



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy senátu Mgr. Milana Procházky a soudců Mgr. Ing. Veroniky Baroňové a JUDr. Viktora Kučery ve věci

žalobce: **Dobrovolný svazek obcí Jaroměřsko**
sídlem nám. Československé armády 16, Jaroměř
zastoupený advokátem Mgr. Martinem Pujmanem
sídlem Mánesova 19, Praha

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

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 25. 11. 2015, č. j. ÚOHS-R402/2014/VZ-40945/2015/321/IPs

takto:

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Žalobce se podanou žalobou domáhal zrušení v záhlaví označeného rozhodnutí, kterým předseda žalovaného výrokem I. zamítl rozklad žalobce a potvrdil prvostupňové rozhodnutí žalovaného ze dne 31. 10. 2014, č. j. ÚOHS-S711/2014/VZ-23093/2014/523/LSt; výrokem II. pak změnil

prvostupňové rozhodnutí žalovaného tak, že žalobci za spáchání správního deliktu uložil pokutu ve výši 200 000 Kč (oproti původní výši 400 000 Kč).

2. Žalobce jako zadavatel zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném pro projednávanou věc (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), dne 18. 11. 2010 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Čisté Labe z Jaroměřska“. V oznámení o zakázce v části IV. 1. 2) „Omezení počtu zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídek nebo k účasti“ žalobce stanovil objektivní kritéria pro omezení počtu zájemců takto: „Náhodný výběr losem v souladu s § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách za přítomnosti zájemců, kteří splnili kvalifikaci“. Současně stanovil předpokládaný počet zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídek na číslo 10, a informoval zájemce oznámením ze dne 10. 1. 2011, že omezení počtu zájemců bude prováděno náhodným výběrem losem, včetně určení místa a času losování.
3. Dne 18. 1. 2011 bylo provedeno vlastní omezení počtu zájemců formou losování, a to prostřednictvím elektronického zařízení Cent LOZ001, jehož výrobcem je společnost Centador s.r.o. (dále jen „společnost Centador“). Zajištěním vlastního losování byla na základě mandátní smlouvy ze dne 12. 1. 2011 pověřena společnost VE-ZAK CZ s.r.o. (dále jen „společnost VE-ZAK“). Losování se účastnil notář JUDr. Michal Kulík, který o průběhu losování vyhotovil notářský zápis č. N 11/2011, NZ 9/2011; a kromě účastníků a zástupců obcí byl přítomen také starosta města Jaroměř a zástupkyně Státního fondu pro životní prostředí. Žádost o účast v užším řízení o veřejnou zakázku žalobci doručilo a do užšího výběru bylo zařazeno všech 24 uchazečů, kteří splnili kvalifikační předpoklady. Protokol o výsledku losování ze dne 18. 1. 2011 obsahuje 10 vylosovaných zájemců pod čísly 7, 2, 15, 16, 8, 20, 14, 1, 12 a 19, kteří byli následně žalobcem vyzváni k podání nabídky. Z oznámení o zadání zakázky, které bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 31. 5. 2011 a uveřejněno dne 3. 6. 2011 vyplynulo, že předmětná veřejná zakázka byla dne 20. 5. 2011 zadána naposledy vylosovanému zájemci pod číslem 19.
4. Dne 31. 10. 2014 žalovaný vydal pod č. j. ÚOHS-S711/2014/VZ-23093/2014/523/LSt rozhodnutí, kterým žalobce shledal vinným ze spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že při zadávání veřejné zakázky „Čisté Labe z Jaroměřska“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 11. 2010 a uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 22. 11. 2010 pod ev. č. 60053069, porušil ustanovení § 61 odst. 4 citovaného zákona a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 citovaného zákona, neboť před zahájením losování dne 18. 1. 2011, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení, neumožnil na žádost zástupce jednoho ze zájemců přečíslování zájemců, tedy náhodnou změnu čísel, kterými byli jednotliví zájemci předem označeni za účelem losování, když s ohledem na další okolnosti (použití elektronického losovacího zařízení znemožňujícího z povahy věci účinnou kontrolu samotného procesu losování na místě samém), jež v souhrnu vyvolávaly pochybnost o řádném průběhu losování, bylo vyhovění navrhovanému přečíslování zájemců nezbytnou podmínkou zachování předpokladu transparentnosti losování, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel dne 20. 5. 2011 smlouvu na veřejnou zakázku. Za spáchání tohoto správního deliktu byla žalobci uložena pokuta ve výši 400 000 Kč.
5. Žalobce napadl toto rozhodnutí rozkladem, který předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 25. 11. 2015, č. j. ÚOHS-R402/2014/VZ-40945/2015/321/IPs, v části směřující proti výroku I. o vině zamítl a prvostupňové rozhodnutí potvrdil; v části výroku II. prvostupňové rozhodnutí změnil co do výše uložené pokuty tak, že za spáchání správního deliktu uložil žalobci jako zadavateli pokutu ve výši 200 000 Kč.

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

II. Obsah žaloby

6. Žalobce v úvodu podané žaloby (pod body I. a II.) shrnul dosavadní průběh správního řízení a skutkové okolnosti posuzované věci, pod bodem III. pak vymezil jednotlivé žalobní námítky. Předně shodně jako v podaném rozkladu namítal 1/ nesprávný procesní postup. Jak v řízení před žalovaným, tak i před předsedou žalovaného došlo dle jeho názoru k závažným procesním pochybením, resp. žalobce byl ve smyslu ustanovení § 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), napadeným rozhodnutím zkrácen na svých právech v důsledku porušení svých práv v předcházejícím řízení. Kombinace procesních pochybení ze strany žalovaného a jeho předsedy spočívající v opomenutí důkazů, provedení důkazů, které nebyly součástí spisu, nenařízení ústního jednání, nevyrozumění o provádění důkazů mimo ústní jednání, zbavení žalobce práva účastnit se provádění dokazování a spočívající rovněž ve skutečnosti, že správní řízení nebylo řádně zahájeno, znemožnila žalobci dle jeho názoru účinnou obranu a využití procesních práv ve správním řízení tak, že měla za následek vydání nezákonného rozhodnutí.
7. Žalobce byl rovněž přesvědčen, že v daném případě 2/ byla zachována transparentnost zadávacího řízení, a měl za to, že v souvislosti s losováním nedošlo z jeho strany k porušení ustanovení § 61 odst. 4, ve spojení s ustanovením § 6, zákona o veřejných zakázkách. Žalobce se naopak domníval, že při zadávání veřejné zakázky dodržel celou řadu prvků, které lze jednotlivě i ve svém souhrnu zhodnotit jako posílení transparentnosti omezení počtu zájemců o účast losovacím zařízením. Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí a předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí dle názoru žalobce vyložili výše uvedená ustanovení zákona o veřejných zakázkách příliš extenzivně, přičemž dospěli k nesprávnému závěru, že okolností, která může vzbudit pochybnost o řádném průběhu losování, byl „*charakter losovacího zařízení, jež ze své podstaty neumožňovalo kontrolu samotného zařízení na místě samém*“. Takový výklad by ovšem znemožňoval legálně provést losování prostřednictvím elektronického losovacího zařízení, přestože zákon jeho použití výslovně předpokládal. Na tento případ pak dle žalobce nebylo možné aplikovat ani závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 - 108, a to pro skutkovou odlišnost případu, pro absenci kombinace více faktorů majících za následek porušení zásady transparentnosti, jakož i pro nejasnost závěrů předmětného rozsudku.
8. Žalobce dále uvedl, že 3/ v daném případě existuje konstantní, ustálená a dlouhodobá správní praxe žalovaného zakládající jeho legitimní očekávání, a to s ohledem na řadu rozhodnutí žalovaného posvěčujících postup zadavatelů ve skutkově obdobných případech. Postup žalobce řešený v předmětném správním řízení byl totiž do okamžiku vydání prvostupňového rozhodnutí potvrzen minimálně jedenácti rozhodnutími žalovaného, a tedy závěr předsedy žalovaného o neexistenci ustálené správní praxe je dle žalobce nesprávný. Nezohlednění legitimního očekávání žalobce tak činí napadené rozhodnutí nezákonným zejména pro rozpor s ustanovením § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), kdy nemohl převážit princip legality nad principem legitimního očekávání, a to zejména z důvodu absence možné újmy třetí osobě. Pro odchýlení se od ustálené správní praxe zde zároveň zcela zjevně absentuje řádné odůvodnění závažnými okolnostmi. Změna ustálené správní praxe by dle žalobce navíc nepřipustně směřovala do minulosti a k tíži žalobce. Vedle toho žalovaný v obdobných aktuálních případech postupoval odlišně než v tomto případě, přičemž nevyporádání se s těmito námitkami navíc činí napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným.
9. Žalobce též považoval 4/ udělenou pokutu za nepřiměřeně vysokou, a to zejména z důvodu nepřihlédnutí k soudobé rozhodovací praxi žalovaného potvrzující správnost postupu žalobce,

