



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Kaniové a soudců JUDr. Josefa Baxy a JUDr. Ivo Pospíšila v právní věci žalobce: **město Veltrusy**, se sídlem Palackého 9, Veltrusy, zastoupen Mgr. Josefem Vackem, advokátem se sídlem Jugoslávská 620/19, Praha 2, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 6. 9. 2016, č. j. ÚOHS-R448/2015/VZ-36917/2016/322/DRu, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 29. 1. 2019, č. j. 29 A 125/2016 – 449,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žalobce **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti **n e p ř i z n á v á .**

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Žalobce jako zadavatel zahájil dne 20. 9. 2011 zadávací řízení týkající se veřejné zakázky „Revitalizace veřejné zeleně u hřbitova ve Veltrusech“. V oznámení o zahájení zadávacího řízení uvedl, že tato veřejná zakázka bude zadávána v užším řízení a současně stanovil omezení počtu zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídek, na 10. Jako objektivní kritérium pro omezení počtu zájemců si zvolil náhodný výběr provedený losem. V zadávacím řízení se žalobce nechal zastoupit společností Allowance, s. r. o., která dále zajištěním vlastního losování pověřila společnost VE-ZAK CZ s. r. o. Dne 15. 12. 2011 proběhlo omezení počtu zájemců losováním pomocí losovacího zařízení CENTLOZ002. Losování se účastnil notář JUDr. Michal Kulík, který o jeho průběhu vyhotovil notářský zápis.

[2] Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „žalovaný“) vydal dne 4. 12. 2015 rozhodnutí č. j. S0708/2014/VZ-42720/2015/523/ASo, kterým konstatoval, že se žalobce jako zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb.,

o veřejných zakázkách. Žalobce totiž při zadávání uvedené veřejné zakázky v užším řízení porušil § 61 odst. 4 uvedeného zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 tohoto zákona, neboť bezprostředně před zahájením losování dne 15. 12. 2011, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení, neumožnil na žádost zástupce jednoho ze zájemců vypnutí a opětovné zapnutí zařízení určeného k losování. S ohledem na další okolnosti (použití elektronického losovacího zařízení znemožňujícího z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém, předem připravené označení zájemců čísly, jež bylo pouze v dispozici zadavatele, nemožnost ověřit funkčnost a trvanlivost plomby losovacího zařízení, nedostatečné odůvodnění zamítnutí žádosti o vypnutí a zapnutí losovacího zařízení), jež ve vzájemné souvislosti vyvolávaly pochybnost o řádném průběhu losování, bylo dle žalovaného vyhovění navrhovanému vypnutí a opětovnému zapnutí zařízení určeného k losování nezbytnou podmínkou zachování předpokladu transparentnosti losování. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 13. 4. 2012 smlouvu na veřejnou zakázku. Za tento správní delikt uložil žalovaný žalobci pokutu ve výši 70.000 Kč.

[3] Žalobce podal proti tomuto rozhodnutí rozklad, který předseda žalovaného v záhlaví specifikovaným rozhodnutím zamítl a rozhodnutí žalovaného potvrdil.

[4] Rozhodnutí předsedy žalovaného napadl žalobce žalobou, kterou krajský soud neshledal důvodnou a zamítl ji. Ztotožnil se totiž se závěrem správních orgánů, že žalobce porušil zásadu transparentnosti zadávacího řízení, pokud před zahájením losování odmítl požadavek zástupce jednoho z uchazečů na vypnutí a opětovné zapnutí losovacího zařízení. Za důvodnou nepovažoval žalobní námitku spočívající v legitimním očekávání žalobce, že bude žalovaný hodnotit jeho postup při losování v souladu se svou ustálenou správní praxí. Existenci takové praxe soud neshledal. Krajský soud dále potvrdil, že na posuzovanou věc dopadají závěry formulované v rozsudku tohoto soudu ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 – 108, ve věci *ALPINE Bau*. Neztotožnil se s žalobní argumentací, že se žalovaný dopustil procesních pochybení, která by měla vliv na zákonnost napadených rozhodnutí. Rovněž výši uložené pokuty nepovažoval soud za nepřiměřenou.

II. Důvody kasační stížnosti

[5] Žalobce (stěžovatel) podal proti rozsudku krajského soudu kasační stížnost z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“), a navrhl, aby Nejvyšší správní soud zrušil napadený rozsudek i rozhodnutí správních orgánů, eventuálně, aby zrušil pouze napadený rozsudek a vrátil věc krajskému soudu k dalšímu řízení.

[6] Stěžovatel rozdělil svou kasační argumentaci do následujících částí:

II.1 Transparentnost procesu losování

[7] Stěžovatel je přesvědčen, že postupoval s veškerou opatrností, losovací zařízení bylo předem důkladně přezkoumáno a přezkoušeno ze strany Elektrotechnického zkušebního ústavu, s. p. (dále jen „EZÚ“), o čemž byla pořízena Zpráva o zkoušce ze dne 22. 11. 2011 (dále jen „zpráva o zkoušce“). Předmětem zkoušky bylo jak technické zařízení (hardware) a bezpečnostní opatření proti neoprávněným zásahům, tak i bezchybnost použitého software (matematického generátoru pseudonáhodných čísel). Dle zprávy o zkoušce zařízení svým charakterem zaručovalo rovné podmínky pro všechny účastníky losování, znemožňovalo neoprávněné zásahy v neprospěch nebo prospěch účastníků losování a neoprávněnou manipulaci

s evidencí dat. Stěžovatel zdůraznil, že zákon nestanovil žádná kritéria kontroly losovacího zařízení před zahájením losování, ta definovala až následná výkladová praxe. Stěžovateli proto nelze klást k tíži, že si zvolil právní institut (losování), který s sebou přinesl následné výkladové potíže.

