

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy senátu JUDr. Tomáše Langáška (soudce zpravodaj), soudce JUDr. Petra Průchy a soudkyně Mgr. Jany Brothánkové v právní věci žalobce: **Vodovody a kanalizace Znojemsko,** zájmové sdružení obcí, IČ: 45671745, se sídlem Kotkova 2518/20, Znojmo, zastoupený Mgr. Ing. Tomášem Horkým, advokátem, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1844/28, Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, týkající se žaloby proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 7. července 2015, č. j. ÚOHS-R104/2015/VZ-16664/2015/322/LKo, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 20. října 2017, č. j. 29 Af 82/2015 - 117,

takto:

I. Kasační stížnost žalovaného **se zamítá.**

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

III. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti ve výši **4 114 Kč** k rukám zástupce žalobce Mgr. Ing. Tomáše Horkého, advokáta, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1844/28, Brno, do jednoho měsíce od právní moci tohoto rozsudku.

Odůvodnění:

I. Vymezení případu

[1] Žalobce zahájil dne 20. července 2011 zadávání nadlimitní veřejné zakázky s názvem „*Zajištění kvality pitné vody pro SV Znojmo*“ (dále jen „veřejná zakázka“) v užším řízení. V článku 6.6 kvalifikační dokumentace veřejné zakázky žalobce uvedl, že „*kritériem omezení počtu zájemců je náhodný výběr provedený losem (§ 61 odst. 4* [zákona č. 137/2006

Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů]*). Losování provede zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6 prostřednictvím mechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčí průběh losování. Účastnit se losování mají právo zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním.*" Na dotaz jednoho ze zájemců žalobce v dodatečných informacích k zadávacím podmínkám upřesnil průběh losování tak, že „*do neprůhledné losovací nádoby (jako losovací zařízení bude použita neprůhledná nádoba o průměru cca 14 cm, která je opatřena šroubovacím víčkem) budou po kontrole losovacích lístků (losovací lístky budou přítomným notářem přede všemi zúčastněnými překontrolovány, zda nejsou poškozeny nebo jiným způsobem označeny) vloženy složené lístky s označením jednotlivých zájemců, kteří podali žádost o účast a splnili požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů. Při kontrole hlasovacích lístků notářem a následně i pověřeným pracovníkem zástupce zadavatele, který provádí losování, bude sdělena identifikace příslušného zájemce, která je uvedena na losovacím lístku. Po důkladném promíchání losovacích lístků v losovací nádobě (promíchání bude provedeno protřepáním lístků v nádobě) a poté bude pověřeným pracovníkem zástupce zadavatele vylosován příslušný počet zájemců, kteří se zúčastní dalšího průběhu veřejné zakázky. Každý vylosovaný lístek bude předán přítomnému notáři, který ho rozbalí a nahlas všem přítomným sdělí identifikaci vylosovaného zájemce. Na závěr budou z losovací nádoby vysypány zbývající lístky zájemců, kteří nebyli vybráni. Všechny tyto zbývající lístky budou přítomným notářem rovněž rozbaleny a opět bude nahlas přečtena identifikace těchto nevylosovaných zájemců. O průběhu losování bude v souladu s ustanovením § 61 odst. 7 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách pořízen protokol – notářský zápis. Vylosovaná množina uchazečů (ověřená notářským zápisem) bude vyzvána k podání nabídky. Jako losovací zařízení bude použita neprůhledná nádoba o průměru cca 14 cm, která je opatřena šroubovacím víčkem Jedná se o nádobu, která se používá např. k uskladnění potravin [...]. Nádoba byla zakoupena v běžném obchodním řetězci. Toto zařízení (neprůhledná losovací nádoba) není nikterak certifikováno – nejedná se o elektronický nástroj. Požadavek na certifikaci losovacího zařízení nevyplývá z žádného ustanovení zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Losování bude provedeno zcela standardním způsobem v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách za účasti notáře, který osvědčí průběh losování, a za účasti zájemců, kterých se výběr losem týká. Vzhledem k charakteru losovací nádoby [...] je možnost manipulace s losovacím zařízením (nádobou) třetí osobou vyloučena. V případě zájmu bude všem zájemcům před zahájením losování v souladu s § 61 odst. 5 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách umožněna kontrola losovacího zařízení i losovacích lístků.*