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

dále z důvodu značného časového odstupu mezi provedeným losováním a zahájením správního řízení, jakož i z důvodu možného likvidačního účinku pokuty na žalobce.

10. Ze všech výše uvedených důvodů proto žalobce závěrem navrhl, aby krajský soud napadené rozhodnutí předsedy žalovaného, jakož i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí, zrušil a žalovanému uložil povinnost nahradit žalobci náklady řízení. Dále pro případ, že by krajský soud neshledal důvody pro zrušení vydaných správních rozhodnutí obou stupňů, žalobce soudu navrhl upuštění od uložení pokuty, popř. její snížení ve smyslu ustanovení § 65 odst. 3 s. ř. s.

III. Vyjádření žalovaného

11. Žalovaný ve svém vyjádření k podané žalobě konstatoval, že naprostá většina námitek v žalobě uvedených je pouhým opakováním námitek již obsažených v rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí, k nimž se žalovaný vyčerpávajícím způsobem v obou vydaných rozhodnutích vyjádřil. Proto žalovaný v rámci svého vyjádření v plném rozsahu odkázal na odůvodnění napadeného rozhodnutí, jakož i jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí, přičemž zrekapituloval své úvahy a závěry vyslovené dříve, a dále se vyjádřil k argumentům a námitkám žalobcem nově v žalobě uplatněným.
12. V souvislosti s žalobcem namítanou nesprávností procesního postupu žalovaný setrval na svých závěrech, že v dané věci nedošlo k provedení důkazu tiskovým prohlášením zmiňovaným v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 - 108, neboť žalovaný nevycházel z tohoto tiskového prohlášení, nýbrž z odůvodnění uvedeného rozsudku a v něm obsažených úvah krajského soudu. Žalovaný nesouhlasil ani s námitkou opomenutí důkazů a s tvrzením žalobce, že by se nevypořádal s obsahem zprávy o zkoušce Elektrotechnického zkušebního ústavu ze dne 10. 3. 2011. Stejně tak oznámení o zahájení správního řízení dle názoru žalovaného velmi podrobně popsalo všechny relevantní skutečnosti potřebné k tomu, aby se žalobce mohl ve správním řízení řádně hájit; a dále byl žalovaný přesvědčen, že nařízení ústního jednání nebylo v daném případě nezbytné.
13. Z obsahu námitek žalobce vztahujících se k otázce dodržení transparentnosti pak je dle názoru žalovaného patrná snaha žalobce, aby účelem soudních, potažmo správních rozhodnutí, bylo dát konkrétní a jasný návod, jak si počínat podle zákona o veřejných zakázkách. Dle žalovaného však cílem rozhodujících orgánů jistě není vytvořit podrobný návod, jak by mělo losování v konkrétním případě probíhat, aby zadavatel měl jistotu, že dodržením dílčích kroků bude moci vždy posvětit svůj postup, ať už by se komukoli jevil jako pochybný. Žalovaný se poté vyjádřil také k návrhu na výslech osob přítomných losování, k obsahu sepsaného notářského zápisu, jakož i ke způsobu přecíslování zájemců o veřejnou zakázku. K tvrzení žalobce, že rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 - 108, nebyl v dané věci správně aplikován, měl žalovaný za to, že jasně vylíčil všechny shodné znaky a dostatečně ozřejmil i to, v čem u nyní přezkoumávaného případu spočívala shodná kombinace faktorů majících za následek porušení zásady transparentnosti.
14. Též v otázce existence konstantní, ustálené a dlouhodobé správní praxe a z toho dovozovaného legitimního očekávání žalovaný trval na svých závěrech, že napadené rozhodnutí není v rozporu s principem legitimního očekávání žalobce. Ke dni vydání napadeného rozhodnutí zde existovala pouze dvě skutkově relevantní rozhodnutí žalovaného (nezrušená rozhodnutí soudu), vydaná v rámci jednoho správního řízení. Tato v jednom řízení vydaná rozhodnutí tedy zjevně nebylo možno považovat za konstantní, ustálenou a dlouhodobou správní praxi. Žalovaný přitom skutečnosti, že po případném zrušení rozhodnutí žalovaného soudem již nenásledovalo vydání meritorních rozhodnutí potvrzujících nebo vyvracejících porušení transparentnosti při losování a

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

že předmětná správní řízení byla ukončena z důvodů bezpředmětnosti, nepokládal v přezkoumávaném případě za relevantní.

15. Žalovaný se následně vyjádřil také k námitkám žalobce směřujícím proti výši uložené pokuty. V této souvislosti měl za to, že se v napadeném rozhodnutí dostatečně zabýval časovým odstupem mezi spácháním správního deliktu a uložením pokuty, v rámci snížení pokuty pak primárně přihlédl k absentující preventivní funkci trestu, dané změnou právní úpravy spočívající v omezení počtu zájemců v užším řízení, a zabýval se také tím, zda pokuta není pro žalobce likvidační. S ohledem na vše výše uvedené proto žalovaný závěrem navrhl, aby krajský soud podanou žalobu zamítl.

IV. Vyjádření účastníků při ústním jednání

16. Při jednání účastníci setrvali na svých dosavadních tvrzeních.
17. Žalobce navázal na svou argumentaci obsaženou v podané žalobě, kdy připomněl její podstatné body a dále zdůraznil především problematiku svého legitimního očekávání. V této souvislosti se věnoval jednotlivým okruhům vydaných rozhodnutí žalovaného a jeho předsedy, z nichž své legitimní očekávání dovozoval.
18. Žalovaný při jednání odkázal na svá dosavadní písemná podání a vydaná správní rozhodnutí, přičemž zopakoval argumenty obsažené v písemném vyjádření k žalobě.
19. Krajský soud při jednání provedl dokazování listinami navrženými žalobcem k důkazu v podané žalobě; nepřistoupil však k žalobcem navrhovanému výslechu svědků - účastníků losování a zástupců společností VE-ZAK a Centador, neboť pro posouzení důvodnosti podané žaloby nebylo provedení těchto důkazů nezbytné.
20. O vlastní vůli pak krajský soud provedl důkaz návrhem rozpočtu žalobce pro rok 2017 a pro rok 2018, opatřené z webových stránek žalobce (<http://www.dsojaromersko.estranky.cz/clanky/uredni-deska/>), kde jsou tyto listiny veřejně přístupné.