[8] V souvislosti s požadavkem na restartování losovacího zařízení před zahájením losování stěžovatel připomněl, že zpráva o zkoušce se týkala i vlastního procesu losování. Zařízení bylo opatřeno neporušenou plombou, která byla zárukou toho, že v mezičase (mezi provedením zkoušky a samotným losováním) nedošlo k žádné manipulaci s losovacím zařízením. Neporušenost plomby žádný z přítomných účastníků nezpochybil. Takové neporušené losovací zařízení osvědčené přímo EZÚ nemohlo u kohokoliv vzbuzovat jakékoliv pochybnosti o transparentnosti procesu losování.

[9] Stěžovatel analogicky odkázal na předchozí právní úpravu a vytvořenou správní praxi v oblasti provozu loterií a jiných obdobných her ve smyslu zákona č. 202/1990 Sb., o loteriích a jiných podobných hrách. Podle Metodiky Ministerstva financí ze dne 5. 6. 2006 musel každý žadatel o vydání povolení k provozování loterií a jiných podobných her Ministerstvu financí předkládat osvědčení o provozuschopnosti technického zařízení vystavené autorizovanou osobou, kterou byl EZÚ nebo Institut pro testování a certifikaci, a. s. Certifikaci ze strany těchto autorizovaných osob považovala správní praxe Ministerstva financí za trvající osvědčení o provozuschopnosti a neovlivnitelnosti technického zařízení až do doby, kdy došlo k zásahu do hardware či software technického zařízení.

[10] Stěžovatel dodal, že i kdyby provedl restart losovacího zařízení, jen stěží by z toho bylo možno dovodit vyšší transparentnost jeho postupu. Lze si totiž představit, že pokud by losovací zařízení bylo skutečně upraveno tak, aby ovlivnilo losování, jistě by zároveň bylo upraveno tak, aby vypnutí a zapnutí zařízení na tuto úpravu nemělo vliv. Naopak nabízená kontrola losovacího zařízení v EZÚ bezprostředně po losování by odhalila jakoukoliv předchozí manipulaci s losovacím zařízením a tato možnost tedy představovala kontrolu procesu losování.

II.2 Legitimní očekávání a správní praxe žalovaného

[11] Stěžovatel uvedl výčet rozhodnutí žalovaného (resp. též jeho předsedy), ze kterých dovozoval své legitimní očekávání, že jeho postup při losování nebude shledán nezákonným. Ke dni losování (tj. 15. 12. 2011) existovala 2 rozhodnutí – rozhodnutí žalovaného S145/2011 a na něj navazující rozhodnutí předsedy žalovaného R200/2011, která potvrzovala soulad jeho postupu se zákonem o veřejných zakázkách. Stěžovatel zpochybil uplatnění usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006 – 132, č. 1915/2009 Sb. NSS, podle něhož jedno osamocené rozhodnutí nezakládá správní praxi. Závěry tohoto rozhodnutí nicméně mluví spíše ve prospěch stěžovatele, neboť i v posuzovaném případě došlo teprve až následnou činností soudů a žalovaného k dotvoření správní praxe.

[12] Ke dni uzavření smlouvy o veřejné zakázce (13. 4. 2012), kdy ještě mohl stěžovatel zadávací řízení zrušit, existovalo již 7 rozhodnutí potvrzujících správnost jeho postupu v procesu losování (tj. dvě výše uvedená rozhodnutí a dále rozhodnutí S491/2011, S338/2011, S288/2011, S272/2011 a S 429/2011). Po stěžovateli nebylo možné spravedlivě požadovat, aby postupoval zcela v rozporu se závěry těchto rozhodnutí. Zákon o veřejných zakázkách, důvodová zpráva k příslušné novele, ani jakýkoliv jiný dokument či výkladové stanovisko neposkytlo zadavatelům návod, jakým způsobem je zájemcům nutné umožnit kontrolu losovacího zařízení. Stěžovatelem realizované losování bylo provedeno teprve rok po nabytí účinnosti novely zákona o veřejných

zakázkách, která tento způsob omezení počtu uchazečů umožňovala, a je tak zřejmé, že správní praxe se teprve utvářela.

[13] Stěžovatel se domnívá, že v daném případě měl princip legitimního očekávání převážit nad principem legality. Jednalo se zde o výjimečné okolnosti ve smyslu nálezu Ústavního soudu ze dne 12. 12. 2013, sp. zn. III. ÚS 3221/11, neboť stěžovatel byl postupem žalovaného i jeho předsedy opakovaně ujištěn o správnosti svého postupu v zadávacím řízení.

[14] Stěžovatel shrnul, že napadená správní rozhodnutí jsou v naprostém rozporu s legitimním očekáváním stěžovatele a principem právní jistoty, a jako taková jsou nezákonná. V důsledku nich přitom stěžovateli hrozí značná škoda (odpovídající např. výši odňaté dotace, resp. odvodu za porušení rozpočtové kázně).

[15] V souvislosti se změnou správní praxe stěžovatel odkázal na nálezy Ústavního soudu ze dne 15. 1. 2008, sp. zn. I. ÚS 605/06 a usnesení rozšířeného senátu č. j. 6 Ads 88/2006 – 132, z nichž plyne, že žalovaný může přihlížet k aktuální judikatuře měnící jeho ustálený výklad pouze do budoucna, a to poté, co budou mít dotčené subjekty (zadavatelé) možnost se řádně seznámit s chystanou změnou rozhodovací praxe správního orgánu.

