



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců JUDr. Faisala Husseiniho a Mgr. Petra Pospíšila ve věci

žalobce: **město Veltrusy**
sídlem Palackého 9, 277 46 Veltrusy
zastoupený advokátem Mgr. Josefem Vackem
sídlem Jugoslávská 620/19, 120 00 Praha

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 9. 2016, č. j. ÚOHS-R448/2015/VZ-36917/2016/322/DRu,

takto:

- I. Žaloba **se zamítá**.
- II. Žalobce **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Žalobce se podanou žalobou domáhal zrušení v záhlaví označeného rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „předseda Úřadu“), kterým byl zamítnut rozklad žalobce a potvrzeno rozkladem napadené rozhodnutí žalovaného ze dne 4. 12. 2015, č. j. ÚOHS-

S708/2014/VZ-42720/2015/523/ASo (dále také jen „rozhodnutí žalovaného“). Předseda Úřadu uvedl, že toto rozhodnutí žalovaný přijal v řízení vedeném ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), „při zadávání veřejné zakázky ‚Revitalizace veřejné zeleně u hrbitova ve Veltrusech‘ v užším řízení, jebož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 9. 2011 a v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 23. 9. 2011 pod ev. č. 60065650, ve znění opravy uveřejněné dne 21. 10. 2011, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 9. 2011 pod ev. č. 2011/S 185-302846, ve znění opravy uveřejněné dne 25. 10. 2011 pod ev. č. 2011/S 205-332925“.

2. Žalovaný svým rozhodnutím rozhodl tak, že ve výroku:

I. Zadavatel, město Veltrusy, se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že při zadávání veřejné zakázky „Kanalizace Krásná Lípa“ v užším řízení porušil § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona o veřejných zakázkách, 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, když 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 v dispozici pouze 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 vyhovění navrhovanému vypnutí a opětovnému zapnutí zařízení určeného k losování nezbytnou podmínkou zachování předpokladu transparentnosti losování, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 13. 4. 2012 smlouvu na veřejnou zakázku.

II. Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli, městu Veltrusy, ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách pokuta ve výši 70 000 Kč. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

3. Žalobce svou značně rozsáhlou žalobu, v níž navrhl zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu i žalovaného, shrnul následujícím způsobem:
4. Jak v řízení před žalovaným, tak i před předsedou Úřadu došlo k závažným procesním pochybením, resp. žalobce byl ve smyslu § 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“) napadeným rozhodnutím zkrácen na svých právech v důsledku porušení jeho práv v předcházejícím řízení. Kombinace procesních pochybení ze strany žalovaného a jeho předsedy spočívající v tom, že správní řízení nebylo řádně zahájeno, v opomenutí důkazů, v nenařazení ústního jednání a v neumožnění vyjádřit se k podkladům rozhodnutí před vydáním rozhodnutí, znemožnila účinnou obranu a využití procesních práv žalobce ve správním řízení a měla za následek vydání nezákonného rozhodnutí.
5. Na nyní posuzovaný případ dále není možné aplikovat závěry vyslovené v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108 (všechna zde uvedená rozhodnutí správních soudů jsou dostupná na www.nssoud.cz), a to pro skutkovou odlišnost případu, pro absenci kombinace více faktorů majících za následek porušení zásady transparentnosti a pro nejasnost závěrů předmětného rozsudku. Nesprávnost aplikace závěrů předmětného rozsudku má za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí předsedy Úřadu.
6. Žalobce je přesvědčen, že v souvislosti s losováním z jeho strany nedošlo k porušení § 61 odst. 4 ve spojení s § 6 zákona o veřejných zakázkách. Žalobce při zadávání veřejné zakázky naopak Shodu s prvopisem potvrzuje: Dana Janků

dodržel celou řadu prvků, které lze jednotlivě i v celkovém souhrnu zhodnotit jako posílení transparentnosti omezení počtu zájemců o účast losovacím zařízením. Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí a předseda Úřadu v napadeném rozhodnutí ovšem vykládají § 61 odst. 4 ve spojení s § 6 zákona o veřejných zakázkách příliš extenzivně, přičemž takový výklad prakticky znemožňuje transparentně provést jakékoli losování. Nezákonnost rozhodnutí žalovaného a napadeného rozhodnutí předsedy Úřadu je pak v tomto směru založena tím, že žalovaný a jeho předseda neúplně, resp. nesprávně zjistili skutkový stav věci a na takto zjištěný skutkový stav žalovaný a následně i předseda žalovaného nesprávně aplikovali zmíněná ustanovení zákona o veřejných zakázkách.

7. Postup žalobce byl do okamžiku posuzovaného jednání (tj. uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky) potvrzován správní praxí žalovaného (předsedy Úřadu), kdy do té doby bylo vydáno celkem sedm rozhodnutí žalovaného v obdobných věcech, v nichž byl potvrzen postup žalobce, a to rozhodnutí ze dne 12. 8. 2011, č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/MNe (dále jen „rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 8. 2011, S145/2011“), rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 6. 10. 2011, č. j. ÚOHS-R200/2011/VZ-15571/2011/310/JSl (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 6. 10. 2011, R200/2011“), rozhodnutí žalovaného ze dne 21. 12. 2011, č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-20327/2011/520/JHl (dále jen „rozhodnutí žalovaného ze dne 21. 12. 2011, S491/2011“), rozhodnutí žalovaného ze dne 29. 2. 2012, č. j. ÚOHS-S338/2011/VZ-15651/2011/510/OKo (dále jen „rozhodnutí žalovaného ze dne 29. 2. 2012, S338/2011“), rozhodnutí žalovaného ze dne 5. 3. 2012, č. j. ÚOHS-S288/2011/VZ-3955/2012/520/JMa (dále jen „rozhodnutí žalovaného ze dne 5. 3. 2012, S288/2011“), rozhodnutí žalovaného ze dne 13. 3. 2012, č. j. ÚOHS-S429/2011/VZ-1757/2012/510/MGr (dále jen „rozhodnutí žalovaného ze dne 13. 3. 2012, S429/2011“), a rozhodnutí žalovaného ze dne 9. 3. 2012, č. j. ÚOHS-S272/2011/VZ-15008/2012/520/NG (dále jen „rozhodnutí žalovaného ze dne 9. 3. 2012, S272/2011“). Do okamžiku vydání rozhodnutí žalovaného byl postup žalobce potvrzen minimálně čtyřmi dalšími rozhodnutími, a to konkrétně rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 29. 6. 2012, č. j. ÚOHS-R63/2012/VZ-12145/2012/310/JSl (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 6. 2012, R63/2012“), rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 28. 5. 2012, č. j. ÚOHS-R81/2012/VZ-9822/2012/310/ASc (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 28. 2. 2012, R81/2012“), rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 29. 5. 2012, č. j. ÚOHS-R10/2012/VZ-9898/2012/310/PSe (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 5. 2012, R10/2012“), a rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 29. 5. 2012, č. j. ÚOHS-R73/2012/VZ-9814/2012/310/JS (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 5. 2012, R73/2012“).
8. Žalobce je s ohledem na počet rozhodnutí posvěčujících postup zadavatelů v obdobných případech, na dobu, po kterou byla tato rozhodnutí ze strany žalovaného vydávána (po dobu jednoho roku) a i s ohledem na skutečnost, že rozhodnutí žalovaného byla podrobena přezkumu předsedy Úřadu, přesvědčen, že se jedná o správní praxi konstantní, ustálenou a dlouhodobou, zakládající legitimní očekávání žalobce. Závěr předsedy Úřadu o neexistenci ustálené správní praxe je proto nesprávný a nezohlednění legitimního očekávání žalobce činí napadené rozhodnutí nezákonným zejména pro rozpor s § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“).
9. Žalobce se dále domnívá, že v tomto případě by nemohl převážit princip legality nad principem legitimního očekávání, a to zejména z důvodu absence možné újmy třetí osobě. Je nepřípustné, aby byl žalobce potrestán za svůj postup činěný v legitimním očekávání legálnosti, a to navíc úřadem, který žalobcovu legitimní očekávání v důsledku své rozhodovací praxe vyvolal. Nevypořádání se s těmito námitkami činí napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným.
10. Pro odchýlení se od ustálené správní praxe zde zcela zjevně absentuje řádné odůvodnění závažnými okolnostmi. Změna ustálené správní praxe by navíc nepřípustně směřovala do

Shodu s prvopisem potvrzuje: Dana Janků

minulosti a pouze k tíži žalobce. Vedle toho žalovaný v obdobných aktuálních případech postupuje odlišně, než v tomto případě. Nevypořádání se s těmito námitkami činí napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným.

11. Žalobce dále považuje udělenou pokutu za nepřiměřeně vysokou, a to zejména z důvodu nepřihlédnutí k tehdejší rozhodovací praxi žalovaného, potvrzující správnost postupu žalobce, z důvodu značného časového odstupu mezi provedeným losováním a zahájením správního řízení a z důvodu možného likvidačního účinku pokuty.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě a replika žalobce

12. Žalovaný ve vyjádření k žalobě uvedl, že většina nyní prezentovaných námitek byla vypořádána již v rozhodnutí předsedy Úřadu, pročež na odůvodnění tohoto rozhodnutí odkazuje. Žaloba by tak dle jeho názoru měla být zamítnuta.
13. Pokud žalobce namítá, že správní řízení nebylo žalobcem řádně zahájeno z důvodu nedostatečného vymezení předmětu řízení, pak tomu žalovaný uvádí, že žalobce do značné míry pouze opakuje námitky, jež vznesl již v řízení o rozkladu. S těmi se však žalovaný vypořádal již v napadeném rozhodnutí, konkrétně v jeho bodech 35. až 39. odůvodnění. I přes odkazy žalobce na judikaturu Nejvyššího správního soudu se žalovaný domnívá, že nelze hovořit o nevědomosti žalobce o předmětu správního řízení a z toho vyplývající újmě na možnosti se v řízení účinně hájit. V oznámení bylo uvedeno, že předmětem řízení bude přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky, ve které bylo užito k omezení počtu zájemců o účast ve veřejné zakázce elektronické losovací zařízení a dále bylo uvedeno, že protiprávního jednání se měl žalobce dopustit ohledně nevyhovění žádosti o vypnutí a opětovné zapnutí losovacího zařízení. Žalobci bylo zřejmé, o čem se bude řízení vést a v něm rozhodovat, a byla mu též dána možnost se k tomu vyjádřit a uplatnit svá práva. Z reakce žalobce na obdržené oznámení o zahájení správního řízení nijak nevyplývá, že by měl jakoukoli pochybnost o tom, jaký skutek je předmětem správního řízení.
14. Důvodné nejsou ani námitky žalobce týkající se obsahu dotčeného správního spisu, návrhu žalobce na připojení spisů vedených pod označením sp. zn. ÚOHS-P434/2014/VZ a sp. zn. ÚOHS-P430/2014/VZ a neprovedení důkazů specifikovanými předávacími protokoly. Žalovaný zde odkazuje na závěry napadeného rozhodnutí, zejména body 65. až 68., 97., 98. a body 104., 105. jeho odůvodnění.
15. K námitce nenařízení ústního jednání a nevyrozumění o provádění důkazů žalovaný v první řadě odkázal na body 44. až 51. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde se s touto námitkou vypořádal. Nadto zákonnost postup týkajícího se provádění důkazu listinou mimo ústní jednání vyplývá rovněž z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 26. 9. 2016, č. j. 30 Af 73/2014-184. Žalovaný je přesvědčen, že nepochybil, když v přezkoumávaném případě ústní jednání nenařídil. Pokud by však Krajský soud v Brně dospěl k závěru, že nařízení jednání bylo v přezkoumávaném případě třeba, nejedná se dle žalovaného o vadu, jež by měla vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Stejně tak dle žalovaného nemá vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí skutečnost, že žalobce nebyl vyrozuměn o provádění důkazů mimo ústní jednání, jelikož jediným účastníkem řízení byl v přezkoumávaném případě žalobce (zadavatel), v řízení bylo dokazování prováděno výlučně prostřednictvím listinných důkazních prostředků dokládajících průběh zadávacího řízení, přičemž jejich obsah byl žalobci znám a žalobce se s jejich obsahem mohl seznámit rovněž postupem předvídaným v § 38 odst. 1 správního řádu.
16. K námitce, že žalovaný odepřel žalobci uplatnění jeho práv a oprávněných zájmů ve smyslu § 4 odst. 4 správního řádu, konkrétně pak práva dle § 36 odst. 1 až 3 správního řádu, žalovaný odkazuje na závěry napadeného rozhodnutí, zejména body 41. až 43. a 50. jeho odůvodnění. V průběhu správního řízení žalovaný několika usneseními (usnesením ze dne 26. 8. 2014, ze dne 2.

Shodu s prvopisem potvrzuje: Dana Janků

9. 2014, ze dne 29. 9. 2014, ze dne 2. 10. 2014, ze dne 1. 10. 2015 a ze dne 13. 11. 2015) stanovil žalobci lhůty, v nichž byl jakožto zadavatel oprávněn navrhopat důkazy a činit jiné návrhy a byl oprávněn v řízení vyjádřit své stanovisko a lhůty, ve kterých se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Dne 13. 11. 2015 vydal žalovaný usnesení č. j. ÚOHS-S708/2014/VZ-39416/2015/523/ASo, kterým stanovil zadavateli lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí, a výslovně v něm uvedl, že bylo ukončeno shromažďování podkladů pro vydání rozhodnutí, přičemž podklady pro jeho vydání jsou obsahem správního spisu. Žalovaný tak ukončil shromažďování podkladů a následně upozornil zadavatele na možnost seznámit se s podklady a vyjádřit se k nim. Takový postup je zcela souladný se správním řádem. Žalovaný doplňuje, že rovněž délky lhůt podle § 36 odst. 1 až 3 správního řádu určených usneseními k vyjádření se k podkladům byly přiměřené a nebránily žalobci v uplatnění jeho procesních práv. Navíc se jedná o pořádkové lhůty, a tedy žalobce svých práv mohl využít i po jejich uplynutí.
17. K námitkám žalobce ohledně porušení zásady transparentnosti a k aplikaci rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, žalovaný uvádí, že i v této části žaloby žalobce v převážné míře pouze opakuje své rozkladové námitky. Žalovaný má za to, že se k uvedené problematice v napadeném rozhodnutí vyčerpávajícím způsobem vyjádřil, a proto na tomto místě odkazuje na závěry uvedené v bodech 61. a následujících odůvodnění napadeného rozhodnutí.
18. Žalovaný nad rámec toho rozporuje námitku, dle níž žalovaný údajně dovedl porušení zákona žalobcem z toho, že použil pro omezení počtu zájemců z účasti v zadávacím řízení elektronické losovací zařízení. Takový závěr dle žalovaného z prvostupňového ani napadeného rozhodnutí neplyne. Jak je uvedeno například v bodu 70. odůvodnění napadeného rozhodnutí, porušení zásady transparentnosti dovedl žalovaný z kombinace více prvků (jež činí zadávací řízení nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným, nepřehledným či vzbuzují pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele), a to zejména z charakteru předmětného losovacího zařízení, jež dle žalovaného ze své podstaty neumožňoval kontrolu samotného zařízení na místě samém a ze skutečnosti, že žalobce neumožnil na žádost zástupce jednoho ze zájemců vypnutí a opětovné zapnutí losovacího zařízení.
19. Žalovaný rovněž shrnuje, že dle jeho názoru jsou dílčí závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, a na něj navazujícího rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-52, na projednávaný případ aplikovatelné, jelikož v tamním případě, stejně jako v případě nyní přezkoumávaném, proběhlo omezení zájemců v zadávacím řízení losováním prostřednictvím obdobného losovacího zařízení téže společnosti VE-ZAK CZ s.r.o. a za skutkově obdobných okolností.
20. Co se týká námitek zmiňujících zabezpečení losovacího zařízení, odkazuje na relevantní části odůvodnění napadeného rozhodnutí předsedy Úřadu, zejména jeho body 89. až 100. K žalobcem odkazovaným zprávám o zkoušce žalovaný konstatuje, že zpráva o zkoušce a stanovisko zkušebního ústavu nemohly nic vypovídat o průběhu losování nebo o stavu zařízení bezprostředně před losováním, kontrola losovacího zařízení tj. fakticky kontrola počítačového programu byla ze své podstaty pro zájemce bezprostředně před losováním prakticky vyloučena. Závěry žalovaného přitom korespondují se závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-52, na který žalovaný v prvostupňovém i předseda Úřadu v napadeném rozhodnutí odkázal. Rozhodující pro posouzení naplnění resp. porušení zásady transparentnosti (a možné nemanipulovatelnosti) byl totiž stav losovacího zařízení bezprostředně před losováním a v jeho průběhu, které dotčené zprávy o zkoušce vzhledem k datu jejich vyhotovení osvědčit nemohly.

