

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: **město Krásná Lípa**, IČ 00261459, sídlem Masarykova 246/6, Krásná Lípa, zastoupené Mgr. Martinem Pujmanem, advokátem, sídlem Jugoslávská 620/29, Praha 2, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, týkající se žaloby proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 2. října 2015, č. j. ÚOHS-R464/2014/VZ-31150/2015/323/MOd, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 23. ledna 2018, č. j. 29 Af 114/2015 - 332,

takto:

I. Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. ledna 2018, č. j. 29 Af 114/2015 - 332, a rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 2. října 2015, č. j. ÚOHS-R464/2014/VZ-31150/2015/323/MOd, **se ruší** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.

II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení o žalobě a o kasační stížnosti ve výši **28 570 Kč** k rukám zástupce žalobce Mgr. Martina Pujmana, advokáta, sídlem Jugoslávská 620/29, Praha 2, do jednoho měsíce od právní moci tohoto rozsudku.

III. Žalovaný **nemá** právo na náhradu nákladu řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Vymezení případu

[1] Žalobce zahájil dne 27. září 2011 zadávací řízení na podlimitní veřejnou zakázku na stavební práce „*Kanalizace Krásná Lípa*“. Žalobce zadával zakázku v užším řízení (§ 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů). Dle oznámení o zahájení zadávacího řízení žalobce předpokládal vyzvat k podání nabídky (k účasti v zadávacím řízení) 10 zájemců, jež vybere losem v souladu s § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách (ve znění účinném do 31. března 2012). Losování mělo proběhnout za účasti zájemců, kteří splnili kvalifikační předpoklady, a notáře. Pořadí zájemců pro losování žalobce stanovil dle pořadí, v jakém doručili své žádosti o účast.

[2] Společnost Průmstav, a.s., se prostřednictvím žádosti o dodatečné informace dotazovala na podrobnosti ohledně losování a typ losovacího zařízení. Žalobce jí odpověděl, že doposud nerozhodl, jakým způsobem bude losovat, nicméně každý ze zájemců má možnost se losování zúčastnit. Společnost Průmstav, a.s., se s touto odpovědí nespokojila, a dne 17. října 2011 podala námitky proti zadávacím podmínkám.

[3] Ve lhůtě pro podání žádostí o účast obdržel žalobce celkem 30 žádostí. Všichni zájemci splnili kvalifikační předpoklady.

[4] Omezení počtu zájemců proběhlo dne 24. října 2011, což potvrzuje notářský zápis ze dne 27. října 2011, sp. zn. NZ 168/2011 N 177/2011, sepsaný notářkou Libuší Žateckou. Losování probíhalo pomocí matematického generátoru pseudonáhodných čísel CENT LOZ 001, který bylo možné otevřít pouze vyklopením zadního víka opatřeného bezpečnostní pečetí. Moderátor losování přítomné informoval, že ihned po skončení losování bude umožněna kontrola losovacího zařízení u Elektrotechnického zkušebního ústavu (EZÚ). Před losováním zástupce jednoho z uchazečů zkontroloval číslo losovacího zařízení i neporušenost plomby. Zástupce dalšího z uchazečů (společnosti Průmstav, a.s.) se dotázal, zda je možné před samotným losováním zkontrolovat zdrojový kód zařízení a ověřit, zda není možné toto zařízení na dálku nějak ovlivnit, přičemž se domáhal otevření zařízení. Zástupce administrátora veřejné zakázky to neumožnil, upozornil znovu na možnost následného přezkoušení zařízení u EZÚ a otevření zařízení vyloučil, neboť po porušení plomby by nebylo možné zaručit transparentnost losování. Následně proběhla zkouška losovacího zařízení, po níž byla zájemcům přidělena čísla odpovídající pořadí, v němž žalobci doručili žádosti o účast v zadávacím řízení. Zástupce společnosti Průmstav, a.s., vznesl požadavek na přečíslování zájemců. Tuto žádost zástupce administrátora veřejné zakázky zamítl s tím, že přidělení čísel bylo provedeno zcela transparentně na základě objektivního kritéria, které bylo zájemcům od počátku známé z oznámení o zahájení zadávacího řízení. Losování se nezúčastnili zástupci všech zájemců, vůči nimž by přečíslování nebylo transparentní. Nebyla přítomna ani osoba, která by přečíslování mohla provést tak, aby je bylo možné považovat za transparentní. Žádný další zájemce se k požadavku zástupce společnosti Průmstav, a.s., nepřipojil, a proto proběhlo losování, při němž bylo vybráno deset zájemců.

[5] Součástí notářského zápisu byla zpráva o zkoušce elektronického losovacího zařízení CENTLOZ001 ze dne 10. března 2011 vydaná EZÚ, dle níž „*okolnost, jež určuje výsledek losování, není předem nikomu známa a je takového druhu, že nemůže být*

provozovatelem ani další osobou ovlivněna. Zařízení nevyužívá pro losování žádné prvky mimo zařízení, proces probíhá pouze za pomoci instalovaného software uvnitř zařízení“, předávací protokol na elektronické losovací zařízení ze dne 10. října 2011, protokol o výsledku losování ze dne 24. října 2011 a seznam účastníků losování.