V. Posouzení věci krajským soudem

21. Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 s. ř. s.), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s. ř. s.) a jedná se o žalobu přípustnou (zejména § 65, § 68 a § 70 s. ř. s.). Dle § 75 odst. 1, 2 s. ř. s. vycházel soud při přezkoumání žalobou napadeného rozhodnutí ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu. Krajský soud přezkoumal napadené rozhodnutí předsedy žalovaného v mezích uplatněných žalobních bodů, jakož i z pohledu vad, k nimž je povinen přihlížet z úřední povinnosti, přičemž o věci samé rozhodl po provedeném jednání, neboť žalobce vyslovil s rozhodnutím věci bez nařízení jednání svůj nesouhlas. Dospěl přitom k závěru, že žaloba není důvodná.
22. Krajský soud úvodem předesílá, že z důvodu přehlednosti odůvodnění tohoto rozsudku respektoval a zachoval členění hlavních žalobních námitek tak, jak byly žalobcem provedeny v podané žalobě.

V. 1) Nesprávný procesní postup

23. Žalobce předně v podané žalobě uvedl, že se žalovaný v průběhu správního řízení předcházejícího vydání napadeného rozhodnutí dopustil několika pochybení procesního

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

charakteru. Žalovaný dle názoru žalobce provedl důkaz, který nebyl součástí správního spisu, nezjistil skutkový stav, o kterém nejsou důvodné pochybnosti, opomněl provést důkaz navrhovaný žalobcem, nenařídil v řízení ústní jednání a nevyrozuměl žalobce o provádění důkazů mimo ústní jednání. Samotné správní řízení pak nebylo dle žalobce ani řádně zahájeno. K takto uplatněným žalobním námitkám krajský soud uvádí následující.

24. Žalobce byl předně přesvědčen, že žalovaný v předmětném řízení nezjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, neboť vycházel pouze z textu notářského zápisu o provedeném losování a neprováděl další důkazy (např. výslech zúčastněných osob). K tomu krajský soud konstatuje, že notářský zápis podle ustanovení § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách osvědčuje průběh losování, a obsahuje tedy všechny podstatné informace o tomto procesu. Specifická povaha zadávacího řízení, jakožto formalizovaného procesu s obligatorním písemným průběhem, představuje záruku toho, že zadavatel ve svém vlastním zájmu zdokumentuje průběh zadání konkrétní veřejné zakázky transparentním a přezkoumatelným způsobem (k tomu srovnej rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 19. 7. 2012, č. j. 62 Af 14/2011 - 74, dostupný na www.nssoud.cz).
25. Tvrdil-li žalobce v této souvislosti, že notářský záznam neobsahuje doslovný přepis přímé řeči, přičemž je možné, že v průběhu losování žalobce sdělil zájemcům podrobnější vysvětlení k důvodům nevyhovění přečíslování, krajský soud s ohledem na výše uvedené uvádí, že bylo povinností žalobce všechny rozhodné skutečnosti týkající se průběhu zadávacího řízení zachytit do zákonem stanovených dokumentů, a to v písemné podobě tak, aby byl umožněn následný přezkum zadávacího řízení. Bylo tedy zcela v dispozici žalobce, aby dohlédl na to, že celý průběh losování bude do notářského zápisu zaznamenán v souladu s ustanovením § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Sama skutečnost, že notářský zápis doslovně nezaznamenává přímou řeč přítomných osob či učiněných projevů zadavatele, zástupců a přítomných zájemců, přitom neznamená, že by notářský zápis neobsahoval všechny nezbytné informace zachycené z projevů přítomných, z nichž žalovaný mohl ve své rozhodovací činnosti vycházet a opřít o ně své závěry. Pokud by obsah notářského zápisu byl vyvrácen, či podstatně korigován, bylo by nutně na místě konstatovat, že postup žalobce jako zadavatele je v této části nepřezkoumatelný, jelikož by v souvislosti s losováním nebyl k dispozici řádně pořízený notářský zápis osvědčující všechny rozhodné skutečnosti. Již sama tato skutečnost by tedy nutně působila netransparentně z hlediska průběhu losování veřejné zakázky mj. z toho důvodu, že by materiálně nebyla splněna jedna z podmínek ustanovení § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, které stanoví, že losování provede veřejný zadavatel *za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování*. Pokud si tedy 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 uvedeno 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. Žalobce přitom relevantně nezpochybnil obsah notářského zápisu, když sám nenabídl žádné konkrétní zdůvodnění odmítnutí přečíslování, které by šlo nad rámec obsahu notářského zápisu (a které dle názoru žalobce mohlo v průběhu losování zaznít), ani neuvedl, jaký konkrétně měl tento důvod být. 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 a Centador, 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 ze dne

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

18. 1. 2011, č. N 11/2011, NZ 9/2011, v němž je zachycen a popsán průběh losování, vyvodit závěry, k nimž žalovaný v dané věci dospěl. Následným výsledkem 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 proto k výsledku uvedených osob nepřistoupil, a z týchž důvodů nelze jejich nevyslechnutí v předcházejícím správním řízení vytýkat ani správním orgánům.

26. K (ne)provedení důkazu tiskovým prohlášením Elektrotechnického zkušebního ústavu vydaným v reakci na článek publikovaný v Hospodářských novinách dne 13. 2. 2013, jež však nebylo součástí správního spisu a k němuž se žalobce neměl možnost vyjádřit, krajský soud uvádí, že z rozhodnutí žalovaného vyplývá, že odkaz na toto prohlášení se v odůvodnění rozhodnutí objevuje formou citace rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 - 109, dostupného na www.nssoud.cz. Lze si tedy klást otázku, zda lze tuto skutečnost pokládat za známou správnímu orgánu z jeho úřední činnosti. Krajský soud na tomto místě přiměřeně odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 2. 2010, č. j. 1 As 100/2009 - 108, publikovaný pod č. 2018/2010 Sb. NSS, v němž Nejvyšší správní soud vyslovil, že „*pokud správní orgán čerpá určitá fakta ze soudních rozhodnutí nebo soudních spisů, může jít dle jejich povahy o skutečnosti úředně známé. V takovém případě je nutno označit soudní rozhodnutí, ze kterého jsou určitá fakta čerpána*“. Citovaný rozsudek dále požaduje, aby účastníci řízení zároveň mohli aplikaci takových skutečností rozumně předpokládat. V dané věci přitom má krajský soud za to, že tento požadavek byl naplněn a žalobce mohl aplikaci uvedených skutečností bez pochybností rozumně předpokládat, neboť odkaz na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 - 108, byl obsažen již v prvním vyjádření zadavatele ze dne 9. 9. 2014, kde žalobce jako zadavatel pod bodem [20] výslovně uvádí, že z podnětu k zahájení tohoto správního řízení je zjevné, že tento se opírá o některé závěry rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2012 - 108. Informace, ze kterých pak žalovaný ve svém rozhodnutí vycházel, představují doslovnou citaci z konkrétního soudního rozhodnutí, ve kterém jsou tato fakta obsažena, a v tomto smyslu je tedy třeba hodnotit také jím získaná „skutková zjištění“. Žalobci tedy nelze přisvědčit v jeho argumentaci, že by žalovaný z tiskového prohlášení činil pro věc zásadní závěry. Žalovaný z této části dotčeného rozsudku citoval pouze relevantní fakta na podporu své související argumentace.
27. Namítal-li žalobce dále, že žalovaný neprovedl důkaz ani zprávou o zkoušce Elektrotechnického zkušebního ústavu ze dne 10. 3. 2011, kterou žalobce doložil dne 1. 10. 2014, ani s touto námitkou se krajský soud neztotožnil. Jak v této souvislosti konstatoval již předseda žalovaného pod bodem 30. odůvodnění napadeného rozhodnutí, z bodů 93. a 94. prvostupňového rozhodnutí žalovaného jednoznačně vyplývá, že žalovaný „*vzal informace uvedené ve zprávě o zkoušce v potaz*“, jakož i závěr, jak prvostupňový žalovaný vliv dotčené zprávy na posouzení transparentnosti losování posoudil, tj. že zpráva se „*nevyjadřuje a ani vyjádřit nemůže k samotnému procesu losování v nyní šetřené veřejné zakázce*“, včetně odůvodnění tohoto závěru opět za pomoci argumentace z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 201 ve věci sp. zn. 62 Af 61/2012 a skutečnosti, že z této zprávy nevyplývají relevantní informace. Po provedení důkazu v podobě rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 18. 9. 2015, č. j. ÚOHS-R416/2014/VZ-28759/2015/321/BRy, se krajský soud rovněž ztotožnil s hodnocením předsedy žalovaného, že žalobce se nedůvodně dovolává odkazu na toto rozhodnutí, „*neboť ve vztahu k důkazu zprávou o zkoušce se jedná o jiný skutkový stav věci, když se v řízení sp. zn. ÚOHS-S711/2014 Úřad vůbec nevypořádal s námitkou vznesenou účastníkem správního řízení, což je procesní vada, která však v tomto řízení sblédána nebyla*“. Předseda žalovaného pak souhlasil také se závěry prvostupňového správního orgánu, učiněnými v souvislosti s relevantností zprávy o zkoušce pro nyní šetřenou věc, a to že „*rozhodující pro posouzení naplnění, resp. porušení zásady transparentnosti (a možné nemanipulovatelnosti) byl stav zařízení bezprostředně před losováním a v jeho průběhu, která zpráva o zkoušce vzhledem k datu svého*