21. K námitkám žalobce vztahujícím se k nevyhovění požadavku na vypnutí a zapnutí losovacího zařízení žalovaný odkazuje na závěry rozhodnutí předsedy Úřadu, zejména body 101. až 109. jeho odůvodnění.
22. Žalovaný se neztotožňuje ani s tím, že neexistoval způsob, jak transparentně provést restart losovacího zařízení. Tvrzená nemožnost je totiž dle žalobce způsobená tím, že proti vypnutí a opětovnému zapnutí losovacího zařízení by mohly být vzneseny námitky ze strany zájemců. Žalovaný uvádí, že podání námitek není vyloučeno u žádného z úkonů zadavatele (zde žalobce). Možnost podání námitek proto žalovaný nepovažuje za relevantní argument svědčící pro to, že provedení restartu nebylo možné. Vzhledem k tomu ani tuto námitku žalobce nepovažuje žalovaný za důvodnou.
23. Nadto žalovaný zdůrazňuje, že v prvostupňovém rozhodnutí uvedl, že navrhované vypnutí a opětovné zapnutí losovacího zařízení před zahájením losování bylo jedním z mála způsobů, jak mohli sami zájemci alespoň nějakým způsobem sledovat a kontrolovat transparentnost procesu losování, neuvedl však, že by se jednalo o výlučnou a jedinou možnost, jak zájemci mohli zkontrolovat losovací zařízení.
24. K žalobním bodům týkajících se předem připraveného označení zájemců čísly, jež bylo pouze v dispozici žalobce, odkazuje žalovaný především na body 110. až 113. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Žalovaný pak trvá na tom, že jeho povinností není v rozhodnutí rozebírat způsoby, jakými by žalobce zásadu transparentnosti neporušil, nýbrž rozvést, z jakého důvodu považuje postup žalobce za protizákonný (rozporný se zásadou transparentnosti).
25. Dále žalovaný uvádí, že trvá na správnosti svých závěrů, dle kterých (v bodu 112. odůvodnění rozhodnutí předsedy Úřadu) „nelze dovodit, že je zadavatel vždy, za všech okolností, povinen přistoupit ke označování zájemců čísly až bezprostředně před zahájením losování za přítomnosti zájemců o účast. Zákon takovou povinnost nestanoví. Za všech okolností však musí být postup zadavatele v zadávacím řízení v souladu se zásadou transparentnosti.“. V tomto závěru nelze spatřovat rozpor se zbytkem odůvodnění ani s judikaturou Nejvyššího správního soudu.
26. Pokud žalobce tvrdí, že mu dle jeho názoru svědčilo legitimní očekávání ohledně zákonnosti postupu při provádění losování, trvá žalovaný na tom, že tvrzené legitimní očekávání žalobci nesvědčilo. Žalovaný má současně za to, že se k argumentům žalobce obsírně vyjádřil (resp. tak učinil předseda Úřadu) již v napadeném rozhodnutí. Nad rámec toho žalovaný konstatuje, že posoudil tvrzenou existenci legitimního očekávání žalobce nikoli pouze a výhradně k okamžiku, kdy žalobce losování provedl, nýbrž v souladu s judikaturou rovněž k okamžiku, kdy o věci rozhodoval. Polemiku žalobce ohledně nesprávnosti určení okamžiku, od něhož se odvíjí vznik legitimního očekávání žalobce, proto žalovaný považuje za bezpředmětnou.
27. Žalovaný dále uvedl, že nezahájení správního řízení *ex officio* po ukončení správního řízení o návrhu nebo po ukončení šetření podnětu nepředstavuje právně závazné rozhodnutí správního orgánu ani aprobaci (schválení) určitého postupu zadavatele. Proto z něj ani nelze dovozovat legitimní očekávání žalobce. Z tohoto důvodu považuje žalovaný za nadbytečné provedení důkazu „podnětovým“ spisem sp. zn. ÚOHS-P428/2014/VZ tak, jak navrhuje žalobce v žalobě.
28. K tvrzené nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí z důvodu, že se žalovaný (dle tvrzení žalobce) nevypořádal se všemi jeho dílčími námitkami, žalovaný uvádí, že není nutné vypořádat v napadeném rozhodnutí každý jednotlivý argument žalobce respektive, že žalovanému nelze vyčítat výslovné nezohlednění veškeré, v rozkladu vyslovené, argumentace. To ostatně vyplývá i z judikatury Nejvyššího správního soudu.
29. K námitkám žalobce ohledně nepřiměřené výše pokuty žalovaný odkazuje na body 114. až 131. odůvodnění rozhodnutí předsedy Úřadu. Závěry tam uvedené považuje žalovaný za správné a zákonné. Žalovaný trvá na tom, že výše uložené pokuty nebyla v přezkoumávaném případě Shodu s prvopisem potvrzuje: Dana Janků

neprůměrná. Žalovaný ani nedospěl k závěru, že by výše uložené pokuty měla vůči žalobci likvidační charakter. Žalovaný v této souvislosti zdůrazňuje, že pokuta byla uložena na samé spodní hranici zákonné sazby a nikterak nevybočuje z rámce běžně ukládaných pokut za spáchání správních deliktů podle zákona o veřejných zakázkách.

30. K vyjádření žalovaného podal žalobce repliku, v níž se v první řadě vyslovil k nesprávnému procesnímu postupu žalovaného. Předně tak opětovně odkázal na podrobné námitky v žalobě a zopakoval svůj závěr, že řízení ve věci nebylo správně zahájeno. Žalovaný totiž žalobci v oznámení o zahájení řízení dostatečně nespécifikoval jednání, které mělo být následně posuzováno. Žalobci tak nebylo zřejmé, o čem se bude řízení vést a o čem se v něm bude rozhodovat. V tomto ohledu žalobce odkázal na oznámení o zahájení správního řízení ze dne 26. 8. 2014, č. j. ÚOHS-S708/2014/VZ-17860/2014/523/ASo. Nadto z rozhodnutí žalovaného vyplývá, že žalovaný shledal porušení zákona o veřejných zakázkách teprve s ohledem na „další okolnosti“. V oznámení o zahájení správního řízení však ony „další“ okolnosti, které měly dle žalovaného v souhrnu vyvolat pochybnosti o řádném průběhu losování, nejsou na žádném místě uvedeny. Dle žalobce tak z důvodu nedostatečného vymezení předmětu řízení nebylo správní řízení řádně zahájeno. K nezákonnosti rozhodnutí žalovaného i předsedy Úřadu pak vede i nenařízení ústního jednání, přičemž nebyly provedeny navrhované důkazy, včetně výslechu svědků, což vedlo k zásadním vadám ve zjištění skutkového stavu. Údajně nedostatečné vysvětlení nevyhovění žádosti o provedení restartu losovacího zařízení nebylo v průběhu správního řízení vůbec dokázáno.
31. Další zásadní vadou je nevyrozumění žalobce o provádění důkazů mimo ústní jednání, kdy žalovaný nad rámec důkazů provedených v původním správním řízení provedl k důkazu stanovisko Elektrotechnického zkušebního ústavu ze dne 12. 11. 2015, přičemž k tomuto důkazu neměl žalobce příležitost se vyjádřit a dozvěděl se o něm až z rozhodnutí žalovaného. Žalobci tak nebylo umožněno vyjádřit se k podkladům rozhodnutí před jeho vydáním.
32. Nesprávné jsou závěry žalovaného i ve vztahu k otázce transparentnosti zadávacího řízení. Žalovaný totiž uvedl, že porušení zásady transparentnosti dovedl z kombinace prvků, a to zejména z charakteru použitého losovacího zařízení, který dle žalovaného ze samé podstaty neumožňoval kontrolu samotného zařízení na místě a ze skutečnosti, že žalobce neumožnil na žádost zástupce jednoho ze zájemců vypnutí a opětovné zapnutí losovacího zařízení. V bodu 69. svého rozhodnutí však předseda Úřadu tvrdí, že k porušení transparentnosti může dojít i v důsledku existence jediného prvku; to musí být právě charakter losovacího zařízení, kdy tento závěr je absurdní s ohledem na to, že zákon o veřejných zakázkách použití elektronického losovacího zařízení výslovně předpokládal.
33. Absurdní a nesprávná je též argumentace ve vyjádření k žalobě, že zpráva o zkoušce a stanovisko Elektrotechnického zkušebního ústavu nemohly nic vypovídat o průběhu losování nebo o stavu losovacího zařízení bezprostředně před losováním, kdy kontrola losovacího zařízení, tj. fakticky kontrola počítačového programu, byla ze své podstaty pro zájemce bezprostředně před losováním prakticky vyloučena. Žalovaný ve spojitosti s uvedeným a všemi opatřeními, které žalobce pro dodržení principu transparentnosti v podstatě postupuje tak, že všechny tyto kroky vnímá zcela opačně. V tomto směru žalobce znovu přiblížil průběh losování a všechna zmíněná přijatá opatření, např. i nabídku zájemcům, že mohou nechat po losování losovací zařízení zavést ke kontrole do Elektrotechnického zkušebního ústavu. Ve věci přitom také řádně proběhlo několik zkušebních losování. Pro zajištění transparentnosti tak žalobce učinil vše, co po něm lze jakožto po zadavateli rozumně požadovat.
34. Žalobce také zdůrazňuje, že nevyhovění žádosti o restart losovacího zařízení bylo odůvodněné a správné, neboť proti vypnutí a opětovnému zapnutí losovacího zařízení mohly být vzneseny námitky zájemců. Vypnutí a zapnutí losovacího zařízení by tak transparentnost oslabilo, kdy Shodu s prvopisem potvrzuje: Dana Janků

pochybnosti by mohly vzniknout právě v důsledku úvahy, zda tímto restartováním nemůže dojít k „aktivaci algoritmu“, který mohl ovlivnit výsledek. Rozporné jsou též úvahy žalovaného, potažmo předsedy Úřadu, že restart losovacího zařízení nepředstavoval jedinou a vylučnou možnost, jak zájemci mohli zkontrolovat losovací zařízení. Je tomu tak, že žalovaný ani nenaznačuje, jaký jiný způsob zde připadal v úvahu a zároveň uvádí, že účinná kontrola ze strany zájemců byla s ohledem na charakter losovacího zařízení fakticky vyloučena.

35. Žalobce také uvedl, že již v žalobě podrobně popsal, z jakého důvodu bylo rozhodnutí žalovaného ze dne 9. 3. 2012, S272/2011, způsobilé založit legitimní očekávání žalobce ve smyslu legálnosti jeho postupu v rámci omezení počtu zájemců losováním. Žalobce je v souvislosti s tím přesvědčen, že pokud žalovaný v obdobných případech postupuje stejným způsobem, a to například tak, že nezahájí řízení z moci úřední, přestože má dostatek informací a podkladů pro posouzení postupu zadavatele (kdy v jiném případě, než je ten žalobcův, řízení z moci úřední zahájeno nebylo), je možné dovodit, jaký byl právní závěr žalovaného a může se jednat o správní praxi zakládající legitimní očekávání; ta může spočívat i v nečinnosti orgánu veřejné správy.
36. Závěrem žalobce zopakoval své tvrzení o nepřezkoumatelnosti rozhodnutí předsedy Úřadu a o tom, že výše udělené pokuty byl nepřiměřená.

IV. Ústní jednání

37. Při ústním jednání dne 29. 1. 2019 žalobce podrobně navázal na svou žalobní argumentaci. Předně tak uvedl, že nyní posuzovaná věc je skutkově odlišná od případu řešeného zdejšími soudem pod sp. zn. 62 Af 61/2012, neboť řízení nebylo v současné věci zahájeno na základě návrhu neúspěšného zájemce, nýbrž z moci úřední. Navíc údajná netransparentnost losování byla dána v podstatě jen z jediného důvodu, a to neprovedení restartu použitého losovacího zařízení (v jiných případech se jednalo o více faktorů).
38. V nynější věci také na rozdíl od případů řešených zdejšími soudem v minulosti nebyl vznesen požadavek na přečíslování zájemců před losováním. Restartování losovacího zařízení je přitom odlišný požadavek, přičemž není zřejmé, jak nevyhovění v tomto směru bylo s to založit netransparentnost losování, resp. jak byl na tomto základě možné dojít k závěru, že celý proces nebyl férový. U přečíslování by, s jistými výhradami, změna pořadí teoreticky mohla vést ke změně výsledku losování, vypnutí a opětovné zapnutí losovacího zařízení však v tomto ohledu nic neřeší. Musela by se také provádět znovu všechna kontrolní a zkušební losování, a právě zmíněné restartování by tak mohlo ohrozit transparentnost celého losování, pokud by „vyhrál“ zájemce, který restartování navrhl; ostatním uchazečům by tato okolnost mohla připadat podezřelá.
39. Podle názoru žalobce se žalovaný (či předseda Úřadu) také nevypořádal s tím, co tedy měl žalobce udělat, aby tvrzené netransparentnosti losování předešel; takový přístup žalovaného je alibistický, kdy problematickým se mohl jevit i postup, kdy by žalovaný předmětnému požadavku vyhověl. Přitom si žalobce uvědomuje, že dle judikatury je proces losování, jak byl zvolen, do jisté míry problematický, avšak na druhou stranu jako zadavatel zvolil zákonem povolený postup, aniž by ze zákona vyplývaly alespoň indicie, že se jedná o problematický proces. Nebylo také k dispozici žádné rozhodnutí žalovaného, které by něčemu takovému nasvědčovalo, a to za situace, kdy žalovaný již dříve měl použité losovací zařízení k dispozici při jeho zkoušce. Žalovaný ani tehdy zadavatele nevaroval, že by se mohlo jednat o problematický aspekt zadávacího řízení a jaká mohou nastoupit úskalí. Zároveň žalobce užší řízení zvolil proto, aby si v rámci limitů povolených zákonem ulehčil situaci (očekával vysoký počet uchazečů) a snažil se zajistit transparentnost losování i tím, že nechal provést zkoušky od Elektrotechnického zkušebního ústavu, nechal zkontrolovat plombu, nabídl uchazečům následnou kontrolu

losovacího zařízení u Elektrotechnického zkušebního ústavu a umožnil libovolný počet testovacích i následných losování.

40. Žalobce v rámci řízení před žalovaným navrhoval též výslech výrobce losovacího zařízení k příslušné plombě; kdyby totiž zařízení bylo zaplombováno již před samotným zadávacím řízením, určitě by nemohlo být ovlivněno.
41. Dle žalobce mu svědčilo také legitimní očekávání. V této souvislosti upozornil na to, že se jedná o situaci odlišnou od případů „Krásná Lípa“ (věc řešená zdejším soudem pod sp. zn. 29 Af 114/2015) a Mikroregion Litavka (věc řešená zdejším soudem pod sp. zn. 29 Af 118/2015), neboť losování proběhlo o několik měsíců později, než tomu bylo ve zmíněných případech; ke dni uzavření smlouvy s vítězným zájemcem již bylo vydáno celkem šest rozhodnutí žalovaného, kdy dvě byla pravomocná, čtyři nepravomocná (avšak následně potvrzená předsedou Úřadu). Do doby uzavření smlouvy také neexistovalo žádné rozhodnutí žalovaného, předsedy Úřadu nebo správního soudu, které by v daném ohledu signalizovalo nějaký problém; rozhodnutí žalovaného naopak obdobné postupy zadavatelů aprobovala. Naopak – byla zde ustálená praxe již po dobu cca sedmi měsíců, přičemž „velké“ přezkoumávání obdobných případů probíhalo po dobu zhruba jednoho až jednoho a půl roku, kdy v jiných obdobných případech žalovaný pochybení zadavatelů nekonstatoval. Legitimní očekávání žalobce založilo také to, jak již bylo zmíněno, že žalovaný měl předmětné losovací zařízení svého času ke kontrole a neavizoval žádné potíže, kdy svůj postoj změnil až následně (po vydání rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108); avšak i poté zachoval žalovaný jistou dvojkolejnou svému přístupu, kdy v identických věcech, kterých se týkaly podnětové spisy P428/2014, P430/2014 a P434/2014, nezačal řízení. I to podporovalo tezi o existenci ustálené správní praxe. Žalobce v návaznosti na znění žaloby dodal, že v rámci později nastoupivšího konfliktu mezi principem legality a principem legitimního očekávání měl převážet princip legitimního očekávání, neboť „pochybení“ žalobce se nedotklo třetích osob. Změna správní praxe je možné také jen do budoucna, nikoli do minulosti; v době losování žalobce nemohl tušit, že jeho postup může být nějakým způsobem nesprávný, nebo že může vést k nějakému postihu ze strany žalovaného.
42. Žalovaný při jednání odkázal na svá dosavadní písemná podání a rozhodnutí, která ve věci přijal on sám nebo předseda Úřadu. Zároveň zopakoval argumenty uvedené v jeho vyjádření k žalobě.
43. Soud během jednání provedl důkazy navržené žalovaným, vyjma výslechu účastníků losování, zástupce společnosti VE-ZAK CZ, s.r.o. a zástupce společnosti CENTADOR s.r.o.

V. Posouzení věci soudem

44. Zdejší soud přezkoumal v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2, věta první, s. ř. s.) napadené rozhodnutí předsedy Úřadu, jakož i předcházející rozhodnutí žalovaného včetně řízení předcházejících jejich vydání. Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s. ř. s.) a dospěl k závěru, že žaloba **není důvodná**.

V. a) Nedostatečná transparentnost losování

45. Mezi účastníky není sporu o tom, že dne 15. 12. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení zakázky „Revitalizace veřejné zeleně u hřbitova ve Veltrusech“ prostřednictvím elektronického zařízení, nebylo umožněno na žádost zástupkyně jednoho ze zájemců (Gardenline s.r.o.), aby losující osoba losovací zařízení vypnula a opětovně zapnula. Žalobce následně uzavřel smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky. I s ohledem na další okolnosti tento postup dle žalovaného vyvolával pochybnost o řádném průběhu losování a vyhovění navrhovanému vypnutí a opětovnému zapnutí (restartu) losovacího zařízení bylo nezbytnou podmínkou zachování předpokladu transparentnosti losování, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Tímto jednáním se měl žalobce Shodu s prvopisem potvrzuje: Dana Janků

dopustit správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, neboť nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona o veřejných zakázkách, za což mu byla uložena pokuta ve výši 70 000 Kč. Proti rozhodnutí žalovaného podal žalobce v zákonné lhůtě rozklad k předsedovi Úřadu. Napadeným rozhodnutím bylo shora označené rozhodnutí žalovaného ze dne 4. 12. 2015 potvrzeno a podaný rozklad zamítnut.

