

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Barbary Pořízkové a soudců JUDr. Petra Mikeše, Ph.D., a Mgr. Daniely Zemanové v právní věci žalobce: **Povodí Vltavy, státní podnik,** se sídlem Holečkova 3178/8, Praha 5, zast. JUDr. Ivanou Syrůčkovou, advokátkou se sídlem Plzeňská 232/4, Praha 5, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,** se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 12. 2013, č. j. ÚOHS-R308/2012/VZ-24618/2013/310/MLr, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 21. 3. 2016, č. j. 30 Af 15/2014 – 168,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Podanou kasační stížností se žalobce (dále jako „stěžovatel“) domáhá zrušení v záhlaví označeného rozsudku Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), kterým byla dle § 78 odst. 7 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), zamítnuta jeho žaloba proti v záhlaví specifikovanému rozhodnutí předsedy žalovaného. Předseda žalovaného zamítl rozklad stěžovatele a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 22. 10. 2012, č. j. ÚOHS-S66/2012/VZ-4899/2012/530/PPo, kterým mu byla uložena pokuta ve výši 100 000 Kč za to, že při zadávání podlimitní veřejné zakázky „Protipovodňová opatření lokality Svrčovec“ v užším řízení neprovedl losování při omezení počtu zájemců dne 24. 6. 2011 v souladu se zásadou transparentnosti. Tím se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 11. 9. 2011 (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“). Podle závěrů znaleckého posudku elektronické zařízení užité pro losování bylo manipulovatelné, resp. cíleně vytvořené k manipulaci s výsledky losování, neboť nepracovalo na deklarované bázi náhodného výběru, ale umožňovalo výběr předem zadaných zájemců.

[2] Krajský soud se nejprve zabýval námitkou, že nebylo prokázáno, že losovací zařízení užité k omezení počtu zájemců, je totožné s tím, které bylo předmětem znaleckého zkoumání. Dospěl k závěru, že v notářském zápise, který byl o losování pořízen, došlo k chybě v psaní, stejně jako v jiných souvisejících notářských zápisech, když místo správného typu „Acer TravelMate 5542" byl uveden „Acer TravelMate 5442". Ze zprávy od společnosti Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o. (dále jen „společnost Inženýrské služby HK"), která technicky zajišťovala losování, vyplývá, že jediné losovací zařízení, které v dané době používala, byl notebook „Acer TravelMate 5542". Stěžovatel netvrdil, že by existoval ještě jiný notebook, který byl využit k losování a následně nebyl znalecky zkoumán. Žalovaný vyšel též z odpovědi produktového manažera společnosti Acer, že notebook „Acer TravelMate 5442" tato společnost nikdy neměla a daný produkt do České republiky nedovezla.

[3] Ohledně odpovědnosti stěžovatele za správní delikt poukázal krajský soud na judikaturu Nejvyššího správního soudu týkající se losování při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku. Z ní vyplývá, že pro porušení zásady transparentnosti postačí i pouhá pochybnost o korektnosti a fair průběhu losování. Losovací zařízení v posuzované věci nejen, že nebylo zabezpečeno před případnou manipulací, ale bylo k ní přímo uzpůsobeno. Prokázat manipulaci při konkrétním losování nebylo nutné a ani to nebylo možné s ohledem na to, že program mazal záznamy o konkrétní manipulaci. Z jeho strany tak došlo k porušení povinnosti zajistit transparentní losování prostřednictvím elektronického zařízení. To, že se nechal zastoupit v zadávacím řízení společností Tercier, spol. s r. o. (dále jen „společnost Tercier"), jeho odpovědnost za správní delikt nijak nevylučuje. Jako objektivní kritérium omezení počtu zájemců zvolil los a v tomto směru nepochybně nesl riziko spojené s tímto specifickým a z povahy věci nepřezkoumatelným postupem. Jedinou možností, jak riziko zcela vyloučit, je losování vůbec nepoužít, což se ostatně pozdější novelou zákona o veřejných zakázkách stalo. Všechny stěžovatelem uváděné kroky k zajištění transparentnosti losování nelze vnímat jako výjimečné a prokazující vynaložení veškerého úsilí, které bylo možno požadovat, aby k porušení právní povinnosti nedošlo, ale jako standardní kontrolu.

