č. j. 7 Afs 31/2012-55).

[43] Při posuzování, zda bylo losování transparentní, je třeba vzít v úvahu průběh a okolnosti losování v jejich souhrnu (srov. náleží Ústavního soudu ze dne 25. 10. 2021, sp. zn. II. ÚS 2191/20, dále jen „náleží sp. zn. II. ÚS 2191/20“).

[44] Nejvyšší správní soud se ztotožňuje se závěrem krajského soudu, že s ohledem na konkrétní okolnosti nebylo možné považovat postup stěžovatele v souvislosti s losováním za transparentní. Omezení počtu zájemců navenek nepůsobilo transparentně, neboť stěžovatel ani osoby, které losování zajišťovaly, nepřijali opatření k zajištění kontrolovatelnosti a transparentnosti losování provedeného s použitím elektronického losovacího zařízení, notebooku ASUS.

[45] Jak uvedl krajský soud, z obsahu notářského zápisu ani z protokolu o postupu při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku a souvisejících dokumentů neplyne, jaké konkrétní elektronické zařízení (program) bylo použito, zda a jak bylo zajištěno před manipulací, ani že by před zahájením losování bylo podrobena jakékoli kontrole.

[46] Notářský zápis osvědčující průběh losování (a shodně i protokol o postupu při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku) popisují jednotlivé kroky v průběhu losování: Před zahájením vlastního losování byla přidělena zájemcům čísla, přítomní byli seznámeni s přidělenými čísly, poté bylo přistoupeno k vlastnímu losování, při němž bylo postupně vylosováno a oznámeno 10 čísel. Po ukončení losování zástupce stěžovatele oznámil zájemce, jimž patřila vylosovaná čísla. Zástupce jednoho z uchazečů požádal o zaprotokolování, že losování proběhlo na notebooku ASUS.

[47] Z notářského zápisu neplyne, že by přítomní byli seznámeni s losovacím zařízením (konkrétním programem) a jeho řádným fungováním, že by bylo zařízení před losováním jakkoli zkontrolováno a že by stěžovatel či osoby, které pro něj průběh losování zajišťovaly, učinili jakékoli kroky k vyloučení možného ovlivnění (například ověřili, o jaké zařízení se jedná, zda a jak je chráněno proti možné manipulaci, vyloučili možnost bezdrátové komunikace s tímto zařízením, provedli zkušební losování, nabídli přítomným, aby zvolili počet demonstrací a jejich parametry, nechali zařízení zkontrolovat k tomu odborně způsobilým subjektem nebo že by alespoň nabídli přítomným možnost podrobit následně zařízení takové kontrole). Z osvědčujícího notářského zápisu a v něm zaznamenaného postupu naopak vyplývá, že ze strany stěžovatele nebyly k zajištění transparentnosti losování žádné kroky před jeho provedením učiněny a přítomní s nimi nebyli před losováním seznámeni. Stěžovatel sám ani na žádná konkrétní opatření, která by v tomto ohledu přijal, nepoukazuje. Bylo přítom na stěžovateli, aby zajistil transparentní průběh losování a notářský zápis, který takový průběh osvědčí.

[48] Kasační soud tedy souhlasí s názorem krajského soudu, že žalobce použil obyčejného notebooku s počítačovým programem, aniž by například sám před losováním přistoupl ke kontrole daného zařízení, učinil nefunkčními komunikační rozhraní umožňující dálkový přístup, jimiž je standardní notebook vybaven, a informoval o tom přítomné. Jinými slovy, stěžovatel neučinil žádné kroky, aby zajistil kontrolovatelnost a průhlednost losování.

[49] Právě pasivitou stěžovatele se posuzovaná věc podstatně liší od případu řešeného v rozsudku č. j. 5 As 191/2018-32, na nějž stěžovatel opakovaně poukazoval.

