

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Tomáše Foltase a soudců Mgr. Lenky Krupičkové a Mgr. Davida Hipšra v právní věci žalobce: **Město Jablonné v Podještědí**, se sídlem náměstí Míru 22, Jablonné v Podještědí, zastoupen Mgr. Janou Zwyrtek Hamplovou, advokátkou se sídlem Olomoucká 261/36, Mohelnice, proti žalovanému: **Ministerstvo životního prostředí**, se sídlem Vršovická 1442/65, Praha 10, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 27. 4. 2020, č. j. 11 A 170/2016 - 46,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

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

Odůvodnění:

I.

[1] Žalobce zadával podlimitní veřejnou zakázku „*Revitalizace Markvartického rybníka*“ podle § 21 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále též „ZVZ“) v užším řízení. Po vyhodnocení všech doručených žádostí splňujících kvalifikační předpoklady mělo být podle § 61 odst. 4 ZVZ vybráno 10 zájemců náhodným výběrem – losem. Losování mělo probíhat prostřednictvím elektronického zařízení, kterým budou vylosována čísla deseti vybraných nabídek. Čísla nabídek byla stanovena dle pořadí, ve kterém byly tyto nabídky doručeny žalobci. Dne 1. 3. 2012, těsně před zahájením samotného losování, byl jedním z celkem devíti zájemců, kteří byli přítomni losování, vznesen požadavek, aby bylo změněno pořadí zájemců, tedy aby nabídky byly přečíslovány. K tomuto návrhu se připojil další přítomný zájemce. Požadavek byl zamítnut s odůvodněním, že „*by došlo k porušení podmínek tak, jak jsou dány*

v kvalifikační dokumentaci, kde je stanoveno, že uchazečům bude přiděleno číslo v pořadí, v jakém byly doručeny jejich nabídky“. Tento postup dle žalovaného založil pochybnost o transparentnosti losování, tedy celého zadávacího řízení. Žalovaný proto přípisem ze dne 12. 5. 2014 informoval žalobce, že mu v souladu s § 14e zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, v rozhodném znění (dále též „rozpočtová pravidla“) nebude vyplacena část dotace za účelem realizace projektu „*CZ.1.02/6. 4. 00/08.03483 Revitalizace Markvartického rybníka*“ odpovídající odvodu za pochybení při realizaci výběrového řízení, tj. částka 4 805 020,34 Kč z prostředků Fondu soudržnosti a částka 282 648,26 Kč z prostředků Státního fondu životního prostředí ČR.

[2] Rozsudkem ze dne 18. 4. 2016, č. j. 11 A 107/2014 - 38, Městský soud v Praze (dále též „městský soud“) k žalobě žalobce rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 5. 2014 zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Dospěl k závěru, že v rozhodnutí žalovaného absentují jeho vlastní úvahy a důvody, proč byl postup žalobce netransparentní.

[3] Žalovaný následně vydal dne 11. 8. 2016 opatření podle § 14e rozpočtových pravidel (č. j. 2392/330/16, 46248/ENV/16) spočívající v nevyplacení 4 735 397,65 Kč z prostředků Operačního programu životní prostředí 2007-2013. Poukázal na to, že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže pravomocně rozhodl o tom, že se žalobce při zadání předmětné veřejné zakázky svým netransparentním postupem při losování dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ. Při realizaci veřejné zakázky tedy žalobce jednoznačně porušil povinnosti stanovené právním předpisem a nedodržel podmínky, za nichž byla dotace poskytnuta. Proti opatření žalovaného podal žalobce námitky, které zamítl ministr životního prostředí rozhodnutím ze dne 22. 9. 2016, č. j. 2825/330/16, 58537/ENV/16.

II.

[4] Žalobce podal proti rozhodnutí o námitkách žalobu u městského soudu, který ji nadepsaným rozsudkem zamítl. Městský soud konstatoval, že opatření dostálo požadavkům na přezkoumatelnost vyplývajícím z předchozího zrušujícího rozsudku. Na rozdíl od předchozího rozhodnutí totiž neodkazuje na obecné závěry judikatury, ale vychází z konkrétních skutkových okolností dané věci, tedy ze zjištění, že se žalobce podle pravomocného rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dopustil při realizaci předmětné veřejné zakázky správního deliktu. Městský soud zdůraznil, že rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže obstála rovněž v soudním přezkumu. Nejvyšší správní soud přitom v dotčeném rozsudku ze dne 24. 1. 2020, č. j. 3 As 372/2017 - 44, konstatoval, že rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže obsahují relevantní argumentaci, kterou předchozí zrušené rozhodnutí žalovaného postrádalo. Městský soud poté rekapituloval závěry, k nimž dospěl Nejvyšší správní soud ve věci žalobce vedené pod sp. zn. 3 As 372/2017. Uzavřel, že kasační soud dospěl ke shodnému závěru jako žalovaný v napadeném rozhodnutí, tedy že žalobce pochybil při zadávání sporné veřejné zakázky, když v průběhu losování zamítl požadavek účastníků na změnu čísel, která byla přidělena jednotlivým nabídkám s tím, že způsob přidělení čísel je stanoven v kvalifikační dokumentaci. Nejvyšší správní soud tak potvrdil, že žalobce porušil povinnosti stanovené právním předpisem a nedodržel podmínky, za kterých byla dotace poskytnuta. Jelikož žalovaný vyšel z rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, které bylo přezkoumáno s uvedeným výsledkem, nelze mu nic vytknout.