[2] Dne 14. listopadu 2011 provedl žalobce posouzení kvalifikace 22 zájemců, kteří všichni splnili kvalifikační předpoklady. Následně žalobce pozval zájemce, aby se zúčastnili omezení počtu zájemců náhodným výběrem a v rámci dodatečných informací potvrdil výše uvedený postup při omezení počtu zájemců losem. Dne 14. prosince 2012 proběhlo za přítomnosti notáře JUDr. Miroslava Michálka losování, při němž měl být výše popsaným způsobem omezen počet zájemců o veřejnou zakázku na deset. Před vlastním losováním byli zájemci vyzváni ke kontrole losovacích lístků a losovací urny. K losování byl následně vyzván předseda předsednictva žalobce, který však odmítl v zájmu zajištění absolutní nestrannosti losování. Následně bylo vylosováno deset zájemců, které žalobce vyzve k podání nabídky; zbylých dvanáct zájemců z účasti v užším řízení vyloučil. Průběh losování byl osvědčen notářským zápisem.

[3] Žalobce obdržel námitky proti svému postupu při omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku, které přezkoumal a nevyhověl jim. Dne 9. ledna 2012 vyzval žalobce vylosované zájemce k podání nabídky. Následně podali čtyři zájemci námitky proti rozhodnutí o vyloučení z účasti v užším řízení, jejichž předmětem bylo opět tvrzení, že zákon o veřejných zakázkách nepřipouští ruční losování.

[4] Dne 24. ledna 2012 rozhodl žalobce o zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách, tedy z důvodů hodných zvláštního zřetele, pro které po něm nelze požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Na základě námitek zájemců dospěl žalobce k závěru, „*že losování prováděné ručením vytahováním lístků z losovací nádoby bylo v rozporu s § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách*“ a že „*zadávací dokumentace ve znění dodatečných informací rovněž není v souladu s citovaným zákonem*“, přičemž zjištěné pochybení nelze napravit jinak.

[5] Proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení podali námitky dva zájemci. Žalobce jim, s přesvědčením, že postupoval v souladu se zákonem, nevyhověl. Jeden z neúspěšných zájemců následně podal žalovanému návrh na zahájení řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele. Žalovaný toto řízení dne 14. března 2012 zahájil.

[6] Rozhodnutím ze dne 22. května 2012 č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-8607/2012/530/KSt žalovaný návrh na přezkoumání úkonů zadavatele (žalobce) zamítl, zčásti proto, že nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření, zčásti pro neoprávněnost navrhovatele. Toto rozhodnutí nicméně k rozkladu navrhovatele zrušil předseda žalovaného (rozhodnutí ze dne 20. prosince 2012, č. j. ÚOHS-R163/2012/VZ-24098/2012/310/IPS). Žalovaný následně rozhodnutím ze dne 15. dubna 2013, č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-6770/2013/513/KSt, návrh opět zamítl, neboť trval na svém závěru, že ruční losování složených lístků z neprůhledné nádoby nelze považovat za transparentní, v rámci zadávacího řízení tedy byl porušen zákon a žalobce postupoval správně, když je z tohoto důvodu zrušil. Předseda žalovaného však na základě zjištěného skutkového stavu dospěl k závěru, že k ovlivnění losování nemohlo dojít, a rozhodnutím ze dne 15. září 2014, č. j. ÚOHS-R128/2013/VZ-19330/2014/310/MLr, i v pořadí druhé rozhodnutí žalovaného zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení, přičemž jej zavázal posoudit, zda byla zadávací dokumentace veřejné zakázky ve znění dodatečných informací v souladu se zákonem a zda losování prováděné ručním vytahováním lístků z losovací nádoby proběhlo v souladu se zákonem a se zadávací dokumentací.

