

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Josefa Baxy a soudců JUDr. Marie Žiškové a JUDr. Zdeňka Kühna v právní věci žalobce: **město Karlovy Vary,** se sídlem Moskevská 21, Karlovy Vary, zast. JUDr. Vladimírem Tögelem, advokátem se sídlem Ostrovského 253/3, Praha 5 - Smíchov, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,** se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno - střed, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 26. 2. 2008, čj. R 191/2007/02-04304/2008/310-Hr, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 19. 1. 2010, čj. 62 Ca 31/2008 - 114

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Žalobce **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I.
Vymezení věci

[1] Dne 13. 3. 2006 uveřejnilo město Karlovy Vary (dále jen „žalobce“) na centrální adrese oznámení o zahájení užšího zadávacího řízení nadlimitní veřejné zakázky nazvané „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum“. Počet zájemců žalobce omezil na pět, přičemž kriteriem pro omezení byl zvolen los za účasti notáře a následné pořízení notářského zápisu. Žalobce na základě mandátní smlouvy ze dne 21. 2. 2006 pověřil přípravou a organizačním zajištěním této veřejné zakázky společnost STORMEN, spol.

s r. o., se sídlem Pod Turnovskou tratí 182, 198 00 Praha 9 (dále též „STORMEN“). Samotný akt losování pak realizovala společnost Stone Block a. s.

[2] V řádném termínu bylo žalobci doručeno 16 žádostí o účast v užším zadávacím řízení. Bylo proto třeba přistoupit k losování. Samotné losování proběhlo 27. 4. 2006 za účasti notářky. Z losování byl pořízen nejen notářský zápis, ale i přibližně 12 minutový audiovizuální záznam.

[3] Dne 7. 6. 2007 si Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „žalovaný“) na základě obdrženého podnětu vyžádal od žalobce dokumentaci o zadání předmětné veřejné zakázky. Po jejím přezkoumání získal pochybnosti o správnosti úkonů žalobce učiněných při zadání veřejné zakázky a zahájil ve věci správní řízení z vlastního podnětu. Dne 26. 9. 2007 žalovaný vydal rozhodnutí čj. S169/2007-16992/2007/540-AS, kterým konstatoval, že se žalobce dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách (dále též ZVZ). Tohoto deliktu se dopustil žalobce tím, že uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený v § 25 odst. 1 ZVZ, protože neprovedl transparentním způsobem omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení. Žalovaný uložil žalobci pokutu ve výši 500 000 Kč a uhrazení nákladů řízení ve výši paušální částky 1000 Kč.

[4] Proti rozhodnutí podal žalobce rozklad k předsedovi žalovaného, který rozhodnutím uvedeným v záhlaví tohoto rozsudku prvostupňové rozhodnutí potvrdil. Předseda žalovaného spatřuje netransparentnost způsobu omezení počtu zájemců v samotném způsobu losování. Poukázal především na dobu losování posledních dvou zájemců, která trvala neúměrně delší časový úsek než losování prvních tří zájemců. Žalovaný podotkl, že k porušení transparentnosti ve smyslu § 25 odst. 1 ZVZ stačí pouhá důvodná pochybnost o regulérnosti či legálnosti některého ze zadavatelových kroků. Tato důvodná pochybnost vyvstala právě neúnosně dlouhou dobou losování čtvrtého a pátého zájemce.

[5] Proti tomuto rozhodnutí podal žalobce žalobu ke Krajskému soudu v Brně. V ní mj. uváděl, že nelze z doby trvání jednotlivých tahů usuzovat na jejich netransparentnost. Délku vysvětloval potem na rukách losujícího, zaklíněním a slepením losovaných papírků.

[6] Krajský soud žalobu zamítl, protože shledal, že žaloba není důvodná. Krajský soud se neztotožnil se žalobcem v tom směru, že by žalovaný nedostatečně zjistil stav věci. Dle názoru krajského soudu žalovaný vycházel ze spisu, který obsahoval všechny důležité materiály, jež jej dovedly ke správnému zhodnocení věci, a to včetně audiovizuálního záznamu. Ten krajský soud považuje za klíčový a v podstatě jediný důkaz. Proto krajský soud neprovedl ani výslech žalobcem navrhovaných svědků. Krajský soud neshledal nic závadného na tom, že v rozhodnutí prvního stupně nebyla nikterak konkretizována manipulace s lístky, neboť toto bylo napraveno v druhostupňovém rozhodnutí žalovaného. Na obě rozhodnutí je třeba nahlížet jako na celek.

[7] Krajský soud se plně ztotožnil s argumentací žalovaného, že žalobce nebyl postižen za konkrétní manipulaci, ale za porušení zásady transparentnosti v § 25 odst. 1 ZVZ. Transparentním postupem pak krajský soud chápe ve shodě se žalovaným takový postup,

který nevzbuzuje pochybnosti o tom, že zadavatel jedná regulérně. V daném případě požadavek transparentnosti nesplňovala délka losování čtvrtého a pátého zájemce, která vyvolala důvodnou pochybnost o regulérnosti postupu losujícího. K závěru o netransparentnosti losování je postačující samotná délka losování, a to bez ohledu na to, zda losující s losovacími lístky manipuloval či nikoli. Žalovaný tak nebyl povinen zjišťovat, zda k manipulaci s lístky při losování docházelo a jakým způsobem, nýbrž plně postačilo, pokud zjistil, že délka trvání losování nasvědčuje, že tomu být mohlo, a losování tedy z tohoto důvodu nelze považovat za transparentní.

[8] Krajský soud se v obecné rovině ztotožnil s názorem žalobce, že nelze v důsledku různé sekundové délky při losování jednotlivých zájemců dospět k závěru o netransparentnosti losování. Rozchází se s ním ale v názoru, že délka 33 vteřin u losování čtvrtého a pátého zájemce je doba přiměřená a naopak se přiklání k názoru žalovaného, že právě toto je indikátorem důvodnosti pochybností o dodržení zásady transparentnosti. Takovéto losování není transparentní, ale naopak nepřehledné a navozující dohady o tom, že losující osoba nelosuje, nýbrž v nádobě hledá předem určený lístek, avšak to se jí nedaří.