III.

[5] Žalobce (dále též „stěžovatel“) podal proti rozsudku městského soudu v zákonné lhůtě kasační stížnost. Namítl, že korekce dle § 14e zákona o rozpočtových pravidlech je *de facto* sankcí, což má za následek, že dochází k trojímu trestání jednoho činu – korekce dotace, pokuta udělená Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže a snaha dosáhnout odvodu dotace. Takový postup je nestandardní a nezákonný. Stěžovatel dále namítl, že v případě žalobou napadeného rozhodnutí nestačí pochybnosti o porušení rozpočtové kázně, ale musí být označeno zcela konkrétní a prokázané porušení rozpočtové kázně. K postihu stěžovatele došlo zcela mechanicky bez zohlednění individuálních okolností, především toho, že stěžovatel byl již sankcionován pokutou od Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Za kontrolní základ zjištění pak dle stěžovatele nelze brát odkaz na rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Stěžovatel dále uvedl, že ponechal širokou možnost pro soutěž, když bylo vybráno 10 uchazečů. Rovněž zpochybnil výši korekce, přičemž odkázal na pokyny Evropské komise.

[6] Další námitky stěžovatel směřoval proti hodnocení průběhu losování. Uvedl, že postupoval podle tehdy účinného zákona, který omezení počtu účastníků losováním umožňoval, a to i při losování prostřednictvím elektronického zařízení. Požadavek na umožnění nějaké speciální konkrétní kontroly nemá oporu v zákoně. Stěžovatel nemohl, než zamítnout požadavek na změnu čísel uchazečů, jinak by zasáhl do již dříve vyhlášených podmínek zakázky a do práv nezúčastněných uchazečů. Po stěžovateli bylo fakticky požadováno, aby porušil podmínky zadání veřejné zakázky. Stěžovateli nelze vytýkat neplnění povinnosti, kterou nemohl předvídat. Naopak, kdyby stěžovatel tomuto požadavku vyhověl, mohl by vyvolat závažnější a důvodné pochyby o transparentnosti losování. Požadavek na změnu čísel uchazečů byl vznesen bezdůvodně a nad rámec stanovených pravidel. Žádný právní předpis přitom stěžovateli neukládal, aby vyhověl bezdůvodným požadavkům uchazečů. Ty by mohly být i protichůdné. Kdyby tento požadavek navíc vznesli všichni uchazeči, bylo by jeho splnění nemožné. Není ani jasné, jak by měla být provedena změna čísel, aby pochybnosti nevznikly. Dávat požadavku na přečíslování nabídek zásadní význam a dovozovat z jeho nesplnění uložení sankce je proto zcela nepatřičné. Stěžovateli je fakticky vytýkáno, že postupoval podle dopředu stanovených jasných pravidel, která byla stejná pro všechny účastníky. Takový postup je absurdní. Tehdejší právní úprava umožňovala snížení počtu uchazečů losováním, a pokud losování proběhlo klasickým způsobem, nelze tuto skutečnost stěžovateli vytýkat. Pokud pak žalovaný vychází z teze, že rozhodná je pouze možnost, že došlo k ovlivnění veřejné zakázky, a nikoli to, zda k takovému ovlivnění skutečně došlo, svědčí to pouze o tom, že nemá argument, který by ovlivnění soutěže skutečně prokazoval. Korekce poskytnuté dotace by byla na místě pouze tehdy, pokud by kontrolující orgán prokázal, že ze strany zadavatele došlo k porušení zákona s jasnými důsledky spočívajícím ve zvýhodnění některého z uchazečů. Stěžovatel tedy trvá na tom, že žádná pravidla neporušil. Je sankcionován pouze za to, že se žalovaný domnívá, že k porušení rozpočtové kázně dojít mohlo, nikoliv že k němu skutečně došlo.

[7] Z uvedených důvodů stěžovatel navrhl, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek městského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

IV.

[8] Žalovaný se ke kasační stížnosti nevyjádřil.

V.

[9] Nejvyšší správní soud posoudil kasační stížnost v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal přitom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti [§ 109 odst. 3, 4 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále též „s. ř. s.")].