II. Obsah kasační stížnosti, další vyjádření účastníků

[4] Podle stěžovatele bylo losování prováděno na jiném losovacím zařízení (Acer TravelMate 5442), než které bylo předmětem znaleckého zkoumání (Acer TravelMate 5542). Uvedený rozdíl nelze přičítat písařské chybě. I v dalších notářských zápisech vyhotovených u jiných losování jinými notáři je uvedeno označení Acer TravelMate 5442. Jednalo se jednak o losování ze dne 26. 4. 2011, ke kterému prováděl krajský soud důkaz čtením notářského zápisu, a stejné označení bylo použito i ve věci projednávané krajským soudem pod sp. zn. 30 Af 10/2014, kde proběhlo losování dne 11. 4. 2011. Je tak vysoce nepravděpodobné, že by se jednalo o písařskou chybu. Skutečnosti o průběhu losování je nutné považovat za prokázané, neboť je osvědčuje notářský zápis, tedy veřejná listina. Není proto možné rozdíl v číslech považovat za pouhý překlep. Tento postup krajského soudu byl v rozporu s § 134 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „o. s. ř."). Veřejné listiny, není-li dokázán opak, potvrzují pravdivost toho, co je v nich osvědčeno nebo potvrzeno. Krajský soud tedy nemohl obsah obou notářských zápisů vyhodnotit podle svého volného a ničím nepodloženého uvážení jako překlep.

[5] Pokud krajský soud odkazoval na potvrzení zástupce společnosti Acer, pak z něj nelze dovodit, že daný typ notebooku neexistuje. Stěžovatel dohledal prostřednictvím vyhledávače google.cz, že tento typ notebooku byl v minulosti nabízen na jím uvedené konkrétní internetové stránce, která dnes již neexistuje, ale lze po ní dohledat stopu.

[6] Krajský soud vycházel z předpokladu, že pokud bylo v některých případech prokázáno, že společnost Inženýrské služby HK ovlivňovala jiné veřejné zakázky, je třeba automaticky považovat všechna zadávací řízení, kde tato společnost vystupovala za zmanipulovaná.

[7] Stěžovatel činil veškerá možná opatření k tomu, aby byla zachována transparentnost a neovlivnitelnost celého losování. Celý systém si nechal odborně vysvětlit a byl ujištěn, že není možné do losování jakkoliv zasáhnout, neboť je provedena autorizovaná instalace společností ZERON s.r.o. O této skutečnosti mu k jeho žádosti byl následně předložen certifikát této společnosti, o tom, že proběhl dohled na autorizovanou odbornou instalací programu UNIFACE v licenci od společnosti COMPUWARE. Před samotným losováním bylo provedeno dvojí zkušební losování, při kterém bylo možné fungování programu vyzkoušet. Tuto možnost měli i přítomní zájemci, čehož jeden z nich využil. Žádná závada zjištěna nebyla. Nikdo z účastníků losování také námitky či požadavky na další zkoušení nevznesl, z čehož vyplývá, že o transparentnosti losování neměli žádné pochybnosti. Čísla jednotliví uchazeči obdrželi na základě losování, nikoliv předem, jako tomu bylo v jiných případech.

[8] Krajský soud ne zcela případně odkázal na rozsudek krajského soudu ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 – 108, a na něj navazující rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 – 49, ve věci ALPINE Bau CZ s.r.o. (dále jen „rozsudek ve věci ALPINE Bau CZ“), neboť skutkové okolnosti byly výrazně odlišné. Účastníci daného losování požádali po zkušebním losování a před provedením vlastního losování o změnu dopředu přidělených čísel. To bylo odmítnuto, což soudy posoudily tak, že takový postup postrádal racionální odůvodnění a vzbuzoval pochybnosti o transparentnosti losování. V nyní posuzované věci byla čísla účastníkům losování přidělena až při losování a nikdo žádné změny nepožadoval. Účastníci měli možnost kontroly formou testovacího losování a to i opakovaného. Pokud nevyvstala žádná pochybnost, nemohlo dojít ani ke spáchání správního deliktu. Tento předchozí rozsudek proto krajský soud naopak nyní napadeným rozsudkem popírá.

[9] Žalovaný v minulosti oproti nynějšímu závěru zaujal ve svém rozhodnutí o rozkladu ze dne 5. 10. 2011, č. j. ÚOHS-R200/2011/VZ-15571/2011/310/Jsi, a jemu předcházejícím prvostupňovém rozhodnutí, názor, že transparentnost užívání elektronických losovacích zařízení nemůže být předmětem posuzování žalovaného.