[6] Dne 26. října 2011 rozhodl žalobce o námitkách společnosti Průmstav, a.s., proti zadávacím podmínkám tak, že jim nevyhověl. Společnost Průmstav, a.s., proto dne 2. listopadu 2011 podala návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, který však dne 4. listopadu 2011 vzala zpět.

[7] Poté, co žalobce vyzval deset vylosovaných zájemců k podání nabídek a tyto nabídky posoudil a zhodnotil, rozhodl dne 12. ledna 2012 o výběru nejvhodnější nabídky. Smlouva o dílo na plnění veřejné zakázky byla podepsána dne 9. února 2012.

[8] Dne 28. srpna 2014 oznámil žalovaný žalobci zahájení správního řízení ve věci možného spáchání správního deliktu při zadávání veřejné zakázky.

[9] Rozhodnutím ze dne 6. listopadu 2014 č. j. ÚOHS-S715/2014/VZ-23661/2014/533/ZPr žalovaný konstatoval, že se žalobce jako zadavatel veřejné zakázky „*Kanalizace Krásná Lípa*“ dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že dne 24. října 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců o účast v užším řízení prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zástupce společnost Průmstav, a.s., přidělení nových pořadových čísel zájemcům, přičemž způsob omezení počtu uchazečů neumožňoval z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém. Žalobce naplnil skutkovou podstatu uvedeného správního deliktu rovněž tím, že neumožnil na žádost zástupce společnosti Průmstav, a.s., kontrolu losovacího zařízení. Popsané jednání zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a zachování zásady transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a žalobce již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Žalovaný žalobci uložil pokutu ve výši 150 000 Kč. V odůvodnění žalovaný konstatoval, že samotný průběh losování pomocí elektronického zařízení je obtížně kontrolovatelný, což klade vyšší nároky na postup zadavatele před a po losování, včetně způsobu přiřazení pořadových čísel zájemcům. Žalobce zájemcům umožnil zkontrolovat pouze plombu chránící zadní víko losovacího zařízení, což však nelze považovat za kontrolu samotného zařízení. Nabízená následná kontrola u EZÚ tuto vadu nemohla zhojit, žalobce měl vyhovět zástupci společnosti Průmstav, a.s., a umožnit mu otevřít losovací zařízení a nahlédnout dovnitř. Jeho požadavek na změnu pořadových čísel pro losování lze chápat jako vyjádření pochyb o transparentnosti losování, které měl žalobce rozptýlit. Žalovaný též konstatoval, že popis losovacího zařízení v notářském zápisu nic neříká o jeho stavu v době losování, neboť nelze ověřit, kdo a kdy na ně umístil bezpečnostní pečeť a kdo v tuto dobu garantoval stav softwaru. Na závěr žalovaný zopakoval, že pokud by žalobce změnil pořadová čísla zájemců, mohl omezit či zcela vyloučit negativní dopad dalších okolností (nemožnost kontroly losovacího zařízení) na transparentnost zadávacího řízení. Žalovaný nicméně ve prospěch žalobce zohlednil, že přidělování čísel zájemcům za účelem losování zákon neupravoval a v době, kdy zadávací řízení probíhalo, neexistovala ani relevantní výkladová praxe.

[10] Rozklad žalobce proti tomuto rozhodnutí zamítl předseda žalovaného rozhodnutím označeným v záhlaví. Vyvrátil argument žalobce, že v době losování existovala ustálená správní praxe, která potvrzovala správnost jeho postupu. Nad rámec odůvodnění prvostupňového rozhodnutí předseda žalovaného uvedl, že stanovení způsobu přidělení pořadových čísel pro losování již v kvalifikační dokumentaci transparentnost zadávacího řízení spíše snížilo.

[11] Žalobce podal proti rozhodnutí předsedy žalovaného žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), který ji zamítl rozsudkem označeným v záhlaví. Krajský soud zdůraznil, že zkouška losovacího zařízení u EZÚ před či po losování ani zaplombování losovacího zařízení výrobcem nepředstavuje kontrolu losovacího zařízení, jak ji měl na mysli § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách. Nelze vyloučit, že i prostou vizuální kontrolou ze strany zástupce společnosti Průmstav, a.s., mohly být rozptýleny pochybnosti o transparentnosti losování. Bylo povinností žalobce zajistit řádný průběh losování. Krajský soud se domnívá, že jediným způsobem, jak mohli zájemci sledovat transparentnost losování, byla změna čísel přiřazených jednotlivým zájemcům, neboť vzhledem k povaze losovacího zařízení by jakákoli jiná kontrola losovacího zařízení (jeho softwaru) byla pouze hypotetická. Důvody, proč žalobce přečíslování neumožnil, nepovažuje krajský soud za uspokojivé.