[9] Žalobce přinesl dvojí vysvětlení, proč se losování čtvrtého a pátého zájemce protáhla na dobu neúnosně dlouhou: (1) losovací lístky se do sebe zaklínily a losující osoba je od sebe oddělovala; (2) losující osobě se v přetopené místnosti potily ruce a lístky se jí lepily na ruce. Podle krajského soudu ani jedno vysvětlení nemůže vyvrátit závěr o netransparentnosti. Naopak vysvětlení druhé jej dokonce podporuje. Smyslem losování totiž není „osahat“ všechny lístky, nýbrž jeden náhodně vytáhnout z losovací nádoby. Jediná situace, kdy losující osoba odděluje dva zaklíněné losovací lístky od sebe je, když do náhodně vytaženého lístku je zaklíněn další, ale i to je otázka několika mála vteřin, ne desítek vteřin. Krajský soud navíc uvedl, že ze záznamu je zřejmé, že losující osoba neoddělovala pouze jednu zaklíněnou dvojici lístku, ale že rukou po nádobě pohybuje. Stejně tak ze záznamu neplyne, že by před zahájením losování, kdy byly lístky do nádoby umísťovány, nebo po jeho skončení, lístky jevily známky slepení nebo zaklínění. K poznámce o potících se prstech si krajský soud klade otázku, proč by se profesionálovi najatému k losování měly při této nenáročné fyzické práci potit prsty. Na poznámku žalobce, že losování probíhalo v přetopené místnosti, reaguje krajský soud tak, že losující osoba měla oblečenou košili s krátkým rukávem, kdežto ostatní tři osoby v záběru kamery byly oblečeny v saku s dlouhým rukávem. Pokud by místnost byla vskutku přetopená, bylo by to na takto oblečených lidech znát a případně by si některá z nich sako odložila. Losování nelze považovat za akt, u něhož by bylo společensky neúnosné odložit si některé části oblečení. Podle krajského soudu na daném závěru nic nemění ani to, že losovací nádobou bylo průběžně protřepáváno za účelem nestranného průběhu losování, či to, že losující osoba se do nádoby nedívala a byla oblečena v krátkém rukávu. Netransparentnost totiž není spatřována v tom, že by losující manipuloval s lístky tak, že by tahal předem určené lístky z rukávu, nebo že by je očima hledal. Ač to nikde přímo v rozhodnutí žalovaného uvedeno není, jediný možný myslitelný způsob manipulace je ten, že losující osoba hledala požadovaný lístek po hmatu. Tuto skutečnost však nelze dokázat ani vyvrátit, neboť losovací lístky byly zlikvidovány.

II.

Stručné shrnutí základních argumentů uvedených v kasační stížnosti

[10] Žalobce (dále „stěžovatel“) rozsudek krajského soudu včas napadl podrobně odůvodněnou kasační stížností. V ní uplatnil kasační důvod dle § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s., neboť má za to, že napadený rozsudek je nezákonný a nepřezkoumatelný. Stěžovatel neporušil § 25 odst. 1 ZVZ. Zásadu transparentnosti dodržel. Krajský soud nereagoval komplexně na celou řadu aspektů souvisejících s problematikou losování.

[11] Stěžovatel se nemůže ztotožnit s názorem, že by k porušení zásady transparentnosti došlo při losování 4. a 5. zájemce, a to v důsledku délky losování. Neexistuje žádný zákon nebo ustálená rozhodovací praxe nejvyšších soudních instancí, které by jakýmkoli způsobem stanovovaly časový limit určující transparentní dobu losování, a tudíž nelze takový limit překročit. Časová délka losování je jen jedním z mnoha faktorů, podle nichž má být transparentnost posuzována. Stěžovatel také nesouhlasí s tím, že by bylo možno netransparentnost nějakým způsobem vyvozovat z různé časové délky jednotlivých losů. Zde poukazuje na dlouhodobou praxi při losování např. společenských soutěží nebo jednotlivých skupin na mistrovství světa / Evropy ve fotbale, kde délka losování posledního či předposledního výherce je také nesrovnatelně delší než předchozí losy.

[12] Stěžovatel se domnívá, že krajský soud učinil nesprávný právní závěr, jelikož rozhodl na základě jediného, byť stěžejního důkazu a neumožnil provedení i jiných navrhovaných důkazů, zejména pak výslechu dalších osob, které se účastnily losování. Ty mohly ozřejmit průběh a problémy vlastního losování a také mohly svědecky potvrdit své informace o celé řadě nestandardních kroků různých zainteresovaných osob z řad opozičních politiků či občanských iniciativ ve vztahu k jejich vměšování do rozhodování žalovaného. Stěžovatel se domnívá, že fakt, že tyto osoby z jakéhokoli důvodu žalovaného navštívily, nevypovídá o nestrannosti a nepodjatosti v rozhodování žalovaného, pakliže z jednání nebyl pořízen zápis.

[13] Stěžovatel si dále stěžuje na dlouhodobě vyhrocenou mediální a komunální kampaň vedenou opozičními politiky či jinak názorově vymezenými osobami proti současnému politickému vedení stěžovatele. Uvádí to na příkladu pořadu „*Uvolněte se, prosím*“, kterému kauza posloužila jako zábavný námět. Stěžovatel rovněž považuje vystoupení tehdejšího předsedy žalovaného v médiích za nevhodné. Žalovaný měl, chtěl-li o kauze informovat, využít např. tiskového mluvčího.

[14] Doplnění kasační stížnosti bylo doručeno dne 11. 3. 2010. V něm stěžovatel namítá podjatost bývalého předsedy žalovaného Ing. M. Peciny. Ten se měl podle vyjádření Josefa Malého v Otázkách Václava Moravce Speciál z Karlových Varů ze dne 17. 2. 2010 setkat se zástupci Občanského sdružení „*O co jim jde*“. Dále pak stěžovatel považuje rozsudek krajského soudu za protiústavní, protože dle jeho názoru nešetřil principu právní jistoty a v důsledku toho porušil právo stěžovatele na spravedlivý proces. Dodává, že krajský soud se nijak nevypořádal s tím, proč některé důkazy (výslech svědků) odmítl provést (s odkazem na rozhodnutí NSS „7 Asf 105/2009 ze dne 10. září 2009“). Jako nový důkaz k prokázání toho, že předseda žalovaného Ing. Pecina nebyl nestranný, stěžovatel navrhuje výslech Josefa Malého, předsedy karlovarské TOP 09, a záznam z televizní debaty *Otázky Václava Moravce Speciál z Karlových Varů* ze dne 17. 2. 2010.

[15] Ze všech uvedených důvodů stěžovatel navrhl, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení, nebo aby v případě zamítnutí kasační stížnosti snížil uvedenou pokutu na zcela nezanedbatelnou výši.