II.3 Nemožnost aplikace rozsudku krajského soudu ve věci ALPINE Bau

[16] Z rozsudku krajského soudu ve věci *ALPINE Bau* i následného potvrzujícího rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 - 49, ve věci *ALPINE Bau* vyplývá, že v případě omezení počtu zájemců o účast v zadávacím řízení je porušena transparentnost losování teprve tehdy, pokud dojde ke kombinaci různých okolností, neboť teprve kombinace jednotlivých prvků je způsobila založit pochybnost o férovosti losovacího zařízení. V nyní posuzované věci však bylo postaveno na jisto, že se jedná o totožné losovací zařízení, které bylo předmětem zkoušky před EZÚ, a zároveň že žádný ze zástupců účastníků nerozporoval neporušenost a číslo plomby losovacího zařízení. Závěry nyní napadeného rozsudku krajského soudu uvedené v bodě 114 a též v bodě 108 napadeného rozsudku proto nejsou pro danou situaci přílehlivé. V posuzovaném případě nebyla dána kombinace faktorů ovlivňujících transparentnost.

[17] Pro vznik objektivní pochybnosti o transparentnosti nepostačí prosté vyslovení požadavku ze strany zájemce o účast. Stěžovatel zamítnutí návrhu zájemce patřičně vysvětlil a obhájil. Zájemcům bylo umožněno navrhnout libovolný počet testovacích losování a testovací losování skutečně proběhlo. Kontrolu losování tedy stěžovatel zajistil před i po losování, pouze ji neumožnil tím způsobem, jak ji navrhoval zástupce zájemce. Rozsudek ve věci *ALPINE Bau* nehodnotil, ani nevypočítával argumenty, které zaznívají nyní v souvislosti s posuzovanou věcí, a jeho závěry tak na posuzovanou věc nedopadají.

II.4 Nesprávný úřední postup

[18] Stěžovatel správním orgánům vytkl, že posuzovaly daný případ *de facto* podle jediného důkazu, a to notářského zápisu. Z jeho pouhého stručného textu však nemohl žalovaný získat úplný přehled o průběhu losování, jelikož notářský zápis ze své podstaty doslovně nezaznamenává projevy zadavatele či jeho zástupců a přítomných zájemců o účast. Stěžovatel sice nepolemizuje se správností pořádaného notářského zápisu, nicméně uvádí, že zodpovědnost za jeho obsah leží výhradně na notáři.

[19] Nelze připustit, aby za existence neporušené plomby mohlo dojít k manipulaci s losovacím zařízením. Provedení vizuální kontroly losovacího zařízení tak byla zcela dostačující pro naplnění požadavků zákona. Stěžovatel dostatečně odůvodnil zamítnutí požadavku na restartování losovacího zařízení, nebylo však postaveno na jisto, že jeho argumenty byly v notářském zápise zachyceny v komplexní a přesné podobě. Stěžovatelem navržené důkazy (zejména výslech účastníků losování, výslech zástupce společnosti VE-ZAK CZ s. r. o. a výslech zástupce společnosti CENTADOR s. r. o. - výrobce losovacího zařízení), které správní orgány i krajský soud odmítly provést, mohly tuto skutečnost objasnit.

[20] Stěžovatel je rovněž přesvědčen, že žalovaný měl ve věci nařídít ústní jednání, aby zabezpečil zjištění skutkového stavu bez důvodných pochybností. I pokud neprovedení ústního jednání nehodnotil soud jako natolik závažnou vadu řízení, je zapotřebí ji posuzovat v kontextu dalších skutečností – neprovedení navržených důkazů.

III. Vyjádření žalovaného

[21] Žalovaný se ve svém vyjádření ztotožnil se závěry krajského soudu a navrhl, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl.

[22] Žalovaný připomněl, že z judikatury vyplývá, že postačuje i potencialita porušení zásady transparentnosti, a tedy nemusí být prokázáno konkrétní porušení některé zákonné povinnosti. Stěžovatel ovšem v daném případě své povinnosti zajistit transparentní průběh losování nedostál. Správní orgány ani soudy přitom nemají povinnost vytvořit podrobný návod, jak má transparentní losování vypadat, neboť transparentnost je obecným principem, a je na zadavateli, aby zvolil takový postup, u něhož bude schopen jeho transparentnost zajistit. Zkouška EZÚ, zaplombování losovacího zařízení výrobcem ani případná následná kontrola zařízení u EZÚ neznamena kontrolu před zahájením losování provedenou zájemcem a nesměřovala k zajištění transparentnosti losování právě v jeho průběhu.

[23] Na posuzovanou věc bylo dle žalovaného možno aplikovat závěry rozsudku krajského soudu č. j. 62 Af 61/2012 – 108, ve věci *ALPINE Bau*, byť v tomto případě byly určité dílčí skutkové odlišnosti. Naopak pro věc nelze analogicky použít odkaz na předchozí právní úpravu v oblasti loterií a jiných podobných her.