[12] K námitce, že se žalovaný odchýlil od své dosavadní praxe, jíž se žalobce řídil, krajský soud uvedl, že část rozhodnutí, o něž žalobce svou argumentaci opíral, byla později zrušena správními soudy, další jsou skutkově odlišná či posuzovala jiné otázky. V době zahájení zadávacího řízení navíc existovalo jediné (nepravomocné) rozhodnutí žalovaného, ke dni losování pak dvě pravomocná rozhodnutí žalovaného a jedno rozhodnutí předsedy žalovaného, což však nemohlo založit legitimní očekávání žalobce; ustálená správní praxe ve smyslu relevantní judikatury neexistovala ani ke dni podpisu smlouvy na plnění veřejné zakázky. Žalovaný nemohl zahájit správní řízení dříve, neboť poznatek o možném porušení zákona žalobcem získal až na základě rozhodnutí správních soudů vydaných s větším časovým odstupem od ukončení zadávacího řízení.

[13] Krajský soud též vyvrátil námitku žalobce, že na posuzovaný případ nelze vztáhnout závěry vyslovené tímto soudem v rozsudku ze dne 6. června 2013 č. j. 62 Af 61/2012-108, s tím, že skutkové okolnosti obou případů jsou srovnatelné a nejsou mezi nimi relevantní odlišnosti. I námitky žalobce proti procesnímu postupu žalovaného (dokazování, nenařízení ústního jednání) a výši uložené pokuty posoudil krajský soud jako nedůvodné.

II. Kasační stížnost a průběh řízení o ní

[14] Žalobce (dále též „stěžovatel“) podal proti rozsudku krajského soudu včas kasační stížnost, kterou se domáhal zrušení všech doposud vydaných rozhodnutí, eventuálně zrušení rozsudku krajského soudu a vrácení věci tomuto soudu k dalšímu řízení.

[15] V prvé řadě stěžovatel zopakoval, že transparentní průběh zadávacího řízení zabezpečil v souladu s tehdejší správní praxí. Losovací zařízení přezkoušel EZÚ, který

dospěl k závěru, že výsledek losování nemůže být dopředu znám ani ovlivněn. Ze zprávy EZÚ lze přitom dle názoru stěžovatele vycházet při každém losování, které následovalo po zkoušce. Stěžovatel odkázal na zákon č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách, ve znění pozdějších předpisů, v jehož režimu prováděl EZÚ certifikaci výherních automatů. Losovací zařízení bylo opatřeno neporušenou plombou, která zaručovala, že se s ním nemanipulovalo, a nebyl tedy důvod je znovu technicky posuzovat. Samotného losování se zúčastnili zástupci zájemců a notářka, proběhlo testovací losování. Za kontrolu ve smyslu § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách stěžovatel považoval kontrolu losovacího zařízení ohledně zásahu zvenčí a kontrolu plomby. Zákon o veřejných zakázkách žádný návod pro kontrolu losovacího zařízení neposkytoval. Stěžovatel pouze využil institut, který mu zákon umožňoval, což mu nelze klást k tíži, a odmítá přenos veškerého rizika spojeného s losováním na zadavatele veřejné zakázky.

[16] Stěžovatel nesouhlasí s tím, že by na jeho případ bylo možné vztáhnout závěry vyslovené krajským soudem v rozsudku ze dne 6. června 2013, č. j. 62 Af 61/2012 - 108. Za klíčové skutkové odlišnosti považuje, že v jeho případě bylo postaveno na jisto, že zařízení, které užil k losování, je totožné s tím, které bylo předmětem zkoušky EZÚ, a zástupce jednoho ze zájemců ověřil, že plomba na zadním víku zařízení nebyla porušena. Kombinace těchto faktorů dle názoru stěžovatele způsobila, že stačila vnější vizuální kontrola losovacího zařízení.

[17] Pokud by stěžovatel vyhověl požadavku zástupce společnosti Průmstav, a.s., a otevřel losovací zařízení, došlo by k porušení plomby a stav losovacího zařízení by nebylo možné dále garantovat, což by ohrozilo transparentnost losování. Žádný ze zájemců přitom transparentnost losování výslovně nezpochybnil. Stěžovatel odmítá názor, že by byl vždy povinen vyhovět jakémukoli požadavku zájemce o účast ohledně kontroly losovacího zařízení. Zároveň takový požadavek sám o sobě nemůže představovat objektivní okolnost ohrožující transparentnost losování.

[18] Stěžovatel též trvá na tom, že přítomným zástupcům zájemců osvětlil, z jakého důvodu nemohl požadavku na změnu pořadových čísel zájemců vyhovět, přičemž notářský zápis nezachycuje průběh losování slovo od slova. Z toho důvodu stěžovatel navrhoval další důkazy, avšak ani žalovaný, ani krajský soud mu v tomto směru nevyhověli. Již v oznámení o zahájení zadávacího řízení přitom stěžovatel stanovil, že pořadová čísla budou zájemcům přidělena podle pořadí, v jakém stěžovateli doručí žádosti o účast. Stěžovatel se cítí být tímto oznámením vázán a jeho změnu na základě požadavku jediného zájemce považuje za narušení transparentnosti losování ve vztahu k ostatním zájemcům. Není jasné, jak by mělo přečíslování proběhnout, aby opět nedošlo k ohrožení transparentnosti. Stěžovatel též trvá na tom, že následná kontrola losovacího zařízení u EZÚ by manipulaci s losováním jednoznačně vyloučila, a opačný závěr krajského soudu považuje za nedostatečně odůvodněný.