46. Dle § 6 zákona o veřejných zakázkách „[z]adavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazů diskriminace“.
47. Dle § 61 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách „[o]mezil-li veřejný zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním nebo v soutěžním dialogu, provede výběr ze zájemců, kteří řádně prokázali splnění požadované kvalifikace, a to podle objektivních kritérií podle odstavce 2 nebo 4 uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace objektivních kritérií může být uvedena v kvalifikační dokumentaci.“
48. Dle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách „[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.“
49. Dle § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách „[z]adavatel je povinen umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.“
50. Dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách „[z]adavatel se dopustí správního deliktu tím, že [...] nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejobdnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku“.
51. Zákonem o veřejných zakázkách jsou stanoveny 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.
52. Pokud jde o zásadu transparentnosti, jakožto první podmínky pro omezení počtu zájemců losováním, v souladu s níž má být losování prováděno, a o jejímž porušení je mezi žalobcem a žalovaným sporu, tak ta má zajistit, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků.
53. Transparentním postupem pak zdejší soud chápe takový postup, který nevzbuzuje žádné reálné a objektivizované pochybnosti o tom, že zadavatel jedná korektně a regulérně, a že v zadávacím řízení využívá fair prostředků. Naopak, jak již zdejší soud uvedl například v rozsudku ze dne 14. 5. 2007, č. j. 31 Ca 166/2005-125, publikovaném pod č. 2621/2012 Sb. NSS, požadavek transparentnosti není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelském postupu shledány „takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele“.

54. Právě uvedené východisko zdejšího soudu, a sice konkrétně v otázce transparentnosti losování coby prostředku pro omezování účasti zájemců, přitom potvrdil i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159. V tomto rozsudku Nejvyšší správní soud mj. uvedl, že *„podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. Motivy jednotlivých osob participujících na výběru zájemců o veřejnou zakázku (at' již budou tyto motivy plně zákonné, dané pouhou neschopností navenek působit férově a řádně, event. nezákonné, nebo snad dokonce kriminální) jsou v tomto obledu pro posouzení porušení zásady transparentnosti irelevantní. 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.“* Nejvyšší správní soud poukázal také na to, že *„[p]ojem „zásada 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 (srov. Holländer, P. Filosofie práva, Aleš Čeněk, Plzeň 2006, s. 139 násl.). Neurčité právní pojmy zahrnují jevy nebo skutečnosti, které nelze úspěšně zcela přesně právně definovat; jejich obsah a rozsah se může měnit, často bývá podmíněn časem a místem aplikace normy. Při interpretaci neurčitého právního pojmu se správní orgán musí zabývat konkrétní skutkovou podstatou, jakož i ostatními okolnostmi případu, přičemž sám musí alespoň rámcově obsah a význam užitého neurčitého pojmu objasnit, a to z toho hlediska, zda posuzovanou věc lze do rámce vytvořeného rozsahem neurčitého pojmu zařadit. Proto se zjištění, zda v daném případě byla porušena zásada transparentnosti, musí odvíjet od hodnocení všech okolností konkrétního případu, z nichž správní orgán učiní závěr, zda je daný pojem naplněn či nikoli. Zákonodárce užitím neurčitých pojmů dává orgánu aplikujícímu právní předpis prostor, aby posoudil, zda konkrétní situace patří do rozsahu neurčitého pojmu či nikoli.“*
55. Nejvyšší správní soud v daném rozsudku, jak vyplývá z jeho citace, zdůraznil, že právě proto se zjištění, zda v určitém případě byla porušena zásada transparentnosti, musí odvíjet od hodnocení všech okolností konkrétního případu, z nichž správní orgán učiní závěr, zda je daný pojem naplněn či nikoli.
56. Krajský soud v Brně se již k problematice výkladu § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 3. 2012, vyjádřil ve svém rozsudku ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, a s těmito závěry se ztotožnil i Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 6. 11. 2013 č. j. 1 Afs 64/2013-49. Zmínit lze také rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 7. 2018, č. j. 6 As 59/2018-75, a ze dne 16. 8. 2018, č. j. 10 As 81/2018-97, jímž byl „potvrzen“ rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 1. 2018, č. j. 30 Af 9/2016-439. Ve světle těchto i shora označených rozhodnutí soud posoudil i předmětnou věc (k aplikovatelnosti a relevanci v tomto odstavci uvedených rozhodnutí na nyní posuzovanou věc se soud vyjádří podrobněji níže v tomto rozsudku, kdy bere v potaz, že rozdíl oproti nynějšímu případu představoval ve zmiňovaných věcech fakt, že v jejich rámci nebylo na podnět jednoho ze zájemců umožněno nikoli restartování losovacího zařízení, nýbrž přecíslování zájemců před losováním).
57. Spornou právní otázkou v nyní posuzované věci je to, zda se žalobce dopustil správního deliktu, a to postupem, kdy odmítl k návrhu zástupkyně společnosti Gardenline s.r.o. před samotným losováním vypnutí a opětovně zapnutí příslušného losovacího zařízení a toto odůvodnil dle záznamu v notářském zápisu ze dne 15. 12. 2011, zn. N 228/2011, NZ 194/2011, sepsaném JUDr. Michalem Kulíkem, notářem (dále jen „Notářský zápis“) tak, že *„pan Otakar Čmelínský [pozn.: jednatel společnosti VE-ZAK CZ s.r.o., kdy tato společnost byla na základě mandátní smlouvy od společnosti Allowance s.r.o. pověřena zjištěním vlastního losování; v zadávacím řízení se žalobce při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením nechal zastoupit právě společností Allowance s.r.o.] [...] že pokud mají uchazeči pochybnosti k losovacímu zařízení, opětovně nabízí možnost odvézt přístroj do zmíněného Elektrotechnického zkušebního ústavu.“*

58. Z obsahu správního spisu soud zjistil, že omezení počtu uchazečů v zadávacím řízení formou náhodného výběru předmětné zakázky byl přítomen notář a o jejím průběhu dne 15. 12. 2011 sepsal již zmíněný Notářský zápis. Z Notářského zápisu soud mimo jiné zjistil, jak již bylo uvedeno, že zajištěním vlastního losování byla pověřena (společností Allowance s.r.o. na základě mandátní smlouvy) společnost VE-ZAK CZ s.r.o. (pan Otakar Čmelinský), přičemž společností Allowance s.r.o. byl pověřen JUDr. Jan Bělíček na základě dohody o provedení práce, aby vystupoval jako „moderátor“ „*aktu omezení výběru uchazečů*“. JUDr. Bělíčkem byla přítomným nabídnuta možnost odvézt zapečetěný elektronický losovací přístroj ihned po ukončení losování na kontrolu do Elektrotechnického zkušebního ústavu, a to na náklady zájemce, který o toto bude mít zájem. Přítomní byli seznámeni s praktickým postupem losování a byla provedena zkouška losovacího zařízení.
59. Zajištění toho, aby žádný z úkonů zadavatele prováděných v zadávacím řízení (a tedy ani losování coby úkon již ze své podstaty nepřezkoumatelný – viz shora uvedený rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159) nepůsobil netransparentně, je vždy na zadavateli veřejné zakázky. Přistoupí-li tedy zadavatel k losování, musí být připraven unést břemeno, které spočívá v neexistenci jakýchkoli reálných a objektivizovaných pochybností o způsobu a průběhu losování. Zadavatel, hodlal-li omezovat účast zájemců losováním, tedy měl v daném případě zabezpečit, aby losování probíhalo férově, aby jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti a aby řádný průběh losování byl dostatečně jasně kontrolovatelný. V daném případě však podle zdejšího soudu zadavatel této povinnosti nedostál.
60. Zadavatel sice termín losování stanovil dostatečně předem, všem zájemcům umožnil účast na losování a zajistil též účast notáře (čímž část podmínek stanovených v § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách splnil), což nelze při posuzování transparentnosti té části zadávacího řízení, která spočívala v samotném losování, vedle dodržení pravidel podle § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách nikterak přehlédnout, to však z losování transparentní proces ještě nečinilo. Transparentnost je, jak shora uvedeno, podle § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách samostatným požadavkem stojícím vedle splnění dalších podmínek týkajících se průběhu losování.
61. Předně je totiž třeba zmínit, že samotné losovací zařízení, které bylo k losování použito, v kombinaci s dílčími prvky procesu losování, transparentnost losování nezaručilo. Je sice pravdou, že losování mohlo být uskutečněno prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení (§ 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách), a ani žalovaný nezpochybňuje, že by použité losovací zařízení do tohoto výčtu spadalo, volba jednoho z těchto způsobů však ještě automatické dodržení zásady transparentnosti nevyvolává.
62. Žalobce v rámci podané žaloby na podporu svého tvrzení, že byly dodrženy veškeré zákonné požadavky pro omezení počtu náhodného výběru, zdůraznil, že losovací zařízení bylo podrobeno zkouškám u Elektrotechnického zkušebního ústavu v Praze (resp. jak vyplývá z bodu 118. žaloby, rovněž u žalovaného). Z obsahu správního spisu soud zjistil, že Zpráva o zkoušce Elektrotechnického zkušebního ústavu ze dne 22. 11. 2011, č. 104053-01/02, je přílohou Notářského zápisu. Zpráva podává, že zařízení nevyužívá pro losování žádné prvky mimo zařízení a proces probíhá pouze za pomoci instalovaného software uvnitř zařízení a nemůže být provozovatelem ani další osobou ovlivněna. Zpráva o zkoušce Elektrotechnického zkušebního ústavu ze dne 22. 11. 2011 tak dle názoru soudu sice svědčí o funkčnosti a technických vlastnostech losovacího zařízení k uvedenému datu, ale nic nevypovídá o stavu losovacího zařízení ke dni losování (15. 12. 2011) a o samotném procesu losování. Jde sice o určitou kontrolu losovacího zařízení, avšak nikoliv o kontrolu provedenou zájemci o veřejnou zakázku, ani o kontrolu bezprostředně před zahájením losování (§ 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách).

63. Obdobné závěry, jako jsou uvedené v předchozím odstavci, se týkají rovněž argumentace žalobce, že losovací zařízení bylo možné otevřít jen vyklopením zadního víka, kdy víko je uzamčeno a opatřeno bezpečnostní pečeti – plombou (dle žalobce provozovatel losovacího zařízení VE-ZAK CZ s.r.o. v zájmu transparentnosti procesu losování zajistil plombování losovacího zařízení u jeho výrobce, společnosti Centador, s.r.o., kdy plomba byla označena číslem 056991). K těmto otázkám se žalovaný vyjádřil např. v bodě 66. a násl. svého rozhodnutí a reagoval na ně i předseda Úřadu v rozkladovém rozhodnutí (bod 89. a násl.); v podrobnostech Krajský soud v Brně na tato rozhodnutí odkazuje, a ztotožňuje se s důvody, pro které nebylo možné plombování považovat za dostatečnou záruku transparentnosti losování. Ani uvedená skutečnost neznamena, že by zástupkyni společnosti Gardenline s.r.o. bylo umožněno jednak rozptýlit pochyby o transparentnosti průběhu losování přečíslováním pořadových čísel subjektů ucházejících se o veřejnou zakázku (to zejména ve vztahu k § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách), jednak provést úkony ve smyslu § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách, tedy „*zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování*“. Zajištění transparentnosti losování tedy bylo možné, nahlíženo prizmatem dosavadní judikatury správních soudů, zmíněným restartováním (zmíněná judikatura, jak už bylo poznamenáno, posuzovala situaci, kdy nebylo umožněno přečíslování zájemců). Jak již zdejší soud uvedl, zkouška Elektrotechnického zkušebního ústavu v Praze, zaplombování losovacího zařízení výrobcem, ani případná následná kontrola zařízení u Elektrotechnického zkušebního stavu v Praze neznamena kontrolu před zahájením losování provedenou zájemcem a nesměřovala k zajištění transparentnosti losování právě v jeho průběhu (zde soud opětovně odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, dle něhož postačuje i potencialita porušení zásady transparentnosti – existence objektivních pochybností – a nemusí být prokázáno konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti; srov. také např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012-55, publikovaný pod č. 2714/2012 Sb. NSS). Prakticky totožné skutkové situace, i ve vztahu k plombování losovacího zařízení, posuzoval Nejvyšší správní soud v již zmíněných rozsudcích ze dne 18. 7. 2018, č. j. 6 As 59/2018-75, a ze dne 16. 8. 2018, č. j. 10 As 81/2018-97, popř. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 26. 1. 2018, č. j. 30 Af 9/2016-439, kdy tyto soudy aprobovaly podobné závěry žalovaného a předsedy Úřadu, které byly formulovány i v nyní přezkoumávaném rozhodnutí.
64. Pokud žalobce argumentuje tím, že odmítnutí vypnutí a opětovného zapnutí losovacího zařízení by samo o sobě mohlo vzbudit pochyby o transparentnosti losování, lze konstatovat, že dostal-li se svým předchozím postupem v rámci zadávání veřejné zakázky žalobce do obtížně uspokojivě řešitelné situace (jím tvrzené zpochybnění transparentnosti losování tím, že bude proveden restart losovacího zařízení, což by mohlo vzbudit pochyby v některých uchazečích, že právě toto restartování spouští nějaký nekalý mechanismus, a to za situace, kdy při losování nebyli přítomni zástupci všech uchazečů), jde o jeho zodpovědnost (nebyla zde žádná povinnost omezit počet zájemců, pro tento postup se žalobce rozhodl dobrovolně a sám). Zde lze přiměřeně odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 128/2012-119, dle něhož „*[p]řistoupí-li tedy zadavatel k losování, musí být připraven unést břemeno, které spočívá v neexistenci jakýchkoli reálných a objektivizovaných pochybností o způsobu a průběhu losování. Zadavatel, hodlal-li omezovat účast zájemců losováním, tedy měl v daném případě zabezpečit, aby losování probíhalo férově, aby jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti a aby řádný průběh losování byl dostatečně jasně kontrolovatelný.*“
65. Vzhledem k popsáním skutkovým okolnostem byla kontrola samotného losovacího zařízení jednak prakticky vyloučena, pokud jde o možnost kontroly softwaru apod. na místě, jednak žalobcem v podobě požadované uchazečem, kdy uchazečem navrhovaná varianta byla vedle přečíslování uchazečů jednou z mála myslitelných variant kontroly, v podstatě odmítnuta. Proto, jak již bylo také uvedeno, nelze za dostatečnou považovat ani nabídku zadavatele, respektive osoby zodpovědné za losování, že přímo po losování může být zapečetěné losovací zařízení

odvezeno na kontrolu, neboť tato následná kontrola nemusí představovat přesvědčivou kontrolu procesu losování, kdy se navíc nejednalo o kontrolu losovacího zařízení bezprostředně před losováním.

66. Z uvedených důvodů se soud domnívá, že jedním z mála myslitelných způsobů, jak mohli sami zájemci sledovat transparentnost procesu losování, bylo vedl judikatorně dovozené změny čísel přiřazených jednotlivým zájemcům bezprostředně před losováním, právě možné restartování losovacího zařízení (vypnutí a opětné zapnutí losovacího zařízení v tomto smyslu mohlo alespoň subjektivně přispět k transparentnosti losování v očích příslušného uchazeče, kdy zdejší soud připomíná závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, dle kterého „*podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný*“), jak navrhla zástupkyně společnosti Gardenline s.r.o. Tento návrh byl však bez bližšího odůvodnění odmítnut, a jak již bylo řečeno, pan Čmelinský odkázal na možnost následné kontroly v Elektrotechnickém zkušebním ústavu. Krajský soud tak považuje „důvody“ pro odmítnutí vypnutí a opětovného zapnutí losovacího zařízení za neuspokojivé (odůvodnění prakticky chybí). Krajský soud má, jak vyplývá již z výše uvedeného, naopak za to, že restartování losovacího zařízení bezprostředně před zahájením losování by umožnilo zájemcům faktickou kontrolu losovacího postupu. Vzhledem k technické povaze losovacího zařízení totiž (jiná) kontrola programového (softwarového) vybavení ze strany zájemců bezprostředně před zahájením losování byla pouze hypotetická. Pokud žalobce argumentuje tím, že by došlo k porušení zásady transparentnosti, pokud by bylo vyhověno návrhu pouze jednoho z mála přítomných uchazečů, jedná se o projev série nesprávných kroků, které žalobce zavedly do obtížně řešitelné situace.
67. K samotnému restartování losovacího zařízení považuje zdejší soud za nezbytné zopakovat, že pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. Zákon o veřejných zakázkách sice postup při zacházení s losovacím řízením, včetně jeho vypínání, zapínání, apod. neupravoval, nicméně i z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, lze vyvodit, že po zadavateli veřejné zakázky je nutné požadovat, aby se vyvaroval takových pochybení, která značně snižují průhlednost losování. Je totiž především na zadavateli, aby zajistil transparentnost úkonů, které on sám nebo jím pověřená osoba provádí. Pokud žalobci není jasné, jak měl postupovat tak, aby dodržel zásadu transparentnosti, žalovaný, potažmo předseda Úřadu v napadeném rozhodnutí nejen i s odkazem na bohatou judikaturu Nejvyššího správního soudu vyložil obecný právní pojem transparentnost v kontextu zadávacího řízení, ale také konkretizoval, že právě restartování losovacího zařízení k žádosti jednoho ze zájemců by bylo vhodným prostředkem jak zajistit transparentnost řízení, a to s ohledem ke všem okolnostem předmětného zadávacího řízení.
68. Žalobce měl možnost nevyhovět návrhu na vypnutí a opětovné zapnutí losovacího zařízení, nicméně měl takovýto postup řádně odůvodnit. Krajský soud nepovažuje „odůvodnění“, které je zachyceno v Notářském zápise za dostatečné. Losování je nutno považovat za úkon ze své podstaty nepřezkoumatelný, tím spíše je nutno dbát na to, aby losování i úkony s ním spojené probíhaly dostatečně kontrolovatelným způsobem. Postup žalobce, zpětně odůvodňovaný nebezpečím snížení transparentnosti v očích jiných zájemců, než byla společnost Gardenline s.r.o., je nutno odmítnout.