vyhotovení osvědčit nemobla“: Za nepřípadný je proto v této souvislosti nutno označit také odkaz žalobce na usnesení Nejvyššího soudu ze dne 22. 7. 2009 ve věci sp. zn. 7 Tdo 420/2009, dostupné na www.nsoud.cz. Ve zbytku pak krajský soud odkazuje na závěry obsažené v předchozím odstavci odůvodnění tohoto rozsudku, které se do značné míry vztahují jak k již výše řešenému tiskovému prohlášení, tak ke zprávě o zkoušce (viz rozbor problematiky této zprávy obsažený v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 - 108).

28. Pokud se jedná o námitku žalobce, že se žalovaný ani předseda žalovaného nijak nevyřádali s návrhem žalobce na provedení důkazu a připojení podnětových spisů vedených žalovaným pod sp. zn. ÚOHS-P434/2014/VZ, sp. zn. ÚOHS-P430/2014/VZ a sp. zn. ÚOHS-P428/2014/VZ do správního spisu v nyní souzené věci, ani v tomto bodě není možné se žalobcem souhlasit. Žalovaný pod bodem 101. odůvodnění prvostupňového rozhodnutí popsal, proč důvody k provedení takto žalobcem navrhovaného důkazu a k připojení tohoto spisu neshledal, a rovněž předseda žalovaného se v napadeném rozhodnutí s hodnocením této otázky plně ztotožnil (viz bod 31. odůvodnění) a dále doplnil, že odkazovaný případ je pouze šetřením podnětu, které nelze zaměňovat se správním řízením vedeným z moci úřední. Stejně tak výsledek šetření podnětu nelze zaměňovat s vydaným správním rozhodnutím ve smyslu ustanovení § 67 a násl. správního řádu. Předseda žalovaného pak nepřistoupil ani k provedení důkazu předávacím protokolem o předání elektronického losovacího zařízení CENTLOZ001 ze dne 14. 3. 2011, kdy i tento postup dle krajského soudu náležitě odůvodnil v bodě 59. odůvodnění napadeného rozhodnutí.
29. Jako dílčí pochybení přitom lze hodnotit skutečnost, že předseda žalovaného se takto vyjádřil pouze ke spisu sp. zn. ÚOHS-P434/2014/VZ a již se výslovně nevyřádil také s návrhem na dokazování spisem vedeným žalovaným pod sp. zn. ÚOHS-P430/2014/VZ. Toto dílčí procesní pochybení však dle krajského soudu nemohlo mít žádný vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, neboť co do důvodů, pro které nebyl ani tento spis připojen, se jednalo o shodné skutečnosti jako v případě spisu zn. ÚOHS-P434/2014/VZ. Pokud se jedná o podnětový spis sp. zn. ÚOHS-P428/2014/VZ, v jeho případě se zmínka o něm objevuje poprvé až v podané žalobě, v podaném rozkladu požadavek na jeho připojení zmíněn nebyl. Za této situace lze proto jen stěží žalovanému (resp. předsedovi žalovaného) vytýkat, že se v odůvodnění s tímto návrhem nevyřádil.
30. Žalobce v podané žalobě rovněž namítal, že žalovaný v rozporu s ustanovením § 46 odst. 1 správního řádu nedostatečně vymezil předmět řízení, a správní řízení proto nebylo řádně zahájeno. Podle ustanovení § 46 odst. 1, věty druhé, správního řádu musí oznámení 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“* (k tomu srovnej 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 27. 8. 2014, č. j. ÚOHS-S711/2014/VZ-17961/2014/523/LSt) popsal skutkové okolnosti vyplývající z notářského zápisu ze dne 18. 1. 2011, č. N 11/2011, NZ 9/2011, spočívající mimo jiné v odmítnutí požadavku na přečíslování zájemců před vlastním losováním

při omezování počtu zájemců o veřejnou zakázku a také další skutečnosti, na základě kterých získal pochybnost o souladu postupu žalobce s ustanovením § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a zásadou transparentnosti. 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. 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 ustanovení § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a zásady transparentnosti vyjadřovat.

31. Za procesní pochybení takové intenzity, která by měla vliv na zákonnost žalobou napadeného rozhodnutí, pak krajský soud nepokládá ani skutečnost, že žalovaný ve věci nenařídil ústní jednání. Z obsahu správního spisu v této souvislosti vyplynulo, že správní orgány obou stupňů v dané věci skutečně rozhodovaly bez nařízení ústního jednání. Žalobce přitom v tomto postupu spatřoval zásah do svých procesních práv, zejména ve vztahu k dokazování a zjišťování skutkového stavu bez důvodných pochybností. Zároveň namítal, že nebyl vyrozuměn o provádění důkazů mimo ústní jednání.
32. Podle ustanovení § 49 odst. 1, věty první, správního řádu *nařídí ústní jednání správní orgán v případech, kdy to stanoví zákon, a dále tebdy, jestliže je to ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků nezbytné*. Tuto povinnost nemá správní orgán vůči účastníkovi, který se vzdal práva účasti při dokazování.
33. Podle § 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 shora citované ustanovení § 49 správního řádu). Zákon o veřejných zakázkách v případě řízení vedených žalovaným ve věcech možného spáchání správního deliktu zadavatelem při zadávání veřejných zakázek v tomto smyslu 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“*.
34. Byť z 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, vyplývá, že *„(..) dokazování tedy musí být primárně prováděno při ústním jednání, o jehož konání bude účastník sankčního řízení předem vyrozuměn ve smyslu § 49 odst. 1 správního řádu, aby mohl případně využít svého práva být přítomen a ml možnost se ke všem prováděným důkazům vyjádřit“*, nelze z uvedeného dovodit, že by ústní jednání muselo být správními orgány výlučně a bez výjimky nařizováno ve všech správních řízeních vedených ve věcech možného spáchání správního deliktu. 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 srovnej 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 Rady Evropy, 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 Rady Evropy 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, všechny dostupné na www.nssoud.cz).

35. 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 nenamítal, že by mu nebylo umožněno nahlížet do spisu a vyjadřovat se ke všem shromážděným skutkovým podkladům. Naopak se jako zadavatel ve věci opakovaně vyjadřoval, a tedy využil svého práva, a to jak ve vyjádření ze dne 9. 9. 2014, které bylo žalovanému doručeno dne 12. 9. 2014, tak ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 25. 9. 2014, které bylo žalovanému doručeno dne 1. 10. 2014. Žalobce také dne 18. 9. 2014 využil svého práva nahlížet do spisu, o čemž byl pod č. j. ÚOHS-19725/2014/500/PKo sepsán protokol. 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, že do budoucna by provádění ústního jednání v obdobných případech mělo být pravidlem a jeho konání krajský soud důrazně doporučuje.
36. Pokud pak žalobce v této souvislosti dovozoval, že měl být v souladu s ustanovením § 51 odst. 2 správního řádu vyzooměn o provádění důkazů mimo jednání, neboť jednání nebylo ve věci nařízeno, odkazuje krajský soud na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 3. 2013, č. j. 1 As 157/2012 - 40, dostupný na www.nssoud.cz, v němž soud dospěl k závěru, že „*správní orgán není povinen postupovat dle § 51 odst. 2 správního řádu, tj. vyzoomět 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. Soud 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, všechny dostupné na www.nssoud.cz).