[19] Stejně jako v žalobě stěžovatel namítl, že mu s ohledem na řadu rozhodnutí žalovaného i jeho předsedy svědčilo legitimní očekávání ohledně správnosti jeho postupu. Ještě před samotným losováním nabylo právní moci rozhodnutí, které potvrdilo postup totožný se stěžovatelovým. Rozhodnutí s obdobným obsahem vydával žalovaný i po skončení zadávacího řízení, popřípadě po prošetření podnětů namítajících podobné věci

jako v této věci neshledal důvody pro zahájení řízení. Přímo ve věci stěžovatele žalovaný poté, co společnost Průmstav, a.s., vzala svůj návrh na přezkoumání úkonů zadavatele zpět, žalovaný nečinil žádné další kroky, i když mu byly skutečnosti, které mnohem později označil za porušení zákona, již tehdy známy. Změna správní praxe žalovaného byla možná pouze do budoucna. Stěžovatel je přesvědčen, že princip legality musí v této věci ustoupit jeho legitimnímu očekávání.

[20] Dle názoru stěžovatele přetrvávají pochybnosti o stavu věci zjištěném ve správním řízení. Žalovaný nevyslechl vlastníka losovacího zařízení a vycházel pouze z notářského zápisu, z něhož však nemohl získat úplný přehled o průběhu losování (notářské zápisy z roku 2011 byly obecně stručné). Ve spojení s tím, že žalovaný nevyslechl navrhované svědky, neprovedl dokazování zprávou EZÚ a nedal stěžovateli možnost vyjádřit se k tiskovému prohlášení EZÚ, na něž se též odvolával, považuje stěžovatel za závažnou vadu řízení též neprovedení ústního jednání. Samotné tiskové prohlášení EZÚ stěžovatel nepovažuje za okolnost známou žalovanému z jeho úřední činnosti, přičemž toto prohlášení nemůže nahradit závěry zprávy o zkoušce losovacího zařízení.

[21] Stěžovatel ke kasační stížnosti přiložil výtisk internetového článku „Změna postupu Ministerstva financí při povolování loterií a jiných podobných her“.

[22] Žalovaný považuje závěry krajského soudu za správné. Zkouška EZÚ umožňuje pouze předběžnou či následnou kontrolu losovacího zařízení, nemůže však nahradit kontrolu softwaru provedenou zájemci bezprostředně před zahájením losování. Ani plomba na losovacím zařízení nečiní sama o sobě požadavek na přečíslování zájemců neopodstatněným. Změna pořadových čísel zájemců byla jediný způsob, jak provést kontrolu losovacího zařízení před losováním, a bezpochyby mohla posílit transparentnost losování. Stěžovatel neodůvodnil dostatečně, proč požadavku na přečíslování nevyhověl. Z jediného rozhodnutí, které v době losování k této problematice existovalo, nemohlo stěžovateli vzniknout legitimní očekávání. Žalovaný nebyl povinen nařídit ústní jednání, neboť jediným účastníkem řízení byl stěžovatel jakožto zadavatel veřejné zakázky, a jako důkazy sloužily výhradně listiny, které byl stěžovatel povinen uchovávat v souvislosti se zadávacím řízením a jejichž obsah mu byl znám. Žalovaný proto navrhl kasační stížnost zamítnout.

[23] Nejvyšší správní soud zaslal vyjádření žalovaného na vědomí stěžovateli, který nevyužil svého práva podat k němu repliku.

III. Posouzení kasační stížnosti Nejvyšším správním soudem

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

III.1. Legitimní očekávání stěžovatele

[25] Nejprve se Nejvyšší správní soud zaměřil na námitky týkající se porušení ochrany legitimního očekávání stěžovatele. Tuto argumentaci stěžovatel opírá o řadu rozhodnutí žalovaného, která v omezení počtu zájemců v užším řízení obdobným způsobem, jaký užil stěžovatel, neshledala porušení zákona. Nejvyšší správní soud připomíná, že „*pro*