[10] Kasační stížnost není důvodná.

[11] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval namítanou nepřezkoumatelností rozhodnutí žalovaného. Zdejší soud totiž konstantně judikuje, že přezkoumá-li krajský (městský) soud rozhodnutí žalovaného, které pro absenci odůvodnění nebylo přezkoumání vůbec způsobilé, zatíží vadou nepřezkoumatelnosti i své rozhodnutí (srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 6. 2007, č. j. 5 Afs 115/2006 - 91, či ze dne 28. 1. 2009, č. j. 1 As 110/2008 - 99). Shledal-li by nyní Nejvyšší správní soud, že rozhodnutí žalovaného skutečně nebylo přezkoumání vůbec způsobilé, byl by dán důvod pro zrušení napadeného rozsudku.

[12] Dle stěžovatele je rozhodnutí žalovaného nepřezkoumatelné, neboť nezdůvodňuje, proč bylo přistoupeno k provedení korekce dotace. Již městský soud nicméně srozumitelně vysvětlil, že se napadené rozhodnutí žalovaného opíralo o rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Žalovaný citoval obě rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, přičemž výslovně uvedl, že se s celou jejich argumentací *„plně a bez výhrad ztotožňuje*". Postup žalovaného nezakládá nepřezkoumatelnost jeho rozhodnutí, a tudíž ani nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku. Nelze totiž odhlédnout od toho, že žalovaný postupoval podle § 14e odst. 1 rozpočtových pravidel, který umožňoval poskytovateli dotace nevyplatit její část, pakliže se domnívá, že došlo k porušení pravidel pro zadávání veřejných zakázek. Žalovaný přitom dospěl k závěru, že stěžovatel jakožto příjemce dotace porušil povinnosti stanovené právním předpisem ve smyslu uvedeného ustanovení, právě na základě pravomocného rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, podle něhož stěžovatel spáchal při zadávání dotované veřejné zakázky správní delikt. Za takové situace žalovanému nic nebránilo v tom, aby převzal závěry Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže za své a na tyto odkázal. Takový postup se naopak jeví jako logický a racionální. Žalovaný v podstatě využil odborné závěry specializovaného úřadu. Skutečnost, že se tak stalo formou citací, a nikoliv vlastních formulací, je irelevantní. Stále se totiž jedná o formulování názoru žalovaného, který jasně uvedl, v čem (ve shodě s Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže) spatřuje porušení pravidel pro zadávání veřejných zakázek.

[13] Nejvyšší správní soud dále konstatuje, že se nemohl věcně zabývat všemi kasačními námitkami. Podle konstantní judikatury totiž *„ustanovení § 104 odst. 4 s. ř. s. in fine brání tomu, aby stěžovatel v kasační stížnosti uplatňoval jiné právní důvody, než které uplatnil*

v řízení před soudem, jehož rozhodnutí má být přezkoumáváno, ač tak učinit mohl; takové námitky jsou nepřípustné. Ustanovení § 109 odst. 4 s. ř. s. naproti tomu brání tomu, aby se poté, co bylo vydáno přezkoumávané rozhodnutí, uplatňovaly skutkové novoty. K takto uplatněným novým skutečnostem kasační soud při svém rozhodování nepřihlíží“ (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 9. 2004, č. j. 1 Azs 34/2004 - 49). Jak již Nejvyšší správní soud konstatoval rovněž např. v rozsudku ze dne 25. 9. 2008, č. j. 8 Afs 48/2006 - 155, § 104 odst. 4 s. ř. s. představuje zavedení koncentračního principu do řízení před Nejvyšším správním soudem. Připuštění uplatnění skutkových a právních novot v řízení před Nejvyšším správním soudem by fakticky vedlo k popření kasačního principu, na němž je řízení o tomto mimořádném opravném prostředku vystavěno (srov. dále např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 3. 2012, č. j. 4 Azs 1/2011 - 89). Nejvyšší správní soud by totiž rozhodoval o kvantitativně i kvalitativně bohatším návrhu stěžovatele, než o jakém mohl rozhodovat krajský soud v předchozím řízení. V nyní posuzovaném případě přitom stěžovatel podal poměrně stručnou žalobu. Těžiště jeho argumentace přitom spočívalo v tom, že žalovaný nerespektoval závazný právní názor městského soudu uvedený v rozsudku ze dne 18. 4. 2016, č. j. 11 A 107/2014 - 38, a jeho rozhodnutí je stále nepřezkoumatelné. Dále jen okrajově namítl, že má být potrestán jen na základě domněnky žalovaného, že by neplánovaná změna čísel nabídek těsně před losováním sama zakládala riziko netransparentnosti, a odkázal na svou žalobu proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. S ohledem na popsanou koncentraci řízení o kasační stížnosti se tak Nejvyšší správní soud nemohl zabývat kasačními námitkami, v nichž stěžovatel dovozoval, že došlo k trojímu trestání a brojil proti výši uplatněné korekce, neboť tyto nebyly vůbec uplatněny v řízení před městským soudem.