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

37. 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 ustanovení § 65 odst. 2 s. ř. s., neboť žalobci byla v průběhu správního řízení dána a zachována možnost svá práva uplatnit, což také učinil.

V.2) Transparentnost zadávacího řízení

38. V souvislosti s posouzením otázky transparentnosti zadávacího řízení krajský soud na úvod připomíná, že mezi účastníky řízení není sporu o tom, že dne 18. 1. 2011 před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení veřejné zakázky „Čisté Labe z Jaroměřska“ prostřednictvím elektronického zařízení, nebylo na žádost zástupce jednoho ze zájemců umožněno přečíslování pořadových čísel subjektů ucházejících se o veřejnou zakázku.

39. Žalobce byl přitom přesvědčen o transparentnosti zadávacího řízení, jelikož při zadávání veřejné zakázky dodržel celou řadu prvků, které lze jednotlivě i v celkovém souhrnu zhodnotit jako posílení transparentnosti omezení počtu zájemců o účast losovacím zařízením. Zároveň měl za to, že žalovaný vyložil příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách příliš extenzivně a na danou věc také chybně aplikoval závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 - 108, dostupného na www.nssoud.cz.

40. Podle ustanovení § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazů diskriminace.

41. Dle ustanovení § 61 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách platí, že omezil-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.

42. Podle ustanovení § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách může být objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle odstavce 1 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 tohoto zákona 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.

43. Podle odst. 5 téhož ustanovení zákona platí, že zadavatel je povinen umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.

44. Dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. Dle odstavce 2 téhož ustanovení se za správní delikt podle odstavce 1 písm.

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

a), c) nebo d) uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.

45. V šetřeném případě žalobce v oznámení o zakázce v části IV. 1. 2) „*Omezení počtu zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídek nebo k účasti*“ stanovil objektivní kritéria pro omezení počtu zájemců takto: „*Náhodný výběr losem v souladu s § 61 odst. 4 zákona za přítomnosti zájemců, kteří splnili kvalifikaci*“ a současně stanovil předpokládaný počet zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídek, na 10. Žalobce dále informoval zájemce oznámením ze dne 10. 1. 2011, že omezování počtu zájemců bude prováděno náhodným výběrem losem a rovněž je informoval o místě a času losování.
46. Je tedy zřejmé, že zákon o veřejných zakázkách (ve znění účinném pro projednávaný případ) stanovil následující podmínky pro omezení počtu zájemců losování: 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; 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.
47. Pokud se jedná o zásadu transparentnosti jako první podmínku pro omezení počtu zájemců losováním, o jejímž porušení panuje mezi žalobcem a žalovaným v tomto řízení spor, jejím cílem je 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. Transparentním je přitom nutno rozumět 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 krajský soud uvedl např. 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*“.
48. Otázkou transparentnosti přímo losování coby prostředku pro omezování účasti zájemců se pak ve své rozhodovací činnosti zabýval také Nejvyšší správní soud, který v rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, dostupném na www.nssoud.cz, potvrdil, že „*podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. Motivů jednotlivých osob participujících na výběru zájemců o veřejnou zakázku (ať již budou tyto motivy plně zákonné, dané pouhou neschopností navenek působit férově a řádně, event. nezákonné, nebo snad dokonce kriminální) jsou v tomto ohledu 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 v citovaném rozsudku dále poukázal na to, že „*pojem "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*

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

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“.

49. Nejvyšší správní soud tak ve shora citovaném rozsudku zdůraznil, že právě se proto se zjištění, zda v konkrétním případě byla porušena zásada transparentnosti, musí odvíjet od hodnocení všech okolností konkrétního případu, z nichž správní orgán učiní závěr, zda je daný neurčitý právní pojem naplněn či nikoli.
50. Rovněž zdejší krajský soud se již k problematice výkladu ustanovení § 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 62/2012 – 108, a jeho závěry Nejvyšší správní soud potvrdil v rozsudku ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 - 49. V návaznosti na uvedenou judikaturu krajský soud posuzoval také předmětnou věc, přičemž k aplikovatelnosti a relevanci těchto rozhodnutí na nyní projednávaný případ se krajský soud podrobněji vyjádří dále v odůvodnění tohoto rozsudku.
51. Spornou právní otázkou v nyní posuzované věci je tedy to, zda se žalobce dopustil správního deliktu postupem, kdy odmítl provést před samotným losováním změnu přidělených čísel jednotlivým uchazečům.
52. Jak již bylo uvedeno výše, žalobce provedl dne 18. 1. 2011 omezení počtu zájemců formou losování ve smyslu § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách prostřednictvím elektronického zařízení za účasti notáře JUDr. Michala Kulíka, který téhož dne vyhotovil o průběhu losování notářský zápis č. N 11/2011, NZ 9/2011. Z notářského zápisu, který je součástí předložené spisové dokumentace o veřejné zakázce, mimo jiné vyplynulo, že žádost o účast v užším řízení o veřejnou zakázku doručilo a do užšího výběru bylo zařazeno všech 24 uchazečů, kteří splnili kvalifikační předpoklady. Dle notářského zápisu byla zajištěním losování na základě mandátní smlouvy ze dne 12. 1. 2011 zástupcem žalobce pověřena společnost VE-ZAK CZ, za niž losování prováděl jednatel společnosti - pan Otakar Čmelinský. Moderátorem losování byl zástupcem žalobce pověřen JUDr. Jan Bělíček. Losování uchazečů byli dále kromě zájemců a zástupců obcí přítomni také starosta města Jaromeř a zástupkyně Státního fondu pro životní prostředí.
53. Notářský zápis v této souvislosti popisuje, že „výrobce losovacího zařízení je společnost Centador s.r.o., IČO 28599632 se sídlem Dubská 244, 272 03 a datum vystavení certifikátu je 18. 10. 2010. (...) Losovací zařízení nemá žádné aktivní komunikační rozhraní (bluetooth, Wi-Fi, LAN, touch screen atd.) vyjma tří kláves pro ovládání aplikace. Zařízení dále obsahuje na zadní stěně tlačítko pro nouzové vypnutí zařízení v případě požáru nebo poruchy elektroinstalace a vstup pro napájecí kabel. Losování hodnot by mělo pro vyšší bezpečnost probíhat během odpojení z elektrické sítě. Losovací zařízení lze otevřít jen vyklopením zadního víka, které je pevně spojeno se zhytkem zařízení pomocí bezpečnostní pečeti. Bez porušení bezpečnostní pečeti není možné zařízení otevřít a provádět jakékoliv změny v zařízení a v aplikaci. V případě viditelného mechanického poškození bezpečnostní pečeti nebo zařízení není možné výrobcem garantovat správnost funkce losovacího zařízení. Provozovatel losovacího zařízení se musí před zahájením losování prokázat předávacím protokolem obsahujícím odpovídající číslo losovacího zařízení a bezpečnostní plomby. JUDr. Jan Bělíček připomněl, že má k dispozici předávací protokol, ve kterém je uvedeno jak číslo losovacího zařízení, tak číslo plomby. JUDr. Jan Bělíček prohlásil, že Cent LOZ001 a požádal jednoho z účastníků, aby zkontroloval číslo a stav neporušenosti plomby číslo 056968. JUDr. Jan Bělíček oznámil, že bude na ukázkou provedena zkouška losovacího zařízení s tím, že kterýkoliv z účastníků může svým hlasitým pokynem zastavit generování příslušného čísla. JUDr. Jan Bělíček konstatoval, že při losování se budou ve velké rychlosti na obrazovce zobrazovat zadaná čísla a na pokyn

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

ke zastavení zařízení bude losujícím stisknuto tlačítko ENTER a tím bude určeno číslo vylosovaného uchazeče. Toto číslo a každé další vylosované zůstane po dobu dalšího losování zobrazeno v dolní části obrazovky. JUDr. Jan Bělíček prohlásil, že tlačítko ENTER může v případě zájmu během vlastního losování stisknout kterýkoliv z přítomných účastníků“.