demokratický právní stát je charakteristický princip právní jistoty, spočívající mimo jiné v tom, že právní pravidla budou jasná a přesná a budou zajišťovat, že právní vztahy a jejich důsledky zůstanou pro adresáty pravidel předvídatelné. Závazky a sliby, které na sebe stát vezme vůči jednotlivcům, by měly být dodržovány (princip legitimního očekávání)" (nález Ústavního soudu ze dne 16. června 215 sp. zn. Pl. ÚS 12/14, N 109/77 SbNu577, vyhlášený pod č. 177/2015 Sb.). Proto je stěží akceptovatelné *„pokud státní orgán při výkonu veřejné moci, tj. v postavení vrchnostensky nadřazeného subjektu, autoritativně přezkoumá a osvědčí určité skutečnosti, čímž vyvolá v jednotlivci dobrou víru ve správnost těchto skutečností a v samotný akt státu, aby následně jednotlivce sankcionoval za to, že tyto skutečnosti mocensky aprobované státem v předchozím aktu jsou nesprávné a jednání jednotlivce protizákonné*" (nález Ústavního soudu ze dne 9. listopadu 2004 sp. zn. I. ÚS 163/02, N 169/35 SbNU 289). Rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v usnesení ze dne 21. července 2009 č. j. 6 Ads 88/2006-132, č. 1915/2009 Sb. NSS, konstatoval, že *„správní praxe zakládající legitimní očekávání je ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost (příp. i nečinnost) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů. Takovou praxí je správní orgán vázán. Jen taková správní praxe je doplněním psaného práva a je způsobilá modifikovat pravidla obsažená v právní normě. Správní praxi zakládající legitimní očekávání lze změnit, pokud je taková změna činěna do budoucna, dotčené subjekty mají možnost se s ní seznámit a je řádně odůvodněna závažnými okolnostmi. Libovolná (svévolná) změna výkladu právních předpisů směřující k tíži adresátů není přípustná. Za racionální (nikoliv svévolnou) změnu správní praxe lze přitom s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem považovat změnu interpretovaného zákona, změnu zákonů souvisejících s interpretovaným předpisem (systematický výklad) a změnu skutečností rozhodných pro interpretaci zákona (teleologický výklad).*" Legitimní očekávání však obecně mohou založit *„pouze jednání a postupy, které jsou v souladu se zákonem a v jeho mezích, tedy* secundum et intra legem*, nikoli* contra legem*, a s ohledem na princip enumerativnosti státních pretenzí, resp. legality výkonu veřejné moci (čl. 2 odst. 3 Ústavy České republiky a čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, též § 2 odst. 1 správního řádu) ani* praeter legem *[...]. Nezákonná správní praxe očekávání, natož legitimní, založit nemůže, neboť nezákonnou správní praxí [...] nemůže být správní orgán do budoucna vázán*"; ve zcela mimořádných situacích lze od tohoto požadavku ustoupit, a to při absenci konkurujícího závažného veřejného zájmu, v zájmu obecné spravedlnosti a (samozřejmě) se zohledněním individuálních okolností daného případu (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. dubna 2017, č. j. 6 As 98/2016 - 54). Lze též doplnit, že pouhá nečinnost veřejné správy v oblasti postihu deliktního jednání nemůže v jednotlivci vyvolat dojem, že jeho postup je v souladu se zákonem (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. dubna 2018, č. j. 6 As 413/2017 - 39).

[26] Krajský soud v bodech 55 – 69 napadeného rozsudku stěžovateli podrobně a přesvědčivě vysvětlil, proč jednotlivá rozhodnutí, z nichž dovozoval, že jedná v souladu se zákonem, nemohla jeho legitimní očekávání založit. Nejvyšší správní soud na tyto závěry odkazuje, neboť jim nelze nic vytknout a bylo by nesmyslné je opakovat. Klíčové přitom je, že závěry žalovaného vyjádřené v těchto rozhodnutích byly později překonány judikaturou správních soudů. V důsledku logiky, jakou zastává stěžovatel, by správní orgány musely setrvávat na jednou zaujatém výkladu zákona i poté, co by jej správní soudy odmítly, musely by si svá rozhodnutí nechat opakovaně rušit a v každé jednotlivé věci se nechat zavázat právním názorem soudu [§ 78 odst. 5 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.")]. Tak by však jednaly by v rozporu

s principem dělby moci, v jehož důsledku je moc výkonná pod dohledem správních soudů, a rovněž porušovaly § 6 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, který jim ukládá postupovat tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady. Nehledě na to, že takový postup by byl zcela absurdní.

[27] Z podaného výkladu tak vyplývá, že v této věci nedošlo k porušení principu ochrany legitimního očekávání.

III.2. Námitky procesního charakteru

[28] Ani v procesním postupu žalovaného neshledal Nejvyšší správní soud takové vady, které by mohly ovlivnit zákonnost rozhodnutí ve věci samé. O zjištěném skutkovém stavu nelze mít jakékoli pochybnosti. Stěžovatel namítal, že notářský zápis nezachycuje jednotlivé výroky účastníků losování slovo od slova. To však pro zjištění skutkového stavu v potřebném rozsahu není nutné, neboť obsah vyjádření účastníků losování je z notářského zápisu zřejmý. Stěžovatel ve svých podáních uváděl stejné důvody, proč nevyhověl požadavkům zástupce společnosti Průmstav, a.s., jako zástupce administrátora veřejné zakázky při losování, ačkoli mu nic nebránilo svůj postup zdůvodnit jinak. Provedení dalších důkazů, jimiž by mělo být objasněno, proč nebyla umožněna prohlídka losovacího zařízení a proč nedošlo k přečíslování zájemců, by tak postrádalo smysl, neboť by na závěrech žalovaného nemohlo nic změnit.