[7] Žalovaný vydal dne 24. března 2015 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S130/2012/VZ-7690/2015/532/KSt, jímž konstatoval, že žalobce při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách, neboť zrušil zadávací řízení, aniž by se v jeho průběhu vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nebylo možné po žalobci požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. Jako opatření k nápravě žalovaný zrušil rozhodnutí žalobce o zrušení zadávacího řízení ze dne 24. ledna 2012. Žalovaný dospěl jazykovým rozborem pojmu „mechanické zařízení“ užitého v § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách (ve znění účinném do 31. března 2012) k závěru, že neprůhlednou nádobu, která byla použita za účelem losování, lze považovat za takové zařízení, neboť „*se jedná o zařízení, které funguje na mechanickém principu a lze ho ovládat*

mechanicky, tedy např. rukou, což je možné považovat za mechanický způsob ovládání“. Zadávací dokumentace veřejné zakázky tedy byla v souladu se zákonem, stejně jako losování, které proběhlo přesně podle ní, což na dotaz žalovaného potvrdil navrhovatel, žalobce i společnost, která pro žalobce prováděla administraci veřejné zakázky. Žalovaný nezjistil žádné okolnosti, které by vyvolávaly pochybnosti o férovém a transparentním průběhu losování.

[8] Žalobce podal proti rozhodnutí žalovaného rozklad, který předseda žalovaného v záhlaví označeným rozhodnutím zamítl, neboť se neztotožnil s tvrzením žalobce, že za mechanické zařízení lze považovat pouze takové, které provádí přeměnu jedné energie na druhou či jiným způsobem vykonává práci prostřednictvím mechanismu. I v opačném případě by však nádoba užitá žalobcem při losování požadavkům zákona vyhovovala, neboť je uzpůsobena k losování, pročež ji lze považovat za zařízení, a to za zařízení obdobné mechanickému.

[9] Následné žalobě proti rozhodnutí žalovaného Krajský soud v Brně (dále jen „krajský soud“) v záhlaví označeným rozsudkem vyhověl, rozhodnutí předsedy žalovaného zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Krajský soud považoval za nadbytečné zabývat se samotným průběhem losování, neboť ten nebyl důvodem zrušení zadávacího řízení. Konstrukci žalovaného, že mechanické zařízení ve smyslu § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách mohla představovat pouhá neprůhledná nádoba, považoval krajský soud za neudržitelnou a protikladnou úmyslu zákonodárce ztížit co nejvíce manipulaci s losováním. Mechanické zařízení by dle názoru krajského soudu mělo samo vygenerovat výsledek losování. Ruku osoby provádějící losování za mechanismus považovat nelze.

II. Kasační stížnost a průběh řízení o ní

[10] Proti rozsudku krajského soudu podal žalovaný (dále též „stěžovatel“) včas kasační stížnost, jíž se domáhal jeho zrušení a vrácení věci krajskému soudu k dalšímu řízení. Namítal, že zákon o veřejných zakázkách ani po novelizaci provedené zákonem č. 179/2010 Sb. nepožadoval, aby losovací zařízení vygenerovalo výsledky losování samo, bez ingerence lidského faktoru. S ohledem na ústavní zásadu „co není zakázáno, je dovoleno“ by tak krajský soud neměl rozšiřovat výčet vyloučených způsobů losování nad rámec výslovného znění zákona. Stěžovatel se domnívá, že vyloučeny byly pouze způsoby losování prováděné bez zařízení, například formou „karetních losů“. Žalobcem zvolenou nádobu lze považovat za losovací zařízení. Odkaz krajského soudu na tzv. „karlovarskou losovačku“ považuje stěžovatel za nepřípadný, neboť důvodem zrušení zadávacího řízení ze strany žalobce bylo nesprávně zvolené losovací zařízení, nikoli netransparentní průběh losování. Z ničeho navíc nelze dovodit, že § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách byl novelizován právě v reakci na tento případ. Rozsudek krajského soudu je navíc nepřezkoumatelný, neboť krajský soud opomněl posoudit, zda zařízení zvolené žalobcem nelze považovat za zařízení obdobné mechanickému.