[24] K námitkám týkajícím se existence legitimního očekávání žalovaný poznamenal, že v důsledku logiky zastávané stěžovatelem by správní orgány musely setrvávat na jednom zaujatém výkladu zákona i poté, co by jej správní soudy odmítly. Legitimní očekávání týkající se rozhodovací činnosti správního orgánu je navíc nutno vztahovat zejména k okamžiku rozhodování správního orgánu. Ke dni 6. 9. 2016 (kdy o věci rozhodl předseda žalovaného) již existovala pravomocná rozhodnutí správních soudů, která rušila rozhodnutí žalovaného a jeho předsedy, kterých se stěžovatel dovolával. Pojem transparentnosti v souvislosti s losováním byl ze zákona a judikatury znám již před podpisem smlouvy dne 13. 4. 2012 (např. rozsudek NSS ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, který potvrzoval rozsudek krajského soudu ze dne 19. 1. 2010, č. j. 62 Ca 31/2008 – 114). Stěžovatelova argumentace ohledně konfliktu zásady legitimního očekávání a zásady legality tedy neobstojí, neboť stěžovateli jím tvrzené legitimní očekávání nesvědčilo a k uvedenému konfliktu tak nedošlo.

[25] Žalovaný nepovažoval za důvodné ani kasační námitky týkající se nesprávného úředního postupu. Připomněl, že notářský zápis pouze zaznamenává úkony tak, jak proběhly, nevypovídá nic o tom, zda losování proběhlo férově. Stěžovateli se nepodařilo prokázat, že by losování probíhalo jinak, než jak bylo v notářském zápise zaznamenáno, a proto lze považovat jeho obsah

za pravdivý. Stěžovatel neuvedl žádný racionální důvod pro odmítnutí požadavku na restartování losovacího zařízení před zahájením losování. Pozdější zjišťování navrhovaných skutečností by tedy nemělo zásadní význam ve vztahu k možným pochybnostem o transparentnosti, které vznikly v den losování. Žalovaný rovněž poznamenal, že v takovém druhu řízení, v němž je jediným účastníkem řízení stěžovatel, dokazování proběhlo výlučně skrze listinné důkazní prostředky dokládající průběh zadávacího řízení, a jejichž obsah byl stěžovateli znám, nebylo nezbytné nařízení ústního jednání.

IV. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[26] Nejvyšší správní soud při posuzování kasační stížnosti hodnotil, zda jsou splněny podmínky řízení. Zjistil, že kasační stížnost má požadované náležitosti a je projednatelná.

[27] Kasační stížnost není důvodná.

[28] Na úvod soud uvádí, že kasační stížnost byla sice velmi podrobná, nicméně převážně opakovala žalobní body a ignorovala precizní a zcela přesvědčivě odůvodněné závěry napadeného rozsudku krajského soudu. Podle soudu tak není účelné obšírně znovu vyvracet argumentaci stěžovatele, což již učinil krajský soud; místo toho bude stručně formulovat své právní závěry, jež se shodují s hodnocením věci krajským soudem.

IV.a) Transparentnost procesu losování

[29] Podle § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 3. 2012, platilo: „*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 vyrozuměn nejméně 5 dnů před losováním. Zadavatel je povinen umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.*“

[30] Podle § 6 tohoto zákona je zadavatel „*povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zájmu diskriminace*“.

[31] Uvedená ustanovení upravují následující podmínky pro omezení počtu zájemců losováním: 1) soulad se zásadami uvedenými v § 6 zákona o veřejných zakázkách; 2) uskutečnění losování prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení; 3) účast notáře, který osvědčuje průběh losování; 4) právo všech zájemců, jichž se losování týká, účastnit se losování; 5) písemné vyrozumění o termínu losování nejméně 5 dnů před losováním; 6) umožnění zájemcům reálně zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování (viz rozsudek NSS ve věci *ALPINE Bau CZ*, bod 25).

[32] Otázkou transparentnosti procesu losování pro omezení počtu zájemců se Nejvyšší správní soud ve své rozhodovací praxi již opakovaně zabýval. Zásadu transparentnosti vysvětlil v rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, č. 2189/2011 Sb. NSS, označovaném jako „*Karlovarská losovačka*“, v němž uvedl, že podmínkou dodržení této zásady je zajistit „*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*“ (bod 44). V rozsudku ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 - 55,

č. 2714/2012 Sb. NSS, věc *SDS EXMOST*, Nejvyšší správní soud uvedl, že „[p]osouzení 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.“

[33] Nejvyšší správní soud již opakovaně označil za rozporný se zásadou transparentnosti losování postup zadavatele, který bezprostředně před zahájením losování odmítl požadavek na přečíslování jednotlivých zájemců. Konstatoval přitom, že změna čísel zájemců na jejich požádání bezprostředně před zahájením losování by umožnila zájemcům faktickou kontrolu losovacího postupu. Vzhledem k technické povaze losovacího zařízení totiž jiná kontrola ze strany zájemců bezprostředně před zahájením losování v podstatě není materiálně možná. Pokud zadavatel neumožní v takovéto situaci změnu přidělených čísel, vytváří to nutně pochybnosti o transparentnosti a férovosti losování (body 34 a 35 rozsudku NSS ve věci *ALPINE Bau CZ*). Shodně následně hodnotil stejný postup zadavatelů, tj. odmítnutí požadavku na přečíslování zájemců před provedením losování, Nejvyšší správní soud také v rozsudcích ze dne 18. 7. 2018, č. j. 6 As 59/2018 – 75, ve věci *město Krásná Lípa*, a ze dne 16. 8. 2018, č. j. 10 As 81/2018 – 97, ve věci *Dobrovolný svazek obcí Jaroměřsko*.

[34] Z judikatury lze rovněž dovodit, že samotný fakt, že použité losovací zařízení ve skutečnosti fungovalo bezchybně, není pro hodnocení dodržení zásady transparentnosti rozhodující. Podstatné totiž je, jak se proces losování jevil navenek třetím osobám, tedy zejména zúčastněným zájemcům o veřejnou zakázku (viz rozsudek ve věci *Dobrovolný svazek obcí Jaroměřsko*, bod 19).