[29] Podle § 49 správního řádu nařídí správní orgán ústní jednání v případech, kdy to stanoví zákon, a dále tehdy, jestliže je to ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků nezbytné. Z usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 3. dubna 2012, č. j. 7 As 57/2010 - 82, č. 2633/2012 Sb. NSS, vyplývá, že v řízeních, která svým charakterem spadají pod tzv. „trestní větev" článku 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, by měla být respektována zásada ústnosti, přímosti a bezprostřednosti. „*Dokazování tedy musí být primárně prováděno při ústním jednání, o jehož konání bude účastník sankčního řízení předem vyrozuměn ve smyslu § 49 odst. 1 správního řádu, aby mohl případně využít svého práva být přítomen a měl možnost se ke všem prováděným důkazům vyjádřit.*" Nicméně ani v oblasti správního trestání nejsou správní orgány povinny nařizovat ústní jednání, pokud to není nezbytné ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. března 2016, č. j. 1 As 277/2015 - 33). V této věci rozhodoval žalovaný výhradně na základě listinných důkazů, které byly součástí správního spisu, stěžovatel se s nimi prokazatelně seznámil (respektive jich většinu žalovanému sám předložil) a využil práva vyjádřit se k nim. V úvahách žalovaného přitom hrály rozhodující úlohu skutečnosti osvědčené notářským zápisem, který je veřejnou listinou [§ 6 zákona č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád, ve znění pozdějších předpisů] a potvrzuje pravdivost toho, co je v něm osvědčeno (§ 53 odst. 3 správního řádu), přičemž stěžovatel tyto skutečnosti relevantně nezpochybnil. Navíc proběhlo ústní jednání v řízení před krajským soudem, přičemž řízení před soudem je třeba považovat za stěžejní fázi řízení o jakémkoli trestním obvinění ve smyslu článku 6 Úmluvy, tedy i řízení o správním deliktu (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. října 2015, č. j. 8 As 110/2015 - 46).

[30] Pro úplnost lze též podotknout, že ani v režimu nového zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, není nařízení ústního jednání povinné, přičemž z § 80 tohoto zákona vyplývá, že konání ústního jednání bude i nadále podmíněno nezbytností tohoto úkonu pro uplatnění práv obviněného či pro zjištění stavu věci (srov. též důvodovou zprávu k citovanému ustanovení, sněmovní tisk č. 555/0, 7. volební období, www.psp.cz).

III.3. Transparentnost losování

[31] Podle § 61 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. března 2012, platilo, že omezil-li veřejný zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, provede výběr ze zájemců, kteří řádně prokázali splnění požadované kvalifikace, a to podle objektivních kritérií uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Takovým objektivním kritériem mohl být i náhodný výběr provedený losem. Veřejný zadavatel byl povinen provést losování *v souladu se zásadami uvedenými v § 6 prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování. Účastnit se losování mají právo zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním* (§ 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách). *Zadavatel je povinen umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování* (§ 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách).

[32] Podle § 6 zákona o veřejných zakázkách byl zadavatel povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

[33] Jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 45/2010 - 159 ze dne 15. září 2010, č. 2189/2011 Sb. NSS, „*podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se* navenek jeví *jako férový a řádný. [...] Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti. Tyto úvahy platí tím spíše v případě, kdy se přistoupí k losování, protože losování je úkon ze své povahy nepřezkoumatelný.*“ Podobně v rozsudku ze dne 20. června 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 - 55, č. 2714/2012 Sb. NSS, Nejvyšší správní soud konstatoval, že „*posouzení transparentnosti losování v žádném případě nespočívá v dokazování, zda došlo při losování k manipulaci či nikoliv. Pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. K tomu může dojít i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo. [...] pochybnosti mohou vzejít i z pouhé neschopnosti působit navenek při losování férově.*“

[34] Způsob a průběh losování, které provedl žalobce, se v zásadě neliší od toho, jež posuzoval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 6. listopadu 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 - 49, a krajský soud v jemu předcházejícím rozsudku ze dne 6. června 2013, č. j. 62 Af 61/2012 - 108. Na rozdíl od stěžovatele Nejvyšší správní soud zatím nevidí důvod, proč závěry vyslovené v těchto rozhodnutích nevztáhnout i na tento případ. Odlišnosti, na které poukazuje stěžovatel (ztotožnění losovacího zařízení s tím, na něž se vztahovalo osvědčení EZÚ, kontrola plomby chránící zadní víko zařízení) považuje Nejvyšší správní soud, stejně jako krajský soud, pro účely odlišení za poněkud slabé. Jak totiž Nejvyšší správní soud uvedl v rozsudku č. j. 1 Afs 64/2013 - 49, *de facto* jediným způsobem, jak

mohou sami zájemci sledovat transparentnost elektronického způsobu losování, je právě změna čísel přiřazených jednotlivým zájemcům bezprostředně před losováním. Přezkoušení losovacího zařízení EZÚ s určitým časovým odstupem po losování (zapříčiněným nutností dopravit zařízení k EZÚ), tedy následnou kontrolu losovacího zařízení třetí osobou, nelze stavět na roveň kontrole, kterou mají právo vykonat samotní zájemci bezprostředně před losováním (§ 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách).

[35] Argumenty stěžovatele, proč neumožnil změnu pořadí zájemců pro losování, Nejvyšší správní soud rovněž nemůže s ohledem na rozsudek č. j. 1 Afs 64/2013 - 49 bez dalšího přijmout. Podle zmíněného rozsudku by změna čísel přidělených zájemcům bezprostředně před losováním umožnila faktickou kontrolu losovacího postupu, a zvýšila tak transparentnost losování.