[10] Nesouhlasí ani se závěrem, že by nedošlo k jeho liberaci za správní delikt. Vynaložil veškeré možné úsilí pro zajištění transparentnosti losování. Zcela absurdní je úvaha krajského soudu, že jedinou možností vyloučení selhání lidského faktoru bylo losování vůbec nepoužít s odkazem na pozdější novelu zákona o veřejných zakázkách. Ustanovení § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách účinné v dané době výslovně možnost omezení počtu zájemců losováním prostřednictvím elektronického zařízení umožňovalo. Soud tak

vlastně retroaktivně aplikoval pozdější novelu, neboť dospěl k závěru, že stěžovatel losování vůbec použít nemohl. Nemůže však být trestán za využití možnosti dané mu výslovně zákonem.

[11] Závěrem proto navrhl rozsudek krajského soudu zrušit a věc mu vrátit k dalšímu řízení.

[12] Žalovaný se k podané kasační stížnosti vyjádřil tak, že existence důvodných pochybností o transparentnosti losování shledána byla. V rozhodném období byl využíván tentýž notebook, který později zkoumala policie. Pokud jde o stěžovatelem uváděné jiné notářské zápisy, žalovaný ani krajský soud k nim neměl důvod přihlížet v tomto řízení. Není vyloučeno, aby se i ve více notářských zápisech objevily tytéž chyby, což mohlo být způsobeno například předložením listiny s technickou specifikací losovacího zařízení ze strany administrátora pořizovateli notářského zápisu, kde se vyskytovala tato písařská chyba.

[13] Počítač obsahoval nijak nedeklarovanou funkcionalitu, která umožňovala zmanipulovat losování, což zapříčinilo netransparentnost proběhlého losování. Stěžovatelova odpovědnost za správní delikt je objektivní a neprokázal vynaložení veškerého možného úsilí, které bylo možné požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil. To, že manipulace losování nebyla na první pohled pro účastníky postřehnutelná, neznamená, že losování proběhlo transparentně. Je proto irelevantní, zda účastníci měli nebo neměli pochybnosti a zda vznášeli nějaké požadavky. Požadavky na transparentnost byly uvedeny zejména v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 14. 5.2007, č. j. 31 Ca 166/2005 – 125, publ. pod č. 2621/2012 Sb. NSS, a dále doplněny rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 – 159, publ. pod č. 2189/2011 Sb. NSS, ve věci tzv. karlovarské losovačky (dále jen „rozsudek ve věci karlovarské losovačky“). Není podstatné, že se tato judikatura vztahuje k losování mechanickému.

[14] Argumenty stěžovatele užité v kasační stížnosti se v zásadě shodují s argumenty rozkladu a žaloby, a byly v předchozích řízeních již řádně vypořádány. Navrhuje proto kasační stížnost jako nedůvodnou zamítnout.

[15] V replice na vyjádření žalovaného stěžovatel opětovně zdůraznil, že nebylo prokázáno, že by v dané věci došlo k manipulaci při losování. Losování bylo přípustné jako jedno z objektivních kritérií pro omezení počtu zájemců. Nemůže být trestán pouze za to, že si pro administraci zakázky zvolil společnost Tercier. Krajským soudem mu nebylo umožněno prokázat vyvinění ze správního deliktu.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[16] Nejvyšší správní soud posoudil formální náležitosti kasační stížnosti a shledal, že kasační stížnost byla podána včas, jde o rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost přípustná, a stěžovatel je řádně zastoupen advokátem (§ 105 odst. 2 s. ř. s.). Poté přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů, ověřil, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.), a dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

[17] Nejprve se soud zabýval otázkou, zda bylo prokázáno, že losování proběhlo na počítači, který byl předmětem znaleckého zkoumání. Pokud by tomu totiž tak nebylo, byly by jakékoliv na to navazující úvahy žalovaného i krajského soudu bezpředmětné.

[18] Se stěžovatelem lze v obecné rovině souhlasit s tím, že notářské zápisy jsou veřejnými listinami, což vyplývá z § 6 zákona č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád). S ohledem na to se uplatní pravidlo uvedené v § 53 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, jakož i § 134 o. s. ř., které je pro soudní řízení správní použitelné s ohledem na § 64 s. ř. s., podle nichž shodně platí, že veřejné listiny potvrzují, že jde o nařízení nebo prohlášení orgánu, který listinu vydal, a není-li dokázán opak, i pravdivost toho, co je v nich osvědčeno nebo potvrzeno (viz též např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 19. 8. 1998, sp. zn. 20 Cdo 791/98 nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 4. 2015, č. j. 1 As 12/2015 - 30). K popření pravdivosti údajů uvedených ve veřejné listině tedy nepostačuje jenom jejich zpochybnění, ale musí být prokázáno, že nepravdivé jsou.