[35] V nyní posuzovaném případě mělo porušení zásady transparentnosti plynout primárně z toho, že stěžovatel jako zadavatel veřejné zakázky odmítl bezprostředně před provedením losování požadavek jednoho ze zájemců na vypnutí a opětovné zapnutí (restartování) losovacího zařízení. Jedná se tedy o ve značné míře obdobnou situaci, jako v případech řešených ve výše uvedené judikatuře, v nichž zájemci před losováním žádali o přečíslování zájemců. Shodně jako v uvedené judikatuře lze i ve vztahu k tomuto požadavku uvést, že vzhledem k technické povaze losovacího zařízení, jehož fungování běžně zájemci o veřejnou zakázku nemusí rozumět, je restartování losovacího zařízení jednou z mála možností (právě vedle přečíslování uchazečů před začátkem losování) kontroly ze strany uchazečů, která by mohla garantovat transparentnost procesu losování. Správní orgány i soud tak dospěly ke správnému závěru, že stěžovatel jako zadavatel měl žádosti o restartování losovacího zařízení vyhovět, případně věrohodně vysvětlit, proč takový postup bezprostředně před losováním není možný. Pokud tak neučinil, vyvolal tím pochyby o korektním průběhu losování, či o skutečných motivech toho, proč požadavku na vypnutí a zapnutí losovacího zařízení nevyhověl.

[36] Nejvyšší správní soud nepřisvědčuje stěžovateli, že by dostatečnou transparentnost losování zajistil tím, že dal zájemcům možnost po provedení losování (na náklady uchazeče) odvézt losovací zařízení k EZÚ za účelem provedení kontroly. V této souvislosti lze odkázat na závěr rozsudku ve věci *Krásná Lípa* (bod 34), převzatý rovněž v rozsudku *Dobrovolný svazek obcí Jaroměřsko* (bod 19), podle něhož provedení následné kontroly „losovacího zařízení EZÚ s určitým časovým odstupem po losování (zpříčiněným 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)“. Stěžovatel tímto v podstatě směšuje argumentaci, že zařízení fungovalo ve skutečnosti bezchybně, na straně jedné, a otázku, jak se mohla férovost losování jevit navenek třetím osobám, na straně druhé.

[37] V tomto ohledu není relevantní ani pozdější vysvětlení stěžovatele, že samotné vypnutí a zapnutí losovacího zařízení by nemuselo mít na případné nastavení výsledků losování vliv (resp. že pokud by se zařízením bylo nějakým způsobem neoprávněně manipulováno, pravděpodobně by bylo upraveno tak, aby vypnutí a zapnutí zařízení nemělo na tuto manipulaci vliv). Podstatné totiž je, že stěžovatel neučinil všechny kroky k tomu, aby zajistil co možná nejtransparentnější průběh losování, o jehož férovosti by neměli uchazeči rozumné pochybnosti. Jak bylo uvedeno výše, pochybnosti o férovosti průběhu omezení počtu uchazečů mohou vzejít i z pouhé neschopnosti zadavatele působit navenek při losování transparentně.

[38] Z téhož důvodu stěžovateli nelze přisvědčit, že by transparentnost procesu losování zajistila zpráva o zkoušce zařízení u EZÚ ze dne 22. 11. 2011. Jak vysvětlil již krajský soud (a to v souladu se závěrem rozsudku NSS ve věci *ALPINE Bau CZ*, bod 34), takováto zpráva sice svědčí o funkčnosti a technických vlastnostech losovacího zařízení k datu zkoušky, nevypovídá však nic o stavu losovacího zařízení ke dni losování a o samotném procesu losování. Na tom nic nemůže změnit ani neporušená plomba na zařízení. Uchazeči si totiž bezprostředně před losováním nemohli nijak fakticky ověřit, kdo a kdy plombu na losovací zařízení umístil a kdo garantoval stav software zařízení před zaplombováním. Pro posouzení porušení zásady transparentnosti přitom není rozhodné, že ve skutečnosti s plombou na zařízení nebylo nijak manipulováno, postačí pochybnosti o tom, co vlastně může neporušená plomba prokazovat. Lze tak shrnout, že zpráva o zkoušce i neporušená plomba na zařízení sice představují určitou kontrolu losovacího zařízení, ovšem nikoliv kontrolu provedenou zájemci o veřejnou zakázku, ani kontrolu před zahájením losování, jak vyžaduje § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách.

[39] V souvislosti s odkazem stěžovatele na analogické použití dřívější právní úpravy a správní praxe v oblasti provozu loterií a jiných obdobných her Nejvyšší správní soud uvádí, že tato námitka nebyla součástí žalobní argumentace, a je proto nutno ji považovat za nepřijatelnou (§ 104 odst. 4 s. ř. s.). Pro úplnost však stručně poznamenává, že stěžovatelem odkazovaná právní úprava a správní praxe se týkala ověření provozuschopnosti a neovlivnitelnosti technického zařízení, nikoliv však zajištění zásady transparentnosti a férovosti při používání tohoto zařízení, a pro nyní posuzovanou věc tak není relevantní.

[40] Nejvyšší správní soud proto uzavírá, že jednání stěžovatele jako zadavatele vzbudilo pochybnosti o férovosti a transparentnosti výběrového řízení. Stěžovatel tak nedostal své povinnosti postupovat při losování v souladu se zásadou transparentnosti stanovenou v § 6 zákona o veřejných zakázkách.