V. b) Existence legitimního očekávání a z toho plynoucí důsledky

69. Jak již bylo zmíněno výše, dle žalobce do okamžiku uzavření smlouvy dne 13. 4. 2012 existovalo minimálně sedm rozhodnutí, která považovala postup obdobný tomu, který zvolil žalobce, za souladný se zákonem o veřejných zakázkách. Šlo o rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 8. 2011, S145/2011, rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 6. 10. 2011, R200/2011, rozhodnutí žalovaného Shodu s prvopisem potvrzuje: Dana Janků

ze dne 21. 12. 2011, S491/2011, rozhodnutí žalovaného ze dne 29. 2. 2012, S338/2011, rozhodnutí žalovaného ze dne 5. 3. 2012, S288/2011, rozhodnutí žalovaného ze dne 13. 3. 2012, S429/2011, a rozhodnutím žalovaného ze dne 9. 3. 2012, S272/2011). Následně, po uzavření smlouvy, byl postup žalobce dle jeho názoru potvrzen minimálně čtyřmi dalšími rozhodnutími, a to konkrétně rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 29. 6. 2012, R63/2012, rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 28. 5. 2012, R81/2012), rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 29. 5. 2012, R10/2012, a rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 5. 2012, R73/2012. Žalobce tak je s ohledem na počet rozhodnutí posvězujících postup zadavatele v obdobných případech a na dobu, po kterou byla tato rozhodnutí ze strany žalovaného (předsedy Úřadu) vydávána, přesvědčen, že se jedná o správní praxi konstantní, ustálenou a dlouhodobou zakládající legitimní očekávání žalobce. Závěr předsedy žalovaného o neexistenci ustálené správní praxe je proto nesprávný a nezohlednění legitimního očekávání žalobce činí napadené rozhodnutí nezákonným zejména pro rozpor s § 2 odst. 4 správního řádu. Zároveň se žalobce domnívá, že v posuzovaném případě nemohl převážit princip legality nad principem legitimního očekávání, a to zejména z důvodu absence možné újmy třetí osobě. Je nepřípustné, aby byl žalobce potrestán za svůj postup činěný v legitimním očekávání legálnosti, a to navíc úřadem, který žalobcovo legitimní očekávání v důsledku své rozhodovací praxe vyvolal. Navíc nevypořádání se s těmito námitkami činí napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným.

70. Žalobce pro přehlednost své argumentace uvedl následující průběh zadávacího řízení a časový rámec rozhodnutí žalovaného a předsedy Úřadu:

- dne 12. 8. 2011 bylo vydáno rozhodnutí S145/2011
- dne 20. 9. 2011 bylo zahájeno předmětné zadávací řízení
- dne 5. 10. 2011 bylo vydáno rozhodnutí R200/2011, kterým předseda Úřadu potvrdil rozhodnutí S145/2011, a toto rozhodnutí tak nabylo právní moci (6. 10. 2011)
- dne 15. 12. 2011 bylo provedeno omezení počtu uchazečů o veřejnou zakázku losováním
- dne 21. 12. 2011 bylo vydáno rozhodnutí S491/2011
- dne 29. 2. 2012 bylo vydáno rozhodnutí žalovaného S338/2011
- dne 5. 3. 2012 bylo vydáno rozhodnutí S288/2011
- dne 9. 3. 2012 bylo vydáno rozhodnutí žalovaného S272/2011, které nabylo právní moci dne 30. 3. 2012
- dne 13. 3. 2012 bylo vydáno rozhodnutí žalovaného S429/2011
- dne 13. 4. 2012 uzavřel žalobce smlouvu o dílo s vítězným uchazečem
- dne 28. 5. 2012 bylo vydáno rozhodnutí předsedy Úřadu R81/2012, kterým předseda Úřadu potvrdil rozhodnutí žalovaného S429/2011, a toto rozhodnutí tak nabylo právní moci.
- dne 29. 5. 2012 bylo vydáno rozhodnutí předsedy Úřadu R73/2012, kterým předseda Úřadu potvrdil rozhodnutí žalovaného S288/2011, a toto rozhodnutí tak nabylo právní moci
- dne 29. 5. 2012 bylo vydáno rozhodnutí předsedy Úřadu R10/2012, kterým předseda Úřadu potvrdil rozhodnutí žalovaného S491/2011, a toto rozhodnutí tak nabylo právní moci
- dne 29. 6. 2012 bylo vydáno rozhodnutí předsedy Úřadu R63/2012, kterým předseda Úřadu potvrdil rozhodnutí žalovaného S338/2011, a toto rozhodnutí tak nabylo právní moci.

71. S ohledem na tyto žalobní námitky, odůvodňující oprávněnost žalobcem zvoleného modelu omezení počtu zájemců o účast v užším řízení losováním, soud uvádí, že pojmem správní praxe, která je s to založit legitimní očekávání, se judikatura správních soudů již mnohokrát zabývala. Výslovné vymezení lze nalézt již v usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze Shodu s prvopisem potvrzující: Dana Janků

dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006-132, publikovaném pod č. 1915/2009 Sb. NSS, dle kterého „[s]právní 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. Lze ji změnit, pokud je změna činěna do budoucna, dotčené subjekty mají možnost se s ní seznámit a je řádně odůvodněna závažnými okolnostmi.“ V této souvislosti je třeba zmínit rovněž § 2 odst. 4 správního řádu, dle kterého „[s]právní orgán dbá, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem a aby odpovídalo okolnostem daného případu, jakož i na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly“. Uvedené postuláty souvisí s principem právní jistoty a z něj odvozeného požadavku na předvídatelnost práva, který představuje, jak uvedl Nejvyšší správní soud např. v rozsudku ze dne 15. 8. 2012, č. j. 1 As 46/2012-87, dostupném na www.nssoud.cz, „*takový postup správních orgánů, který je v souladu s právními předpisy. Je-li právo vykonáváno podle naznačených východisek, musí být fyzickým a právníckým osobám garantováno, že v obdobných případech budou správní orgány rozhodovat obdobně a v různých případech různě. Pokud je tedy určitá správní praxe vytvořena, nemůže se od ní správní orgán v jednotlivém případě odchýlit, neboť takový jeho postup by představoval libovůli (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 4. 2005, č. j. 2 Ans 1/2005-57, publikovaný pod č. 605/2005 Sb. NSS).*“

72. V rámci takto definovaných mezí bylo tedy třeba posoudit oprávněnost žalobcovy argumentace.
73. Při posouzení věci dospěl soud ke zjištění, že rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 29. 5. 2012, R10/2012, kterým bylo potvrzeno rozhodnutí žalovaného ze dne 21. 12. 2011, S491/2011, skutečně byl model omezení počtu zájemců o účast v užším řízení losováním, jaký zvolil i v posuzovaném případě žalobce, považován za zákonný a jsoucí v souladu s principem transparentnosti. To se týká i zamítnutí návrhu jednoho z uchazečů na přechíslování. Pro úplnost je však třeba upozornit na to, že rozhodnutí předsedy Úřadu R10/2012 bylo zrušeno rozsudkem Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108.
74. Podobné závěry se týkají i rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 6. 2012, R63/2012, kterým bylo potvrzeno rozhodnutí žalovaného ze dne 29. 2. 2012, S338/2011. I toto rozhodnutí osvědčilo správnost postupu, který byl obdobný nyní posuzovanému postupu žalobce; i zde byla dána žádost jednoho ze zájemců o úkon, který měl zvýšit transparentnost losování, a to na rozdíl od nynějšího případu žádost o přechíslování uchazečů. Ovšem rovněž v tomto případě je nutné konstatovat, že rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 6. 2012, R63/2012, zrušil Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 128/2012-119. Jak upozornil ve svém žalobou napadeném rozhodnutí i předseda Úřadu, v tomto rozsudku Krajský soud v Brně uvedl, že „*bodlat-li [zadavatel] omezovat účast zájemců losováním, tedy měl v daném případě zabezpečit, aby losování probíhalo férově, aby jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti a aby řádný průběh losování byl dostatečně jasně kontrolovatelný. [...] V daném případě však podle zdejšího soudu zadavatel této povinnosti nedostal.*“ Dále zde Krajský soud v Brně konstatoval, že transparentním postupem chápe „*takový postup, který nevzbuzuje žádné reálné a objektivizované pochybnosti o tom, že zadavatel jedná korektně a regulérně a že v zadávacím řízení využívá fér prostředků [...] Přistoupí-li tedy zadavatel k losování, musí být připraven unést břemeno, které spočívá v neexistenci jakýchkoli reálných a objektivizovaných pochybností o způsobu a průběhu losování*“; Krajský soud v Brně zde rovněž uvedl, že „*[k]ontrolou losovacího zařízení a prostředků sloužících k losování ve smyslu § 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 nikoli. Taková kontrola už s ohledem na povahu losovacího zařízení zájemcům umožněna být nemohla – fakticky by to totiž znamenalo kontrolu počítačového programu, jenž byl v losovacím zařízení použit, k čemuž zájemci coby účastníci losování nemohli být na místě losování bezprostředně před jeho zahájením vybaveni.*“
75. Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 28. 5. 2012, R81/2012, kterým bylo potvrzeno rozhodnutí žalovaného ze dne 13. 3. 2012, S429/2011, opět potvrzuje správnost postupu zadavatele, který se

rozhodl provést omezení počtu zájemců o účast v užším řízení losováním, a to pomocí elektronického losovacího zařízení CENTLOZ002 (v nyní posuzovaném případě bylo použito rovněž zařízení CENTLOZ002). Na druhou stranu z těchto rozhodnutí nevyplývá, že by některý z uchazečů požadoval kontrolu losovacího zařízení a případně jeho restart, jak to učinila v nynějším případě zástupkyně společnosti Gardenline s.r.o.

76. Rozhodnutí žalovaného ze dne 9. 3. 2012, č. j. S272/2011, se výslovně zabývalo pouze přípustností zadávací podmínky omezení počtu zájemců na pět; námitka netransparentnosti, kterou vznesl navrhovatel, nebyla předmětem přezkumu, neboť navrhovatel v tomto smyslu nepodal námitky zadavateli, a nebyla tak splněna podmínka § 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách.
77. V případě podnětů uvedených pod sp. zn. ÚOHS-P434/2014/VZ, sp. zn. ÚOHS-P430/2014/VZ a sp. zn. ÚOHS-P428/2014/VZ neshledal žalovaný po jejich prošetření důvod k zahájení řízení z moci úřední, ačkoli se dané případy skutkově i právně podobaly žalobcově případu (jak soud zjistil v rámci dokazování při ústním jednání); žalovaný však upozornil dotčené subjekty, že daný závěr nevylučuje možnost následného přezkoumání postupu zadavatele, vyjdou-li najevo nové skutečnosti.
78. Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 5. 10. 2011, R200/2011, kterým bylo potvrzeno rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 8. 2011, S145/2011, se týkalo zamítnutí požadavku zúčastněného zájemce na přečíslování v kontextu s námitkami možné manipulace s losovacím zařízením, přičemž tato rozhodnutí nebyla zrušena (ve věci neproběhl soudní přezkum). Ze skutkového i právního hlediska přitom bylo možné tyto věci považovat za analogické nyní řešené věci.
79. Konečně i v rozhodnutí žalovaného ze dne 5. 3. 2012, S288/2011, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 29. 5. 2012, R73/2012, byl výrokem I. zamítnut návrh zájemce na uložení nápravného opatření zadavateli; výrokem II. žalovaný návrh navrhovatele v části směřující proti netransparentnosti losovacího zařízení a losování podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona o veřejných zakázkách zamítl, neboť navrhovatel nebyl osobou oprávněnou pro podání návrhu (losování probíhalo za obdobných podmínek a obdobným přístrojem jako v nynější věci).
80. Uvedené skutečnosti hodnotí soud tak, že z pohledu problematiky legitimního očekávání žalobce je třeba na „časové ose“ vymezit několik dat, k nimž je možné činit právní úvahy a závěry: 1) 20. 9. 2011 – zahájení zadávacího řízení; 2) 15. 12. 2011 – provedení omezení počtu uchazečů o veřejnou zakázku losováním; 3) 13. 4. 2012 - uzavření smlouvy o dílo mezi žalobcem a vítězným uchazečem; 4) 4. 12. 2015 – vydání rozhodnutí č. j. ÚOHS-S708/2014/VZ-42720/2015/523/ASo.
81. Ke dni zahájení zadávacího řízení nemohlo žalobci vzniknout legitimní očekávání založené na ustálené správní praxi. K tomuto dni existovalo pouze jediné relevantní rozhodnutí, a to sice ze dne 12. 8. 2011, S145/2011, které navíc bylo nepravomocné, takže mohlo podléhat změně v rozkladovém řízení (popř. v následném řízení soudním). Takové osamocené rozhodnutí nezakládá ustálenou správní praxi ve smyslu definice podané Nejvyšším správním soudem v usnesení jeho rozšířeného senátu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006-132.
82. Ke dni realizace omezení počtu uchazečů o veřejnou zakázku losováním, tedy k 15. 12. 2011, zde byla dvě pravomocná rozhodnutí, a to ze dne 12. 8. 2011, S145/2011, a dále „potvrzující“ rozkladové rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 5. 10. 2011, R200/2011. Jednalo se tedy o jediný případ pravomocně ukončeného správního řízení, v němž bylo rozhodováno o obdobném skutkovém stavu ještě před provedením losování a odmítnutím požadavků zástupkyně společnosti Gardenline s.r.o. Ani v tomto případě tedy dle názoru zdejšího soudu není možné hovořit o „ustálené, jednotné a dlouhodobé činnosti (příp. i nečinnosti) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů“.

Shodu s prvopisem potvrzuje: Dana Janků

83. Jistou relevancí v rámci hodnocení nynějšího případu lze přiznat i datu 13. 4. 2012, kdy žalobce uzavřel smlouvu o dílo s vítězným uchazečem; do tohoto dne přicházelo teoreticky v úvahu zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách (zjistil-li by žalobce, že došlo k vývoji rozhodovací praxe žalovaného a že zvolený postup není považován za souladný se zákonem o veřejných zakázkách). K uvedenému dni kromě případu zakončeného rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 5. 10. 2011, R200/2011, existovala rozhodnutí žalovaného ze dne 21. 12. 2011, S491/2011, rozhodnutí žalovaného dne 29. 2. 2012, S338/2011, rozhodnutí žalovaného ze dne 5. 3. 2012, S288/2011, rozhodnutí žalovaného ze dne 9. 3. 2012, S272/2011, které nabylo právní moci dne 30. 3. 2012.
84. Rozhodnutí žalovaného ze dne 21. 12. 2011, S491/2011, v době uzavření smlouvy ze dne 13. 4. 2012 ještě nebylo pravomocné (jak poukazuje i žalovaný, po nabytí právní moci bylo napadeno žalobou a následně Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, o který mimo jiné žalovaný opřel v nyní přezkoumávaném případě své závěry, zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 5. 2012, R10/2012, kterým bylo prvostupňového rozhodnutí žalovaného potvrzeno a tak potvrzeny i právní závěry zde vyslovené; k této skutečnosti také níže). I přes opačný názor žalobce daná skutečnost „precedenční“ účinky tohoto rozhodnutí, dle soudu přinejmenším oslabuje, neboť toto rozhodnutí mohlo být v řízení o rozkladu změněno.
85. Obdobné se týká i rozhodnutí žalovaného ze dne 29. 2. 2012, S338/2011, které nabylo právní moci až po podpisu smlouvy s vítězným uchazečem, a to na základě rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 6. 2012, R63/2012, kterým bylo zmíněné rozhodnutí ze dne 29. 2. 2012 potvrzeno. Ještě před vydáním nyní napadených rozhodnutí žalovaného i předsedy Úřadu, zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 6. 2012, R63/2012, Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 128/2012-119 (viz výše).
86. Dále žalobce argumentuje rozhodnutím žalovaného ze dne 5. 3. 2012, S288/2011, které předseda Úřadu potvrdil svým rozhodnutím ze dne 29. 5. 2012, R73/2012, a toto rozhodnutí tak nabylo právní moci. Zmíněnými rozhodnutími žalobce výslovně neargumentoval v rozkladu proti rozhodnutí žalovaného, nelze tak v nynější věci předsedovi Úřadu klást k tíži, že se touto námitkou v žalobou napadeném rozhodnutí nezabýval. Tato rozhodnutí (stejně jako rozhodnutí žalovaného ze dne 9. 3. 2012, S272/2011), se ovšem zabývala pouze přípustností podaného návrhu. Žalovaný návrh navrhovatele v části směřující proti netransparentnosti losovacího zařízení a losování podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona o veřejných zakázkách zamítl, neboť navrhovatel nebyl osobou oprávněnou pro podání návrhu. V těchto případech tedy žalovaný postup zadavatele ohledně transparentnosti losování věcně nepřezkoumával. Pro úplnost pak lze opět navíc dodat, že v době uzavření smlouvy rozhodnutí žalovaného ze dne 5. 3. 2012, S288/2011, dosud nenabylo právní moci; rozhodnutí žalovaného ze dne 9. 3. 2012, S272/2011, sice již v právní moc bylo, ale taktéž se nevztahovalo přímo na problematiku řešenou v nyní rozhodovaném případě. Legitimní očekávání z něj tudíž žalobce nemohl dovozovat. To je navíc podpořeno tím, že z těchto zde uvedených rozhodnutí nevyplývá, že by některý z uchazečů požadoval kontrolu losovacího zařízení a případně jeho restart, jak to učinila v nynějším případě zástupkyně společnosti Gardenline, s.r.o.
87. Zbývající rozhodnutí posuzovaná k datu uzavření smlouvy představují rozhodnutí žalovaného ze dne 21. 12. 2011, S491/2011, a rozhodnutí žalovaného dne 29. 2. 2012, S338/2011. Dovožoval-li přitom žalobce své legitimní očekávání z rozhodnutí žalovaného ze dne 21. 12. 2011, S491/2011 (které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 29. 5. 2012, R10/2012), je nutno konstatovat, že model omezení počtu zájemců o účast v užším řízení losováním, který žalobce zvolil i v nyní posuzovaném případě, skutečně byl žalovaným považován za zákonný a jsoucí v souladu s principem transparentnosti. To se týkalo také zamítnutí návrhu jednoho z uchazečů na přečíslování (soud připomíná, že v nynějším případě byl vznesen návrh na restart losovacího

řízení, dle soudu návrh obdobný požadavku na přečíslování uchazečů). Rozhodnutí o rozkladu bylo ovšem, jak již zdejší soud zmínil výše, následně předmětem soudního přezkumu, kdy Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 6. 6. 2013 č. j. 62 Af 61/2012-108, toto rozhodnutí zrušil. Kasační stížnost žalovaného směřující proti tomuto rozsudku Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49, zamítl. Předseda Úřadu tedy v souladu se závěry těchto rozsudků uvedené rozhodnutí žalovaného zrušil a věc vrátil žalovanému k novému projednání. Ten následně vydal usnesení ze dne 14. 4. 2014, č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-7205/2014/512/IHL, kterým dle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu správní řízení v této věci zastavil, jelikož se návrh navrhovatele stal zjevně bezpředmětným.