pokračování

[50] Krajský soud k tomu podrobně citoval zjištění plynoucí z notářského zápisu v případě Svazku obcí Nové Syrovice a Láz rekapitulovaná v rozsudku krajského soudu ze dne 27. 4. 2018, č. j. 30 Af 18/2016-101. Z nich je skutková odlišnost obou případů zřejmá. V uvedené věci bylo elektronické losovací zařízení v notářském zápisu podrobně popsáno. Bylo v něm osvědčeno, že zařízení nemělo žádné aktivní komunikační rozhraní, vyjma tří kláves pro ovládání aplikace, dále mělo pouze tlačítko pro nouzové vypnutí a vstup pro napájecí kabel. Zařízení bylo možné otevřít pouze vyklopením víka pevně spojeného se zbytkem zařízení bezpečnostní pečeti. Bez jejího porušení nebylo možné víko otevřít a provádět změny v zařízení a v aplikaci. Přítomní byli seznámeni s číslem losovacího zařízení a plomby uvedenými v předávacím protokolu k losovacímu zařízení. Neporušenost plomby a její číslo zkontroloval náhodně vybraný zástupce jednoho z uchazečů. Před vlastním losováním byla provedena zkouška zařízení, přičemž počet zkušebních losování a jejich parametry si mohli zvolit přítomní zástupci uchazečů.

[51] Z výše uvedeného je patrné, že oproti nyní posuzovanému případu zadavatel ve věci řešené v rozsudku č. j. 5 As 191/2018-32, resp. osoba jím pověřená provedením losování, učinili řadu opatření k zajištění transparentnosti (kontrolovatelnosti) losování, byť ani jimi nemohli potenciální manipulaci zcela vyloučit. Zvolili však zařízení, které nemělo aktivní komunikační rozhraní a které bylo opatřeno neporušenou pečeti, což bylo ověřeno v přítomnosti notáře a zástupců uchazečů před zahájením losování. Rovněž seznámili přítomné se zařízením a jeho fungováním, předložili jim k nahlédnutí certifikáty a provedli zkušební losování, jejichž počet a parametry stanovili v součinnosti s přítomnými zástupci uchazečů. Zajistili také, aby podstatné okolnosti byly zaznamenány v notářském zápisu. Naproti tomu v nyní posuzovaném případě stěžovatel, resp. osoba jím pověřená, zvolili pro losování obyčejný notebook, tedy zařízení standardně umožňující i vzdálenou komunikaci například prostřednictvím Wi-Fi (a běžně dostupných programů, např. TeamViewer), a nepřijali žádná opatření k zajištění transparentnosti, respektive žádná opatření nebyla zaznamenána v notářském zápisu, jímž musí být průběh losování osvědčen, přičemž stěžovatel ani přijetí žádných konkrétních opatření či prvků kontroly netvrdí.

[52] Nejvyšší správní soud tedy souhlasí s krajským soudem, že s ohledem na skutkové odlišnosti nejsou závěry o dodržení zásady transparentnosti, k nimž dospěly krajský soud a Nejvyšší správní soud ve věci Svazku obcí Nové Syrovice a Láz, pro nyní posuzovanou věc přílehlavé. Stěžovatel oproti případu řešenému v rozsudku č. j. 5 As 191/2018-32 (a obdobně též v nálezu sp. zn. II. ÚS 2191/20) neučinil žádné kroky či opatření, aby zajistil kontrolovatelnost postupu, omezil možnost manipulace a jimiž by mohl požadavku transparentnosti losování při použití zvoleného losovacího zařízení dostat. Z hlediska kontrolovatelnosti, průhlednosti a možnosti ovlivnění losování není losování s použitím obyčejného notebooku s možností vzdáleného připojení bez provedení jakékoli kontroly srovnatelné s výše popsanou situací.

[53] Pokud stěžovatel poukazuje na to, že nebyly vzneseny žádné námitky ani požadavky ze strany uchazečů, je třeba konstatovat, že zadavatel nemůže přenášet povinnost zajistit transparentnost losování prostřednictvím elektronického zařízení na uchazeče a jejich zástupce. Své povinnosti postupovat transparentně se tak nemůže zprostit tvrzením, že byl připraven zodpovědět případné dotazy či umožnit kontrolu zařízení, pokud by takové

požadavky byly ze strany zástupců uchazečů vzneseny, ti však zůstali pasivní. Jak poukázal i krajský soud, možnosti efektivní kontroly ze strany uchazečů jsou při elektronickém losování prostřednictvím programu na notebooku značně omezené. Uplatnění námitek uchazeči může vést k pochybnostem o průběhu losování, jejich absence však neznámá, že zadavatel splnil povinnost postupovat tak, aby losování proběhlo transparentně, tedy průhledným a kontrolovatelným způsobem. Je třeba připomenout, že požadavek transparentnosti není stanoven jen na ochranu konkrétních uchazečů o zakázku, ale směřuje k zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Jak uvedl i Ústavní soud v nálezu sp. zn. II. ÚS 2191/20, transparentnost má zásadní význam při využití veřejných financí.