[14] Nejvyšší správní soud zároveň považuje za vhodné uvést, že postup stěžovatele, který značně pozměnil svou kasační argumentaci oproti argumentaci uplatněné v žalobě, vede k tomu, že kasační námitky v podstatě nejsou namířeny proti napadenému rozsudku městského soudu, respektive závěry městského soudu zpochybňují jen velmi nepřímo. Kasační námitky se tedy nacházejí na samé hranici projednatelnosti. K podobné situaci se v související věci stěžovatele vyjádřil Ústavní soud v usnesení ze dne 6. 10. 2020, sp. zn. II. ÚS 875/20, jímž odmítl jako zjevně neopodstatněnou ústavní stížnost stěžovatele proti rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 372/2017 - 44, na nějž odkazoval v nynější věci městský soud (viz rekapitulace výše). Ústavní soud uvedl: „*Pokud jde o konstatování Nevyššího správního soudu, že některé argumenty stěžovatele nesplňují nároky na podobu kasační námitky, tj. postrádají odůvodnění nezákonnosti právního názoru či procesního postupu krajského soudu, jedná se dle Ústavního soudu o přístup zcela udržitelný. Řízení ve správním soudnictví je ovládáno dispoziční zásadou, což platí i o řízení o kasační stížnosti. S výjimkami uvedenými v ustanovení § 109 odst. 4 věta za středníkem zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ’s. ř. s.’), je tak Nejvyšší správní soud vázán důvody uvedenými v kasační stížnosti (§ 109 odst. 4 věta před středníkem s. ř. s.), a proto preciznost ve formulaci obsahu stížnostních bodů a jejich odůvodnění v kasační stížnosti do značné míry předurčuje obsah rozhodnutí kasačního soudu. Kasační stížnost je opravným prostředkem proti pravomocnému rozhodnutí krajského soudu (§ 102 s. ř. s.) a důvody, které v ní lze s úspěchem uplatnit, se tedy musí upínat právě k tomuto rozhodnutí. Jak konstantně připomíná Nejvyšší správní soud ’[u]vedení konkrétních stížních námitek (...) nelze nahradit zopakováním námitek uplatněných v odvolání nebo v žalobě, neboť*

odvolací a žalobní námitky směřovaly proti jiným rozhodnutím, než je rozhodnutí přezkoumávané Nejvyšším správním soudem' (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 10. 2007 č. j. 8 Afs 106/2006 - 58). V rozsudku ze dne 14. 6. 2017 č. j. 3 As 123/2016 - 40 Nejvyšší správní soud vysvětlil, že 'stěžovatelům nic nebrání zopakovat žalobní argumentaci v případech, kdy ji krajský soud dostatečně nevypořádal, směřuje-li taková argumentace k existenci kasačního důvodu ve smyslu ustanovení § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. (tedy nepřezkoumatelnosti soudního rozhodnutí či jiné vadě řízení před krajským soudem - v tomto případě nevyčerpání žalobou vymezeného předmětu řízení). Nejsou-li stěžovatelé spokojeni se skutkovým či právním posouzením věci, musí být z obsahu kasační stížnosti zřejmé, které závěry krajského soudu pokládají stěžovatelé za nedostatečné, respektive nesprávné, a z jakého důvodu. Neobsahuje-li kasační stížnost takovou argumentaci, je nutno na ní nahlížet jako na nepřípustnou, neboť se míjí s kasačními důvody uvedenými v § 103 s. ř. s. (viz § 104 odst. 4 s. ř. s.).' Z pohledu práva na soudní ochranu zaručeného čl. 36 odst. 1 Listiny Ústavní soud k výše uvedenému doplňuje, že v rozporu s právem na přístup k soudu není, pokud zákonná úprava stanoví podmínky řízení, které musí být splněny pro to, aby se soud zabýval podaným návrhem věcně, a trvá-li soud důsledně na jejich dodržování. Tyto procesní podmínky řízení jsou totiž důležité z hlediska předvídatelnosti rozhodování soudů, snižují nežádoucí entropii a potenciální svévoli. Jejich naplňování je proto třeba vnímat i jako jeden z nezbytných atributů právního státu." Nejvyšší správní soud přitom dlouhodobě zastává názor, že „*míra precizace žalobních bodů do značné míry určuje i to, jaké právní ochrany se žalobci u soudu dostane. Čím je žalobní bod - byť i vyhovující obecnější, tím obecněji k němu může správní soud přistoupit a posuzovat jej. Není naprosto na místě, aby soud za žalobce spekulativně domýšlel další argumenty či vybíral z reality skutečnosti, které žalobu podporují. Takovým postupem by přestal být nestranným rozhodčím sporu, ale přebíral by funkci žalobcova advokáta*" (viz rozsudek rozšířeného senátu ze dne 24. 8. 2010, č. j. 4 As 3/2008 - 78 a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 7. 2018, č. j. 1 Ads 140/2018 - 44). Je to tedy do značné míry kvalita návrhu (kasační stížnosti), co určuje výslednou podobu soudního přezkumu. V tomto duchu Nejvyšší správní soud s ohledem na kvalitu kasační stížnosti přezkoumal ty kasační námitky, které vyhodnotil jako přípustné a projednatelné (tedy ty, v nichž stěžovatel vznesl konkrétní argumenty, které alespoň nepřímo směřovaly ke zpochybnění závěrů městského soudu).