[19] Stěžovatel tvrdí, že z notářského zápisu pořízeného o losování vyplývá, že losování proběhlo na notebooku „Acer TravelMate 5442“. To však z uvedeného notářského zápisu nevyplývá. Notářský zápis ze dne 24. 6. 2011, NZ 182/2011, N 213/2011, sepsaný jménem JUDr. Lenky Leszay, Ph.D, LL.M., notářky, její zástupkyní Mgr. K. Ž., notářskou kandidátkou, pokud jde o použité losovací zařízení uvádí: *„**Paní Ing. K. seznámila přítomné,** že losování za účelem omezení počtu zájemců o účast proběhne prostřednictvím elektronického zařízení, které tvoří programové vybavení, počítač a periférie. **Dále přítomné seznámila s tím, že** programové vybavení tvoří losovací program běžící v prostředí „UNIFACE“ v licenci společnosti COMPUWARE. Autorizovanou instalaci provedla firma ZERON, s.r.o., **počítač je notebook ACER TravelMate 5442** s operačním systémem WINDOWS 7. Standardní počítač byl v rámci autorizované instalace uzpůsoben pro jednoúčelové využití – losování prostřednictvím losovacího programu v prostředí „UNIFACE“, […]“* (zvýraznění provedeno Nejvyšším správním soudem). Je tedy zřejmé, že notářský zápis osvědčuje v této části toliko to, že informaci o značce notebooku sdělila přítomným Ing. M. K. Neosvědčuje však to, že právě na takovém notebooku losování proběhlo. Z notářského zápisu nijak nevyplývá, že by notářská kandidátka prováděla sama kontrolu počítače a ověřovala tak informaci sdělenou osobou provádějící losování.

[20] Pakliže je notářským zápisem zachyceno pouze sdělení Ing. M. K. o označení notebooku, není třeba ohledně pravdivosti jejího prohlášení prokazovat opak, ale k prokázání toho, o jaký notebook se jednalo, postačuje hodnotit její prohlášení ve spojení s dalšími důkazy a na základě zásady volného hodnocení důkazů dojít k závěru, zda byl použit notebook „Acer TravelMate 5542“ nebo „Acer TravelMate 5442“. Nejvyšší správní soud se v tomto směru zcela ztotožňuje s hodnocením provedeným žalovaným i krajským soudem, že šlo o notebook „Acer TravelMate 5542“, když tento jejich závěr byl podložen důkazy i jejich logickým hodnocením.

[21] Administraci zadávacího řízení zajišťovala společnost Tercier, pro kterou zařizovala losování společnost Inženýrské služby HK, což stěžovatel nijak nezpochybňuje. Ze zprávy podané společností Inženýrské služby HK policejnímu orgánu pro účely trestního řízení ze dne 12. 9. 2011 vyplývá, že v souvislosti s administrací veřejných zakázek používala do uvedeného data pouze dvě zařízení. V obou případech se jednalo o notebooky „Acer

TravelMate 5542“. První z uvedených notebooků byl používán v období od března 2011 do 12. 7. 2011, tedy i v době předmětného losování. Tento notebook byl následně předmětem znaleckého zkoumání. Dále je možné vyjít opět z nezpochybňovaného vyjádření produktového manažera společnosti Acer Czech Republic ze dne 21. 3. 2012, že notebook „Acer TravelMate 5442“ tato společnost nikdy neměla a daný produkt tedy do ČR nedovezla. Oproti těmto zjištěním stojí pouze prohlášení Ing. M. K. během losování, že je použit notebook „Acer TravelMate 5442“. Pokud společnost Inženýrské služby HK uvádí, že losování probíhalo pouze na notebooku „Acer TravelMate 5542“ a autorizovaný dovozce notebooků Acer uvádí, že notebooky označené „Acer TravelMate 5442“ nikdy do ČR nedovážel, považuje i Nejvyšší správní soud za prokázané, že se pouze Ing. M. K. při oznamování losovacího zařízení přeřekla, což pak mělo za následek i zaznamenání tohoto nesprávného údaje do notářského zápisu. Není ani nic neobvyklého na tom, že se zřejmě takto přeřekla opakovaně, při jiných losováních. Jednalo se zjevně o stručné seznámení s technickými parametry losovacího zařízení, kdy přesný typ použitého počítače byl v danou chvíli podružný.