III.
Stručné shrnutí vyjádření žalovaného

[16] Žalovaný se plně ztotožnil se závěry krajského soudu. Je přesvědčen, že uvedené ani žádné jiné důvody kasační stížnosti nejsou dány. Žalovaný je toho názoru, že argumentace obsažená v kasační stížnosti plně koresponduje s tvrzeními a právními názory, které stěžovatel prezentoval v žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného, resp. u samotného ústního jednání před krajským soudem. Vzhledem k výše uvedenému žalovaný navrhl, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl.

IV.
Právní názor Nejvyššího správního soudu

[17] Nejvyšší správní soud přezkoumal napadené rozhodnutí a dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná. Rozsahem a důvody kasační stížnosti je přitom Nejvyšší správní soud podle § 109 odst. 2 a 3 s. ř. s. vázán; důvody k přezkumu napadeného rozsudku nad rámec důvodů uvedených v kasační stížnosti nebyly shledány.

[18] Pro pořádek nutno předeslat, že Nejvyšší správní soud na věc aplikoval zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách (ZVZ), platný ke dni 27. 4. 2006.

[19] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil námitku podjatosti dřívějšího předsedy žalovaného Ing. M. Peciny [**IV.A.** – kasační důvod podle § 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s.]. Dále (**IV.B.**) se zabýval tím, zda krajský soud dostatečně odůvodnil neprovedení stěžovatelem navržených důkazů [§ 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.], resp. zda byl závěr krajského soudu v tomto ohledu správný [§ 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.]. Na třetím místě posoudil správnost výkladu zákona o veřejných zakázkách a správnost aplikace zákona na daný případ [**IV.C.**, § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.]. Konečně jako nepřípustnou ve smyslu § 104 odst. 4 s. ř. s. posoudil žádost o snížení pokuty (**IV.D.**).

IV.A.
Tvrzená podjatost předsedy žalovaného Ing. M. Peciny

[20] Stěžovatel obdobně jako v žalobě zpochybňuje objektivitu a nestrannost předsedy žalovaného, který komentoval v médiích prvostupňové rozhodnutí žalovaného, aniž vyčkal doručení rozhodnutí stěžovateli. Navíc otevřeně předjímal výsledek celé kauzy, a to v situaci, kdy bylo možné, že stěžovatel podá k předsedovi žalovaného rozklad, což ostatně také učinil.

[21] Krajský soud k obdobné žalobní námitce zaujal názor, že vystoupení předsedy žalovaného v televizním zpravodajství, kde sděloval výsledek prvostupňového rozhodnutí,

nemělo vliv na zákonnost rozhodnutí předsedy žalovaného. Žaloba navíc ani nespecifikovala, v čem mělo být vystoupení předsedy žalovaného nekorektní a neobjektivní.

[22] K tomu zdejší soud uvádí následující.

[23] 1. senát NSS ve věci *DPÚK a. s. (dříve Dopravní podnik Ústeckého kraje a. s.) proti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže* přerušil dne 8. 10. 2009 usnesením čj. 1 Afs 7/2009 - 690 řízení ve věci a následně předložil Ústavnímu soudu návrh na zrušení § 14 odst. 6 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád. Toto ustanovení správního řádu brání vyslovení podjatosti předsedy žalovaného. Řízení o tomto návrhu je vedeno před Ústavním soudem pod sp. zn. Pl. ÚS 30/09. Proto bylo třeba zvážit, zda v nyní rozhodované věci není důvod pro postup dle § 48 odst. 2 písm. f) s. ř. s., tedy pro přerušení řízení až do rozhodnutí Ústavního soudu ve věci sp. zn. Pl. ÚS 30/09. Takovýto důvod nicméně pro odlišnost věci *DPÚK* a věci nyní posuzované shledán nebyl.

[24] Ve věci *DPÚK* namítal žalobce (posléze stěžovatel) opakovaně v žalobě a poté v kasační stížnosti, že předseda žalovaného vyslovil v médiích předčasná kategorická tvrzení o stěžovatelově vině, aniž vůbec došlo k rozhodnutí v prvém stupni. Pracovníci žalovaného proto při rozhodování již v prvém stupni mohli být ovlivněni mediálními výroky svého předsedy. Vedle mediální prezentace kauzy před rozhodnutím ve věci samé navíc byla uváděna též další okolnost, totiž účast předsedy žalovaného na soukromé oslavě advokátní kanceláře, která zastupovala Ústecký kraj, tedy osobu poškozenou údajným zneužitím dominantního postavení ze strany stěžovatele.

[25] Právě uváděné skutečnosti se tedy zásadně liší od skutečností namítaných v nyní posuzované kauze. Stěžovatel v žalobě pouze velmi obecně odkázal na vystupování předsedy žalovaného v televizním zpravodajství na ČT 1, televizi Nova a televizi Prima. To pak blíže rozvedl jen tak, že předseda žalovaného informoval veřejnost o rozhodnutí žalovaného, které však ještě nebylo doručeno stěžovateli, a proto doposud nebylo v právní moci. Protože stěžovatel rozhodnutí neobdržel, bylo televizní komentování tohoto rozhodnutí podle stěžovatele „velmi zarážející a rozhodně nesvědčí o objektivnosti [žalovaného] při jeho rozhodování“ (s. 6 žaloby; obdobně srov. též s. 5 repliky stěžovatele k vyjádření žalovaného v průběhu soudního řízení o žalobě).

[26] K tomu lze uvést následující. Správní řízení je završeno vydáním rozhodnutí (§ 9 správního řádu). Rozhodnutí je vydáno typicky v okamžiku předání stejnopisu písemného vyhotovení rozhodnutí k doručení [§ 71 odst. 2 písm. a) správního řádu]. Skutečnost, že vydané rozhodnutí doposavad není v právní moci, neboť ještě nebylo oznámeno svému adresátovi (§ 73 odst. 1 správního řádu), nic nemění na tom, že správní řízení přinejmenším v daném stupni bylo završeno. Proto, na rozdíl od věci *DPÚK* (viz bod [23] shora), nemohl předseda žalovaného mediální prezentací již *vydaného* rozhodnutí nijak ovlivnit podobu tohoto rozhodnutí. Pouhá skutečnost, že rozhodnutí bylo komentováno ještě před okamžikem jeho doručení, nemůže jakkoli ovlivnit zákonnost tohoto rozhodnutí. Nutno navíc zdůraznit, že mediální prezentace výsledku rozhodovací činnosti má být ze strany správních orgánů obvyklým standardem. Média vyjádření předsedy žalovaného k jednotlivým případům očekávají. Správní úřad v demokratickém právním státě se nemůže

podobat Zámku ze stejnojmenného Kafkova románu, o kterém nikdo nic neví, neboť je zahalen mlhou mlčení. Mediální prezentace činnosti orgánu veřejné správy, na rozdíl od paušálních a zaujatých hodnocení určitého jednání před započetím správního řízení nebo před jeho formálním ukončením (srov. bod [23] shora), přispívá k realizaci ústavního postulátu, podle něhož státní moc slouží všem občanům (čl. 2 odst. 3 Ústavy), resp. zákonného principu, podle něhož *veřejná správa je službou veřejnosti* (§ 4 odst. 1 správního řádu).