[15] Jako projednatelnou shledal Nejvyšší správní soud kasační argumentaci stěžovatele, v níž namítal, že má být trestán pouze na základě domněnky, že jeho postup při losování mohl vést k porušení právních předpisů a k ovlivnění soutěže, neboť žalovaný neprokázal, že se tak skutečně stalo.

[16] Této argumentaci však nepřisvědčil. Stěžovatel v ní pomíjí, že opatření nebylo uplatněno proto, že došlo k ovlivnění losování, ale proto, že došlo k porušení § 61 odst. 4 ZVZ a zásady transparentnosti zakotvené v § 6 ZVZ. Podle § 61 odst. 4 ZVZ platilo, že [o]*bjektivním 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*. Podle § 6 ZVZ je zadavatel *povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení*

a zákazu diskriminace (důraz přidán soudem). Podstatné je tedy to, zda zadavatel při losování dodržel zásadu transparentnosti, tedy zda vyloučil možné pochybnosti o průběhu losování tak, aby nebylo možné považovat losování za netransparentní a teoreticky ovlivněné. Ke skutečnému ovlivnění dojít nemuselo. Již samotná nejistota ohledně možnosti ovlivnění veřejné zakázky dosahující intenzity porušení zásady transparentnosti vedla k porušení citovaného právního předpisu.

[17] Otázkou, zda postupem stěžovatele v projednávané věci došlo k porušení § 61 odst. 4 ZVZ porušením zásady transparentnosti, se Nejvyšší správní soud již zabýval, a to v rozsudku č. j. 3 As 372/2017 - 44, jehož předmětem bylo rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, z něhož žalovaný v nynější věci vycházel. Uvedl: „*Konečně nelze přehlédnout, že ani v nyní projednávané věci nebyl stěžovatel potrestán za vlastní ovlivnění výsledků veřejné soutěže (tato skutečnost nebylo prokazována a tedy ani prokázána), nýbrž (jen) za porušení zásady transparentnosti (která je jednou ze zásad, jež mají ovlivnění veřejného zadávání vyloučit). Problematikou porušení zásady transparentnosti se přitom již kasační soud ve své judikatuře podrobně zabýval. V rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, č. 2189/2011 Sb. NSS, uvedl, že podmínkou dodržení zásady transparentnosti je průběh zadávacího řízení vedený 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.' Tento závěr dále potvrdil a rozvedl rozsudek ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 - 55, č. 2714/2012 Sb. NSS, ze kterého se podává, že '[l]osování nelze považovat za netransparentní pouze z toho důvodu, že teoreticky existuje způsob, jak mohlo být ovlivněno. [...] Netransparentnost losování způsobují primárně skutkové okolnosti vzbuzující odůvodněnou pochybnost o férovosti jeho průběhu. Úvaha o proveditelnosti možné manipulace slouží pouze k potvrzení či vyvrácení toho, zda zjištěná netransparentnost mohla či nemohla mít, byť jen teoreticky, vliv na výsledek losování. K porušení zásady transparentnosti proto může dojít i v případě, že k žádné manipulaci ve skutečnosti nedošlo.' Tuto judikaturu ostatně citoval i krajský soud v napadeném rozsudku a Nejvyšší správní soud neshledává důvodu se od těchto závěrů odchýlit.*“