[11] Žalobce ve svém vyjádření ztotožnil s náhledem krajského soudu, přístup stěžovatele naopak považuje za neudržitelný. To, že zákon vyžaduje, aby výsledky losování generovalo samo losovací zařízení, vyplývá již z jeho samotného textu, který

hovoří o losování *prostřednictvím* zařízení. Takovému požadavku však losování rukou z nádoby nevyhovuje. Při výkladu zastávaném stěžovatelem by novelizace zákona o veřejných zakázkách provedená v roce 2010 nepřinesla žádnou kvalitativní změnu způsobu losování. Zkoumání ze strany soudu, zda mohla být nádoba považována za zařízení obdobné mechanickému, považuje žalobce za nadbytečné, neboť krajský soud považoval za rozhodující, že nádoba není vůbec uzpůsobena k losování a nemůže tedy vůbec být losovacím zařízením. I při přijetí výkladu stěžovatele nicméně nebylo možné po žalobci požadovat, aby při tak závažných pochybnostech o zákonnosti jeho průběhu v zadávacím řízení pokračoval, neboť by tím porušil svou povinnost postupovat s péčí řádného hospodáře. To však stěžovatel vůbec nevzal v úvahu.

[12] Nejvyšší správní soud zaslal vyjádření žalobce stěžovateli k případné replice, ten na ně již nijak nereagoval.

III. Posouzení kasační stížnosti Nejvyšším správním soudem

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

[14] Na úvod Nejvyšší správní soud uznává, že krajský soud se otázce, zda by nádoba mohla představovat zařízení obdobné mechanickému, skutečně nevěnoval. To však nezakládá nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku. V prvé řadě nebyla tato otázka vůbec nastolena v žalobě, přičemž základním rámcem přezkumu ve správním soudnictví jsou právě žalobní body. Z rozsudku krajského soudu je zcela zřejmé, jaké stanovisko zaujal k jednotlivým argumentům vzneseným žalobcem (*a contrario* k rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 14. července 2005, č. j. 2 Afs 24/2005 - 44, č. 689/2005 Sb. NSS), byť je toto rozhodnutí podstatně stručnější než žaloba. Dále je třeba připomenout, že nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů je dána nedostatkem důvodů skutkových, nikoli dílčími nedostatky odůvodnění soudního rozhodnutí (například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. prosince 2003, č. j. 2 Ads 58/2003 - 75, č. 133/2004 Sb. NSS). Krajský soud nicméně zrušil rozhodnutí předsedy stěžovatele proto, že losovací nádoba užitá žalobcem dle jeho názoru nevyhovovala požadavkům vyplývajícím z § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách jako takového. Dle názoru Nejvyššího správního soudu nebyl povinen obšírně rozebírat, zda tuto nádobu nepovažoval za zařízení mechanické, elektromechanické, elektronické či obdobné.

[15] V tomto řízení je tedy sporným výklad § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách ve znění po novelizaci provedené zákonem č. 179/2010 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony. Toto ustanovení zní: *Objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle odstavce 1 může být rovněž náhodný výběr provedený losem, popřípadě kombinace objektivních kritérií podle odstavce 2 a náhodného výběru 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. Účastnit se losování mají právo zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním* (zvýrazněno Nejvyšším správním soudem).