[22] Poukazuje-li stěžovatel na dohledání toho, že typ notebooku „Acer TravelMate 5442“ v minulosti existoval, Nejvyšší správní soud k tomu uvádí, že tento důkaz by nebyl způsobilý uvedené závěry zvrátit. Zejména z vyjádření společnosti Inženýrské služby HK, ale i z vyjádření autorizovaného dovozce Acer, vyplývá, že je v podstatě vyloučeno, aby losování proběhlo na notebooku „Acer TravelMate 5442“, i pokud by takový typ vůbec existoval. Nad rámec Nejvyšší správní soud poznamenává, našel-li stěžovatel pouze jediný odkaz (navíc již nefunkční) na uvedený typ notebooku v celosvětové síti Internet, pak by naopak tato skutečnost svědčila tomu, že tento typ vůbec neexistoval a jednalo se i v případě zcela ojedinělého odkazu o překlep. Pokud by totiž uvedený typ existoval, musel by být jeho výskyt na Internetu mnohem častější.

[23] Námitka, že krajský soud vycházel z předpokladu, že pokud společnost Inženýrské služby HK ovlivňovala jiné veřejné zakázky, je třeba automaticky považovat všechna zadávací řízení, kde tato společnost vystupovala, za zmanipulovaná, nemá žádnou oporu v napadeném rozsudku. Takovým způsobem krajský soud vůbec neargumentoval. Stejně tak žalovaný, ani krajský soud, nekladli stěžovali za vinu to, že pro losování použil společnost Tercier, ale to, že losování (bez ohledu na to kdo jej za stěžovatele nebo pro něj prováděl) proběhlo v rozporu se zásadou transparentnosti.

[24] V dalších námitkách stěžovatel značně směšuje vznik odpovědnosti za správní delikt a možnost vyvinění se (liberaci) z odpovědnosti za něj. Jedná se však o rozdílné otázky. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách platilo, že se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. Podle § 121 odst. 1 stejného zákona pak právnická osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila. U otázky odpovědnosti je tedy podstatné pouze to, zda při losování byla dodržena zásada transparentnosti, u možného vyvinění pak to, jaké kroky stěžovatel učinil k tomu, aby případnému porušení této povinnosti zabránil.

[25] Stěžovatel se zjevně v prvé řadě domnívá, že vůbec k porušení jeho povinnosti zajistit transparentní losování nedošlo. To dovozuje z toho, že proběhlo dvojí zkušební

losování, které mohli provést i přítomní účastníci losování, při němž nebyla zjištěna žádná závada. Nikdo z účastníků losování nevznášel námitky či požadavky na další zkoušení losovacího zařízení. Poukazuje také na odlišnost od rozsudku ve věci ALPINE Bau CZ s ohledem na přidělení losovaných čísel až v průběhu losování.

[26] Podle § 64 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách platilo, že *omezil-li veřejný zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním nebo v soutěžním dialogu, provede výběr ze zájemců, kteří řádně prokázali splnění požadované kvalifikace, a to podle objektivních kritérií podle odstavce 2 nebo 4 uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení.*

[27] Dle § 61 odst. 4 citovaného zákona mohl být objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců rovněž *náhodný výběr provedený losem [...] Losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6 prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování.*

[28] Podle § 6 zákona o veřejných zakázkách byl zadavatel *povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.*

[29] Výkladem pojmu transparentnost se v souvislosti s losováním zájemců o veřejnou zakázku Nejvyšší správní soud podrobně zabýval v rozsudku ve věci karlovarské losovačky. V bodě 44 uvedl, že podmínkou dodržení zásady transparentnosti je *„průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný [...] Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti. Tyto úvahy platí tím spíše v případě, kdy se přistoupí k losování, protože losování je úkon ze své povahy nepřezkoumatelný.“*

[30] V rozsudku ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 – 55, publ. pod č. 2714/2012 Sb. NSS, ve věci SDS EXMOST spol. s r. o. (dále jen „rozsudek ve věci SDS EXMOST“), poté uvedl, že *„posouzení transparentnosti losování v žádném případě nespočívá v dokazování, zda došlo při losování k manipulaci či nikoliv. Pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. K tomu může dojít i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo [...].“* Z uvedeného rozsudku tedy vyplývá, že po zadavateli veřejné zakázky bylo nutné požadovat, aby losování neprovázely žádné okolnosti, které by vzbuzovaly důvodné pochybnosti o jeho férovosti.