88. Podobné závěry se týkají také rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 6. 2012, R63/2012, kterým bylo (obdobně jako v předcházejícím případě) potvrzeno rozhodnutí žalovaného ze dne 29. 2. 2012, S338/2011. I toto rozhodnutí svědčilo správnosti postupu, který byl obdobný nyní posuzovanému postupu žalobce; i zde se žalovaný vyjádřil k obdobné otázce návrhu na přečíslování uchazečů. Ovšem rovněž v tomto případě je nutné konstatovat, že toto rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 6. 2012 zrušil Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 128/2012-119, v němž zaujal již shora citované stanovisko. Předseda Úřadu pak v souladu se závěry tohoto rozsudku vydal rozhodnutí ze dne 12. 3. 2015, č. j. ÚOHS-R63/2012/VZ-6481/2015/322/KHo, kterým rozhodnutí žalovaného zrušil a správní řízení zastavil.
89. Zásadní je pak v této souvislosti skutečnost, že ke zrušení obou výše uvedených rozhodnutí předsedy Úřadu (ze dne 29. 5. 2012, R10/2012, a ze dne 29. 6. 2012, R63/2012) ze strany krajského soudu, došlo před vydáním rozhodnutí žalovaného v nyní projednávané věci (tj. přede dnem 4. 12. 2015). Tato skutečnost opětovně ilustruje, že nebylo dost dobře možné se v době uzavření smlouvy spoléhat na „správní praxi“, která nebyla založena na pravomocných rozhodnutích Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a která mohla být změněna v rozkladovém řízení; opak, tedy potvrzení těchto nepravomocných rozhodnutí v řízení o rozkladu, nemohl žalobce bez dalšího očekávat. Je sice možné přiznat, že po podpisu smlouvy zmíněná rozhodnutí žalovaného nabyla právní moci, avšak názor Nejvyššího správního soudu posléze byl takový, že v nich obsažený právní názor není správný. I zde se tedy soud nedomnívá, že byla konstituována správní praxe, na kterou se žalobce mohl spoléhat (k tomu také ještě dále v textu tohoto rozsudku).
90. K závěrům udávaným v předchozím odstavci zdejší soud doplňuje a uzavírá, že ani ke dni uzavření smlouvy dne 13. 4. 2012 neexistovala ustálená správní praxe, jak ji pojímá judikatura správních soudů. Této postupně se rodící praxi žalovaného, i s jejími výše uvedenými limity, totiž chybí přinejmenším prvek dlouhodobosti a lze ji vymezit pouze dobou zhruba sedmi měsíců (od 12. 8. 2011 do 13. 3. 2012). K okamžiku podpisu smlouvy s vybraným uchazečem, a tedy k okamžiku spáchání správního deliktu dle rozhodnutí žalovaného, tak nebyla dána ustálená správní praxe, jejíž závěry by mohly potvrzovat správnost postupu žalobce při losování v přezkoumávaném případě, resp. správní praxe v případech o obdobném skutkovém stavu, jako je řešen nyní.
91. Následným rozhodnutím, kterými žalobce argumentuje (tedy vydanými do rozhodnutí žalovaného ze dne 4. 12. 2015, č. j. ÚOHS-S708/2014/VZ-42720/2015/523/ASo) pak soud nemohl přiznat relevanci částečně z toho důvodu, že nemohla ovlivnit jednání žalobce před uzavřením smlouvy dne 13. 4. 2012. Především pak ale proto, že i tato případná správní praxe se ukázala nesprávnou. V tomto ohledu znovu odkazuje soud zejména na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, kterým zdejší soud zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 5. 2012, R10/2012 (k žalobcem namítané neaplikovatelnosti tohoto rozsudku na současnou věc viz níže). Kasační stížnost proti tomuto rozsudku byla zamítnuta rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49 (lze odkázat i

na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 128/2012-119, kterým bylo zrušeno rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 6. 2012, R63/2012, jehož závěru se žalobce ve vztahu ke konstituování ustálené správní praxe dovolával; je možné poznamenat, že argumentace žalobce obsahuje jistý protimluv – přičemž si soud je vědom snahy žalobce tento paradox osvětlit, pokud se na jedné straně dovolává správní praxe založené rozhodnutími žalovaného či předsedy Úřadu a na druhou stranu odmítá závěry judikatury správních soudů, které se k této rozhodovací praxi žalovaného a předsedy Úřadu vztahují, jinými slovy tedy žalobce tvrdí, že jím uváděné případy řešené žalovaným byly do té míry totožnými s jeho, že konstituovaly správní praxi, avšak že na to navazující soudní rozhodnutí jsou naopak pro svou odlišnost neaplikovatelná). Z dalšího období, kdy byly řešeny skutkově i právně v podstatě totožné věci jako nyní, odkazuje zdejší soud na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 11. 2017, č. j. 31 Af 58/2016-58, kterým byla zamítnuta žaloba proti rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 27. 6. 2016, č. j. ÚOHS-R8/2015/VZ-25862/2016/323/PMo (srov. také typově obdobný případ, který se ve věci losování podobným zařízením ovšem lišil tím, že nebyla zvažována otázka požadavku na přečíslování – Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 113/2012-128, zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 28. 5. 2012, č. j. ÚOHS-81/2012/VZ-9822/2012/310/ASc, jehož závěru se žalovaný rovněž dovolával; kasační stížnost byla odmítnuta usnesením Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 6. 2015, č. j. 6 As 121/2014-35, dostupným na www.nssoud.cz), popř. na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 1. 2018, č. j. 30 Af 9/2016-439 (kasační stížnost proti tomuto rozsudku Nejvyšší správní soud zamítl rozsudkem ze dne 16. 8. 2018, č. j. 10 As 81/2018-97) a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 7. 2018, č. j. 6 As 59/2018-75. Posledně dva zmíněné případy se týkaly situace skutkově a právně obdobné věci řešené nyní, a to jen s tím rozdílem, že jeden z uchazečů nevněsl návrh na vypnutí a opětovné zapnutí losovacího zařízení, nýbrž na přečíslování uchazečů.

92. Uvedené skutečnosti soud přiblížil, jak již bylo naznačeno, proto, že případně vytvořené správní praxe se lze dovolávat jen tehdy, pakliže je zákonná. Jak vyplývá např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 8. 2012, č. j. 1 As 46/2012-87, „*postupuje-li správní orgán v rozporu se zákonem (byť i dlouhodobě a v obdobných věcech), nelze se legitimního očekávání dovolávat. [...] Podle judikatury Nejvyššího správního soudu se účastník řízení před správním orgánem může dovolávat obdobného zacházení jako v předchozích srovnatelných případech jen tehdy, byl-li tento předchozí postup správního orgánu v souladu se zákonem – jinak řečeno, účastník se nemůže domáhat, aby správní orgán nadále dodržoval svoji předchozí nezákonnou správní praxi (i když nebyla relevantně napadena či jinými mechanismy uvedena do souladu se zákonem), nýbrž se může domáhat toliko toho, aby správní orgán dodržoval takovou správní praxi, která se pohybuje v mezích prostoru pro uvážení, jenž je mu zákonem dán‘ (srov. rozsudek ze dne 31. 1. 2007, č. j. 2 Afs 16/2006-131). [...] Jestliže tedy městský soud a následně i Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že při posuzování bonity kmitočtů musí být zohledněny i jiné skutečnosti než jen počet trvale usazených obyvatel (např. počet přechodně se pohybujících účastníků silničního provozu), a že v rámci řízení o změně některých skutečností podle § 21 zákona o vysílání nelze zásadním způsobem měnit územní rozsah udělené licence, je nutně zákonnou jen taková praxe žalované, která obdobné případy bude posuzovat způsobem, který nastínil v tomto rozsudku Nejvyšší správní soud a před ním i Městský soud v Praze. Jiný pohled nutně nemůže být v souladu se zákonem, a proto poukaz Route Radio s. r. o. na případné jiné posuzování obdobných věcí ve správních řízeních vedených žalovanou jí nemůže být v nyní posuzovaném případě již z podstaty věci ku prospěchu.“*
93. Navíc legitimní očekávání týkající se rozhodovací činnosti správního orgánu (tedy i ustálené správní praxe) je nutné, a to i ve vazbě na žalobcem zmiňovaný § 2 odst. 4 správního řádu, vztáhnout zejména k okamžiku rozhodování správního orgánu (v případě žalobce tedy k 4. 12. 2015, kdy rozhodl o jeho věci žalovaný, a 6. 9. 2016, kdy rozhodl předseda Úřadu o rozkladu). Jak uvádí Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 16. 3. 2010, č. j. 1 Afs 50/2009-233, „*je tedy chráněna dobrá víra účastníka řízení i vzhledem k okamžiku rozhodování správního orgánu. Jakkoli lze tedy*
- Shodu s prvopisem potvrzuje: Dana Janků

souhlasit s tím, že § 2 odst. 4 správního řádu přeneseně brání dobrou víru účastníků, že pokud rozhodovací činnost správního orgánu svědčí o zastávání určitého právního názoru správním orgánem, potom jednání účastníků, odpovídající takovému názoru, bude moci být jimi pokládáno za souladné s právními předpisy, je nutné citované ustanovení vykládat především tak, že pokud v okamžiku rozhodování správního orgánu existují jiná jeho rozhodnutí pojednávající o skutkově týchž či obdobných případech, je nutno chránit víru účastníků, že správní orgán bude také v jejich případě rozhodovat stejným způsobem. Existence možnosti účastníků řízení spolehout se na to, že jejich věc správní orgán posoudí stejným způsobem, jakým již dříve posoudil skutkově obdobné či stejné věci, je nezbytnou součástí jednoho ze základních znaků právního státu – právní jistoty.“ (pozn.: zvýraznění původní) I kdyby tedy došlo k zformování určité správní praxe, ke kterémužto názoru soud k rozhodným datům nedospěl, je zjevné, že ke dni 4. 12. 2015 a 6. 9. 2016 již existovala pravomocná rozhodnutí správních soudů, která rušila rozhodnutí žalovaného a předsedy Úřadu, kterých se žalobce dovolával. Za takové situace postačovalo, aby v reakci na argumentaci žalobce žalovaný, popř. předseda Úřadu, rádne (přezkoumatelně) odůvodnil změnu svého právního názoru oproti jiným jeho rozhodnutím, což se dle přesvědčení soudu také stalo; žalovaný a předseda Úřadu měli povinnost postupovat v souladu s názorem vyjádřeným v judikatuře (srov. výše citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 8. 2012, č. j. 1 As 46/2012-87; k limitaci zásady legitimního očekávání zásadou legality viz také rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 3. 2010, č. j. 1 Afs 50/2009-233), např. v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-49, či rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 128/2012-119, které také byly zveřejněny a bylo možné se s nimi přinejmenším v elektronické podobě seznámit.

94. Krajský soud v Brně tak shrnuje, že ze všech žalobcem shora odkazovaných případů byl ve smyslu ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu skutkově obdobný a v době vydání rozhodnutí žalovaného pravomocně rozhodnutý případ, který nebyl zrušen zdejším soudem a v němž žalovaný dospěl k závěru, že odeprání změny čísel přidělených zájemcům o účast nepředstavuje porušení zákona, pouze případ řešený žalovaným pod sp. zn. ÚOHS-S145/2011/VZ. Jak správně uvedl žalobce, jednalo se fakticky o dvě rozhodnutí žalovaného, rozhodnutí ze dne 12. 8. 2011, S145/2011, a rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 6. 10. 2011, R200/2011, jímž bylo prvostupňové rozhodnutí potvrzeno. Ani tato skutečnost však nemůže ničeho změnit na závěru žalovaného, s nímž se krajský soud plně ztotožnil, že jeden případ (jedno správní řízení, v němž bylo vydáno rozhodnutí prvního stupně a rozhodnutí o opravném prostředku), není způsobilý zavést ustálenou, jednotnou a dlouhodobou správní praxi ve smyslu usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006-132.
95. Žalobce pak upozorňoval také na podněty šetřené pod sp. zn. ÚOHS-P434/2014/VZ a sp. zn. ÚOHS-P430/2014/VZ; a v žalobě též poprvé na podnět šetřený pod sp. zn. ÚOHS-P428/2014/VZ. Žalobce byl přesvědčen, že pokud žalovaný v těchto obdobných případech nezahájil správní řízení z moci úřední, přestože měl dostatek informací a podkladů pro posouzení postupu zadavatele, bylo možné dovodit jeho právní závěr a mohlo se tedy jednat o správní praxi zakládající legitimní očekávání žalobce. Žalovaný po prošetření těchto podnětů neshledal důvod k zahájení řízení z moci úřední, ačkoli se dané případy skutkově i právně podobaly žalobcově případu. Jak již ovšem bylo uvedeno výše, žalovaný však dotčené subjekty upozornil, že daný závěr nevylučuje možnost následného přezkoumání postupu zadavatele, vyjdou-li najevo nové skutečnosti. I to oslabuje argument žalobce o existující správní praxi.
96. Žalobce dále s odkazem na rozsudky Krajského soudu v Brně ze dne 28. 8. 2014, č. j. 29 Af 74/2012-80, a ze dne 10. 11. 2011, č. j. 62 Af 52/2010-89, a na nález Ústavního soudu ze dne 8. 10. 2002, sp. zn. II. ÚS 586/02 (všechna zde uvedená rozhodnutí Ústavního soudu jsou dostupná na <http://nalus.usoud.cz>), uvádí, že žalovaný byl i v případech „procesního“ rozhodování povinen rozšířit předmět řízení, případně zahájit řízení o správním deliktu z moci úřední, neboť Shodu s prvopisem potvrzuje: Dana Janků

jak zdejší soud vyslovil v rozsudku ze dne 28. 8. 2014, č. j. 29 Af 74/2012 - 80, „[n]emělo by žádný praktický důsledek, aby v řízení o návrhu bylo jednání zadavatele přezkoumáno výhradně v mezích uplatněného návrhu a případně řízení zastaveno, pokud by žalovaný v tomto rozsahu porušení zákona o veřejných zakázkách ze strany zadavatele nedovodil, a aby následně žalovaný z moci úřední zahajoval další samostatné správní řízení o přezkumu jiných úkonů zadavatele, u nichž podezření z porušení zákona o veřejných zakázkách sám dovodil v rámci původního návrhového řízení. Takový postup by byl v rozporu se zásadou hospodárnosti“. K tomu krajský soud uvádí, že předmětem nyní projednávané věci je přezkum zákonnosti napadeného rozhodnutí předsedy Úřadu a jeho postup v řízení, jež vydání tohoto rozhodnutí předcházelo. Pokud se žalovaný dozví o tom, že mohlo při zadávání veřejné zakázky dojít k porušení zákona o veřejných zakázkách, je jeho povinností svá zjištění prošetřit a zahájit řízení vůči všem subjektům, které se porušení právních předpisů měly dopustit. Postup, tedy zahájení řízení z moci úřední „v rámci“ řízení návrhového, byl ovšem judikaturou výslovně dovozen až právě v citovaném rozsudku ze dne 28. 8. 2014, tj. více než dva roky po uzavření smlouvy v nyní řešené věci.

97. Pro úplnost pak krajský soud k argumentu, že v případě poznatku o možném porušení zákona by měl správní orgán povinnost zahájit správní řízení neprodleně, doplňuje, že obecně tento názor, podpořený odkazem na některé základní zásady činnosti správních orgánů dle správního řádu, v zásadě platí. V daném případě však žalovaný důvod pro zahájení správního řízení s žalobcem seznal až na základě výkladu poskytnutého judikaturou správních soudů, konkrétně právě rozsudkem ve věci sp. zn. 62 Af 61/2012.
98. Z výše uvedených důvodů se tedy soud domnívá, stejně jako předseda Úřadu v napadeném rozhodnutí, že nebyly důvodné ani další námitky odvíjející se od námitky existence ustálené správní praxe. To se týká zejména argumentu, že legitimní očekávání žalobce související s principem právní jistoty mělo převážet nad principem legality, tedy postupem dle zákona v intencích později změněné judikatury. S výhradou shora uvedeného má soud za to, že i kdyby tu takový konflikt právních principů byl dán, nelze přisvědčit ani argumentaci žalobce opřené o nálezy Ústavního soudu ze dne 12. 12. 2013, sp. zn. III. ÚS 3221/11. Pokud žalobce výjimečné okolnosti, které měly ve smyslu zmíněného nálezu vést k upřednostnění principu jeho legitimního očekávání, spatřuje v tom, že se v posuzovaném případě jednalo o vztah mezi státem a soukromou osobou, jehož se neúčastní žádná jiná osoba, jejíž zájmy by mohly být dotčeny, soud se s tímto hodnocením neztotožňuje. V záležitosti řešené Ústavním soudem se jednalo o problematiku daňové povinnosti, kdy se skutečně jedná výlučně o vztah mezi státem a soukromou osobou. Formálně vzato i v případě žalobcovy věci šlo o sankční vztah mezi státem a jím, na druhou stranu však nelze úplně pustit ze zřetele to, že žalovaný (předseda Úřadu) posuzoval jednání žalobce, které směřovalo i vůči třetím osobám a mohlo se dotknout jejich práv.
99. Soud k argumentační linii žalobce uvedené v této části rozsudku pro úplnost připomíná, že od právní moci rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, byl žalovaný povinen se řídit tam vyjádřeným právním názorem. I z tohoto důvodu (nad rámec již uvedeného) nelze přisvědčit argumentům žalobce, dle nichž měla být ve smyslu usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006-132, praxe žalovaného (výklad principu transparentnosti v popisovaném smyslu) měněna jen do budoucna a s výslovným upozorněním. Jak rovněž bylo řečeno, s právním názorem správních soudů bylo možné se seznámit, neboť byla publikována minimálně na internetových stránkách Nejvyššího správního soudu. Co se týká časového působení změn judikatury, je třeba zdůraznit, že judikturní názor na výklad § 61 odst. 4 a 5 v daném smyslu byl vysloven poprvé až v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, a správní soudy tak nijak svou dosavadní judikaturu nepřehodnocovaly. Navíc na právní vztahy vzniklé v minulosti není možné aplikovat mylné právní názory z doby před jejich změnou. Obecně tedy platí zásada, že nový právní názor se uplatní na všechna budoucí, jakož i na všechna probíhající řízení (přiměřeně viz *Kühn*, Z. Ústavní soud k intertemporalitě judikatorních změn. Jurisprudence, Shodu s prvopisem potvrzuje: Dana Janků

2010, č. 8). V daném případě tedy nebylo možné, aby žalovaný pokračoval v rozhodování v intencích svých nesprávných právních názorů vyjádřených před právní mocí rozsudku č. j. 62 Af 61/2012-108.