[16] Nejvyšší správní soud ve shodě s krajským soudem připomíná, že předmětem posuzování primárně není průběh losování, ale samotná žalobcem zvolená metoda losování. Je tedy otázka, zda lze losování provedené rukou z neprůhledné nádoby, do níž byly předtím umístěny a promíchány složené lístky s identifikačními údaji jednotlivých zájemců o veřejnou zakázku považovat za losování *prostřednictvím mechanického, elektromechanického, elektronického či obdobného zařízení*. Již na první pohled lze vyloučit, že by se mohlo jednat o zařízení elektronické či elektromechanické, neboť nádoba žádný elektronický prvek neobsahuje. Zbývá tedy možnost posouzení popsaného způsobu losování jakožto losování prostřednictvím mechanického zařízení.

[17] Lze souhlasit se žalobcem, že zákonný požadavek na určitý způsob losování lze považovat za konkretizaci jinak obecné zásady transparentnosti zadávacího řízení (§ 6 zákona o veřejných zakázkách). Nejvyšší správní soud připomíná, že v minulosti správní soudy posuzovaly řadu zadávacích řízení, v nichž byla zásada transparentnosti porušena právě problematickým losováním. Sluší se připomenout, že požadavek na transparentnost zadávacího řízení „*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*“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. září 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, č. 2189/2011 Sb. NSS, a rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. května 2007, č. j. 31 Ca 166/2005 - 125, č. 2621/2012 Sb. NSS). „*Pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. K tomu může dojít i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo. [...] pochybnosti mohou vzejít i z pouhé neschopnosti působit navenek při losování férově*“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. června 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 - 55, č. 2714/2012 Sb. NSS).

[18] Lze se domnívat, že cílem novelizace § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách provedené zákonem č. 179/2010 Sb. bylo právě zvýšení transparentnosti těch zadávacích řízení, v nichž dochází k omezení počtu zájemců losováním (srov. důvodovou zprávu k citovanému zákonu, sněmovní tisk č. 833/0, 5. volební období, www.psp.cz, či stenografický záznam rozpravy nad návrhem zákona proběhnuvší dne 25. února 2010, dostupný tamtéž). Zákonodárce zvolil metodu vyloučení typových situací, u nichž je zvýšená pravděpodobnost, že může dojít k manipulaci s losováním – tedy těch, kdy losování neprobíhá prostřednictvím mechanického, elektromechanického, elektronického či obdobného zařízení. Před účinností zákona č. 179/2010 Sb. zákon o veřejných zakázkách požadoval pouze, aby losování proběhlo v souladu se zásadami vyjádřenými v § 6 tohoto zákona, a soudy pak případné porušení zásady transparentnosti dovozovaly z konkrétních okolností každého losování. Za právního stavu účinného v průběhu nyní posuzovaného zadávacího řízení však již některé způsoby losování (bez zařízení) nebyly vůbec možné, byť by byly sebetransparentnější.

[19] Na cíli novelizace zákona o veřejných zakázkách provedené zákonem č. 179/2010 Sb. se shodli oba účastníci řízení i krajský soud, jejich postoje se však liší v tom, jaké prostředky k dosažení tohoto cíle zákonodárce zvolil, respektive jaké všechny způsoby losování touto novelou vyloučil. Stěžovatel je přesvědčen, že se jedná pouze o ty, „*které nebyly prováděny prostřednictvím zařízení, například losování probíhající formou ‚karetních losů‘, kdy byly jednotlivé lístky promíchány v rukách, jako herní karty, vyskládány na stůl*

rubovou stranou nahoru a osoba provádějící losování pak pouze volila (např. rukou označila) losovací lístky, které budou vybrány“ (srov. bod 29 rozhodnutí předsedy stěžovatele, stejná argumentace se objevila i v kasační stížnosti). S tím se však Nejvyšší správní soud nemůže ztotožnit, a to z následujících důvodů.