[54] K námitce stěžovatele, že z notářského zápisu plyne, že byl dán prostor k dotazům ohledně charakteristiky losovacího zařízení a stěžovatel byl připraven je zodpovědět, lze dodat, že z notářského zápisu vyplývá pouze to, že zástupce SKANSKA a.s. požádal o zaprotokolování jediného údaje, který mohl o zařízení sám zjistit běžným pohledem na zařízení (víko notebooku). Neplyne z něj, že by stěžovatel před losováním dal prostor k dotazům ohledně losovacího zařízení a byl připraven na ně odpovědět, natož že by přítomné seznámil s tím, jaké konkrétní zařízení bude k losování využito.

[55] Pokud stěžovatel poukazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 142/2016-32, pak jeho závěry nejsou na nyní posuzovanou věc přenositelné. V podmínkách rozhodnutí o poskytnutí dotace stěžovateli byla povinnost postupovat transparentně výslovně uvedena [písm. a) bod 3 část B přílohy č. 1 rozhodnutí o poskytnutí dotace]. Stěžovateli je vytýkáno, že na zajištění transparentnosti v podstatě rezignoval, nikoli že nedoložil konkrétní informace a podklady nad rámec zákona, které z podmínek pro poskytnutí dotace nevyplývaly.

[56] Stěžovatel dále poukazuje na to, že v rozsudcích, které krajský soud zmínil v bodech 59 a 60 (rozsudek krajského soudu ze dne 15. 11. 2017, č. j. 31 Af 58/2016-58, a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2016, č. j. 4 As 68/2016-48) byla prokázána manipulace se zařízením nebo existovala obdobná skutečnost (odmítnutí požadavku zástupce uchazeče na přečíslování uchazečů), zatímco v jeho případě takové okolnosti nenastaly. Tím však stěžovatel nevyvrací, že závěr o nedostatečné transparentnosti postupu lze s ohledem na konkrétní okolnosti učinit i v jiných případech.

[57] Nelze přehlédnout, že například ve věci řešené v rozsudku krajského soudu č. j. 31 Af 58/2016-58 zadavatel seznámil přítomné s technickými vlastnostmi zařízení a postupem losování, přílohou notářského zápisu byla starší zpráva o zkoušce zařízení Elektrotechnickým zkušebním ústavem, před losováním byla provedena zkouška losovacího zařízení, přítomným byla nabídnuta možnost na náklady zájemce odvézt zapečetěný elektronický losovací přístroj ihned po ukončení losování na kontrolu do Elektrotechnického zkušebního ústavu. Zadavatel tedy sice určitá opatření přijal, k zajištění transparentnosti však nepostačily, neboť bez racionálního odůvodnění odmítl požadavek jednoho z uchazečů na přečíslování před losováním. Naopak ani nesplnění požadavku na přečíslování nemusí nutně vést k závěru o porušení transparentnosti. Tak tomu bylo například tehdy, kdy bylo užito elektronické losovacího zařízení, jehož kontrola byla zajištěna u Elektrotechnického zkušebního ústavu, bylo opatřeno plombou, zájemcům byla dána

pokračování

možnost zkontrolovat stav neporušenosti plomby a jejího čísla, bylo provedeno zkušební losování a zájemci si mohli určit jeho aspekty a počet zkušebních losování, případně bylo též nabídnuto po losování nechat losovací zařízení zkontrolovat u Elektrotechnického zkušebního ústavu, a zadavatel odůvodnil, proč požadavku na přečíslování nevyhověl (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 10. 2022, č. j. 10 Afs 59/2022-42). Je tedy třeba vždy vzhledem ke konkrétním okolnostem zvažovat, zda zadavatel učinil dostatečné kroky k zajištění transparentnosti (viz nálezný sp. zn. II. ÚS 2191/20).

[58] Jak bylo výše uvedeno, stěžovatel prakticky žádné kroky v tomto ohledu neučinil, a to i přesto, že k losování použil běžný notebook, který nikterak nepřispívá k zajištění transparentnosti oproti speciálnímu zařízení zapečetěnému po provedení kontroly Elektrotechnického zkušebního ústavu. Naopak, jak uvedl krajský soud, z hlediska zajištění transparentnosti se jednalo o zařízení méně vhodné vzhledem ke komponentům umožňujícím i bezdrátovou komunikaci a obtížné kontrolovatelnosti programového vybavení v okamžiku losování. Na okraj lze poznamenat, že z rozsudku č. j. 4 As 68/2016-48 je patrné, že z hlediska následné kontroly má význam i řádná identifikace použitého zařízení při losování. Ani k té v nyní posuzovaném případě nedošlo. Již v době losování přitom existovala judikatura, z níž plynulo, že zásada transparentnosti vyžaduje, aby v zadavatelském postupu nebyly shledány prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným či nepřehledným.