[18] Citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 372/2017 - 44 odpovídá i na další část projednatelných námitek stěžovatele, v nichž dovozoval, že jeho postup byl legitimní a losování proběhlo řádně. V uvedeném rozsudku soud dospěl k závěru, že k porušení zásady transparentnosti v případě stěžovatele skutečně došlo a vysvětlil, proč tomu tak za daných okolností bylo. Uvedl, že „*sdílí názor krajského soudu, že bylo-li v možnostech zadavatele provést redistribuci čísel před samotným zahájením losování (čímž by se vyloučila - byť jen hypotetická - možnost, že losovací software byl upraven tak, aby vylosoval některá předem zadaná čísla), byl povinen takovému návrhu vyhovět; krajský soud přitom zcela přiléhavě upozornil, že elektronické losovací zařízení s ohledem na svoji povahu neumožňuje z pohledu zájemců jiný způsob kontroly než změnu čísel zájemců bezprostředně před zahájením losování. Jestliže naopak zadavatel tento návrh odmítne, ačkoli požadovaný úkon nevyžadoval vynaložení neúměrných nákladů, nebyl nepřiměřeně administrativně ani časově náročný a byl technicky proveditelný (což stěžovatel nerozporuje), lze mít za to, že vyvstaly důvodné pochybnosti o transparentnosti zadávacího řízení. Nesprávný je rovněž argument stěžovatele, že nebyl povinen umožnit kontrolu elektronického losovacího zařízení proto, že jeho použití dovolovala tehdy účinná právní úprava. K tomu je nejprve nutno*

uvést, že žalovaný ani krajský soud nikterak nezpochybňovali legálnost postupu stěžovatele, pokud se rozhodl použít tento typ zařízení. Podstatou výhrad žalovaného bylo, že uchazečům zařazeným do losování nebyla umožněna kontrola tohoto zařízení. Ustanovení § 61 odst. 5 ZVZ ve znění účinném pro nyní projednávanou věc přitom ukládalo zadavateli umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování. Vzhledem k tomu, že losování probíhalo prostřednictvím elektronického zařízení – počítače s příslušným programem, u kterého, jak shora uvedeno, nelze vyloučit předchozí nezákonné ovlivnění losovacího algoritmu ve prospěch vylosování určitých čísel, je třeba pod pojem kontroly ve smyslu citovaného ustanovení zahrnout rovněž možnost redefinice vstupních dat pro losování, tj. přerozdělení losovacích čísel. Je sice pravdou, že přečíslováním účastníků by nebyl odstraněn hypotetický problém spočívající v možnosti ovlivnění počítačového programu, změnou pořadových čísel by se však předešlo zamýšleným důsledkům, tj. vylosování konkrétních předem vybraných účastníků. Namítá-li tedy účastník zadávacího řízení, že s počítačovým programem mohlo být manipulováno, a požaduje proto změnu čísel určených pro losování, je v zájmu zachování transparentnosti namístě tomuto požadavku vyhovět, jestliže takovému kroku technicky vzato nic nebrání. Ve světle výše uvedeného je proto třeba považovat odmítnutí změny pořadových čísel stěžovatelem za okolnost, která vyvolala odůvodněnou pochybnost o transparentnosti zadávacího řízení.“

[19] Nejvyšší správní soud přitom nepovažoval za relevantní skutečnost, že právní úprava neukládala zadavatelům přidělovat uchazečům pořadová čísla určitým způsobem ani je na žádost uchazečů měnit. Naopak zdůraznil, že § 6 ZVZ „*obsahoval obecnou povinnost dodržovat při veřejném zadávání (v jakékoli jeho fázi) zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Pokud se stěžovatel rozhodl pro omezení počtu zájemců v užším řízení, bylo na něm, jakým způsobem tak učiní, zvolený způsob však musel zajistit respektování shora uvedených zásad. Povinnost přijmout odpovídající opatření, která byla s to zajistit transparentnost postupu v zadávacím řízení, případně odstranit vzniklé pochybnosti o zachování shora uvedených zásad, byla tedy výlučně na něm. Jestliže zájemci pojali rozumné obavy, že zvolený postup stěžovatele v zadávacím řízení není pro zachování principů veřejného zadávání dostatečný, bylo jeho povinností tyto obavy rozptýlit. Jako adekvátní způsob odstranění pochybností o řádném a férovém (in concreto transparentním) průběhu losování a naplnění smyslu § 6 ZVZ se v nyní projednávané věci, jak výše uvedeno, nabízela právě změna pořadových čísel pro losování.*“

[20] S ohledem na totožnost posuzovaného skutkového jednání stěžovatele nemá Nejvyšší správní soud nejmenší důvod se od výše citovaných závěrů odchýlit a v podrobnostech odkazuje na rozsudek č. j. 3 As 372/2017 - 44. Nutno dodat, že usnesením sp. zn. II. ÚS 875/20 Ústavní soud odmítl ústavní stížnost proti citovanému rozsudku jako zjevně neopodstatněnou a závěry rozsudku č. j. 3 As 372/2017 - 44 aproboval: „*Ústavní soud ve svých četných rozhodnutích zřetelně definoval podmínky, při jejichž existenci má vadná aplikace podústavního práva obecným soudem za následek porušení základních práv či svobod jednotlivce [srov. nález ze dne 10. 10. 2002 sp. zn. III. ÚS 74/02 (N 126/28 SbNU 85)]. Je tomu tak tehdy, jestliže nepřípustně postihuje některé ze základních práv a svobod, případně pomíjí možný výklad jiný, ústavně konformní, nebo je výrazem zjevného a neodůvodněného vybočení ze standardů výkladu, jenž je v soudní praxi respektován (a představuje tím nepředvídatelnou interpretační libovůli), případně je v extrémním rozporu s požadavky věcně přiléhavého a rozumného vypořádání posuzovaného*