100. Nadto je ovšem nutné k argumentaci legitimním očekáváním změnou správní praxe apod. znovu upozornit, že obecně se výkladem pojmu transparentnost zabýval Nejvyšší správní soud, jak již bylo shora řečeno, v rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, tedy zhruba rok před tím, než proběhlo losování. Navíc soud k výslovné námitce žalobce dodává, že se nedomnívá, že by žalobou napadené rozhodnutí předsedy Úřadu bylo v daném směru nepřezkoumatelné; předseda Úřadu se sice k věci vyjádřil velmi stručně, nicméně dostačujícím způsobem uvedl, že zde vůbec nebylo dáno legitimní očekávání, které by mohlo převážet nad principem legality. Proto nebylo nutné ani to, aby se předseda Úřadu vyjadřoval k navazujícím námitkám, které ve smyslu výše uvedeného ztratily opodstatnění.
101. Na uvedených závěrech soudu pak nemohly změnit nic ani další žalobcem navržené a následně provedené důkazy v podobě dokumentů Ministerstva životního prostředí, které posléze vedly tento orgán k podání podnětu k žalovanému (zejména kontrolní listy k transparentnosti elektronického losování v rámci Operačního programu Životní prostředí, komunikace mezi žalobcem a poskytovatelem dotace, tisková zpráva k výsledkům šetření Ministerstva zemědělství, dokument podmínky poskytnutí dotace atd.), který na jeho základě, a to v návaznosti na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108 (který zmínilo ve svých materiálech i Ministerstvo životního prostředí), zahájil řízení ve věci žalobce. Soud totiž nepřezkoumává a nehodnotí činnost Ministerstva životního prostředí, nýbrž činnost a rozhodnutí žalovaného a předsedy Úřadu. Soud při dokazování ze smlouvy uzavřené s vítězným uchazečem ověřil, že tato smlouva byla podepsána dne 13. 4. 2012; o této otázce však nebylo sporu a obdobně se týká faktur vystavených vybraným uchazečem za zhotovení díla a soupisu takto provedených prací. Totéž platí o důkazech v podobě platebních výměrů na odvod za porušení rozpočtové kázně.

V. c) (Ne)možnost aplikace rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, na projednávanou věc

102. Důležitou součástí žalobcovy argumentace je také tvrzení o nemožnosti aplikace závěrů formulovaných v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, na nyní projednávanou věc. Tato námitka velmi úzce souvisí s otázkami rozebíranými výše, tedy samotnou transparentností průběhu losování a jejím posouzením a do jisté míry s komplexem výtek na adresu žalovaného souvisejících s legitimním očekáváním žalobce.
103. Zdejší soud je při posuzování této námítky, stejně jako žalovaný a předseda Úřadu, přesvědčen, že závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108 (a navazující judikatury), na věc naopak plně dopadají. Nelze totiž najít nalézt relevantní odlišnosti; na druhou stranu jsou rozhodné skutkové a právní okolnosti srovnatelné, ne-li totožné (lze pro dokreslení předběžně – ze skutkového hlediska – poukázat např. na úzkou časovou souvislost losování v obou případech, obdobné losovací zařízení, působení společnosti VE-ZAK CZ s.r.o. apod.).
104. Pro ilustraci analogických skutkových okolností soud shrnuje zjištění, která krajský soud v Brně učinil ve zmíněném rozsudku přijatém v řízení pod sp. zn. 62 Af 61/2012: „Z notářského zápisu č. NZ 148/2011 (N 169/2011) sepsaného dne 19.9.2011, který je součástí dokumentace o veřejné zakázce, vyplynulo, že losování proběhlo dne 19.9.2011 od 8:30 do 8:57 hodin prostřednictvím elektronického losovacího zařízení Cent LOZ002. Zajištěním losování byla pověřena společnost VE-ZAK CZ s.r.o. Podle notářského zápisu z prohlášení moderátora losování plyne, že losovací zařízení nemá žádné aktivní komunikační rozhraní (bluetooth, Wi-Fi, LAN, touch screen atd.) vyjma tří kláves pro ovládání aplikace. Zařízení dále obsahuje na

žadní stěně tlačítko pro nouzové vypnutí zařízení v případě požáru nebo poruchy elektroinstalace a vstup pro napájecí kabel. Provozovatel losovacího zařízení se před zahájením losování prokázal neporušenou plombou losovacího zařízení číslo 056920. Dále provozovatel losovacího zařízení uvedl, že přílohou notářského zápisu je zpráva Elektrotechnického zkušebního ústavu, s. p. o zkoušce losovacího zařízení č. 100680-01/02 („Zpráva o zkoušce“). Provozovatel losovacího zařízení dále provedl zkoušku losování. Před samotným losováním přečetl provozovatel losovacího zařízení všechny zájemce v pořadí podle doručení žádosti o účast, celkem 14 zájemců. Následně došlo k samotnému losování. Zájemcům, kteří prokázali splnění kvalifikace (mimo jiné i žalobci), byla pro účely losování přiřazena čísla 1 – 14 odpovídající pořadí přijetí jejich žádosti o účast v předemtné veřejné zakázce, z nichž pak byla vylosována [dále uvedená] čísla [...]“. Ve zmíněném případě jeden ze zájemců požádal před losováním o přečíslování, což je s ohledem na cíl tohoto požadavku a principiální východiska při posuzování transparentnosti losování, a to v souvislosti s obtížnou kontrolovatelností tohoto procesu při použití předemtného losovacího zařízení (jakožto i obtížnou kontrolovatelností tohoto zařízení jako takového – viz výše), úkon obdobný žádosti o restartování losovacího zařízení.

105. Žalobce poukazuje na skutkovou rozdílnost nynější věci od věci řešené pod sp. zn. 62 Af 61/2012 v tom, že bylo postaveno najisto, že se jedná o totožné losovací zařízení, které bylo předmětem zkoušky před Elektrotechnickým zkušebním ústavem, a zároveň že zástupce jednoho ze zájemců ověřil neporušenost a číslo plomby losovacího zařízení, přičemž obě tyto skutečnosti vyplývají z Notářského zápisu. Této námitce soud přisvědčuje jen částečně. Ze strany třetí Notářského zápisu vyplývá, že náhodně vybraný přítomný zástupce uchazeče zkontroloval, že „číslo a stav neporušenosti plomby číslo 056991“, což navazuje na obsah Notářského zápisu, dle kterého „JUDr. Jan Bělíček připomněl, že má k dispozici předávací protokol mezi Centador s.r.o. a VE-ZAK CZ s.r.o., v kterém je uvedeno jak číslo losovacího zařízení, tak číslo plomby“ (zmíněný předávací protokol nebyl přílohou Notářského zápisu). Na rozdíl od věci sp. zn. 62 Af 61/2012 tak bylo zachyceno, že jeden ze zástupců účastníků se losování zkontroloval plombu, jednoznačně však zachyceno nebylo, že by se jednalo o stejný přístroj, jako ten, který byl předmětem zkoušky u Elektrotechnického zkušebního ústavu. Je tak dána částečná shoda s konstatováním uvedeným v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108. V tomto ohledu lze odkázat na zmíněný rozsudek, v němž je k takové situaci uvedeno, že „není najisto postaveno ani to, zda se v případě losovacího zařízení použitého při losování jednalo o totéž losovací zařízení, jaké bylo předmětem Zprávy o zkoušce. Nadto je podstatné, že Zpráva o zkoušce se nikterak nevyjadřuje ke samotnému procesu losování.“ I kdyby tedy byla dána shoda použitého losovacího zařízení se zařízením, které bylo předmětem Zprávy o zkoušce, pořád platí to, co uvedl i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-52, tedy že „Zpráva o zkoušce Elektrotechnického zkušebního ústavu ze dne 10. 3. 2011 sice svědčí o funkčnosti a technických vlastnostech losovacího zařízení ke uvedenému datu, ale nic nevyovídá o stavu losovacího zařízení ke dni losování (19. 9. 2011) a o samotném procesu losování. Jde sice o určitou kontrolu losovacího zařízení, avšak nikoliv o kontrolu provedenou zájemci o veřejnou zakázku, ani o kontrolu bezprostředně před zahájením losování.“ (pozn.: zvýraznění doplněno). Proto ani v nynějším řízení nebylo relevantní, aby žalovaný (předseda Úřadu) prováděl žalobcem navrhovaný důkaz předemtným předávacím protokolem.
106. Zdejší soud se již vyjádřil k tomu, že ani následná kontrola u Elektrotechnického zkušebního ústavu nemohla nijak ovlivnit závěry týkající se porušení zákona o veřejných zakázkách. Pokud se týká testovacích losování, která měla dle žalobce sloužit jako forma kontroly zařízení i samotného losování ze strany zájemců, je možné zmínit, že např. „zkouška losování“ nebyla shledána jako rozhodný faktor ani v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108; navíc se opět nejedná o kontrolu zařízení a prostředků sloužících k losování před samotným zahájením losování.
107. Soud odkazuje na, dle jeho názoru, stále relevantní, pasáže rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, z něhož vycházel žalovaný i předseda Úřadu, dle kterých Shodu s prvopisem potvrzuje: Dana Janků

„z pohledu transparentnosti losování je podstatné, že účinná kontrola losovacího zařízení zájemci fakticky nebyla možná. Zájemci se totiž nejnvýše mohli na losovací zařízení „podívat“, resp. zvenčí si je „prohlédnout“, nikoli provést efektivní kontrolu losovacího zařízení z pohledu samotného postupu při losování. Kontrolou losovacího zařízení a prostředků sloužících k losování ve smyslu § 61 odst. 5 ZVZ 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 nikoli“. Rovněž je možné souhlasit s interpretací předsedy Úřadu, dle které takový postup považuje krajský soud nejenom za porušení samostatné povinnosti umožnit kontrolu losovacího zařízení, ale i významný prvek nasvědčující o porušení další povinnosti, a to povinnosti postupovat transparentně, když dle jeho názoru neumožněním reálné kontroly, jak uvádí v citovaném rozsudku Krajský soud v Brně, „nejen že došlo k porušení § 61 odst. 5 ZVZ (což je porušením samostatným), nýbrž také k oslabení celkově transparentního dojmu z losování; nic na tom nemění nabídka, aby bylo losovací zařízení následně (po skončení losování) „odvezeno na kontrolu“, jak je v notářském zápisu na páté straně zaznamenána. [...] Další okolnosti, která důvěru v korektní a obecně fair postup při losování oslabuje, je skutečnost plynoucí z páté strany notářského zápisu, podle něhož zástupce žalobce požádal, aby před losováním byla změněna čísla, jež byla jednotlivým zájemcům předem přidělena, čemuž však nebylo vyhověno.“ S tím vyslovil souhlas i Nejvyšší správní soud v následném rozsudku ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-52; tyto závěry považuje zdejší soud za aplikovatelné i přes rozdílnost spočívající v odmítnutí požadavku na restartování losovacího zařízení, nikoli v požadavku na přečíslování uchazečů.

108. V rozporu s námitkou žalobce se pak zdejší soud domnívá, že byla dána kombinace faktorů, která oslabovala transparentnost losování. Jednak šlo, v relaci k porušení § 61 odst. 4 či § 61 odst. 5 ve vztahu k § 6 zákona o veřejných zakázkách, o použití jen obtížně kontrolovatelného zařízení, kdy nebyl postaven najisto jeho stav ke dni losování, a zároveň došlo k odmítnutí požadavku na restartování tohoto zařízení, kdy nebylo dáno dostatečné odůvodnění zamítnutí žádosti o vypnutí a zapnutí losovacího zařízení. I tyto důvody jsou již dostačující pro závěr o porušení transparentnosti losování, pročez soud nepovažuje dále za plodnou polemiku o dalších faktorech, které měly dle předsedy Úřadu k tomuto výsledku též vést – předem připravené označení zájemců čísla, jež bylo pouze v dispozici zadavatele, nemožnost ověřit funkčnost a trvanlivost plomby losovacího zařízení (jeden z uchazečů sice měl dle Notářského zápisu možnost plomby zkontrolovat, avšak v tomto směru odkazuje soud zejména na bod 91. a 95. odůvodnění rozhodnutí předsedy Úřadu, kdy se závěry formulovanými v tomto rozhodnutí souhlasí; viz také stanovisko Elektrotechnického zkušebního ústavu ze dne 12. 11. 2015, dle kterého tento ústav předmětné losovací zařízení neplomboval, což nerozporuje ani žalobce, čímž se však oslabuje význam faktoru testování předmětného losovacího zařízení a otevírá se prostor pro pochybnosti o jeho stavu v době losování). Předem připravené označení zájemců čísla, které bylo v dispozici zadavatele, v kombinaci s požadavkem na přečíslování, přitom bylo za činitel oslabující transparentnost losování uvedeno v části shora citovaná judikatury, na kterou Krajský soud v Brně odkazuje; v daném smyslu mohl uvedený faktor vzbudit pochyby i v souvislosti s nevyhověním požadavku na restartování losovacího zařízení. V tomto kontextu, kdy předseda Úřadu jednoznačně své závěry opřel o kombinaci shora uvedených faktorů (bod 70. jeho rozhodnutí), je pak bezpředmětný spor o interpretaci bodu 69. jeho rozhodnutí, v němž se vyvozuje, že teoreticky může k porušení principu transparentnosti při losování vést i existence pouze jednoho prvku, který činí zadávací řízení nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným, nepřehledným či vzbuzuje pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. V tomto kontextu pak není příléhavá argumentace žalobce rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 2. 10. 2015, č. j. ÚOHS-R464/2014/VZ-31150/2015/323/MO, v němž obdobně jako nyní byla netransparentnost losování shledána v kombinaci více prvků, a to sice použití elektronického losovacího zařízení a neumožnění přečíslování zájemců k návrhu před zahájením losování (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 7. 2015, č. j. 6 As 59/2018-75).

Shodu s prvopisem potvrzuje: Dana Janků

109. Pokud žalobce uvádí, že restartování zařízení nebylo možné, neboť by i tento postup vedl k ohrožení transparentnosti losování, pak soud k tomu zastává názor, že takové podmínky (stejně jako omezení počtu zájemců) si žalobce zvolil dobrovolně; pokud se na základě takto nastavených parametrů, včetně stanovení pořadí zájemců předem, dostal do svízelné situace, je to důsledek jeho vlastních (nesprávných) rozhodnutí (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2016, č. j. 4 As 68/2016-48; zejm. č. l. 53). Je sice pravdou, že žalovaný žalobci nenabídl konkrétní postup, který měl za dané situace zvolit, aby zajistil transparentnost losování, na druhou stranu to však není, i s přihlédnutím k již uvedenému, jeho úkolem. Obecně pak soud připomíná, že dle judikatury správních soudů je pojem transparentnosti pojmem pružným a schopným reagovat na nejrůznější skutkové situace, které mohou nastat (viz výše zmíněný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159). Současně judikatura potvrdila, že pružnost pojmu transparentnost předpokládá též vývoj v závislosti na proměňujících se protizákonných praktikách, a že pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. K tomu přitom může dojít i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo. Pochybnosti mohou vzejít i z pouhé neschopnosti působit navenek při losování férově – srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012-55.
110. Stejně tak nepokládá Krajský soud v Brně rozhodnutí předsedy Úřadu za nepřezkoumatelné, pokud předseda Úřadu neuvádí, jak by měl žalobce v souvislosti s požadavkem na restartování losovacího zařízení postupovat, aby nevznikly pochyby o transparentnosti losování, a to v souvislosti s možnými pochybami, které dle žalobce mohly právě v případě vyhovění požadavku na restartování losovacího zařízení vzniknout. Jak již bylo řečeno, žalovaný není povinen dávat žalobci podrobný návod pro to, jak provádět transparentní losování a jak se vypořádat s každou při losování se objevivší skutečností.
111. Jestliže žalobce v bodě 96. žaloby argumentuje tím, že ani zájemci, kteří podali proti postupu žalobce námitky dle zákona o veřejných zakázkách, se necítili být po zamítnutí jejich námitek postupem žalobci dotčeni, jelikož nepodali návrh na přezkum postupu zadavatele v předmětném zadávacím řízení ani podnět k žalovanému, nepovažuje soud tyto námitky pro věc za rozhodné, neboť důvody žalobou napadeného rozhodnutí stojí na jiných základech; navíc o důvodech, proč nebyl podán žádný takový návrh lze totiž jen spekulovat, kdy daná skutečnost sama o sobě nevyovídá nic o transparentnosti losování. Co se pak týká bodu 145. žaloby, nepovažuje soud za nutné vyjadřovat se k obecné úvaze žalobce o tom, zda by bylo důvodné „sankcionovat zadavatele všech zadávacích řízení, v nichž zadavatel přistoupil k zadání zakázky v užším řízení s tím, že se rozhodl pro omezení počtu zájemců o účast v zadávacím řízení formou losování, a to v případech, kdy nebylo před samotným losováním provedeno restartování losovacího zařízení“. Soud neposuzuje hypotetické případy, ale případy konkrétní, jako ten nyníjší, a to v závislosti na individuálních skutkových okolnostech.
112. Soud také nepovažuje rozhodnutí předsedy Úřadu za „nepřezkoumatelné pro jeho nesrozumitelnost“, pokud předseda Úřadu (resp. žalovaný) neuvádí, jaký důvod by musel být dán, aby zadavatel nebyl povinen restartování provést, a z jakého důvodu nepovažuje odůvodnění žalobce za dostatečně věrohodné. Předseda Úřadu v bodě 112. svého rozhodnutí uvádí, že „nelze dovodit, že je zadavatel vždy, za všech okolností, povinen přistoupit k označování zájemců čísly až bezprostředně před zahájením losování za přítomnosti zájemců o účast. Zákon takovou povinnost nestanoví. Za všech okolností však musí být postup zadavatele v zadávacím řízení v souladu se zásadou transparentnosti.“ Tyto úvahy, při zohlednění toho, že žalovaný není povinen dávat žalobci podrobný návod pro to, jak provádět transparentní losování a jak se vypořádat s každou při losování se objevivší skutečností, nepovažuje soud za nijak nesrozumitelné. Zároveň zde soud nespatřuje zásadní odchylení se od rozsudků Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, a Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-52, v nichž se hovoří o racionalitě důvodů pro odmítnutí změny čísel (přecíslování uchazečů).