[27] Stěžovatel nicméně upozorňuje, že předseda žalovaného svým mediálním vyjádřením v podstatě předurčil výsledek svého rozhodnutí, které mohl v budoucnosti učinit (pokud bude podán rozklad, který v této věci podán posléze byl). Takovýto závěr je nicméně neudržitelný. Není totiž možné přistoupit na tezi stěžovatele, že o prvostupňových rozhodnutích svého úřadu nemůže předseda žalovaného média nikdy *informovat*, protože tak žalovaný musí činit, pro případ podání rozkladu, jen prostřednictvím svého tiskového mluvčího. Jakkoliv je tiskový mluvčí v současnosti běžným zjevem v soukromém i veřejném sektoru, neznamená to, že by komunikace jakéhokoliv úřadu musela probíhat jen prostřednictvím tiskového mluvčího. V nyní posuzovaném případě je nepochybné, že „tváří" žalovaného je na prvém místě jeho předseda, jeho úkolem je široké veřejnosti dle svého uvážení prezentovat výsledky rozhodovací činnosti úřadu. Pokud předseda ve svém mediálním komentáři informuje o prvostupňovém rozhodnutí, nemůže to bez dalšího znamenat, že se stává nezpůsobilým meritorního rozhodnutí o případném rozkladu.

[28] Je nepochybné, že předseda žalovaného se při svém informování o výsledku rozhodování v prvé instanci musí zdržet všeho, co by mohlo zpochybnit jeho nepodjatost v eventuálním rozhodování o rozkladu. Stěžovatel v žalobě ani v průběhu jednání před krajským soudem ovšem nijak neozřejmil, v čem mělo nebo mohlo vyjadřování předsedy žalovaného zpochybnit jeho objektivitu pro následné rozhodnutí o rozkladu. Nenabídl k tomuto ani žádné důkazy. Zpochybnil pouze samotnou skutečnost, že předseda žalovaného o prvostupňovém rozhodnutí osobně informoval média, to však samo o sobě k úvaze o podjatosti předsedy žalovaného nestačí (k tomu srov. shora).

[29] Teprve v řízení před zdejším soudem stěžovatel svá tvrzení dále rozhojnil, když nově v doplnění kasační stížnosti tvrdí, že v průběhu řízení před žalovaným předsedu žalovaného navštívili zástupci občanského sdružení „O co jim jde", což mají být političtí odpůrci současného vedení města Karlovy Vary. K tomu navrhl provést některé důkazy, konkrétně výslech svědka Malého (předsedy TOP 09 v Karlových Varech) a přepis části předvolební debaty *Otázky Václava Moravce Speciál z Karlových Varů* ze dne 17. 2. 2010. V tom lze stěžovatele odkázat na § 109 odst. 4 s. ř. s., podle něhož *ke skutečnostem, které stěžovatel uplatnil poté, kdy bylo vydáno napadené rozhodnutí, Nejvyšší správní soud nepřihlíží*. Toto ustanovení tedy brání tomu, aby poté, co bylo vydáno přezkoumávané rozhodnutí krajského soudu, stěžovatel úspěšně uplatnil skutkové novoty (srov. k tomu rozsudek NSS ze dne 22. 9. 2004, čj. 1 Azs 34/2004 - 49, publ. též pod č. 419/2004 Sb. NSS). K takto uplatněným novým skutečnostem a důkazům proto zdejší soud s odkazem na § 109 odst. 4 s. ř. s. nepřihlédl. Právě uvedený závěr samozřejmě neznamená odmítnutí soudní ochrany; takovéto nové argumenty však mohou být uplatňovány

v eventuální žádosti o obnovu řízení. Úkolem zdejšího soudu v řízení o kasační stížnosti nicméně v žádném případě není posuzovat důvodnost takovéto eventuální žádosti.

IV.B.

Odůvodnění otázky, proč krajský soud neprovedl důkazy navržené stěžovatelem

[30] Stěžovatel dále uvádí, že krajský soud se nijak nevypořádal s tím, proč některé důkazy odmítl provést. Současně vysvětluje, proč tyto důkazy měly být před krajským soudem provedeny, a polemizuje s názorem krajského soudu, že k rozhodnutí věci postačil jen samotný videozáznam.

[31] K tomu možno uvést, že takzvané opomenuté důkazy, tj. důkazy, o nichž v řízení nebylo soudem přes návrh účastníků rozhodnuto, případně důkazy, jimiž se soud při postupu podle zásady volného hodnocení důkazů přes návrh účastníků vůbec nezabýval, téměř vždy založí nejen nepřezkoumatelnost vydaného rozhodnutí, ale současně též jeho protiústavnost [čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod; k tomu srov. nález sp. zn. III. ÚS 61/94 ze dne 16. 2. 1995 (N 10/3 SbNU 51) či rozsudek NSS ze dne 7. 10. 2009, čj. 1 Afs 76/2009 - 56, body 31 a 32]. Jde tedy o procesní situace, v nichž bylo účastníky řízení navrženo provedení konkrétního důkazu, přičemž návrh na toto provedení byl soudem bez věcně adekvátního odůvodnění zamítnut, eventuálně zcela opomenut. To znamená, že ve vlastních rozhodovacích důvodech o zamítnutí návrhu na provedení důkazu nebyla zmínka buď vůbec žádná či toliko okrajová a obecná, neodpovídající povaze a závažnosti věci (srov. např. nález sp. zn. I. ÚS 2343/08 ze dne 25. 3. 2009).