54. Z notářského zápisu dále vyplynulo, že před provedením zkušebního losování vznesl zástupce zájemce Petr Březina z APB - Plzeň a.s. dotaz, zda je možné, aby losování prováděl někdo jiný než přítomný losující, a současně navrhl přečíslování seznamu uchazečů, tj. aby přidělená čísla uchazečů podle připraveného seznamu byla zrušena a účastníci obdrželi nová čísla. Losující osoba odpověděla, že k losování je oprávněna na základě mandátní smlouvy a způsob losování bude prováděn po dohodě se žalobcem nástrojem pro losování náhodně generovaných čísel. Starosta města Jaroměř k návrhu uchazeče konstatoval, že případné přečíslování by mohlo vyvolat námitku ze strany ostatních účastníků. Moderátor losování k dotazu a návrhu uchazeče sdělil, že kdokoli z přítomných může vyzvat losujícího ke stisknutí tlačítka ENTER a tím vylosovat číslo uchazeče, a dále konstatoval, že návrh směřuje spíše k nespokojenosti s postupem žalobce než proti vlastnímu losování. K vlastnímu návrhu na přečíslování seznamu uchazečů se osoby pověřené losováním (moderátor a losující osoba) již dále nevyjádřily a moderátor losování vyzval přítomného zástupce uchazeče, aby se vyjádřil, zda vznáší námitku. Tento zástupce uchazeče prohlásil, že námitku nevznáší. Následně moderátor losování vyzval losující osobu k provedení zkušebního losování, které bylo provedeno. Poté losující osoba konstatovala, že po losování sepíše o jeho výsledcích protokol, který obsahuje zadaná čísla, vyloučená čísla a čísla vylosovaná. Poté moderátor losování přistoupil se souhlasem účastníků k vlastnímu losování, v němž měli uchazeči přiřazena čísla v pořadí podle doručení žádosti o účast.
55. Protokol o výsledku losování ze dne 18. 1. 2011 obsahuje 10 vylosovaných zájemců pod čísly 7, 2, 15, 16, 8, 20, 14, 1, 12 a 19, kteří byli následně veřejným zadavatelem vyzváni k podání nabídky. Z oznámení o zadání zakázky, které bylo do informačního systému o veřejných zakázkách odesláno dne 31. 5. 2011 a uveřejněno dne 3. 6. 2011 vyplynulo, že předmětná veřejná zakázka byla dne 20. 5. 2011 zadána naposledy vylosovanému zájemci pod číslem 19 - BAK.
56. Dne 31. 10. 2014 vydal žalovaný rozhodnutí, č. j. ÚOHS-S711/2014/VZ-23093/2014/523/LSt, dle kterého se měl žalobce dopustit správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že při zadávání veřejné zakázky „Čisté Labe z Jaroměřska“ v užším řízení, porušil ustanovení § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 téhož zákona.
57. Žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí pracoval s obecným vymezením pojmu transparentnosti v zadávacím řízení, jež provedl Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 19. 1. 2010, č. j. 62 Ca 31/2008 - 114, následně potvrzeném rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, publikovaném pod č. 2189/2011 Sb. NSS, oba zároveň dostupné na www.nssoud.cz. Především však s ohledem na názor vyslovený Krajským soudem v Brně v rozsudku ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 - 108, jež Nejvyšší správní soud potvrdil v rozsudku ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 - 49, oba dostupné na www.nssoud.cz, konstatoval, že situace obdobná té, která nastala v případech posuzovaných soudem ve výše citovaných rozsudcích, nastala také v šetřeném případě. V šetřeném případě byl rovněž vznesen požadavek na přečíslování, aniž mu bylo vyhověno, když čísla pro losování byla zájemcům přidělena předem, pročež žalovaný měl za to, že obecné závěry uvedené v citovaných rozsudcích bylo možné na přezkoumávaný případ plně vztáhnout. Dle žalovaného i zde platil závěr soudů, že kontrola losovacího zařízení bezprostředně před zahájením losování byla fakticky nemožná, neboť zájemci ke kontrole počítačového programu nemohli být bezprostředně před losováním vybaveni. Jediným způsobem zaručujícím transparentnost losování tak byla alespoň kontrola

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

losovacího postupu tj. prostředku sloužícího k losování, který spočíval v umožnění přečíslování zájemců za účelem losování.

58. Dle žalovaného tedy v daném případě došlo k porušení předpokladu transparentnosti losování, když vzhledem k žalobcem zvolené formě omezení počtu zájemců elektronickým losováním a technické povaze losovacího zařízení, které nebylo možné na místě bez potřebného vybavení zkontrolovat, dále vzhledem k okolnosti, že předem připravené označení zájemců čísly bylo pouze v dispozici žalobce a zájemci o tomto označení nebyli předem informováni a vzhledem k okolnosti, že nebyla ověřitelná funkčnost a trvanlivost plomby losovacího přístroje, pak byla navrhovaná změna čísel přiřazených jednotlivým zájemcům jedním z mála způsobů, jak mohli sami zájemci alespoň nějakým způsobem sledovat a zkontrolovat transparentnost procesu losování. Tento způsob byl navíc ze strany žalobce odmítnut, aniž by byl takový postup jakkoli racionálně odůvodněn. Právě souhrn výše uvedených okolností vedl žalovaného k závěru, že v přezkoumávaném případě došlo k porušení transparentnosti losování. S uvedeným hodnocením žalované se krajský soud v projednávané věci ztotožňuje, a to z následujících důvodů.
59. Zajištění toho, aby žádný z úkonů zadavatele prováděných v zadávacím řízení (a tedy ani losování coby úkon již ze své podstaty nepřezkoumatelný – k tomu shodně srovnej již výše citovaný 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. Žalobce jako zadavatel, hodlal-li i v daném případě omezovat účast zájemců losováním, tedy byl povinen zabezpečit, aby losování probíhalo férově, aby jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti a aby řádný průběh losování byl dostatečně jasně kontrolovatelný. V daném případě však dle krajského soudu žalobce této povinnosti nedostál.
60. V daném případě tak sice nelze odhlédnout od skutečností, že žalobce jako zadavatel stanovil termín losování s dostatečným předstihem, všem zájemcům umožnil účast na losování a zajistil též účast notáře, čímž naplnil část podmínek stanovených v § 61 odst. 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách, to však samo o sobě z losování transparentní proces nečinilo, neboť transparentnost představuje (jak již bylo uvedeno výše) samostatný požadavek stojící vedle splnění dalších podmínek týkajících se průběhu losování.
61. Předně je nutno v této souvislosti poukázat na skutečnost, že již samotné losovací zařízení, které bylo k losování použito, v kombinaci s dalšími dílčími prvky procesu losování transparentnost losování nezaručilo. Je přitom pravdou, že dle znění zákona losování mohlo být losování uskutečněno prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení (srovnej § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách), a ani žalovaný nezpochybnil, že použité losovací zařízení do tohoto výčtu spadalo, nicméně volba jednoho z těchto možných způsobů bez dalšího dodržení zásady transparentnosti nevyvolává.
62. Pokud žalobce v podané žalobě na podporu svého tvrzení, že byly dodrženy veškeré zákonné požadavky, zdůrazňoval, že losovací zařízení bylo podrobeno zkouškám u Elektrotechnického zkušebního ústavu v Praze, je nutno konstatovat, že ačkoli se z vyhotovené zprávy o zkoušce 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 ovlivněn, a tedy tento obsah svědčí o funkčnosti a technických vlastnostech losovacího zařízení ke konkrétnímu datu, nic tato zpráva nevyovídá o stavu zařízení ke dni vlastního losování, ani o jeho samotném procesu. Za rozhodující tak krajský soud v tomto ohledu pokládá skutečnost,

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

že zpráva o zkoušce byla vyhotovena dne 10. 3. 2011, přičemž z jejího obsahu vyplynulo, že prohlídka, zkoušky a ověření funkce losovacího zařízení proběhly ve dnech 17. 2. 2011 až 19. 3. 2011, tedy více než měsíc po realizaci losování v šetřené veřejné zakázce, které se uskutečnilo dne 18. 1. 2011. Jednalo se tedy sice o určitou kontrolu losovacího zařízení, nikoli však o kontrolu provedenou přímo zájemci o veřejnou zakázku, ani o kontrolu, která by proběhla bezprostředně před zahájením losování (§ 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách).