právního vztahu či v rozporu s obecně sdílenými zásadami spravedlnosti. Žádná výše uvedená pochybení v posuzovaném případě Ústavní soud neshledal. Stěžovatel v ústavní stížnosti pokračuje v polemice s právními závěry správních soudů, kterou vedl již v předchozím řízení. Nejvyšší správní soud se se stěžovatelovými argumenty vypořádal a své závěry řádně odůvodnil. Správní soudy dospěly k závěru, že ačkoli předem přidělená čísla pro losování nečiní postup zadavatele a priori neprůhledným, porušení zásady transparentnosti nastane v situaci, kdy k této zadávací podmínce přistoupí další okolnosti, které vzbudí pochybnost o korektním a férovém postupu v zadávacím řízení. Takovou okolností bylo v posuzovaném případě odmítnutí návrhů některých uchazečů na redistribuci přidělených čísel těsně před zahájením losování, a to tím spíše, že při zvoleném způsobu omezení řízení neexistuje jiná možnost kontroly takového postupu. Jestliže stěžovatel návrh odmítl, ačkoli vyžadovaný úkon nevyžadoval vynaložení nadměrných nákladů, nebyl nepřiměřeně administrativně ani technicky náročný a byl technicky proveditelný, lze mít za to, že vyvstaly důvodné pochybnosti o transparentnosti zadávacího řízení. Pro naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách ve spojení s § 6 téhož zákona není třeba prokázat, že v zadávacím řízení došlo k manipulaci, postačí pouhá důvodná pochybnost, že při výběru uchazečů nebylo postupováno korektně a férově. Ústavní soud uvedené závěry obecných soudů neshledává neudržitelnými, na ústavní rovině zásah do práv stěžovatele neshledal.“

[21] Nejvyšší správní soud považuje za vhodné zdůraznit, že k obdobným závěrům dospěl i v rozsudku ze dne 4. 2. 2021, č. j. 7 Afs 44/2020 - 59, ve kterém bylo rovněž přezkoumáváno nyní posuzované jednání stěžovatele, tedy průběh losování při zadávání veřejné zakázky „*Revitalizace Markvartického rybníka*“, a to z hlediska zákonnosti platebních výměrů, jimiž byl stěžovateli vyměřen odvod za porušení rozpočtové kázně ve výši 11 838 495 Kč do Národního fondu a ve výši 696 382 Kč do Státního fondu životního prostředí. Rovněž uvedený rozsudek č. j. 7 Afs 44/2020 - 59 přitom obstál před Ústavním soudem, který odmítl příslušnou ústavní stížnost usnesením ze dne 14. 9. 2021, sp. zn. I. ÚS 776/21. V něm konstatoval, že „*správní orgány a správní soudy aplikovaly adekvátní podústavní právo. Konkrétně Ústavnímu soudu nezbývá, než připomenout, že to byli již správce daně, žalovaný a především Krajský soud v Ústí nad Labem - pobočka v Liberci, kteří se v předmětných rozhodnutích souzenou věcí podrobně zabývali. Stěžovatel však v ústavní stížnosti pokračuje v opakované polemice s právními závěry uvedených orgánů. Již Nejvyšší správní soud se však se stěžovatelovými argumenty vypořádal a své závěry řádně odůvodnil. Mimo jiné zdůraznil, že porušení zásady transparentnosti nastává v situaci, kdy k zadávací podmínce (losování podle předem přidělených čísel) přistoupí další okolnosti, které vzbudí pochybnost o korektním a férovém postupu v zadávacím řízení. Takovou okolností bylo v souzené věci odmítnutí návrhů některých uchazečů na redistribuci přidělených čísel těsně před zahájením losování, a to tím spíše, že při zvoleném způsobu omezení řízení neexistuje jiná možnost kontroly takového postupu. Jestliže stěžovatel návrh odmítl, ačkoli vyžadovaný úkon nevyžadoval vynaložení nadměrných nákladů, nebyl nepřiměřeně administrativně ani technicky náročný a byl technicky proveditelný, lze mít za to, že vyvstaly důvodné pochybnosti o transparentnosti zadávacího řízení. Ústavní soud obdobně jako ve věci sp. zn. II. ÚS 875/20 připomíná, že pro naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách ve spojení s § 6 téhož zákona není třeba prokázat, že v zadávacím řízení došlo k manipulaci, postačí pouhá důvodná pochybnost, že při výběru uchazečů nebylo postupováno korektně a férově. Ústavní soud uvedené závěry*

správních soudů neshledává neudržitelnými, na ústavní rovině zásah do práv stěžovatele neshledal.“