[32] Tak tomu ovšem v případě napadeného rozsudku evidentně není. Krajský soud srozumitelně vysvětlil, proč neprovedl stěžovatelem navržený důkaz trestním spisem Policie ČR a výslechem náměstka primátorky města Karlovy Vary, jednatele společnosti STORMEN, dvou dalších osob zúčastněných na losování, jakož i notářky JUDr. Lenky Machové, u losování rovněž přítomné. Provedení těchto důkazů považoval krajský soud za nadbytečné, neboť pro posouzení věci byl zcela dostačující jediný důkaz, a to stěžovatelem předložený videozáznam předmětného losování. Z tohoto videozáznamu, jehož pravost a úplnost nikdo nezpochybnil, je totiž popsaný děj i žalovaným sankcionované netransparentní jednání zcela zřejmé a jednoznačně zjistitelné. Výpovědi svědků, kteří se tohoto losování účastnili, by tak nemohly nic nového přinést. Totéž uvedl krajský soud i ve vztahu k trestnímu spisu; k němu navíc dodal, že orgány činné v trestním řízení na danou situaci nahlížely z hlediska možného porušení zcela jiných právních předpisů než žalovaný a krajský soud (s. 11 napadeného rozsudku).

[33] Závěry reprodukované v předchozím bodě jsou naprosto srozumitelné. Reagují dostatečně na návrh stěžovatele na provedení důkazů, podaný v replice k vyjádření žalovaného, resp. na odůvodnění tohoto návrhu v průběhu jednání před soudem dne 19. 1. 2010 (zde stěžovatel vysvětlil, že navrhuje důkaz výslechem losující osoby, která by vysvětlila důvody svého počínání). Ostatně i stěžovatel sám v kasační stížnosti nejprve s právním názorem krajského soudu o neprovedení navržených důkazů detailně polemizuje, teprve posléze v replice k vyjádření žalovaného nově uvádí, že neprovedení důkazů podle něho nebylo dostatečně odůvodněno.

[34] Důvody nepřezkoumatelnosti rozsudku ve smyslu § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. tedy nejsou dány.

[35] Nejvyšší správní soud současně k námitce stěžovatele zvážil správnost názoru krajského soudu o neprovedení důkazu. S ohledem na argumentaci krajského soudu je patrné, že krajský soud (obdobně jako žalovaný) svůj právní závěr založil na tom, jak se losování jevilo či mohlo jevit *navenek*, nikoliv na tom, jaké byly motivy jednotlivých na losování participujících osob pro jejich jednání. Pokud je tento výklad správný (k tomu viz dále část **IV.C.**), byla by vskutku pro věc nepodstatná např. výpověď svědka, který losování provedl. Ten by totiž dle stěžovatele jen osvětlil své vnitřní důvody, proč závěrečné dva uchazeče vybíral násobně déle než prvé tři vylosované uchazeče. Stěžovatel ani v kasační stížnosti neuvádí, co by pro věc mohla přinést výpověď u losování přítomné notářky.

[36] Závěr krajského soudu o neprovedení stěžovatelem navržených důkazů proto nelze zpochybnit bez současného zpochybnění správnosti právního závěru ve věci samé.

[37] Pokud nyní stěžovatel nově argumentuje též tím, že navržený svědek Ing. Keřka, náměstek primátora, měl hovořit nejen jako osoba, která se losování účastnila (k tomu viz bod [32] shora), ale též jako komunální politik, který musel čelit atakům opozice a občanských iniciativ, lze odkázat přiměřeně na závěry obsažené v bodě [29] shora; k takovéto nově uplatněné skutečnosti proto zdejší soud s odkazem na § 109 odst. 4 s. ř. s. nepřihlédl. Nad rámec nezbytně nutného snad lze jen dodat, že takovýto důkaz by neměl pro věc naprosto žádný význam, neboť eventuální politické boje v městě Karlovy Vary jsou pro úvahy soudu o porušení zákona o veřejných zakázkách naprosto irelevantní.

IV.C.

Správnost závěru krajského soudu o porušení zásady transparentnosti

[38] Ústřední otázkou této kauzy je správnost výkladu § 25 odst. 1 ZVZ a aplikace tohoto ustanovení na skutkové okolnosti losování pěti zájemců o veřejnou zakázku.

[39] Skutkový základ věci, která se stala předmětem tohoto řízení, je pregnantně popsán v rozsudku krajského soudu. Z videozáznamu, „*který trvá něco přes 12 minut, je zřejmé, že samotné losování začalo probíhat v 10. minutě. Do té doby hovořil jednatel společnosti STORMEN, spol. s r. o., který poukázal mj. na to, že si na losování najali zkušenou společnost Stone Block a. s. Zástupci této společnosti následně předal slovo a ten přečetl jednotlivé zájemce a jejich čísla a poté vkládal lístky do losovací nádoby. První vylosovaný byl losován od 9.10 do 9.16 minut, druhý od 9.17 do 9.25 minut, třetí od 9.26 do 9.37 minut, čtvrtý od 9.37 do 10.10 minut a poslední, pátý byl losován od 10.11 do 10.44 minut (doba od vnoření ruky losujícího do nádoby do vytažení lístku tak trvala 6, 8, 11, 33 a 33 sekund). Během losování čtvrtého zájemce se notářka se smíchem podívala směrem ke kameře. Losující během losování čtvrtého a pátého zájemce rukou „šátral“ v losovací nádobě, zhruba v půlce losování čtvrtého zájemce a před losováním zájemce pátého s nádobou zatřepal*“. Posledním vylosovaným byl budoucí vítěz, sdružení společností „SYNER-BAU-STAV-METROSTAV“, se sídlem Rumunská 655/9, Liberec (s. 5 rozsudku).

[40] Podle dikce § 25 odst. 1 *in fine* ZVZ je v zadávacím řízení *zadavatel povinen dodržovat zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči s výjimkami uvedenými v § 87, zákazu diskriminace a transparentnosti*. Obdobně v současnosti platný § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, uvádí, že zadavatel je *povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace*. Důvodové zprávy k návrhu obou zákonů řadily zásadu transparentnosti k hlavním principům zákona (viz důvodová zpráva k návrhu zákona o veřejných zakázkách, sněmovní tisk č. 363/0, resp. důvodová zpráva k návrhu zákona o veřejných zakázkách ze dne 1. srpna 2005, sněmovní tisk č. 1076/0, obě přístupné v digitálním repozitáři Poslanecké sněmovny na adrese www.psp.cz). S tím se shoduje též právní doktrína (viz např. Jurčík, R. *Zadávání veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a v EU*, Praha, C.H. Beck 2007, s. 53, s. 57 - 58).