Shodu s prvopisem potvrzuje: Dana Janků

113. Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012-108, považuje žalobce za neaplikovatelný rovněž „pro nejasnost jeho závěrů“, kdy z něj údajně „v podstatě vyplývá, že použití elektronického losovacího zařízení, ač bylo zákonem výslovně předpokládáno v ust. § 61 odst. 4 ZVZ, bude zároveň pokaždé v rozporu s ust. § 61 odst. 5 ZVZ. Elektronické losovací zařízení je vždy nutně vybaveno počítačovým programem. Pokud pak jedinou kontrolou, která umožní zájemcům objektivně posoudit, zda losování může proběhnout korektním způsobem, je kontrola počítačového programu, ke níž však zájemci nemohou být na místě losování bezprostředně před jeho zahájením vybaveni, znamená to, že legální použití elektronického losovacího zařízení de facto není možné a každý zadavatel, který elektronické losovací zařízení dle tehdejší právní úpravy použil, porušil zákon.“ S tímto hodnocením se soud neztotožňuje. Předně uvádí, že citovaný rozsudek byl přezkoumán a „potvrzen“ rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013-52; judikatura nadřízeného soudu je pro krajský soud závazná. Navíc Krajský soud v Brně i Nejvyšší správní soud dovedl, že kontrola byla možná například právě přecíslováním, přičemž z jejich rozhodnutí nelze, jak již bylo řečeno, kategoricky vyloučit jinou kontrolu (např. tu navrženou zájemcem v nynějším případě – vypnutím a opětovným zapnutím losovacího zařízení).
114. Pakliže žalobce namítá, že žalovaný (předseda Úřadu) mohl zjistit, na základě výpovědi možných svědků, kdo, kdy a jak losovací zařízení plombuje a kdo garantoval stav softwaru, je třeba uvést, že žalovaný věc posuzoval ke dni, kdy proběhlo losování. Pozdější zjišťování navrhovaných skutečností tedy nemělo zásadní význam ve vztahu k možným pochybnostem o transparentnosti, které vznikly právě v den losování, a které měly souvislost s neumožněním restartování losovacího zařízení (proto soud také neprováděl důkazy v podobě výsledku svědků – účastníků losování, zástupce společnosti VE-ZAK CZ, s.r.o. a zástupce společnosti Centador s.r.o.). Podobně lze uvést k argumentaci v bodu 118. žaloby, že z hlediska nynějšího posouzení věci není rozhodné, zda měl žalovaný v březnu roku 2011 losovací zařízení CENTLOZ001 zapůjčené – žalovaný nemohl při kontrole tohoto zařízení předvídat, že dojde k výše specifikovaným okolnostem snižujícím transparentnost losování; taktéž je možné poukázat na to, že pozdější hodnocení věci žalovaným bylo ovlivněno shora již zevrubně popsáním vývojem judikatury, již byl žalovaný při své činnosti vázán.
115. Pakliže žalobce argumentuje, že žalovaný, potažmo předseda Úřadu v obdobných věcech používá stereotypní formulace, které nesvědčí o individuálním posuzování věci, uvádí k tomu zdejší soud, že nelze totiž bez dalšího považovat za pochybení, pokud žalovaný obdobné skutkové stavy hodnotí prostřednictvím obdobných (v rozhodnutí se objevujících) formulací (v tomto směru soud provedl důkaz rozhodnutími žalovaného ze dne 6. 11. 2014, č. j. ÚOHS-S715/2014/VZ-23661/2014/533/ZPr, ze dne 31. 10. 2014, č. j. ÚOHS-S711/2014/VZ-23093/2014/523/LSt, a ze dne 11. 12. 2014, č. j. ÚOHS-S880/2014/VZ-26403/2014/533/LMa; z nich vyplynulo, že žalovaný skutečně užíval obdobné formulace, jak již však bylo řečeno, tato skutečnost sama o sobě nemůže svědčit o nezákonnosti nyní přezkoumávaného rozhodnutí).

V. d) Námitky týkající se nesprávného procesního postupu

116. Žalobce se v rámci tohoto okruhu námitek domnívá především to, že správní řízení ve věci nebylo řádně zahájeno, a také to, že žalovaný, resp. předseda Úřadu v rozporu s § 3 a § 50 odst. 2 správního řádu nezjistil všechny skutečnosti, které jsou rozhodné pro posouzení věci. V tomto směru se zejména domnívá, že Notářský zápis nebyl pro rozhodnutí věci dostatečným podkladem, nýbrž že měly být provedeny výslechy zájemců o účast, zástupců zájemců, notáře, společnosti VE-ZAK CZ s.r.o. aj., a to za účelem zjištění zabezpečení losovacího zařízení a zjištění dalších důvodů, v Notářském zápise nezachycených, pro odmítnutí vypnutí a opětovného zapnutí tohoto losovacího zařízení.
117. První výše zmíněnou námitkou tedy bylo to, že žalovaný v rozporu s § 46 odst. 1 správního řádu nedostatečně vymezil předmět řízení, a správní řízení proto nebylo řádně zahájeno. Podle § 46 Shodu s prvopisem potvrzuje: Dana Janků

odst. 1 věty druhé správního řádu musí oznámení o zahájení řízení z moci úřední obsahovat označení správního orgánu, předmět řízení, jméno, příjmení, funkci nebo služební číslo a podpis oprávněné úřední osoby. Krajský soud v této souvislosti konstatuje, že v nyní souzené věci bylo řízení zahájeno řádně a v souladu s citovaným ustanovením zákona. Z rozhodovací činnosti Nejvyššího správního soudu k této otázce vyplývá, že „na samém počátku řízení není možné jeho předmět zcela přesně vymezit. V této fázi má správní orgán pouze informace plynoucí z jeho postupu před samotným zahájením správního řízení a z případných vnějších podnětů. Nicméně předmět jakéhokoliv zahajovaného řízení (a pro oznámení o zahájení správně-trestního řízení to platí zvláště) musí být identifikován dostatečně určitě tak, aby účastníkovi řízení bylo zřejmé, jaké jeho jednání bude posuzováno, a aby bylo zaručeno jeho právo účinně se v daném řízení hájit“ (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 3. 2010, č. j. 1 Afs 58/2009-541, publikovaný pod č. 2119/2010 Sb. NSS). V nyní posuzovaném případě ze správního spisu vyplývá, že žalovaný v oznámení o zahájení správního řízení (ze dne 26. 8. 2014, č. j. ÚOHS-S708/2014/VZ-17860/2014/523/ASo) popsal skutkové okolnosti vyplývající z Notářského zápisu spočívající mj. v odmítnutí požadavku na vypnutí a opětovné zapnutí losovacího zařízení před vlastním losováním při omezování počtu zájemců o veřejnou zakázku a také další skutečnosti, na základě kterých získal pochybnost o souladu postupu žalobce s § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 zákona o veřejných zakázkách. Žalovaný vymezil skutkovou podstatu možného správního deliktu, včetně potenciální výše pokuty, která za jeho spáchání hrozila, přičemž citoval relevantní ustanovení zákona o veřejných zakázkách, která na přezkoumávanou věc dopadají. V závěru oznámení žalovaný shrnul své pochybnosti, když uvedl: „S ohledem na výše uvedené získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel při omezení počtu zájemců o účast v šetřené veřejné zakázce postupoval v souladu s § 61 odst. 4 zákona a se zásadou transparentnosti zakotvenou v ust. § 6 zákona.“ V daném případě tedy nelze hovořit o nevědomosti žalobce o předmětu řízení a z toho vyplývající újmě na možnosti se v řízení účinně hájit. Žalobci byla dána možnost vyjádřit se k předmětu řízení, což také učinil ve svém poměrně podrobném vyjádření ze dne 12. 9. 2014. Z jeho obsahu je dle krajského soudu jednoznačně patrné, že žalobce věděl, co je mu kladeno za vinu a k jakým otázkám se má ve vztahu k možnému porušení § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a zásady transparentnosti vyjadřovat.

118. Na uvedeném závěru dle názoru soudu nemůže nic změnit ani související argumentace žalobce podaná v jeho replice ze dne 10. 3. 2017, opírající se mj. o okolnosti související se žádostí žalovaného o stanovisko a dokumentaci ze dne 30. 5. 2014, č. j. ÚOHS-P440/2014/VZ-11372/2014/524/LSt; rozhodné je totiž samotné zahájení správního řízení a příslušné oznámení v tomto okamžiku, jak již soud konstatoval výše, splňovalo všechny zákonné náležitosti (viz obdobné posouzení prakticky totožné argumentace i skutkové a právní situace v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 26. 1. 2018, č. j. 30 Af 9/2016-439, kdy kasační stížnost proti tomuto rozsudku zamítl Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 16. 8. 2018, č. j. 10 As 81/2018-97).
119. Co se týká námítky zabývající se problematikou Notářského zápisu, ztotožňuje se soud se závěry vyjádřenými v napadeném rozhodnutí. Sama skutečnost, že Notářský zápis doslovně nezaznamenává přímou řeč přítomných osob či projevy zadavatele, jeho zástupců a přítomných zájemců, neznamená, že Notářský zápis nezaznamenal o projevech přítomných osob všechny nezbytné informace, o které se žalovaný mohl ve svých závěrech opřít. Pokud by obsah Notářského zápisu byl vyvrácen, či podstatně korigován, byl postup (žalobce) zadavatele v této části nepřezkoumatelný, jelikož by v souvislosti s losováním nebyl k dispozici řádně pořízený notářský zápis, který by osvědčil všechny skutečnosti. Už tato skutečnost by působila netransparentně z hlediska průběhu losování veřejné zakázky, a to také proto, že by materiálně nebyla splněna jedna z podmínek dle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, který stanoví, že losování provede veřejný zadavatel „za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování“. Rovněž není

pravděpodobné, že by souhrn údajů o číslech bezpečnostních pečeti a institucích, které je zhotovily, byť jsou tyto údaje zmíněny v textu Notářského zápisu (jakožto veřejné listiny), měl relevantní vypovídací hodnotu z pohledu transparentnosti losování k okamžiku losování. To se týká i eventuálních vysvětlení osob ověřujících technickou stránku zařízení, neboť předmětem správního řízení nebylo posoudit, zda s losovacím zařízením mohlo být manipulováno, ale zda průběh losování se navenek jevil jako férový a řádný. Navíc žalobce v žádnou fázi řízení před žalovaným, a ani v řízení před soudem, relevantně nezpochybnil obsah předmětného Notářského zápisu, kdy sám nenabídl žádné zdůvodnění pro odmítnutí požadavku na restartování losovacího zařízení, které by buď šlo nad rámec Notářského zápisu, či by bylo významné z hlediska zproštění odpovědnosti za žalobci připisované správní delikty; není tak zcela zřejmé, k čemu by provedení takových důkazů mělo v řízení před žalovaným (předsedou Úřadu) vést (obdobně pak lze uvést i k neprovedení takto navržených důkazů v řízení před soudem). Soud tak uzavírá, že přímo v Notářském zápise prakticky není uveden důvod zamítnutí požadavku na přečíslování (dle Notářského zápisu byla zástupkyně příslušného uchazeče pouze odkázána na možnou pozdější kontrolu na náklady tohoto uchazeče u Elektrotechnického zkušebního ústavu) a tvrzení, že mohl existovat relevantní a výslovně sdělený (v Notářském zápise nezachycený) důvod odmítnutí předmětného požadavku, je i dle názoru zdejšího soudu účelové.

120. Soud k dané námitce ještě dodává, že pokud by si žalobce po dokončení losování např. nebyl jist přesným zachycením jeho průběhu do Notářského zápisu, měl na tuto skutečnost upozornit přítomného notáře a trvat na neprodleném doplnění Notářského zápisu tak, aby byl na základě tohoto dokumentu následně zajištěn náležitý přezkum celého procesu losování. Jak již bylo naznačeno výše, argumentace žalobce vůbec připouštějící skutečnost, že by z dokumentace veřejné zakázky nevyplývaly veškeré relevantní informace o průběhu zadávacího řízení, již sama o sobě může vzbuzovat pochybnosti o dodržení základních zásad zadávání veřejných zakázek dle § 6 zákona o veřejných zakázkách, zejména právě porušení zásady transparentnosti. Jak již bylo řečeno, pokud tedy nyní žalobce jako zadavatel namítá nedostatečnost Notářského zápisu, který byl vypracován v zájmu řádného zdokumentování losování, a tedy i v zájmu samotného žalobce jako zadavatele, je nutno tuto námitku pokládat za účelovou. K osobám přítomným losování a zástupcům společností VE-ZAK CZ s.r.o. a Centador s.r.o., jejichž výslech žalobce v podané žalobě v této souvislosti navrhoval, pak krajský soud opakuje, že vzhledem k obsahu spisového materiálu lze zejména z obsahu Notářského zápisu, v němž je zachycen a popsán průběh losování, vyvodit závěry, k nimž žalovaný v dané věci dospěl. Následným výslechem osob přítomných losování přitom nelze dohánět zákonné povinnosti, které žalobci jako zadavateli plynuly ze zákona o veřejných zakázkách. Ani případné výsledky navrhovaných osob by tedy na daných závěrech nemohly ničeho změnit. Krajský soud v Brně proto k výslechu uvedených osob nepřistoupil, a z těchto důvodů nelze jejich nevyslechnutí v předcházejícím správním řízení vytýkat ani správním orgánům.
121. Žalobce rovněž namítá, že ve věci mělo proběhnout ústní jednání. Z obsahu správního spisu skutečně vyplývá, že žalovaný (i předseda Úřadu) rozhodoval bez nařízení ústního jednání. Žalobce tvrdí, že tímto postupem bylo zasaženo do jeho procesních práv zejména s ohledem na dokazování a zjišťování skutkového stavu bez důvodných pochybností. Zároveň žalobce uvádí, že nebyl vyrozuměn o provádění důkazů mimo ústní jednání.
122. Dle § 49 odst. 1 správního řádu „[ú]stní jednání správní orgán nařídí v případech, kdy to stanoví zákon, a dále tehdy, jestliže je to ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků nezbytné“.
123. Ohledně předmětné námitky lze uvést, že dle § 15 odst. 1 správního řádu je správní řízení zásadně ovládáno zásadou písemnosti, přičemž tato zásada je modifikována v případech, kdy je správním orgánem nařízeno ústní jednání (viz citovaný § 49 správního řádu). Zákon o veřejných zakázkách v tomto smyslu v případě řízení vedeného žalovaným ve věci možného spáchání

správního deliktu zadavatelem při zadávání veřejné zakázky žádnou speciální úpravu neobsahuje. Jak přitom vyplývá z rozsudku Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 29. 3. 2012, č. j. 15 A 18/2010-88, dostupného na www.nssoud.cz, „účastníku správního řízení svědčí vždy „toliko“ nárok na uskutečnění ústního jednání v režimu veřejného ústního jednání a nikoliv samotný nárok na uskutečnění ústního jednání jako takového. Zda se ve věci uskuteční ústní jednání či nikoliv, zákonodárce vyjma případů, kdy tak stanoví zákon, ponechal na úvaze správního orgánu, jejíž rámeček je vymezen v ust. § 49 odst. 1 správního řádu.“ Lze přitom přisvědčit žalobci, že dle usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 4. 2012, č. j. 7 As 57/2010-82, publikovaného pod č. 2633/2012 Sb. NSS, „[d]okazování tedy musí být primárně prováděno při ústním jednání, o jehož konání bude účastník sankčního řízení předem vyzooměn ve smyslu § 49 odst. 1 správního řádu, aby mohl případně využít svého práva být přítomen a měl možnost se ke všem prováděným důkazům vyjádřit“. Z uvedeného však nelze dovodit, že by ústní jednání mělo být nařizováno správními orgány ve všech správních řízeních vedených ve věci možného spáchání správního deliktu výlučně a bez výjimky.