[41] Za nedůvodnou je nutno považovat rovněž stěžovatelovu argumentaci spočívající v tom, že v době provedení losování neměl žádný návod, jak naplnit požadavky § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách, resp. jakým způsobem umožnit zájemcům kontrolu tak, aby vyhověl požadavkům na transparentnost zadávacího řízení. Nejvyšší správní soud k tomu již ve své judikatuře uvedl, že pokud snad má kdokoliv za to, že „zákon má *kazuisticky* vyjmenovat všechny případy, na které dopadá porušení zásady transparentnosti, je zřejmé, že požaduje něco nemožného. Pojem „zá sada transparentnosti“ spadá do kategorie tzv. neurčitých právních pojmů; jejich definování obecně v právních předpisech pro jejich povahu samu nemusí být vhodné, dokonce ani možné. To platí tím spíše o právních zásadách, jejichž obecnost a abstraktnost je již samotným klasifikačním znakem právních zásad jako specifického druhu právních pravidel“ (viz rozsudek ve věci *Karlovarská losovačka*, bod 51). Bylo tedy na stěžovateli, aby postupoval v procesu losování takovým způsobem, který pochybnosti o férovosti a transparentnosti výběrového řízení nevzbuzoval.

IV.2 Legitimní očekávání a správní praxe žalovaného

[42] S námitkou porušení legitimního očekávání se krajský soud vypořádal velmi podrobně v bodech 69 – 101 napadeného rozsudku, v nichž se detailně věnoval jednotlivým rozhodnutím žalovaného, ze kterých stěžovatel dovozoval existenci údajné správní praxe, resp. svého legitimního očekávání. Krajský soud zde vyčerpávajícím způsobem vysvětlil, že v rozhodné době neexistovala ustálená správní praxe, která by mohla potvrzovat správnost postupu stěžovatele při losování. Stěžovatel nicméně v kasační stížnosti znovu obsáhle opakuje, z jakých rozhodnutí žalovaného dle jeho názoru správní praxe vyplývá, aniž by podrobněji reagoval na závěry krajského soudu, které tato jeho tvrzení přesvědčivě vyvrátily. Nejvyšší správní soud proto jen stručně shrne, proč správní praxe, jak ji tvrdí stěžovatel, nevznikla, a nemohlo tak být ani porušeno jeho legitimní očekávání.

[43] Pokud stěžovatel uvádí, že ke dni losování, tj. 15. 12. 2011 existovala 2 rozhodnutí potvrzující soulad jeho postupu se zákonem o veřejných zakázkách (žalovaný zde nepovažoval za porušení zásady transparentnosti, pokud zadavatel nevyhověl požadavku na přecíslování uchazečů před zahájením losování), je k tomu třeba upozornit, že se jedná o rozhodnutí žalovaného (ze dne 12. 8. 2011, S 145/2011) a rozhodnutí předsedy žalovaného o rozkladu proti tomuto rozhodnutí (rozhodnutí ze dne 5. 10. 2011, R200/2011), a tedy o jediný případ pravomocně ukončeného správního řízení. Rozhodnutí v jediné věci však nemůže zakládat ustálenou správní praxi, jak vyplývá rovněž z krajským soudem citovaného usnesení rozšířeného senátu č. j. 6 Ads 88/2006 – 132, jehož závěry jsou i pro posouzení existence správní praxe v posuzované oblasti zcela použitelné.

[44] Také tvrzení stěžovatele, že ke dni 13. 4. 2012, kdy uzavřel smlouvu o dílo s vítězným uchazečem a ještě přicházelo v úvahu zrušení zadávacího řízení, existovalo již 7 rozhodnutí žalovaného zakládajících příslušnou správní praxi, je do značné míry zkreslující. V této době existovala následující rozhodovací praxe žalovaného, z nichž stěžovatel mylně dovozuje ustálenou správní praxi:

- jedno již výše uvedené pravomocně ukončené správní řízení potvrzující správnost postupu stěžovatele (rozhodnutí žalovaného S145/2011 a rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 5. 10. 2011, R200/2011, tato rozhodnutí nebyla předmětem soudního přezkumu);
- nepravomocné rozhodnutí žalovaného ze dne 21. 12. 2011, S491/2011 ve věci *ALPINE Bau*, z něhož lze rovněž dovodit správnost stěžovatelova postupu (toto rozhodnutí sice posléze bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy žalovaného ze dne 29. 5. 2012, R10/2012, to však poté krajský soud rozsudkem č. j. 62 Af 61/2012 – 108 zrušil; kasační stížnost žalovaného proti tomuto rozsudku Nejvyšší správní soud zamítl);
- nepravomocné rozhodnutí žalovaného ze dne 29. 2. 2012, S338/2011, rovněž potvrzující postup stěžovatele (toto rozhodnutí rovněž předseda žalovaného potvrdil - rozhodnutím ze dne 29. 6. 2012, R63/2012, avšak jeho rozhodnutí krajský soud rozsudkem č. j. 31 Af 128/2012 – 119 zrušil);
- rozhodnutí žalovaného ze dne 5. 3. 2012, S288/2011 (rozhodnutí bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy žalovaného ze dne 29. 5. 2012, R73/2012) a rozhodnutí žalovaného ze dne 9. 3. 2012, S272/2011, tj. nepravomocná rozhodnutí, ve kterých navíc samotná otázka transparentnosti losování nebyla předmětem přezkumu;
- rozhodnutí žalovaného ze dne 13. 3. 2012, S429/2011, z něhož však neplyne, že by některý ze zájemců požadoval kontrolu losovacího zařízení, případně jeho restart.