[31] V posuzované věci bylo znaleckým posudkem zjištěno, že program použitý pro losování nebyl zabezpečen před případnou manipulací, ale byl k ní přímo uzpůsoben. Pokud tedy bylo použito losovací zařízení uzpůsobené k tomu, aby s losováním mohlo manipulovat, je zcela evidentní, že taková okolnost vzbuzuje důvodné pochybnosti o férovosti losování. K obdobným závěrům týkajícím se skutkově velmi obdobných situací dospěl Nejvyšší správní soud též v rozsudcích ze dne 25. 5. 2016, č. j. 4 As 68/2016 - 48, ze dne 27. 9. 2016, č. j. 1 As 77/2016 - 32, a ze dne 7. 12. 2016, č. j. 6 As 86/2016 – 23.

[32] Je nepodstatné, zda účastníci losování vznášeli proti průběhu losování námitky ať už z toho důvodu, že nebyli schopni v danou chvíli adekvátně reagovat (viz obdobně rozsudek ve věci SDS EXMOST) nebo z toho důvodu, že možná manipulace s losováním

nebyla zjistitelná. Stěžovatel nesprávně pochopil závěry předchozí judikatury. Například z rozsudku ve věci karlovarské losovačky, sice vyplývá, že pro porušení zásady transparentnosti postačuje, že se proces losování nejeví jako férový a řádný. Z toho však rozhodně nelze dovodit to, že pokud se přítomným takto proces jeví, ačkoliv se později zjistí, že mohlo docházet k jeho manipulaci, je vše v pořádku. Naopak uvedené judikatorní závěry směřují k tomu, že postačí i pouhé pochybnosti o možné manipulaci. Tím spíše však dochází k porušení zásady transparentnosti za situace, kdy je prokázané, že při losování bylo použito zařízení, které manipulaci umožňovalo.

[33] Ze znaleckého posudku vyplývá, že manipulace s losováním byla dobře maskována a nezasvěcený pozorovatel nepoznal, že se nejedná o náhodné losování. Uvedené se dalo poznat pouze díky malé tečce nacházející se pod tlačítkem „Tisk protokolu“, která byla navíc prakticky viditelná pouze na monitoru počítače, protože promítáním pomocí datového projektoru se snížil kontrast a kvalita obrazu. Aby tedy účastnici mohli namítat zmanipulované losování, museli by si téměř neviditelné tečky povšimnout a zároveň vědět, že indikuje zmanipulované losování. Pokud by měla být relevantní argumentace stěžovatele, pak by to znamenalo, že transparentní by bylo nejen takové losování, které by proběhlo za férových podmínek, ale i takové, kde by si účastníci losování neférových podmínek nevšimli. Čím by tedy byla manipulace sofistikovanější, tím transparentnější by losování bylo, což je zjevně nesmyslný závěr.

[34] Je pravdou, že situace v rozsudku ve věci ALPINE Bau CZ byla částečně odlišná, pokud jde o dobu přidělení pořadových čísel. V daném případě totiž byla pořadová čísla skutečně přidělena již před losováním a zadavatel odmítl provést jejich změnu těsně před losováním, ačkoliv tomu žádné zásadní okolnosti nebránily. To pak vedlo k pochybnostem, zda tato pořadová čísla již nebyla zadána do losovacího zařízení předem, jako ta, která mají být vylosována. Tyto pochybnosti však rozhodně nebyly vyvráceny ani v nyní posuzované věci. Čísla pro losování sice byla přidělena až v průběhu losování, nicméně opět za pomoci programu, umožňujícího manipulaci s losováním. Jak vyplývá ze znaleckého posudku, pokud mělo být použito zmanipulované losování, bylo třeba předem zadat identifikační čísla osob, které mají být vylosovány. Losování následně probíhalo ve dvou kolech. V prvém kole došlo k přidělení čísel pro losování a následně byla z těchto čísel vylosována postupující čísla. Pokud tedy byla zadána „vítězná“ identifikační čísla, bylo zcela jedno, jestli losování probíhá rovnou z těchto identifikačních čísel, nebo je do losování vložen mezikrok, kde byla k identifikačním číslům zájemců o zakázku přiřazena ještě jiná čísla, která byla následně opět „losována“. Jiná situace by nastávala, pokud by losování těchto pořadových čísel proběhlo jiným transparentním způsobem, neboť pak by nebylo možné dopředu do programu zadat, kdo má být vylosován. Rozsudek ve věci ALPINE Bau CZ tedy není jakkoliv se závěry krajského soudu v rozporu.

[35] Nejvyšší správní soud tedy uzavírá, že ke spáchání správního deliktu spočívajícího v tom, že při losování nebyla dodržena zásada transparentnosti dle § 6 zákona o veřejných zakázkách, došlo.