124. Vzhledem k formě důkazů (listiny) a povaze správního orgánu (rozhodoval pověřenou úřední osobou) nevznikla žádná relevantní pochybnost o tom, zda a za jakých okolností se žalovaný s důkazy seznámil, jako tomu bylo právě v případě posuzovaném rozšířeným senátem Nejvyššího správního soudu v usnesení ze dne 3. 4. 2012, č. j. 7 As 57/2010-82, publikovaném pod č. 2633/2012 Sb. NSS, kde šlo o provedení důkazu promítáním audiovizuálního záznamu před kolektivním správním orgánem. Dále je nutno připomenout, že z žalobcem citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 10. 2004, č. j. 6 A 126/2002-27, publikovaného pod č. 461/2005 Sb. NSS, vyplývá pouze tolik, že pro trestnost správních deliktů musí platit obdobná pravidla jako pro trestnost trestných činů – zde konkrétně se jednalo o přípustnost trestání podle nového práva, jestliže je taková úprava pro pachatele výhodnější. Dokazování ani ústního jednání se tedy tento judikát nijak netýkal. Ostatně, také další judikatura Nejvyššího správního soudu stojí na závěru, že u správních deliktů obecně není ústní jednání povinnou součástí správního řízení (k tomu srov. např. rozsudek ze dne 11. 11. 2004, č. j. 3 As 32/2004-53, publikovaný pod č. 852/2006 Sb. NSS). Pro naplnění požadavků kladených na smluvní státy čl. 6 Úmluvy o ochraně základních práv a svobod (č. 209/1992 Sb.), na který žalobce v podané žalobě odkazoval, postačuje, když je ústní jednání provedeno (resp. umožněno) ve fázi soudního přezkumu. Je to totiž především nezávislý a nestranný soud, kde je nutné, aby obviněný měl možnost se bezprostředně seznámit se svou kauzou a prezentovat osobně svou obranu. Přitom k závěru, že záruky podle čl. 6 Úmluvy o ochraně základních práv a svobod se vztahují primárně na fázi soudního přezkumu správních rozhodnutí, dospěl již dříve také Ústavní soud, a to v nálezu ze dne 23. 11. 1999, sp. zn. Pl. ÚS 28/98, dostupném na <http://nalus.usoud.cz>, přičemž Nejvyšší správní soud se ve své následné judikatuře uvedených závěrů přidržel (viz rozsudky ze dne 16. 3. 2016, č. j. 1 As 277/2015-33 a č. j. 1 As 166/2015-29, dále ze dne 29. 3. 2016, č. j. 1 As 7/2016-30, ze dne 6. 4. 2016, č. j. 3 As 260/2015-58 a ze dne 7. 4. 2016, č. j. 5 As 122/2015-18).
125. Jak již bylo uvedeno výše, ani zákon o veřejných zakázkách nestanoví žalovanému povinnost nařizovat ústní jednání. V daném případě přitom byly důkazy ve věci prováděny výhradně listinami, které tvoří součást správního spisu. Žalobce přitom v podstatě nenamítal, že by mu nebylo umožněno nahlížet do spisu a vyjadřovat se ke všem shromážděným skutkovým podkladům (s výjimkou stanoviska Elektrotechnického zkušebního ústavu ze dne 12. 11. 2015, zn. 79-230/2015). Naopak, jako zadavatel se ve věci opakovaně vyjadřoval, a tedy využil svého práva, a to jak ve vyjádření ze dne 12. 9. 2014, které bylo žalovanému doručeno téhož dne, tak ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 10. 10. 2014, které bylo žalovanému doručeno dne 22. 10. 2014. Žalobce také dne 3. 10. 2014 využil svého práva nahlížet do spisu, o čemž byl pod č. j. ÚOHS-20916/2014/500/KDg sepsán protokol. Pro úplnost krajský soud připomíná, že první rozhodnutí žalovaného v předmětné věci ze dne 5. 11. 2014, č. j. ÚOHS-S708/2014/VZ-23474/2014/523/ASo, předseda Úřadu zrušil k rozkladu žalobce rozhodnutím ze dne 18. 9.

Shodu s prvopisem potvrzuje: Dana Janků

2015, č. j. ÚOHS-R416/2014/VZ-28759/2015/321/BRy, kterým zároveň vrátil věci k dalšímu řízení žalovanému. V takto pokračujícím správním řízení se žalobce opět k věci vyjádřil, a to podáním ze dne 9. 10. 2015, které bylo žalovanému doručeno dne 12. 10. 2015, resp. 14. 10. 2015. Mezitím nebyl spis doplněn o další důkazy. Dne 12. 11. 2015 pak byl spis doplněn o žalobcem vyžádané stanovisko Elektrotechnického zkušebního ústavu ze dne 12. 11. 2015, zn. 79-230/2015. Žalovaný následně žalobci sdělil usnesením ze dne 13. 11. 2015, č. j. ÚOHS-S708/2014/VZ-39416/2015/523/ASo, že má možnost se ve stanovené lhůtě vyjádřit k podkladům rozhodnutí, kdy žalobce tohoto svého práva využil sdělením ze dne 30. 11. 2015, které bylo žalovanému doručeno dne 2. 12. 2015. Následně z rozhodnutí žalovaného ze dne 4. 12. 2015, č. j. ÚOHS-S708/2014/VZ-42720/2015/523/ASo, jasně vyplynulo, že zmíněné stanovisko Elektrotechnického zkušebního ústavu ze dne 12. 11. 2015 (a rozpočet žalobce na rok 2015) žalovaný ve svém rozhodnutí zohledňoval, načež nejpозději v tuto dobu musel mít žalobce jasnou povědomost o takovémto doplnění spisu a byla mu dána možnost na tyto důkazy reagovat mj. v podaném. I kdyby snad v daném směru bylo možné shledat pochybení žalovaného, tak s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem věci se soud nedomnívá, že by tato skutečnost měla za následek nezákonnost rozhodnutí předsedy Úřadu, a to také s přihlédnutím k tomu, že odvolací řízení (řízení o rozkladu) tvoří s rozhodováním v prvním stupni jednotu a byla dána možnost v odvolacím (rozkladovém) řízení napravit nedostatky prvostupňového rozhodnutí (řízení).

126. Žalovaný tak dle krajského soudu nepochybil, pokud neshledal potřebným a nezbytným nařizovat ve věci ústní jednání, přesto však krajský soud nad rámec výše uvedeného doplňuje, postup žalovaného považuje za hraniční, a že do budoucna by provádění ústního jednání v obdobných případech mělo být pravidlem a jeho konání krajský soud důrazně doporučuje; závěr, že zde nebyla dána vada, která by měla vést ke zrušení žalobou napadeného rozhodnutí předsedy Úřadu, opírá Krajský soud v Brně též o názor, že nedošlo k procesnímu pochybení např. v podobě žalobcem zmíněného nezjištění skutkového stavu, o němž nejsou pochybnosti.
127. Pokud pak žalobce v této souvislosti dovozoval, že měl být v souladu s § 51 odst. 2 správního řádu vyrozuměn o provádění důkazů mimo jednání, neboť jednání nebylo ve věci nařízeno, odkazuje krajský soud na rozsudek ze dne 13. 3. 2013, č. j. 1 As 157/2012-40, v němž Nejvyšší správní soud dospěl k právnímu názoru, že správní orgán není nutně povinen postupovat dle § 51 odst. 2 správního řádu, tj. vyrozumět účastníka řízení o provádění důkazů mimo ústní jednání, jde-li o provedení důkazu listinou. Důvody tohoto závěru jsou ty, že přítomnost při provádění důkazů slouží k tomu, aby se účastníci mohli lépe seznámit s jejich obsahem (komplexně všemi vjemy vnímat výpověď svědka, ohledávaný předmět apod.) a v návaznosti na to se detailněji k důkazu vyjádřit. Je-li však jako důkaz prováděna listina, nezmění se vnímání tohoto důkazu, jestliže se s ním účastník seznámí v rámci seznámení se s podklady řízení, a nikoli postupem dle § 51 odst. 2 správního řádu či při ústním jednání. Krajský soud v Brně k tomu závěrem podotýká, že citovaný rozsudek nepředstavuje judikatorní ojedinělost, nýbrž na něj navazují také jiné rozsudky správních soudů (viz např. odst. 19 odůvodnění rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 8. 2016, č. j. 1 As 80/2016-30, publikovaného pod č. 3466/2016 Sb. NSS, rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 24. 1. 2017, č. j. 46 A 53/2015-49, či rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 20. 12. 2016, č. j. 29 A 45/2014-66).
128. Krajský soud proto s ohledem na vše výše uvedené na tomto místě uzavírá, že dílčí vady, k nimž v daném případě v postupu správních orgánů došlo, nemohly mít v posuzovaném případě vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Žalobce rovněž nebyl postupem správního orgánu nijak krácen na svých právech, která mu přísluší, způsobem, který by měl za následek nezákonné rozhodnutí ve věci samé ve smyslu § 65 odst. 2 s. ř. s., neboť žalobci byla v průběhu správního řízení dána a zachována možnost svá práva uplatnit, což také učinil.

129. Soud také nesouhlasí s výtkou žalobce, že na zákonnost rozhodnutí žalovaného, resp. předsedy Úřadu mělo vliv to, že se žalovaný řádně nevypořádal s návrhem na připojení spisů ve věcech vedených pod sp. zn. ÚOHS-P434/2014/VZ a sp. zn. ÚOHS-P430/2014/VZ, resp. že se předseda Úřadu v tomto ohledu postupoval nesprávně. Na tomto místě soud bez bližšího hodnocení správnosti závěrů předsedy Úřadu v této věci uvádí, že předseda Úřadu se k dané otázce poměrně podrobně vyslovil v bodě 81. až 84. svého rozhodnutí; zamítnutí tohoto důkazního návrhu tedy nebylo nedostatečně odůvodněné, přičemž k relevanci připojení předmětných spisů pro rozhodnutí ve věci samé se zdejší soud již vyslovil výše. Ani v tomto směru tedy neshledává nezákonnost žalobou napadeného rozhodnutí předsedy Úřadu, resp. rozhodnutí žalovaného (viz také závěry o jednotě správního řízení v prvním a druhém stupni).
130. Pokud žalobce namítá, že žalovaný neprovedl k důkazu předávací protokoly ze dne 14. 3. 2011 a dne 18. 3. 2011 o předání elektronického losovacího zařízení CENTLOZ001 k zapůjčení Úřadu za účelem přezkoumání postupu zadavatele při omezování počtu zájemců losováním provedeným tímto zařízením a tento svůj postup řádně neodůvodnil, pak soud uvádí, že předseda Úřadu se k této věci vyslovil v bodech 97. a 98. svého rozhodnutí, přičemž toto odůvodnění považuje soud za dostatečné a akceptovatelné.
131. Podobné se týká, s odkazem na již výše uvedené (a to i s ohledem na relevanci takových důkazních návrhů), návrhů na výslech svědků, se kterými se předseda Úřadu vypořádal zejména v bodech 107. až 109. svého rozhodnutí.

V. e) Námitky týkající se výše uložené pokuty

132. S ohledem na výše uvedený výklad nelze souhlasit se žalobcem, že by uložená pokuta byla nepřiměřená proto, že byla udělena v rozporu s ustálenou správní praxí žalovaného, resp. daným rozhodnutím byla tato praxe změněna. O existenci takové správní praxe totiž nebylo možné hovořit. Soud také nesouhlasí s námitkou, že uložená sankce je nepřiměřená důvodu značného časového odstavu mezi provedeným losováním a zahájením správního řízení. V tomto směru soud souhlasí s předsedou Úřadu a pro stručnost odkazuje na bod 125. a 126. jeho rozhodnutí. Rovněž soud nepřisvědčil argumentaci rozhodnutím žalovaného ze dne 11. 1. 2013, č. j. ÚOHS-S227/2005/VZ-707/2013/511/MOn (dané rozhodnutí soud provedl jako důkaz při jednání), jímž byla veřejnému zadavateli uložena symbolická pokuta pouze ve výši 1 000 Kč; z bodu 199. tohoto rozhodnutí totiž plynou jasné důvody, pro uložení takto snížené pokuty [„Úřad (...) v minulém období vydal rozhodnutí a mj. Lesům ČR zaslal stanoviska, z nichž bylo možno učinit závěr, že Lesy ČR nejsou veřejným zadavatelem dle ust. § 2 odst. 1 písm. a) bodu 4. zákona (příp. že by šetřená veřejná zakázka nemusela být veřejnou zakázkou ve smyslu § 6 odst. 1 zákona)“]. Žádné taktové srovnatelné očekávání nebo správní praxe však v nynějším případě nebyla dána (podrobně k problematice správní praxe opět viz výše).
133. Dle názoru soudu také byli žalovaní i předseda Úřadu vedeni správnými úvahami, z nichž dovozovali, že uložená pokuta ve výši 150 000 Kč nebude pro žalobce likvidační; v intencích usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 As 9/2008-133, publikovaného pod č. 2092/2010 Sb. NSS, dovodili, že vzhledem k osobě žalobce, jakožto územního samosprávného celku, a výši pokuty 150 000 Kč, zde totiž neexistuje dostatečně intenzivní prvek, který by žalovaného nabádal ke zkoumání toho, zda má uložená pokuta likvidační charakter, resp. tento likvidační charakter není vzhledem k poměru osoby pachatele a výše pokuty na první pohled zřejmý (viz bod 79. rozhodnutí předsedy Úřadu).
134. Soud se ztotožňuje rovněž s názorem předsedy Úřadu (viz bod 123. jeho rozhodnutí), že nelze brát, z hlediska tvrzeného likvidačního charakteru pokuty, v potaz odkaz na možné odnětí prostředků poskytnutých formou dotace z Operačního programu Životní prostředí. Žalobou napadené rozhodnutí správně odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne

28. 11. 2012, č. j. 1 Afs 23/2012-102, dle něhož „žádost o zohlednění okolnosti, že pokud bude stěžovateli udělena v dané věci správní pokuta, tak bude krácena dotace (případně vymáhána sankce) za porušení rozpočtových pravidel, je ze své podstaty zcela nepřijatelná a pro rozhodování nepodstatná. Nelze požadovat ani po správním orgánu, ani po soudu, aby „přehlédl“ porušení zákona z důvodu, že stěžovatel ponese ještě jiné důsledky svého protiprávního jednání.“

135. Nepřiměřenost uložené pokuty neshledává soud ani z toho hlediska, že rozhodnutím předsedy Úřadu nebyla oproti prvostupňovému rozhodnutí žalovaného snížena, ačkoli předseda Úřadu konstatoval, že žalovaný ve svém rozhodnutí jako přitěžující okolnost nesprávně zohlednil to, že žalobce bez rozumného odůvodnění odmítl restartování losovacího zařízení. Předseda Úřadu k tomu správně uvedl, že daná skutečnost byla součástí znaku skutkové podstaty správního deliktu, a proto logicky nemohla být posuzována jako přitěžující okolnost; tato okolnost tedy odpadla. Soud se v souvislosti s tím přitom domnívá, že výši pokuty není možné ve spojitosti s přitěžujícími a polehčujícími okolnostmi vnímat jako záležitost čistě mechanickou, kdy jedné přitěžující/polehčující okolnosti svědčí konkrétní částka, kterou by po jejím odpadnutí či přistoupení bylo nutné odečíst či přičíst k celkové výši pokuty. Ve věci vždy jde víc o transparentní a přezkoumatelné odůvodnění, kdy je částka pokuty adekvátní z hlediska principů ukládání sankcí. Tyto požadavky byly dle názoru soudu ve věci splněny.
136. Nad rámec věci samé soud dodává, že případnému sankčnímu odvodu v souvislosti s poskytnutou dotací se lze bránit soudní cestou, kdy dle usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 10. 2018, č. j. 1 Afs 291/2017-33, „[p]ři stanovení výše odvodu za porušení rozpočtové kázně je třeba vycházet ze zásady přiměřenosti, tedy rozumného vztahu mezi závažností porušení rozpočtové kázně a výší za ně předepsaného odvodu. Správce daně musí zvážit, zda je důvod k odvodu v plné výši čerpaných či poskytnutých prostředků státního rozpočtu, či pouze k odvodu odpovídajícímu závažnosti a významu porušení povinnosti (§ 44a odst. 4 rozpočtových pravidel, ve znění do 29. 12. 2011) a své rozhodnutí náležitě odůvodnit.“ Nadto možností domáhat se náhrady škody vůči osobě, která pochybila při administraci veřejné zakázky, se v nedávné době s odkazem na judikaturu správních soudů zabýval i Ústavní soud, a to v nálezu ze dne 31. 8. 2018, sp. zn. III. ÚS 3181/17, kde uvedl, že „existuje právní závěr správních soudů, že pokud se zadavatel veřejné zakázky domnívá, že byl zatížen veřejnoprávní odpovědností za protiprávní jednání jiné osoby, pak vůči této osobě nepochybně mohl uplatnit (soukromoprávní) nárok na náhradu škody (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 18. 2. 2016 č. j. 30 Af 10/2014-65, který byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2016 č. j. 4 As 68/2016-48, přičemž ústavní stížnost proti tomuto rozsudku byla odmítnuta jako zjevně neopodstatněná usnesením Ústavního soudu ze dne 21. 3. 2017 sp. zn. IV. ÚS 2772/16“.
137. Konečně zdejší soud neshledal důvody pro navrhané uplatnění moderačního práva soudu, neboť možnost moderovat správním orgánem uloženou sankci má soud dle § 65 odst. 3 s. ř. s. ve spojení s § 78 odst. 2 s. ř. s. v případě, že byl trest uložen „ve zjevně nepřiměřené výši“. Jelikož krajský soud, s odkazem na výše uvedené, nedospěl k závěru, že by sankce byla zjevně nepřiměřená, nejsou splněny podmínky pro realizaci moderačního práva soudu.

VI. Závěr a náklady řízení

138. Na základě výše uvedeného soud žalobu dle § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl, neboť není důvodná.
139. O náhradě nákladů řízení soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce ve věci úspěch neměl (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta) a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly, protože mu soud náhradu nákladů řízení nepřiznal.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 29. ledna 2019

JUDr. Zuzana Bystrická, v.r.
předsedkyně senátu