[45] Lze tedy shrnout, že ani ke dni uzavření smlouvy o dílo nemohlo stěžovateli svědčit legitimní očekávání ohledně správnosti jeho postupu v procesu losování. V tuto dobu rovněž existoval toliko jeden případ, v němž bylo pravomocně rozhodnuto, že přečíslování uchazečů před zahájením losování nepředstavuje porušení zásady transparentnosti (rozhodnutí žalovaného S145/2011 potvrzené rozhodnutím předsedy žalovaného R200/2011). Dále v této době existovala dvě rozhodnutí žalovaného S491/2011 a S 338/2011, z nichž bylo sice možno dovodit správnost postupu stěžovatele, avšak tato rozhodnutí nebyla ještě pravomocná, a nebylo tak zřejmé, zda nebudou v rámci řízení o rozkladu zrušena. Další stěžovatelem uváděná rozhodnutí žalovaného S288/2011, S272/2011 a S429/2011 se k otázce kontroly ze strany uchazečů před zahájením losování nevyjadřovala. V této souvislosti soud upozorňuje, že skutečnost, že v uvedených věcech žalovaný za srovnatelné jednání zadavatele nepostihl, resp. se jeho možným protiprávním jednáním nezabýval (nezahájil řízení *ex officio*) neznamená, že automaticky za obdobné jednání již nemohl postihnout nikoho. Stěžovatel tedy nemá pravdu, pokud uvádí, že byl postupem žalovaného i jeho předsedy opakovaně ujistěn o správnosti svého postupu v zadávacím řízení.

[46] Nejvyšší správní soud dále připomíná, že existence správní praxe, resp. legitimního očekávání účastníka řízení, že bude správní orgán postupovat stejným způsobem jako v obdobných věcech, se primárně posuzuje k okamžiku vydání rozhodnutí správního orgánu (viz rozsudek NSS ze dne 16. 3. 2010, č. j. 1 Afs 50/2009 – 233). Ke dni rozhodnutí žalovaného (tj. 4. 12. 2015) přitom již existoval rozsudek krajského soudu ve věci *ALPINE Bau* a rozsudek ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 128/2012 – 119, které zrušily rozhodnutí předsedy žalovaného R 10/2012 a R63/2012, a žalovaný proto zcela správně v posuzované věci rozhodoval v souladu s jeho závěry. Tyto závěry přitom byly odlišné od závěrů uvedených v rozhodnutích S145/2011 a R200/2011, a žalovaný proto nemohl ve svém původně nesprávném výkladu zásady transparentnosti pokračovat.

[47] Stěžovateli tak zcela jistě nelze přisvědčit, že by mu svědčilo legitimní očekávání, že žalovaný bude považovat jeho postup v procesu losování za souladný se zákonem. Důvodnou proto nemůže být ani jeho úvaha, že princip legitimního očekávání zde měl převážit nad principem legality (legitimní očekávání stěžovatele totiž vůbec nebylo založeno). Zrušujícími rozsudky krajského soudu tak ani nemohlo dojít ke změně ustálené správní praxe (pokud tato praxe vůbec nevznikla), a argumentace stěžovatele týkající se možnosti změny správní praxe toliko do budoucna tedy není přílehlavá.

IV.3 Aplikace rozsudku krajského soudu *ALPINE Bau*

[48] Nejvyšší správní soud se shodně s krajským soudem neztotožnil ani s námitkou neaplikovatelnosti závěrů rozsudku krajského soudu ve věci *ALPINE Bau* na nyní posuzovanou věc. Jak správně vysvětlil krajský soud, i v této věci byla dána kombinace faktorů ovlivňujících transparentnost procesu losování, což jednoznačně vyplývá i z napadených správních rozhodnutí. Jednalo se zde o následující kombinaci faktorů: použití elektronického losovacího zařízení na místě samém, předem připravené označení zájemců čísly, jež bylo pouze v dispozici zadavatele, nemožnost ověřit funkčnost a trvalost plomby losovacího zařízení (její neporušenost sice nikdo ze zájemců nerozporoval, avšak před losováním ani nebylo možno fakticky ověřit, kdo plombu na losovací zařízení skutečně umístil a provedl před tím příslušné nastavení zařízení), nedostatečné odůvodnění zamítnutí žádosti o restartování losovacího zařízení. Tyto skutečnosti ve vzájemné souvislosti vyvolávaly pochybnost o řádném průběhu losování, a tedy o porušení zásady transparentnosti v zadávacím řízení.

[49] Stěžovatel má sice pravdu, že pro vznik objektivní odpovědnosti o transparentnosti nepostačí pouhé vyslovení požadavku ze strany zájemce, je však nutno, aby zadavatel případné nevyhovění tomuto požadavku patřičným způsobem vysvětlil a rozptýlil tak jeho obavy z ovlivnění výsledku losování. V posuzované věci však stěžovatel zamítnutí návrhu na restartování losovacího zařízení věrohodně nezdůvodnil. Z notářského zápisu pořízeného z průběhu losování vyplývá, že zástupce stěžovatele tento požadavek odmítl pouze s tím, že „pokud mají uchazeči pochybnosti k losovacímu zařízení, opětovně nabízí možnost odvézt přístroj do zmíněného Elektrotechnického zkušebního ústavu“. Nejvyšší správní soud znovu zdůrazňuje, že právě skutečnost, že stěžovatel neumožnil kontrolu losování způsobem, jakým navrhl zástupce uchazeče (restartováním losovacího zařízení), bez uspokojivého a přesvědčivého vysvětlení odmítnutí tohoto požadavku, vzbudilo pochyby o férovosti losování. Pouhá vizuální kontrola losovacího zařízení (ověřené neporušenosti plomby) tak nebyla z hlediska naplnění požadavků stanovených v zákoně o veřejných zakázkách dostatečná. Na tuto skutečnost přitom nemá vliv, že byla provedena zkušební losování.