[36] Námitky, ve kterých poukazuje na své úsilí, aby losování proběhlo transparentně, je třeba podřadit pod jeho snahu o prokázání liberačního důvodu dle § 121 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Jde o vysvětlení a ujištění ze strany třetích osob, účast zástupce stěžovatele na losování, pověření veřejné zakázky administrací třetí osoby, a nemožnost klást mu k tíži to, že losování vůbec využil.

[37] Jak bylo uvedeno shora, podle § 121 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách právnická osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila. Žádné zvláštní úsilí však stěžovatel neprokázal.

[38] Stěžovatel se pouze slepě spoléhal na informace, které mu předkládala osoba, kterou pověřil administrací zadávacího řízení, případně osob, které prováděly instalaci zmanipulovaného programu, aniž by se pokusil prověřit uváděné informace například svými odbornými pracovníky nebo testy od státních orgánů nebo nezávislých uznávaných třetích osob. Nijak nevysvětlil, proč by měl důvěřovat programu jen proto, že autorizovanou instalaci měla provést společnost ZERON s.r.o. nebo to, proč by instalace programu UNIFACE v licenci od společnosti COMPUWARE měla znamenat vyšší míru pravděpodobnosti, že program nemůže být zmanipulovaný. Bez jakéhokoliv dalšího vysvětlení jde pouze o nic neříkající sdělení, že určitá právnická osoba provedla instalaci programu v programovém prostředí, ke kterému jiná osoba poskytla licenci. Stejně tak účast zástupce zadavatele při losování rozhodně nepředstavuje žádné zvláštní úsilí k tomu, aby bylo zajištěno, že losování proběhne transparentně. Není zřejmé, že by se uvedený zástupce jakkoliv pokoušel sám funkčnost a transparentnost losovacího programu prověřit. Ani zastoupení se v rámci zadávacího řízení třetí osobou podle § 151 zákona o veřejných zakázkách nemůže zvýšené úsilí představovat, což už podrobně rozebral krajský soud, s jehož závěry v tomto směru stěžovatel nijak nepolemizuje.

[39] Pokud namítal, že ohledně prokazování vyvinění mu nebylo krajským soudem připuštěno dokazování, není zřejmé co tím myslí, neboť jeho námitka spočívá pouze v jedné větě. Stěžovatel v žalobě navrhl vést dokazování větším množstvím listinných důkazů a provedením výslechů. Je pravdou, že krajský soud na navržené důkazní návrhy výslovně nereagoval, nicméně s ohledem na dále uvedené dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že nejde o vadu, která by mohla mít vliv na zákonnost napadeného rozsudku. Navržené listinné důkazy byly z větší části obsaženy již ve správním spise. Pokud v řízení o žalobě ve správním soudnictví soud vychází z údajů obsažených ve správním spisu, aby ověřil skutkový a právní stav, který tu byl v době vydání napadeného rozhodnutí správního orgánu, pak tento postup nelze označit za dokazování ve smyslu § 52 s. ř. s. (viz rozsudek kasačního soudu ze dne 29. 1. 2009, č. j. 9 Afs 8/2008 – 117, publ. pod č. 2383/2011 Sb. NSS.). V souladu s § 52 odst. 1 s. ř. s. nemá soud povinnost vyhovět všem návrhům na dokazování, které účastníci vznesli, neboť je mu dána diskrece rozhodnout, které z navržených důkazů provede. Podle konstantní judikatury Ústavního soudu lze provedení důkazu odmítnout ze tří důvodů, tj. pro jeho irelevantnost ve vztahu k předmětu řízení, pro jeho nedostatečnou vypovídací hodnotu nebo pro jeho nadbytečnost (srov. nález ze dne 24. 2. 2004, sp. zn. I. ÚS 733/01). Pokud jde o důkazy neobsažené ve správním spise, pak z žaloby není patrné, k prokázání jakých skutečností relevantních pro posouzení věci měly uvedené důkazy sloužit. Například bez dalšího navrhoval výslech členů hodnotící komise, ačkoliv žalovaný nijak činnost hodnotící komise nezpochybňoval. Stejně tak žalovaný výslovně uvedl, že pro jeho závěry není zpravidla rozhodující činnost orgánů v trestním řízení. Přesto stěžovatel v žalobě navrhl dokazování jeho korespondencí s orgány činnými v trestním řízení, aniž by uvedl, k čemu má sloužit, kromě prokázání zcela nesporné skutečnosti, že věc je také prošetřována orgány činnými v trestním řízení. Ani z jiných navržených důkazů není Nejvyššímu správnímu soudu zřejmé, k prokázání