[41] Oba uvedené zákony byly harmonizačními předpisy ve vztahu k početným směrnicím Evropské unie v oblasti práva veřejných zakázek. V současnosti jde především o směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. 3. 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 134, 30. 4. 2004, s. 114 - 240), směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/75/ES ze dne 16. 11. 2005, kterou se opravuje směrnice 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 323, 9. 12 .2005, s. 55 - 56), směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. 3. 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (Úř. věst. L 134, 30. 4. 2004, s. 1 - 113), Směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21. 12. 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce (zvláštní vydání v českém jazyce: Kapitola 06 Svazek 01 S. 246 - 248), směrnice Rady 92/13/EHS ze dne 25. 2. 1992 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se uplatňování pravidel Společenství pro postupy při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací (Úř. věst. L 76, 23. 3. 1992, s. 14 - 20). Co se týče základních zásad, jako je zásada transparentnosti, vycházely z nich nepochybně i starší směrnice, které byly prováděny předchozím zákonem o veřejných zakázkách z roku 2004, a které byly interpretovány níže citovanou judikaturou Soudního dvora a stanovisky generálních advokátů. V rozsudku ze dne 7. 12. 2000 ve věci C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH a Telefonadress GmbH proti Telekom Austria AG* (Recueil s. I-10745, bod 62), Soudní dvůr vyložil, že zásada transparentnosti spočívá v zárukách poskytovaných všem potenciálním uchazečům o veřejnou zakázku stran odpovídajícího stupně publicity umožňujícího otevření zadávacího řízení konkurenci, stejně jako stran kontroly nestrannosti průběhu zadávacího řízení. Ke shodným závěrům dospěl Soudní dvůr nedávno i v rozsudku ze dne 13. 11. 2008 ve věci C-324/07, *Coditel Brabant SA proti Commune d'Uccle a Région de Bruxelles-Capitale* (Sb. rozh. s. I-8457, bod 25).

[42] Význam zásady transparentnosti v prvé řadě směřuje k cíli samotného práva veřejných zakázek, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.

Právě k zajištění konkurence mezi dodavateli slouží rovněž zásada transparentnosti (srov. přiměřeně rozsudek NSS ze dne 5. 6. 2008, čj. 1 Afs 20/2008 - 152, ve věci *Lumius, spol. s r. o.*, publ. pod č. 1771/2009 Sb. NSS, případně obdobně stanovisko generální advokátky Christine Stix-Hackl ze dne 12. 4. 2005 ve věci C-231/03, *Coname*, bod 92, podle které „*transparentnost má zaručit nenarušenou hospodářskou soutěž a přispět k otevření vnitrostátních trhů*.“).

[43] Krajský soud interpretuje požadavek transparentnosti tak, že tento není splněn 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. S takovýmto obecným výkladem zásady transparentnosti uvedené v § 25 odst. 1 *in fine* ZVZ se zdejší soud plně ztotožňuje. Navíc je tento závěr rovněž v plném souladu s výkladem této zásady ze strany Soudního dvora EU. Např. stanovisko generální advokátky Stix-Hackl ve věci *Coname*, cit. v bodě [42], které shrnuje dosavadní judikaturu Soudního dvora, k problému uvádí, že „*transparentnost podle směrnic obsahuje více než pouhé aspekty spojené s publicitou konkrétních zadávacích řízení*“ (bod 88). „*Kromě toho princip transparentnosti představuje naopak vůdčí zásadu pro celé zadávací řízení. K tomu patří rovněž například přezkoumatelnost rozhodnutí zadavatele a* obecně objektivní postup během zadávacího řízení“ (bod 90, zvýraznění přidáno).

[44] S ohledem na právě uvedené možno tedy prozatímně uzavřít, že podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se *navenek jeví* jako férový a řádný. Motivy jednotlivých osob participujících na výběru zájemců o veřejnou zakázku (ať již budou tyto motivy plně zákonné, dané pouhou neschopností navenek působit férově a řádně, event. nezákonné, nebo snad dokonce kriminální) jsou v tomto ohledu pro posouzení porušení zásady transparentnosti irelevantní. 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.

[45] První otázkou, kterou musel k námitce stěžovatele zdejší soud zvážit, bylo, zda lze skutkové okolnosti shrnuté shora v bodě [39] vskutku podřadit pod porušení zásady transparentnosti ve smyslu § 25 odst. 1 ZVZ, a tedy naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) ZVZ. Stěžovatel argumentuje, že k porušení transparentnosti nemohlo dojít jen proto, že losování čtvrtého a pátého zájemce překročilo limit 16 nebo 30 sekund, zatímco první tři zájemci byli vylosováni v rozmezí od 7 do 12 sekund za stálého míchání losujícího. Není podle stěžovatele vůbec jasné, proč krajský soud za transparentní považoval losování prvních tří zájemců, losovaných v rozmezí od 7 do 12 sekund, pakliže v odůvodnění na straně 8 rozsudku považoval za řádné losování jen takové, které probíhá v řádu několika málo sekund, včetně promíchání či protřepání nádobou. Upozorňuje, že žalovaný rozhodl v podstatě zcela intuitivně, ovšem shodou okolností se jeho názor protnul s názorem krajského soudu. Transparentnost prý nemůže být „klackem“, který „vždy a za všech okolností všeupravujícím a regulujícím způsobem bude sloužit žalovanému či nespokojeným dodavatelům k pohlavkování zadavatele právě v okamžiku, kdy není po ruce jiné východisko pro relevantní právní řešení.“ Na jiném

místě své velmi rozsáhlé, ovšem ne zcela konzistentní argumentace stěžovatel naopak připouští správnost názoru krajského soudu v „obecné rovině“, je to prý ale názor „zatím neúplný, který nereaguje komplexně na celou řadu aspektů výše popsaných a souvisejících s problematikou losování“ (s. 6 kasační stížnosti).

[46] S těmito námitkami se vypořádal již krajský soud, a to způsobem, se kterým se zdejší soud plně ztotožňuje. Stěžovatel především dezinterpretuje závěry krajského soudu, pokud tvrdí, že snad krajský soud svým rozhodnutím založil nějaké pevné sekundové limity, při jejichž překročení bude bez dalšího třeba automaticky hovořit o porušení zásady transparentnosti. Právě naopak, krajský soud přisvědčil stěžovateli v tom, že nelze jen v důsledku různé sekundové délky při losování jednotlivých zájemců dospět k závěru o netransparentnosti losování. Správně však krajský soud (ve shodě se žalovaným) upozornil, že nepřiměřeně dlouhá doba losování čtvrtého a pátého zájemce (přes půl minuty, tedy třikrát déle než vylosování třetího zájemce) byla v daném případě jednoznačným indikátorem netransparentnosti losování. Losování prvých tří zájemců v délce šesti, osmi a jedenácti sekund vyvolalo dojem řádného losování, neboť se navenek jevilo, že losující osoba lístky z nádoby skutečně náhodně a bez zaváhání losuje. Naproti tomu losování čtvrtého a pátého zájemce, obojí v délce 33 sekund, vzbudilo pochybnosti o své férovosti. Nejvyšší správní soud se shoduje s krajským soudem na interpretaci videozáznamu, z něhož je zřejmé, že losující rukou v nádobě pohybuje. Smyslem losování však v žádném případě není, aby si losující všechny lístky v osudí, z nichž má jeden vybrat, „osahal“, nýbrž aby náhodně jeden lístek vytáhl. Proto losování dvou posledních zájemců mohlo, slovy krajského soudu, „*navodit dohady o tom, že osoba ve skutečnosti vůbec nelosuje, nýbrž v nádobě hledá předem určený lístek, který má vytáhnout, avšak lístek se jí nedaří najít*.“ Jak uvedeno shora (bod [44]), pro aplikaci § 25 odst. 1 ZVZ není podstatné, zda tomu tak skutečně bylo, zda opravdu losující hledal lístek po hmatu, nebo zda snad tyto „dohady“ mohly být způsobeny pouhou nešikovností losující osoby. Ostatně, jak uvádí krajský soud, skutečný stav věcí dnes ani zjistit nelze, neboť losovací lístky byly již dávno zlikvidovány.