[22] Nejvyšší správní soud závěrem podotýká, si je vědom nálezu ze dne 25. 10. 2021, sp. zn. II. ÚS 2191/20, ve kterém Ústavní soud částečně korigoval judikaturu týkající se právě transparentnosti losování v případech, kdy jeden z uchazečů vznesl požadavek na přečíslování nabídek. V uvedeném nálezu nicméně Ústavní soud zdůraznil, že „*shledal ve skutkových okolnostech oproti předchozím případům citovaným obecnými soudy rozdíl v tom, že organizátor losování na začátku před ukázkou testování losovacího zařízení vybídl zástupce zájemců, aby sami určili různé aspekty zkušebního losování, ale rovněž aby určili, kolikrát bude zkušební losování probíhat. Pokud soudy k uvedeným částečně odlišným skutkovým okolnostem nepřihlédly a podobně jako správce daně pouze mechanicky převzaly jeden ze způsobů, jak zkontrolovat elektronické losovací zařízení a zajistit vyšší transparentnost, aniž by posoudily okolnosti ve svém souhrnu, ve skutečnosti tím vytvořily další pravidlo, které nebylo v zákoně o veřejných zakázkách formulované a nebylo zadavatelům v předmětné době známé. (...) Obecné soudy nevyhodnotily, zda částečně odlišné skutkové okolnosti nezajistily dostatečnou transparentnost.*“ V nynějším případě však takto specifické okolnosti nenastaly. Z kontrolního listu k prověření transparentnosti elektronického losování a z notářského zápisu o průběhu losování naopak vyplývá, že účastníci neměli možnost navrhnout parametry zkušebního losování, ani jim nebylo nabídnuto, aby určili počet zkušebních losování. Změna čísel přiřazených jednotlivým zájemcům bezprostředně před losováním tak byla *de facto* jediným způsobem, jak mohli sami zájemci sledovat transparentnost procesu losování. Skutkové okolnosti v nynějším případě se tedy odlišují od posledně citovaného nálezu Ústavního soudu, a jsou naopak obdobné situacím, které Nejvyšší správní soud řešil v rozsudcích ze dne 18. 7. 2018, č. j. 6 As 59/2018 - 75, ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 - 49, a především v rozsudcích ze dne 16. 8. 2018, č. j. 10 As 81/2018 - 97, a ze dne 14. 11. 2019, č. j. 6 Afs 142/2019 - 53, které byly rovněž podrobeny posouzení Ústavního soudu. V případě ústavní stížnosti proti rozsudku č. j. 10 As 81/2018 - 97 Ústavní soud v usnesení ze dne 18. 12. 2018, sp. zn. IV. ÚS 3473/18, uvedl, že „[z]*ávěrům soudů není co vytknout. Pokud by stěžovatel, který pro losování použil elektronické losovací zařízení, vyhověl požadavku jednoho ze zájemců o účast a změnil číslování zájemců, vyvrátil by důvodné obavy o dodržení transparentnosti losování. Odpovědnosti za uvedené jednání se stěžovatel nemůže zprostit pouhým poukazem na 'čerstvost' relevantní právní úpravy či rozhodovací praxe ÚOHS.*“ K obdobným závěrům dospěl Ústavní soud také v usnesení ze dne 21. 4. 2020, sp. zn. III. ÚS 101/20, kterým odmítl ústavní stížnost proti rozsudku č. j. 6 Afs 142/2019 - 53. S ohledem na totožný skutkový stav Nejvyšší správní soud neshledal žádné skutečnosti, které by mohly být důvodem k odchýlení se od závěrů uvedené judikatury, tím méně pak od závěrů rozsudků č. j. 3 As 372/2017 - 44 a č. j. 7 Afs 44/2020 - 59, ve kterých byl také posuzován nyní přezkoumávaný postup stěžovatele, a jejichž závěry o jeho nezákonném postupu při losování již byly aprobovány Ústavním soudem. V nynější věci naopak nelze aplikovat nález sp. zn. II. ÚS 2191/20, a to s ohledem na v něm výslovně zdůrazněné specifické okolnosti.

[23] S poukazem na shora uvedené důvody Nejvyšší správní soud zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou (§ 110 odst. 1 s. ř. s.).

[24] Soud rozhodl o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti podle § 60 odst. 1 věty první s. ř. s. za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatel nebyl v řízení o kasační stížnosti úspěšný, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému, jemuž by jinak právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti příslušelo, soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, protože mu v řízení o kasační stížnosti nevznikly žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 23. března 2022

JUDr. Tomáš Foltas
předseda senátu