[36] Nyní rozhodujícímu šestému senátu Nejvyššího správního soud proto, s ohledem na právní názor vyplývající z rozsudku jeho prvního senátu č. j. 1 Afs 64/2013 - 49, nezbývá než aprobovat závěry krajského soudu, že stěžovatel tím, že nevyhověl požadavku zástupce jednoho ze zájemců na změnu pořadových čísel, která byla zájemcům pro účely losování přidělena, vyvolal objektivní pochybnosti o transparentnosti losování, jakkoli se Nejvyššímu správnímu soudu tyto pochybnosti jeví ve své intenzitě jako spíše malé. Je přitom nepodstatné, kolik zájemců (zda vůbec některý) vzneslo námitky proti průběhu losování (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 2. března 2017, č. j. 10 As 105/2016 - 52).

[37] Nejvyšší správní soud nicméně shledal v rozhodnutí žalovaného vadu, k níž je povinen přihlížet z úřední povinnosti (§ 109 odst. 4 s. ř. s.), a sice rozpor mezi druhým výrokem tohoto rozhodnutí a jeho odůvodněním. Pro připomenutí, žalovaný shledal stěžovatele odpovědného za dva skutky, z nichž první spočíval v nepřečíslování zájemců pro losování (výrok I). Výrokem II svého rozhodnutí potom žalovaný konstatoval, že stěžovatel porušil zákon o veřejných zakázkách tím, že „*dne 24. 10. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení, prostřednictvím elektronického zařízení, neumožnil na žádost zástupce zájemce [...] kontrolu losovacího zařízení, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování a tedy zachování zásady transparentnosti losování*“.

[38] V rozsudku č. j. 1 Afs 64/2013 - 49 Nejvyšší správní soud nicméně převzal tehdejší stanovisko krajského soudu, že „***kontrola losovacího zařízení, tj. počítačového programu, samotnými zájemci, nebyla fakticky možná**, neboť zájemci k tomu nemohli být bezprostředně před losováním vybaveni. [...] změna čísel zájemců bezprostředně před losováním by umožnila zájemcům faktickou kontrolu losovacího postupu. Vzhledem k technické povaze losovacího zařízení totiž **jiná kontrola ze strany zájemců bezprostředně před zahájením losování nebyla materiálně možná***“ (zvýraznění doplněno). Vyvstává proto otázka, zda je možné přičítat stěžovateli odpovědnost za správní delikt spočívající v porušení povinnosti, která je fakticky nesplnitelná. Sám žalovaný (s odkazem na rozsudek krajského soudu č. j. 62 Af 61/2012 - 108) v bodě 61 svého rozhodnutí konstatoval, že „*kontrolou losovacího zařízení a prostředků k losování podle § 61 odst. 5 zákona musí být rozuměna taková kontrola, která na místě losování s využitím prostředků, které mohou mít zájemci coby účastníci losování bezprostředně před zahájením losování k dispozici, umožní objektivně posoudit, zda losování*

může proběhnout korektním způsobem či nikoliv. Takováto kontrola však v posuzované věci zájemcům umožněna být nemohla – fakticky se totiž jednalo o kontrolu počítačového programu, k jehož kontrole nemohli být účastníci řízení na místě losování bezprostředně po jeho zahájení vybaveni.“ Z bodu 63 odůvodnění rozhodnutí žalovaného však vyplývá, že stěžovateli vytýkal právě to, že zástupci jednoho ze zájemců neumožnil otevření losovacího zařízení, tedy porušení plomby, jež je chránila (bod 89 odůvodnění), což znemožnilo jeho účinnou kontrolu. Odstranění plomby a umožnění kontroly losovacího zařízení ze strany jednoho ze zájemců považoval žalovaný za žádoucí (bod 64 odůvodnění prvostupňového rozhodnutí). Naopak v bodu 71 rozhodnutí žalovaný uvedl, že „*odmítnutím požadavku na přidělení nových pořadových čísel zájemcům o účast v užším řízení byla zájemcům v podstatě znemožněna kontrola losovacího zařízení, neboť vzhledem k technické povaze losovacího zařízení se jedná o jednu z mála možných způsobů kontroly*“. Předseda žalovaného v rozhodnutí o rozkladu na tuto argumentaci navázal.

[39] Krajský soud si byl možného rozporu závěrů žalovaného s dosavadní judikaturou (a s tím souvisejícím rozporem mezi výrokem prvostupňového rozhodnutí a částí jeho odůvodnění) vědom, přičemž se jej pokusil odstranit tvrzením, že předešlé případy „*se odlišovaly tím, že zájemci nevznesli požadavek na alespoň vizuální kontrolu losovacího zařízení týkající se přítomnosti prostředků, které by byly s to ovlivnit chod losovacího zařízení, jako to bylo v nynějším případě. Stejně tak se daná rozhodnutí odlišovala i tím, že s ohledem na technickou obtížnost reálné kontroly se zaměřovala především na ‚faktickou kontrolu losovacího postupu‘*“ (bod 45 odůvodnění napadeného rozsudku).