[50] Pro úplnost Nejvyšší správní soud poznamenává (jak ostatně upozornil již předseda žalovaného i krajský soud), že stěžovatel si ve své argumentaci poněkud protičečí, pokud se na jednu stranu dovolává existence správní praxe vyplývající právě ze správních rozhodnutí ve věci *ALPINE Bau*, a na druhou stranu tvrdí, že závěry rozsudku krajského soudu v této věci nejsou pro skutkové odlišnosti na nyní posuzovaný případ aplikovatelné. Jeho argumentace tak vyznívá značně účelově.

[51] Lze tedy uzavřít, že obecné závěry krajského soudu (a též potvrzujícího rozsudku NSS) ve věci *ALPINE Bau* týkající se dodržení zásady transparentnosti losování (1 přes určité skutkové odlišnosti obou případů) jsou pro posouzení nyní projednávaného případu zcela použitelné.

IV.4 Procesní pochybení

[52] Poslední okruh kasační argumentace se týká procesních pochybení žalovaného. Nejvyšší správní soud se po prostudování spisového materiálu ztotožnil se závěrem krajského soudu, že ve správním řízení nedošlo k takovým pochybením, která by mohla mít vliv na zákonnost rozhodnutí.

[53] K otázce provedení notářského zápisu jakožto základního a rozhodujícího důkazu, a neprovedení jiných důkazů, se krajský soud podrobně vyjádřil v napadeném rozsudku v bodech 119 až 120. Nejvyšší správní soud k tomu dodává, že právě notářský zápis zaznamenává, co se během losování skutečně stalo, resp. podává úplný přehled o průběhu losování, byť nezaznamenává „každé slovo“ zúčastněných osob. Nejvyšší správní soud již v rozsudku ve věci *Dobrovolný svazek obcí Jaroměřsko* (bod 29) konstatoval, že sama skutečnost, že notářský zápis doslovně nezaznamenává přímou řeč přítomných osob či učiněných projevů zadavatele, zástupců a přítomných zájemců, neznamená, že by notářský zápis neobsahoval všechny nezbytné informace zachycené z projevů přítomných, z nichž žalovaný mohl ve své rozhodovací činnosti vycházet a opřít o ně své závěry. Pokud by naopak obsah notářského zápisu byl vyvrácen, či podstatně korigován, bylo by nutně na místě konstatovat, že postup stěžovatele jako zadavatele je v této části nepřezkoumatelný, jelikož by v souvislosti s losováním nebyl k dispozici řádně pořízený notářský zápis osvědčující všechny rozhodné skutečnosti. Již sama tato skutečnost by tedy nutně působila netransparentně z hlediska průběhu losování veřejné zakázky mj. z toho důvodu, že by materiálně nebyla splněna jedna z podmínek § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, které stanoví, že losování provede veřejný zadavatel za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování.

[54] Jak soud uvedl výše, z notářského výpisu jasně vyplývá, jak stěžovatel odůvodnil nevyhovění požadavku na restartování zařízení, přičemž toto odůvodnění nelze považovat za dostatečné. Stěžovatel ostatně ani později neuvedl, že by uchazeči podrobněji (nad rámec toho, co je zachyceno v notářském zápisu) vysvětlil, z jakého důvodu není možné jeho požadavku vyhovět. Proč tak stěžovatel před provedením losování neučinil, ostatně není soudu jasné doposud, neboť žádný racionální argument stěžovatel ve svých podáních neuvedl. Pochybnosti o neúplnosti notářského zápisu tedy nevznikly, a z toho důvodu ani nebylo nutno provádět navržené svědecké výsledky.

[55] Ke spornému nenařízení ústního jednání Nejvyšší správní soud shodně s krajským soudem dospěl k závěru, že žalovaný nepochybil, pokud ústní jednání nenařídil. Ustanovení § 15 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu stanoví, že řízení je zásadně vedeno písemně, pokud zákon nestanoví jinak nebo pokud to nevyklučuje povaha věci. Podle § 49 odst. 1 správního řádu správní orgán nařídí ústní jednání v případech, kdy to stanoví zákon, a dále tehdy, jestliže je to ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků nezbytné. Po zhodnocení okolností projednávané věci má Nejvyšší správní soud za to, že s ohledem na povahu rozhodných důkazů, které byly vesměs listinné povahy, nebylo nařízení ústního jednání nezbytné. Obdobně rozhodl Nejvyšší správní soud i ve věci *Krásná Lípa* (bod 29 a 30), či ve věci *Dobrovolný svazek obcí Jaroměřsko* (bod 32).

V. Závěr a náklady řízení o kasační stížnosti

[56] Nejvyšší správní soud vzhledem k výše uvedenému dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná, a proto ji podle § 110 odst. 1 poslední věty s. ř. s. zamítl.

[57] O náhradě nákladů řízení rozhodl soud v souladu s ustanovením § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s ustanovením § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl ve věci úspěch, a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti. Žalovanému v řízení o kasační stížnosti žádné náklady nad rámec úřední činnosti nevznikly, proto soud rozhodl, že se mu náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává.

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

V Brně dne 21. října 2019

JUDr. Lenka Kaniová v. r.
předsedkyně senátu

Za správnost vyhotovení:
Dagmar Dolníčková