[47] Stěžovateli není možno přisvědčit ani v tom, že rozsudek krajského soudu je nesprávný jen proto, že nereaguje komplexně na všechny problémy, které s losováním zájemců mohou v jiných případech vyvstat. Jakékoliv rozhodnutí jakéhokoliv soudu samozřejmě nemůže v kontextu jedinečných faktů individuálního případu zodpovědět všechny možné otázky, které v souvislosti s určitým právním názorem mohou v budoucnosti vyvstat. Pokud něčeho takového není schopen v obecné rovině zákonodárce (viz bod [51] níže), tím méně toho může být schopen soud v rámci mantinelů, které mu dávají reálie případu a relevantní námitky uplatněné žalobcem (stěžovatelem). Ostatně samotný pojem „transparentnosti“ se vyznačuje obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti jakákoliv konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat (srov. rozsudek NSS ze dne 10. 11. 2005, čj. 1 Afs 107/2004 - 48, publ. pod č. 869/2006 Sb. NSS, který tuto myšlenku aplikoval na doktrínu zneužití práva v daňové oblasti, resp. rozsudek NSS ve věci *Lumius*, cit. v bodě [42] shora, který totéž aplikoval na zásadu zákazu diskriminace v oblasti veřejných zakázek). Ostatně i v právu EU, které je předobrazem českého zákona, je konsensus na tom, že „*podrobnosti povinnosti transparentnosti vyplývají pokaždé z okolností*

konkrétního případu“ [stanovisko generální advokátky Christine Stix-Hackl ze dne 14. 9. 2006 ve věci *Komise proti Irsku* (Sb. rozh. s. I-11353), C-532/03, bod 71].

[48] Proti závěru krajského soudu snáší stěžovatel celou řadu dalších dílčích námitek.

[49] Stěžovatel předně namítá, že závěr krajského soudu není opřen o žádnou právní normu. Jednání stěžovatele není ani v rozporu s ustálenou rozhodovací praxí žalovaného nebo soudů.

[50] Názor stěžovatele vychází z nepochopení regulatorní funkce právních norem, které jsou často formulovány jen velmi obecným způsobem. Je nepochybné, že krajský soud obdobně jako žalovaný interpretoval § 102 odst. 1 písm. b) ve spojení s § 25 odst. 1 ZVZ (k jeho znění viz shora, bod [40]). Rozhodnutí krajského soudu i žalovaného proto bezesporu zákonný základ mají.

[51] Pokud snad má stěžovatel za to, že zákon má kazuisticky vyjmenovat všechny případy, na které dopadá porušení zásady transparentnosti, je zřejmé, že požaduje něco nemožného. Pojem „zásada transparentnosti“ spadá do kategorie tzv. neurčitých právních pojmů; jejich definování obecně v právních předpisech pro jejich povahu samu nemusí být vhodné, dokonce ani možné. To platí tím spíše o právních zásadách, jejichž obecnost a abstraktnost je již samotným klasifikačním znakem právních zásad jako specifického druhu právních pravidel (srov. Holländer, P. *Filosofie práva*, Aleš Čeněk, Plzeň 2006, s. 139 násl.). Neurčité právní pojmy zahrnují jevy nebo skutečnosti, které nelze úspěšně zcela přesně právně definovat; jejich obsah a rozsah se může měnit, často bývá podmíněn časem a místem aplikace normy. Při interpretaci neurčitého právního pojmu se správní orgán musí zabývat konkrétní skutkovou podstatou, jakož i ostatními okolnostmi případu, přičemž sám musí alespoň rámcově obsah a význam užitého neurčitého pojmu objasnit, a to z toho hlediska, zda posuzovanou věc lze do rámce vytvořeného rozsahem neurčitého pojmu zařadit. Proto se zjištění, zda v daném případě byla porušena zásada transparentnosti, musí odvíjet od hodnocení všech okolností konkrétního případu, z nichž správní orgán učiní závěr, zda je daný pojem naplněn či nikoli. Zákonodárce užitím neurčitých pojmů dává orgánu aplikujícímu právní předpis prostor, aby posoudil, zda konkrétní situace patří do rozsahu neurčitého pojmu či nikoli.

[52] Stěžovatel dále upozorňuje, že pokud bude vyhověno názoru krajského soudu, že „řádné losování“ má proběhnout v rychlém sledu několika málo sekund, rychlost losování může „zastírat něco zcela jiného, např. hmatové rozpoznání předem hluboce zmrazených několika lístků“, které budou po předchozí instrukci od zadavatele losujícím takto „vylosovány“ (zvýraznil stěžovatel). V tomto smyslu stěžovatel upozorňuje na údajnou zneužitelnost výkladu provedeného krajským soudem. „Proto pokud v rámci rozhodovací praxe a kultivování právního prostředí veřejných zakázek nechceme být svědky »bleskově rychlých zmrazených losovaček«, není možné přijmout právní názor krajského soudu založený na posuzování různých časových délek jednotlivě vylosovaných zájemců“ (zvýraznil stěžovatel). Stěžovatel rovněž upozorňuje, že jeho úvahy o „rychlozmrazených losovačkách“ nejsou výplodem jeho bujné fantazie, ale „bohužel reálnou skutečností ve stále větší vynalézavosti protiprávních praktik, které deformují prostředí veřejných zakázek“.