[40] Nejvyšší správní soud v prvé řadě nevidí rozdíl mezi „technickou obtížností reálné kontroly“ v nyní posuzované věci oproti losování posuzovanému ve věci sp. zn. 1 Afs 64/2013, kdy bylo použito prakticky shodné losovací zařízení. Dále je pravda, že v případech posuzovaných krajským soudem v rozsudcích ze dne 26. ledna 2018, č. j. 30 Af 9/2016 - 439, ze dne 30. ledna 2018, č. j. 29 Af 118/2015 - 493, a ze dne 23. listopadu 2017, č. j. 30 Af 99/2015 - 106, nevznesli zájemci požadavek na kontrolu losovacího zařízení. Nejvyšší správní soud se nicméně ztotožňuje s názorem stěžovatele, že povinností zadavatele veřejné zakázky není vyhovět každému požadavku zájemce souvisejícímu s kontrolou losovacího zařízení – respektive že nevyhovění každému myslitelnému požadavku automaticky ohrožuje transparentnost losování a staví je do rozporu se zákonem. Pokud je předmětem požadavku zájemce kontrola, která není již z povahy losovacího zařízení možná, nemůže být porušením zásady transparentnosti, pokud zadavatel takovému požadavku nevyhoví. Navíc se zdá poněkud absurdní nutit stěžovatele k porušení bezpečnostní plomby, jejímž účelem je právě zamezit manipulaci s losovacím zařízením. Je tedy zřejmé, že za skutek uvedený ve výroku II rozhodnutí žalovaného nelze stěžovatele shledat odpovědným, což se následně logicky musí promítnout i do úvah žalovaného ohledně výše uložené sankce.

IV. Závěr a náklady řízení

[41] Pokud tedy žalovaný (stejně jako krajský soud) na jednu stranu postavil svou argumentaci z velké části na odkazech na dosavadní judikaturu, která zdůrazňovala význam změny pořadových čísel zájemců bezprostředně před losováním právě proto, že jiná kontrola elektronického losovacího řízení ze strany zájemců prakticky není možná, a

zároveň shledal porušení zákona v tom, že stěžovatel takovou (jinou) kontrolu zástupci jednoho ze zájemců neumožnil, zatížil své rozhodnutí nepřezkoumatelností pro nesrozumitelnost.

[42] Krajský soud se chybu v úvahách žalovaného pokusil odstranit poukazem na odlišnosti nyní posuzovaného případu, z výše uvedených důvodů však jeho argumentace nemůže obstát. Nejvyšší správní soud proto zrušil rozsudek krajského soudu (§ 110 odst. 1 věta první před středníkem s. ř. s.) a v souladu s § 110 odst. 2 písm. a) ve spojení s § 78 odst. 1 a 4 s. ř. s. zároveň zrušil i rozhodnutí předsedy žalovaného a vrátil věc žalovanému k dalšímu řízení, neboť krajský soud by s ohledem na výše vyslovené závěry neměl jinou možnost, než tak sám učinit.

[43] Podle § 110 odst. 3 věty druhé s. ř. s. rozhodne Nejvyšší správní soud v případě, že zruší podle § 110 odst. 2 písm. a) s. ř. s. rozhodnutí žalovaného, o nákladech řízení o kasační stížnosti i o nákladech řízení před krajským soudem. Podle § 60 odst. 1 s. ř. s., aplikovaného na základě § 120 s. ř. s., má úspěšný stěžovatel právo na náhradu důvodně vynaložených nákladů proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl.

[44] Stěžovatel, který měl v řízení plný úspěch, uhradil soudní poplatek 5 000 Kč za podání kasační stížnosti (položka 19 přílohy k zákonu č. 549/1991 Sb., o soudních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů). V řízení před krajským soudem uhradil stěžovatel soudní poplatek 3 000 Kč za podání žaloby [položka 18 bod 2 písm. a) přílohy k zákonu o soudních poplatcích].

[45] Stěžovatelka byla v řízení před krajským soudem a Nejvyšším správním soudem zastoupena advokátem. Ze spisů vyplývá, že v řízení před krajským soudem učinil právní zástupce stěžovatele tyto úkony právní služby – převzetí a příprava právního zastoupení [§ 11 odst. 1 písm. a) vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif)], sepis a podání žaloby a repliky k vyjádření žalovaného [§ 11 odst. 1 písm. d) advokátního tarifu] a účast na jednání dne 23. ledna 2018 [§ 11 odst. 1 písm. g) advokátního tarifu]. V řízení před Nejvyšším správním soudem učinil zástupce stěžovatele jeden úkon právní služby, a to sepis a podání kasační stížnosti [§ 11 odst. 1 písm. d) advokátního tarifu], celkem tedy učinila pět úkonů právní služby podle advokátního tarifu. 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 níž je podle § 13 odst. 3 advokátního tarifu je třeba přičíst 300 Kč na úhradu hotových výdajů. Nejvyšší správní soud ověřil, že zástupkyně stěžovatelky je plátkyní daně z přidané hodnoty, proto se výsledná částka zvyšuje o 21 % představujících výši této daně na celkových 20 570 Kč.

[46] Celková náhrada nákladů řízení pro stěžovatele, čítající odměnu za zastupování a uhrazené soudní poplatky, tedy představuje částku 28 570 Kč. K jejímu uhrazení byla stanovena přiměřená lhůta jednoho měsíce.

[47] Žalovaný ve věci neměl úspěch, náhrada nákladů řízení mu tudíž nenáleží.

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

V Brně dne 18. července 2018

JUDr. Tomáš Langášek
předseda senátu