jakých, pro věc rozhodných skutečností, by měly sloužit. Ačkoliv tedy měl na navržené důkazní návrhy takto reagovat krajský soud, kasační soud nerozumí tomu, jak by uvedené důkazy mohly rozhodnutí krajského soudu změnit, a žádná konkrétní tvrzení v tomto směru nepřináší ani stěžovatel. Nejvyšší správní soud proto shledal, že neodůvodnění neprovedení důkazu krajským soudem sice představuje vadu řízení, nikoli však takovou vadu, která by mohla mít vliv na zákonnost napadeného rozsudku (srov. rozsudek kasačního soudu ze dne 23. 10. 2008, č. j. 8 Afs 17/2007 – 100).

[40] Není zřejmé, čeho chce stěžovatel dosáhnout poukazem na rozhodnutí žalovaného ze dne 5. 10. 2011, č. j. ÚOHS-R200/2011/VZ-15571/2011/310/Jsi. Soudy nejsou předchozími rozhodnutími správních orgánů jakkoliv vázány, stěžovatel ani netvrdí jakoukoliv ustálenou praxi žalovaného. O uvedeném ostatně svědčí, že závěry formulované žalovaným v daném rozhodnutí, týkající se změny pořadových čísel před losováním, byly navíc překonány rozsudkem ve věci ALPINE Bau CZ. Nejvyššímu správnímu soudu tedy není jasné, proč by uvedené rozhodnutí mělo být pro věc relevantní. Nad rámec však uvádí, že v tam posuzované věci nebylo prokázáno, že by použité losovací zařízení umožňovalo manipulaci losováním a není ani pravda, že by žalovaný dospěl k závěru, že nemůže posuzovat transparentnost užívání elektronických losovacích zařízení. Pouze uvedl, že nemůže konstatovat porušení zákona o veřejných zakázkách zadavatelem jen proto, že při omezení počtu zájemců bylo pro losování použito elektronické losovací zařízení, když jeho použití zákon předpokládá.

[41] Nelze souhlasit s tím, že by krajský soud dospěl k závěru, že stěžovatel losování pro omezení počtu zájemců vůbec použít nemohl a aplikoval tak retroaktivně pozdější novelu zákona o veřejných zakázkách, jak tvrdil v kasační stížnosti. Krajský soud pouze uvedl, že k omezení počtu zájemců, tedy dosažení jím deklarovaného cíle vést zadávací řízení s rozumným počtem dodavatelů, mohl využít omezení počtu zájemců za pomoci jiných objektivních kritérií. Pokud tak neučinil a rozhodl se pro losování, které je ze své povahy výrazně rizikovější, musí nést důsledky spojené s touto volbou. Namítané riziko lidského selhání šlo podle krajského soudu vyloučit právě tím, že by losování provedeno nebylo a v souvislosti s tím poukázal i na novelu zákona o veřejných zakázkách. Jinými slovy tedy krajský soud konstatoval pouze to, že pokud stěžovatel zvolil vysoce rizikový, byť zákonem připuštěný nástroj pro omezení počtu zájemců, nemůže se následně vyvinit tím, že si myslel, že zrovna v jeho případě ke zneužití nedojde, a že v jakékoliv činnosti hraje roli lidský faktor. Krajský soud však striktně posuzoval to, zda v daném případě došlo k porušení zásady transparentnosti s ohledem na konkrétní okolnosti losování. K tomuto závěru dospěl s ohledem na prokázání použití manipulovatelného losovacího programu, což jistě nebyl zákonem umožněný způsob losování ani v době před novelou zákona o veřejných zakázkách.

IV. Závěr a náklady řízení

[42] S ohledem na výše uvedené dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že kasační stížnost není důvodná, a proto ji podle § 110 odst. 1 s. ř. s. zamítl. O věci při tom rozhodl bez jednání postupem podle § 109 odst. 2 s. ř. s., dle kterého o kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud zpravidla bez jednání.

[43] O nákladech řízení rozhodl Nejvyšší správní soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel, který neměl v tomto soudním řízení úspěch, nemá právo

na náhradu nákladů řízení. Žalovanému, který by jinak měl právo na náhradu nákladů řízení, nevznikly v řízení náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti. Z uvedených důvodů soud rozhodl, že žádnému z účastníků se právo na náhradu nákladů řízení nepřiznává.

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

V Brně dne 1. března 2017

JUDr. Barbara Pořízková
předsedkyně senátu