[53] Tato námitka může mít sice své racionální jádro, nutno však stěžovatele upozornit, že flexibilita pojmu transparentnosti (viz bod [51] shora) předpokládá svůj vývoj právě v závislosti na proměňujících se protizákonných praktikách narušujících hodnoty chráněné právem veřejných zakázek.

[54] Stěžovatel dále upozorňuje, že losující osoba naprosto nemohla s lístky jakkoliv manipulovat ani ovlivňovat výsledky losování. K tomu lze jen stručně uvést, že krajský soud netvrdí, že tato osoba lístky skutečně manipulovala, neboť pro takovýto závěr jednak nebylo provedeno žádné dokazování, jednak to není pro právní posouzení věci ani jakkoliv podstatné. Ostatně toho si je stěžovatel vědom, protože na jiném místě své rozsáhlé kasační stížnosti upozorňuje, že krajský soud vůbec nevytýká stěžovateli, že by jednal podvodně či že by manipuloval s losovacími lístky. To je sice pravda, na správnost posouzení věci ze strany krajského soudu ovšem nemá tato teze stěžovatele naprosto žádný vliv. Krajský soud ani žalovaný nebyli vůbec povinni zvažovat, zda k manipulaci s hlasovacími lístky skutečně došlo, či zda došlo jinak k podvodnému jednání. Tato otázka měla být posouzena jinými orgány v rámci jiného právního prostředí, typicky orgány činnými v trestním řízením se zřetelem na možnou trestní odpovědnost jednotlivých fyzických osob. Výsledky takovéhoto šetření, včetně eventuálních výsledků pro statutární orgány stěžovatele nebo pro stěžovatele samého příznivých, však nemají pro dané řízení podle zákona o veřejných zakázkách žádný dopad.

[55] Dále stěžovatel obdobně jako v žalobě odkazuje na obvyklou praxi při losování sportovních soutěží nebo společenských soutěží o hodnotné ceny, kdy za účelem objektivity a nahodilosti vylosovaných subjektů losující osoba před zraky diváků promíchává osudí po dobu výrazně delší, než probíhalo losování předchozích výherců či jiných osob.

[56] K tomu lze odkázat na správný závěr krajského soudu, podle něhož v daném případě nešlo o losování nejhodnotnější ceny, nýbrž o vylosování zájemců, kteří jsou v rovném postavení bez ohledu na to, jsou-li vytaženi první nebo poslední. Navíc v daném případě nebyli na místě přítomni žádní diváci, pro které by snad chtěl losující učinit závěr losování napínavějším. Ostatně ani videozáznam nebyl zcela jistě pořízen pro promítání široké veřejnosti (což je naopak pravidlem u stěžovatelem uváděných příkladů losování kvalifikace mistrovství světa či Evropy ve fotbale). S diváky, kteří losování posléze shlédli v řadě televizních pořadů i internetových sestřihů (což opakovaně s nelibostí zmiňuje ve své argumentaci stěžovatel), losující ani stěžovatel evidentně nepočítal. Jistě proto nemohlo být ani jeho záměrem širokou veřejnost napínat či bavit.

[57] Stěžovatel upozorňuje, že nebylo-li by videozáznamu, nebylo by ani „této nejznámější české losovací kauzy“. Současně upozorňuje, že po této skutečnosti již asi nikdo nebude losování zájemců o veřejné zakázky dokumentovat videozáznamem.

[58] Nejvyšší správní soud k tomuto pouze poznamenává, že ani takovýto argument nemůže na správnosti závěrů žalovaného a krajského soudu nic změnit. Je samozřejmě možné, že nyní (ať již z jakýchkoliv důvodů) stěžovatel nebo jiní zadavatelé nebudou své počínání videozáznamem dokumentovat. Není jistě úkolem soudní moci, aby jim

takovouto povinnost stanovila. To však nemůže změnit nic na právních důsledcích, které měl jeden zdokumentovaný záznam o porušení transparentnosti při losování zájemců o veřejnou zakázku.

IV.D.
Návrh na snížení pokuty

[59] Stěžovatel konečně uvádí, že v žalobě sice nenavrhl zrušení či snížení pokuty za správní delikt, činil tak však proto, že nepředpokládal zamítnutí žaloby. Navíc předpokládal, že ho dle vývoje řízení k návrhu vyzve sám krajský soud ve smyslu dikce § 78 odst. 2 s. ř. s. Proto nyní navrhuje, aby v případě, že kasační stížnosti nebude vyhověno, Nejvyšší správní soud snížil pokutu na hranici toliko „symbolickou“, a to se zřetelem na všechny okolnosti případu.

[60] Podle § 78 odst. 2 s. ř. s. rozhoduje-li soud o žalobě proti rozhodnutí, jímž správní orgán uložil trest za správní delikt, může soud, nejsou-li důvody pro zrušení rozhodnutí, ale trest byl uložen ve zjevně nepřiměřené výši, upustit od něj nebo jej snížit v mezích zákonem dovolených. Podmínkou ve smyslu dikce cit. ustanovení nicméně je též to, že takový postup navrhl žalobce v žalobě. Stěžovatel nic takového v žalobě nenavrhl, což ostatně i sám v kasační stížnosti připouští. Právě naopak, stěžovatel v žalobě označil pokutu za „směšnou“, a to ve vztahu k pokutě, která mu dle zákona mohla být uložena. Z tohoto důvodu nebyl krajský soud jakkoliv oprávněn o snížení nebo upuštění od pokuty rozhodovat. To ostatně krajský soud ve svém rozsudku výslovně uvedl.

[61] Nejvyšší správní soud, který přezkoumává správnost rozhodnutí krajského soudu (§ 103 s. ř. s.), proto za této situace nebyl vůbec oprávněn zvažovat nově podaný návrh stěžovatele na upuštění od pokuty nebo na její eventuální snížení. V tomto rozsahu je tedy kasační stížnost nepřípustná (§ 104 odst. 4 s. ř. s.).

V.
Závěr a náklady řízení

[62] Stěžovatel se svými námitkami s ohledem na výše uvedené neuspěl; jelikož v řízení o kasační stížnosti nevyšly najevo žádné vady, k nimž je nutno přihlížet z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 s. ř. s.), Nejvyšší správní soud zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou.

[63] O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto v souladu s § 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel, který neměl v tomto řízení úspěch, nemá na jejich náhradu právo. Žalovanému žádné náklady v řízení o kasační stížnosti, které by přesáhly rámec jeho běžné úřední činnosti, nevznikly. Proto Nejvyšší správní soud nepřiznal žalovanému náhradu nákladů řízení.

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

V Brně dne 15. září 2010

JUDr. Josef Baxa
předseda senátu