[59] Jediný prvek náhody byl zajištěn při přidělení čísel uchazečům podle příchodu jejich zástupců. Poté však již nebylo v přítomnosti notáře a dalších přítomných ověřeno, zda je použité zařízení jakkoli chráněno proti možné vnější manipulaci (alespoň kontrola vypnutí bezdrátového připojení) ani ověřena řádná funkčnost zařízení (například zkušebním losováním v součinnosti s přítomnými zástupci uchazečů, kteří by si zvolili jeho parametry). Úkolem soudu v tomto řízení není popsat, jaké kroky by považoval v daném případě za dostatečné, ale posoudit, zda krajský soud (stejně jako žalovaný) správně uzavřel, že ty, které byly popsány (tvrzeny) v této věci, dostatečné nebyly.

[60] Nejvyšší správní soud neshledal důvodnou ani námitku stěžovatele, že se krajský soud opomněl jakkoli vypořádat s jeho odkazem na rozsudek č. j. 7 Afs 31/2012-55, podle nějž *„losování nelze považovat za netransparentní pouze z toho důvodu, že teoreticky existuje způsob, jak mohlo být ovlivněno“*. Krajský soud se poukazem stěžovatele na uvedenou větu zabýval v bodě 62 napadeného rozsudku. Vysvětlil, že z kontextu celého odstavce, z něhož citace pochází, jednoznačně vyplývá úvaha Nejvyššího správního soudu, že posouzení transparentnosti a skutečného ovlivnění jsou na sobě nezávislá. Citovaná věta nesměřovala k závěru, že nelze učinit závěr o porušení transparentnosti, pokud nejsou prokázány okolnosti nasvědčující ovlivnění losování. Napadený rozsudek tedy není v tomto ohledu nepřezkoumatelný pro nedostatek důvodů. Stěžovatel s výše uvedenou úvahou již dále věcně nepolemizuje.

[61] Nelze též souhlasit se stěžovatelem, že by krajský soud dovodil netransparentnost pouze z důvodu, že teoreticky existuje způsob, jak mohlo být losování ovlivněno. Jak bylo výše uvedeno, důvodem byla zejména absence kroků k zajištění transparentnosti (prvků kontroly) v situaci, kdy bylo losováno prostřednictvím obyčejného notebooku.

III. 2. Neprovedení důkazů

[62] Stěžovatel dále namítá, že krajský soud a žalovaný vycházeli především z notářského zápisu a neprovedli další navržené důkazy a výslechy osob přítomných losování, kterými mohly být prokázány „další skutečnosti a technické parametry, které se neobjevily v notářském zápise, avšak nelze vyloučit, že předmětné parametry losovací zařízení rovněž splňovalo“.

[63] Z takto obecné námitky stěžovatele předně není patrné, jaké parametry losovacího zařízení, případně jiné skutečnosti hodlal stěžovatel prokázat, ani jakými konkrétními důkazními prostředky.

[64] Nejvyšší správní soud k této obecně formulované kasační námitce připomíná, že podle § 52 odst. 1 s. ř. s. „soud rozhodne, které z navržených důkazů provede, a může provést i důkazy jiné“. V souladu se zásadou volného hodnocení důkazů krajský soud není povinen provést navržené důkazy. Pokud však krajský soud nehodlá navržený důkaz provést, je povinen tento postup odůvodnit (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 4. 2005, č. j. 5 Afs 147/2004-89, č. 618/2005 Sb. NSS) Krajský soud podrobně v bodech 56 a 64 až 66 vyložil, proč neshledal důvodnou námitku nedostatku dokazování a proč sám nepřistoupil k provedení navržených důkazů. Nejvyšší správní soud považuje odůvodnění krajského soudu za srozumitelné a dostatečně odůvodněné. Stěžovatel navíc s těmito důvody v kasační stížnosti nikterak věcně nepolemizuje.