[20] V prvé řadě takový výklad neodpovídá konstrukci § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Pokud by zákonodárce zamýšlel vyloučit pouze tento typ losování (který rozhodně neprobíhá prostřednictvím zařízení), nemusel by pro zařízení přípustná pro losování stanovovat určité kvalitativní požadavky. Je třeba vzít též v úvahu okolnosti, za nichž byla příslušná novelizace přijímána, tedy množící se problémy při zužování počtu zájemců o veřejnou zakázku losováním lístků z nádoby (tzv. karlovarská losovačka byla bezesporu jedním z nich). To ostatně potvrzuje též vyjádření předkladatele pozměňovacího návrhu, na jehož základě byl § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách novelizován, poslance Oldřicha Vojíře (podrobná rozprava nad návrhem zákona později vyhlášeného pod č. 179/2010 Sb., www.psp.cz): „*Já jsem tady několikrát říkal, že při takzvaném zjednodušeném výběrovém řízení, kdy sice se do výběrového řízení přihlásí třeba deset patnáct uchazečů, ale zadavatel avizuje, že provede zjednodušené řízení, to znamená tím pádem má právo z těch uchazečů, kteří splnili podmínky, vybrat minimálně pět uchazečů a těm zadat, respektive vyzvat je, aby podali nabídku k realizaci zakázky, tak nejenže některé případy jsme možná viděli v televizi, jak se losuje, ale ono jich je mraky skrytých, jak se losuje. Mohl bych vám vyprávět o případu, který jsem viděl na vlastní oči, jak si podržel v obálce jednotlivé nabídky, takto s tím zaklepal, takto to otočil - a světe div se, vyndal přesně těch pět, které mi kolega pošeptal, že je vyndá.*“ Je tedy logické, že cílem novelizace zákona o veřejných zakázkách mělo být právě to, aby losování zájemců těmito problematickými způsoby již napříště neprobíhalo.

[21] Na rozdíl od stěžovatele nevidí Nejvyšší správní soud žádný zásadní rozdíl mezi „karetními losy“ a situací, kdy losující osoba vytahuje jednotlivé lístky s vylosovanými zájemci z nějaké nádoby, neboť i v takové situaci je vliv losující osoby na výsledek losování poměrně velký (jak ukazují výše citovaná rozhodnutí, existuje řada rozmanitých způsobů, jak takové losování ovlivnit). Proto se Nejvyšší správní soud domnívá, že není správné stanovisko stěžovatele, dle něhož je ruční losování lístků z neprůhledné nádoby v souladu se smyslem a účelem novelizace zákona o veřejných zakázkách provedené zákonem č. 179/2010 Sb.

[22] Závěry stěžovatele navíc odporují i vlastnímu textu § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Argument, že neprůhledná nádoba (jejíž primární účel je, jak sám stěžovatel ve svých rozhodnutích uváděl, skladování potravin) je mechanické zařízení uzpůsobené k losování proto, že „*se jedná o zařízení, které funguje na mechanickém principu a lze ho ovládat mechanicky, tedy např. rukou, což je možné považovat za mechanický způsob ovládání*“ (bod 152 rozhodnutí stěžovatele), považuje Nejvyšší správní soud za úsměvný. I kdyby bylo možné takovou nádobu považovat za zařízení, v žádném případě nejde o zařízení mechanické. Stěžovatel totiž vyšel z posunutého významu tohoto slova ve smyslu „*konaný bez zvláštního promýšlení nebo uvažování, konaný automaticky či mechanicky*“ (viz bod 151 odůvodnění rozhodnutí stěžovatele). Oproti tomu slovní spojení „mechanické zařízení“ je třeba chápat jako zařízení vybavené mechanismem (Slovník spisovného jazyka českého zpracovaný Ústavem pro jazyk český ČSAV, ssjc.ujc.cas.cz, heslo „mechanický“), přičemž

pod pojmem „mechanismus“ si lze představit určité ústrojčí zpravidla jednoduchý stroj (tamtéž, heslo „mechanismus“), tedy nikoli lidskou ruku.