63. Z hlediska posouzení naplnění předpokladu transparentnosti losování pak nebylo možno odhlédnout ani od otázky funkčnosti a trvanlivosti plombování losovacího zařízení. Žalovaný přitom dospěl k závěru, že informace, vyplývající z notářského zápisu, nevypovídají nic o stavu losovacího zařízení v době losování, neboť nebylo možné ověřit, kdo a kdy plombu na losovací zařízení umístil a kdo garantoval stav software zařízení před zaplombováním. Krajský soud se i s posouzením této otázky žalovaným ztotožňuje. Části notářského zápisu popisující losovací zařízení jsou z velké části pouze opisem Prohlášení o způsobu činnosti aplikace ze dne 18. 10. 2010, přičemž o skutečném, faktickém stavu losovacího zařízení před samotným losováním a v jeho průběhu nic nevypovídají. Žalobci není možné přisvědčit v tom, že losovací zařízení nemohlo být nijak zvenčí ovlivněno, pokud se účastníci losování mohli před samotným losováním přesvědčit o neporušenosti plomby umístěné na losovacím zařízení. Číslo plomby na losovacím zařízení se sice mohlo shodovat s číslem plomby uvedeným v předávacím protokolu dle notářského zápisu, tato shoda však neprokazuje, zda losovací zařízení neobsahovalo software neumožňující manipulaci s výsledky losování. Notář přitom nebyl samotnému umístění plomby na losovací zařízení přítomen, a nebyl tak schopen a oprávněn tuto skutečnost v notářském zápisu osvědčit. Ani zjištění, kdo pečet' na losovací zařízení dal a kdo garantoval stav zařízení před vložením pečeti, prostřednictvím výpovědí či dokladů výrobce losovacího zařízení, by ovšem nyní nemohlo prokázat stav zařízení v době losování, resp. bezprostředně před losováním, či vyloučit jeho manipulovatelnost. Odkazoval-li žalobce i v této souvislosti opětovně na zprávu o zkoušce ze dne 10. 3. 2011 vypracovanou Elektrotechnickým zkušebním ústavem, krajský soud konstatuje, že ani z té nevyplývá, že by funkčnost či okamžik umístění plombování losovacího zařízení bylo předmětem přezkumu.
64. Žalobce byl dále přesvědčen, že přítomným zástupcům zájemců umožnil veškerou objektivně možnou kontrolu losovacího zařízení. K tomu však krajský soud, ve shodě se žalovaným, uvádí, že sami zástupci zájemců nemohli bezprostředně před samotným losováním stav losovacího zařízení (a jeho nemanipulovatelnost) ověřit, jelikož vizuální kontrola neporušenosti plomby či zkušební losování nepředstavuje z podstaty fungování losovacího zařízení účinnou kontrolu zájemců z hlediska vyloučení jeho manipulovatelnosti. Za takovou účinnou kontrolu by bylo možné považovat zejména kontrolu samotného počítačového programu, k níž však nemohli být zájemci na místě losování bezprostředně po jeho zahájení vybaveni (k tomu viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 - 108, jež Nejvyšší správní soud potvrdil v rozsudku ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 - 49, oba dostupné na www.nssoud.cz). V neposlední řadě ani to, že po provedeném losování mohli zájemci po zadavateli požadovat odvoz losovacího zařízení do Elektrotechnického zkušebního ústavu (avšak nikdo tento požadavek nevzněl), nevylučovalo možnost manipulovatelnosti losovacího zařízení. Jak již bylo uvedeno výše, ani tato následná kontrola totiž nemusela představovat přesvědčivou kontrolu procesu losování (vztah zejména k § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách), a navíc by se nejednalo o kontrolu losovacího zařízení bezprostředně před losováním (vztah zejména k § 61 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách).
65. Není rovněž pravdou, že by žalovaný za porušení ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách považoval existenci pouhé jediné skutečnosti, jak žalobce v žalobě tvrdil. V přezkoumávaném případě žalovaný shledal porušení zásady transparentnosti v kombinaci vícero prvků, což

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

jednoznačně vyplývá jak z výroku I. prvostupňového rozhodnutí, tak z odůvodnění tohoto rozhodnutí. Žalovaný tyto prvky spatřoval zejména v charakteru losovacího zařízení, jež ze své podstaty neumožňovalo kontrolu samotného zařízení na místě samém, a dále ve skutečnosti, že zadavatel neumožnil změnu pořadových čísel přidělených za účelem losování. Tyto nejdůležitější prvky pak žalovaný učinil součástí výroku prvostupňového rozhodnutí, přičemž v jeho odůvodnění jmenoval také další dílčí skutečnosti, jež tyto prvky konkretizují a blíže rozvádí. Mezi tyto žalovaný zahrnul také tu skutečnost, že předem připravené označení zájemců čísla bylo pouze v dispozici žalobce, zájemci o tomto pořadí nebyli předem informováni, nebyla ověřitelná funkčnost a trvanlivost plomby losovacího přístroje, byla navrhována změna čísel přiřazených jednotlivým zájemcům, přičemž tento postup byl ze strany žalobce odmítnut, aniž by byl takový postup jakkoli racionálně odůvodněn. Žalobci tedy nelze přisvědčit, že by žalovaný spatřoval porušení zásady transparentnosti toliko v samotném použití losovacího zařízení.

66. V návaznosti na výše uvedené se krajský soud domnívá, že v zásadě jediným způsobem, jak mohli sami zájemci sledovat transparentnost procesu losování, by skutečně byla právě změna čísel přiřazených jednotlivým zájemcům bezprostředně před losováním, jak bylo navrženo zástupcem společnosti APB Plzeň. Tento návrh byl ovšem odmítnut s tím, že změna čísel bez přítomnosti všech zájemců by naopak nebyla transparentní. Tyto důvody pro odmítnutí změny číslování krajský soud nepokládá za uspokojivé. Krajský soud má naopak za to, že změna čísel zájemců bezprostředně před zahájením losování by zájemcům umožnila faktickou kontrolu losovacího postupu. Vzhledem k technické povaze losovacího zařízení by totiž jiná kontrola programového (softwarového) vybavení ze strany zájemců bezprostředně před zahájením losování byla pouze hypotetická.