[65] Stěžovatel ani neuvedl, jaká relevantní skutečnost mohla v notářském zápise chybět. Podle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách notářský zápis osvědčuje průběh losování. Právě notářský zápis říká, co se během losování skutečně stalo (viz též rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 8. 2018, č. j. 10 As 81/2018-97). Bylo na stěžovateli, aby dohlédl na to, že průběh losování bude v notářském zápise zaznamenán. Jak uvedl krajský soud, notářský zápis popisuje jednotlivé kroky losování. Byť notářský zápis neobsahuje specifikaci použitého zařízení, není patrné, že by notář pominul určité podstatné kroky či skutečnosti, které se během losování odehrály nebo s nimiž by byli přítomní za účasti notáře seznámeni (např. kontrola vypnutí Wi-Fi, seznámení přítomných se zařízením, jeho demonstrace apod.). Navíc krajský soud vycházel i z protokolu o postupu při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku, jímž měl být dle žalobních tvrzení stěžovatele proces losování řádně zdokumentován. Ten je součástí správního spisu a zachycuje průběh obdobně jako notářský zápis.

[66] Pokud stěžovatel namítá, že neexistoval závazný postup pro obsah notářského zápisu a notář zapsal skutečnosti, které mu připadly důvodné k zaznamenání, je třeba připomenout, že i tehdejší odborná literatura poukazovala na výkladové stanovisko Notářské komory České republiky VS 4/2007 ze dne 17. 7. 2007 k zápisu podle § 79 odst. 1 zákona č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), obsahujícímu osvědčení průběhu losování, jímž dochází k výběru zájemců u veřejných zakázek dle § 61 zákona o veřejných zakázkách. Z něj vyplývá, že obsahem takového notářského zápisu musí být nejen věrné zachycení samotného průběhu losování, ale též popis předcházejících skutečností, mají-li význam pro posouzení, že k výsledku osvědčovaného děje se dospělo v souladu s pravidly stanovenými pro danou věc. Notářský zápis tedy musí být sepsán tak, aby na základě jeho obsahu bylo možné učinit závěr, zda byla dodržena zásada transparentnosti (viz Jindřich, M. in

pokračování

Notářský řád a řízení o dědictví, 4. vydání. Praha: 2010, komentář k § 79). S tím lze plně souhlasit. Stěžovateli přitom nic nebránilo, aby případně požádal notáře o sepsání dalšího notářského zápisu, pokud by nebyl průběh losování úplně zaznamenán. Lze dodat, že pokud by snad obsah notářského zápisu měl být navrženými důkazy podstatně korigován či doplňován, znamená to, že nebyl v souvislosti s losováním k dispozici řádně pořízený notářský zápis, který by osvědčil všechny podstatné skutečnosti. Již to by působilo netransparentně z hlediska průběhu losování veřejné zakázky, neboť by materiálně nebyla splněna jedna z podmínek § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, který stanoví, že losování provede veřejný zadavatel za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování (k tomu viz rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 8. 2018, č. j. 10 As 81/2018-97, či ze dne 21. 1. 2021, č. j. 8 Afs 11/2019-99).

[67] Pokud stěžovatel zmiňuje, že nelze vyloučit, že zařízení mohlo splňovat další parametry, předně netvrdí, jaké parametry splňovalo a jakými důkazními prostředky chtěl prokázat jejich splnění k okamžiku provedení losování. Z tohoto důvodu se nemůže k námitce Nejvyšší správní soud konkrétně vyjádřit. Obecně lze přitom souhlasit s krajským soudem, že důkazy navržené k prokázání, že zařízení mohlo splňovat nespécifikované parametry, nemohly napravit vytčené nedostatky, totiž absenci prvků kontroly před provedením losování ze strany stěžovatele, které měly být též řádně zdokumentovány (formou osvědčujícího notářského zápisu).

IV. Závěr a náhrada nákladů řízení

[68] Nejvyšší správní soud vzhledem k výše uvedenému dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná, a proto ji podle § 110 odst. 1 poslední věty s. ř. s. zamítl.

[69] O náhradě nákladů řízení rozhodl soud v souladu s § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl ve věci úspěch, a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti. Žalovanému v řízení o kasační stížnosti žádné náklady nad rámec úřední činnosti nevznikly, proto soud rozhodl, že se mu náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává.

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku nejsou opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 9. srpna 2023

Mgr. Eva Šonková
předsedkyně senátu