[23] Uvedenou argumentační chybu se nepodařilo odstranit ani předsedovi stěžovatele v rozhodnutí o rozkladu, z něhož vyplývá, že „*pojem mechanické zařízení použitý v § 61 odst. 4 zákona pak vyjadřuje to, že k jeho použití není třeba jiné energie než elektrické, nýbrž postačuje jednoduché (až automatické) ovládání zejména lidskou silou.*“ Je pravda, že mechanismus losovacího zařízení může uvádět do pohybu lidská síla, přesněji řečeno energie předaná pohybem lidského těla. Je však třeba trvat na tom, aby samotný akt losování prováděl tento mechanismus – kterým rozhodně není lidská ruka. Nejvyšší správní soud se zcela ztotožňuje s názorem krajského soudu, že zákon o veřejných zakázkách požadoval, aby bylo losovací zařízení schopno po svém uvedení do chodu vygenerovat výsledky losování samo, bez dalších zásahů ze strany člověka, což však losovací nádoby – což není než varianta tradičního losovacího klobouku – nedokážou.

[24] Nejvyšší správní soud nepovažuje nádobu užitou žalobcem ani za zařízení obdobné mechanickému. Jednak je třeba zmínit, že předseda stěžovatele toto své (pouze eventuálně formulované) stanovisko nijak zvlášť nezdůvodnil a z jeho rozhodnutí spíše vyplývá, že za zařízení obdobné mechanickému by bylo možné považovat prakticky cokoli, což je však v rozporu se smyslem a účelem zákona vyloženým výše. Nejvyšší správní soud však zdůrazňuje, že zařízení obdobné mechanickému, elektromechanickému či elektronickému se musí takovým zařízením alespoň v určitých rysech podobat, v kontextu nyní aplikované právní úpravy především tedy ve své schopnosti provést losování po uvedení do chodu samo, bez dalšího vnějšího zásahu ze strany člověka.

[25] Na závěr Nejvyšší správní soud zdůrazňuje, že v postupu žalobce neshledal žádné rysy svévole – například snahy o zrušení zadávacího řízení poté, co nebyli vylosování ti „správní“ zájemci. Žalobce zrušil zadávací řízení poté, co pojal na základě stále se opakujících výhrad vyloučených zájemců proti způsobu losování pochybnosti o zákonnosti svého postupu, které následně potvrdila právní analýza, již si nechal zpracovat. Zároveň ke zrušení zadávacího řízení došlo ještě před podáním nabídek vybranými zájemci, takže žalobce nemohl zrušit zadávací řízení ani z té pohnutky, že by mu nevyhovoval obsah podaných nabídek.

IV. Závěr a náklady řízení

[26] Nejvyšší správní soud tedy uzavírá, že neshledal kasační stížnost důvodnou, pročež ji ve smyslu poslední věty § 110 odst. 1 s. ř. s. zamítl. Rozhodl tak bez jednání postupem podle § 109 odst. 2 s. ř. s.

[27] O nákladech řízení o kasační stížnosti rozhodl Nejvyšší správní soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Žalovaný neměl úspěch ve věci, nemá proto právo na náhradu nákladů řízení.

[28] Žalobce, který měl ve věci plný úspěch, byl v řízení před Nejvyšším správním soudem zastoupen advokátem, který učinil jeden úkon právní služby, a to sepis a podání vyjádření ke kasační stížnosti [§ 11 odst. 1 písm. d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách

advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů]. Odměna za jeden úkon právní služby činí podle § 7 bodu 5, aplikovaného na základě § 9 odst. 4 písm. d) advokátního tarifu, 3 100 Kč, k nimž je podle § 13 odst. 3 advokátního tarifu třeba přičíst 300 Kč jako náhradu hotových výdajů. Ze spisu a rozhodnutí krajského soudu dále vyplývá, že zástupce žalobce je plátcem daně z přidané hodnoty, přiznaná odměna se mu proto zvyšuje o 21 % na výsledných 4 114 Kč. Tato částka představuje konečnou výši náhrady nákladů řízení pro žalobce. K jejímu uhrazení byla stanovena přiměřená lhůta jednoho měsíce.

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

V Brně dne 7. února 2018

JUDr. Tomáš Langášek
předseda senátu