67. K samotnému postupu přechíslování považuje zdejší soud za nezbytné zopakovat, že pro porušení zásady transparentnosti postačuje, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. Zákon o veřejných zakázkách pak sice vlastní postup losování neupravoval, nicméně i z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, je možno vyvodit, že po zadavateli veřejné zakázky je nutno 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 nebylo jasné, jak měl postupovat, aby dodržel zásadu transparentnosti, žalovaný v napadeném rozhodnutí nejen s odkazem na bohatou judikaturu Nejvyššího správního soudu vyložil obecný právní pojem „transparentnost“ v kontextu zadávacího řízení, ale také konkretizoval, že právě provedení přechíslování k žádosti jednoho ze zájemců (včetně jeho možných způsobů) by bylo vhodným prostředkem, jak (i s ohledem ke všem okolnostem předmětného zadávacího řízení) transparentnost řízení zajistit. Pakliže se žalobce svým předchozím postupem v rámci zadávání veřejné zakázky dostal do obtížně řešitelné situace (porušení transparentnosti v důsledku změny předem určeného klíče přidělení čísel jednotlivým uchazečům), je nutno konstatovat, že se jedná jen o jeho zodpovědnost. Právní úprava obsažená v zákoně o veřejných zakázkách zadavateli neukládala povinnost omezit počet zájemců způsobem, jaký zvolil žalobce, a pokud se pro tento postup rozhodl zcela dobrovolně a sám, lze na tomto místě opětovně odkázat na rozsudek zdejšího krajského soudu ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 128/2012 - 119, podle kterého „*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*“.

68. Ve vazbě na výše uvedené pak neobstojí ani argumentace žalobce, že je v této souvislosti rozhodné, že po vysvětlení možných důsledků přechíslování ze strany zadavatele zástupce zájemce

(společnosti APB Plzeň) na svém požadavku na přečíslování dále netrval, vzal jej zpět (přečíslování tedy již dále nepožadoval) a také nevznesl proti tomuto postupu zadavatele námitku. Krajský soud se i v tomto ohledu ztotožňuje s hodnocením žalovaného, že tyto skutečnosti nemohou mít na posouzení otázky porušení zásady transparentnosti žádný vliv. Daného uchazeče mohla ke zpětvzetí daného požadavku vést celá řada představitelných důvodů (např. pragmatická snaha nekomplikovat si postavení v případném dalším zadávacím řízení), přičemž ani soud se na rozdíl od žalobce nedomnívá, že by tomuto zpětvzetí měla být přikládána vypovídací hodnota. V souladu s již několikrát citovanou judikaturou správních soudů krajský soud opětovně uvádí, že stran porušení zásady transparentnosti postačuje, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o možné férovosti průběhu losování, a to objektivně (nikoli z hlediska subjektivního vnímání a hodnocení těchto okolností).

69. Krajský soud se tedy neztotožnil s námitkou žalobce, že v okamžiku podání žádosti o přečíslování zájemců neexistoval žádný objektivní a dostupný způsob, jak takové přečíslování provést, aniž by tím zároveň nedošlo k narušení zásady transparentnosti či vzniku pochybností o takovém narušení. Žalovaným navrhané způsoby přečíslování je možno pokládat za použitelné a závěry žalovaného nelze považovat za rozporné ani s těmi, k nimž předseda žalovaného dospěl v rozhodnutí ze dne 2. 10. 2015, č. j. ÚOHS-R464/2014/VZ-31150/2015/323/MO. V nyní posuzovaném případě totiž žalovaný netvrdil, že by žalobce byl povinen případné přečíslování provádět „donekonečna“. Předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí uvedl, že pokud by zadavatel danému požadavku vyhověl, nic by nebránilo i ostatním účastníkům požádat o přečíslování další. Proces losování by se tak sice opakovaným přečíslováním mohl prodloužit, nicméně časová zátěž by byla plně vyvážena spokojeností všech zájemců. Přiměřenost času a způsobu provedených přečíslování by pak bylo nutno zhodnotit právě ve vztahu k dosažitelné úrovni transparentnosti. Je ovšem nutno konstatovat, že primárně se dle krajského soudu v daném případě nejednalo o konkrétní klíč, který by byl k novému přiřazení čísel jednotlivým zájemcům použit, nýbrž o bezprostřednost změny čísel před samotným losováním. Je totiž zásadní rozdíl mezi situací, kdy zadavatel dopředu zná čísla přiřazená jednotlivým zájemcům, a situací, kdy těsně před samotným losováním dojde k přečíslování. V takovém případě by totiž zadavatel, pokud by to zamýšlel, na takovou změnu jen stěží losovací zařízení připravil tak, aby byl schopen výsledky losování ovlivnit. Žalobce také mohl požadovanému přečíslování nevyhovět, nicméně v takovém případě byl povinen takovýto postup rádně odůvodnit. Odůvodnění, které je v tomto ohledu zachyceno v notářském zápisu, krajský soud nepovažuje za dostatečné. Losování je nutno pokládat za úkon ze své podstaty za nepřezkoumatelný a v tomto ohledu je nutno tím spíše dbát na to, aby losování i úkony s ním spojené probíhaly dostatečně kontrolovatelným způsobem. Proto postup, kdy žalobce odůvodnil nepřistoupení ke změně přečíslování toliko tím, že nejsou přítomni všichni uchazeči, nebylo možno pokládat za dostatečný a bylo nutno jej odmítnout.

70. V souvislosti s dalšími námitkami žalobce uplatněnými v této části žaloby, především s argumentací týkající se povinnosti žalovaného vydávat odborná stanoviska ve snaze předcházet porušování zákona o veřejných zakázkách, a dále také rozhodovací činnosti žalovaného v jiných správních řízeních, krajský soud připomíná, že předmětem řízení v nyní posuzované věci je přezkum konkrétního zadávacího řízení. V daném případě se správní řízení před žalovaným týkalo konkrétní veřejné zakázky, přičemž rozhodnutí o spáchání správního deliktu se v té které věci opírá o okolnosti jednotlivého zadávacího řízení. Je třeba zopakovat, že volba druhu zadávacího řízení je vždy na zadavateli, a bez ohledu na zvolenou formu je jeho povinností dodržet základní zásady zadávání veřejných zakázek dle zákona o veřejných zakázkách. Také tyto námitky tedy krajský soud neshledal důvodnými.

71. Důležitou součástí žalobcovy argumentace bylo také jeho tvrzení o nemožnosti aplikace závěrů formulovaných v rozsudku zdejšího krajského soudu ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 - 108, na nyní projednávanou věc. Tato námitka přitom velmi úzce souvisí s otázkami řešenými výše, tedy samotnou transparentností průběhu losování a jejím posouzením, a do jisté míry také s komplexem výtek žalobce na adresu žalovaného souvisejících s legitimním očekáváním žalobce (k tomu blíže viz dále).
72. Krajský soud je přitom v souladu se závěry správních orgánů obou stupňů přesvědčen, že závěry uvedeného rozsudku zdejšího krajského soudu (a na něj navazující judikatura) naopak na danou věc plně dopadají. Na jedné straně totiž nelze nalézt relevantní odlišnosti; na straně druhé jsou naopak rozhodné skutkové a právní okolnosti obdobné a srovnatelné, ne-li totožné (v tomto ohledu lze z hlediska skutkového poukázat např. na obdobnost losovacího zařízení společnosti Centador, působení společnosti VE-ZAK CZ apod.).
73. Pro ilustraci analogických skutkových okolností krajský soud na tomto místě shrnuje zjištění, která zdejší krajský soud učinil ve zmiňovaném rozsudku v řízení vedeném 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 zadní 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 zkušence losovacího zařízení č. 100680-01/02 („Zpráva o zkušence“). 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 předmetné veřejné zakázce, z nichž pak byla vylosována [dále uvedená] čísla (...).“ Rovněž v tomto případě jeden ze zájemců požádal před losováním o přecíslování.
74. Žalobce v podané žalobě spatřuje skutkovou rozdílnost nynější věci od věci řešené pod sp. zn. 62 Af 61/2012 v tom, že ve věci sp. zn. 62 Af 61/2012 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. Z obsahu notářského zápisu (viz str. třetí) i v nyní projednávané věci vyplývá, že „JUDr. Jan Bělíček připomněl, že má k dispozici předávací protokol, v kterém je uvedeno jak číslo losovacího zařízení, tak číslo plomby (...), a požádal jednoho z účastníků, aby zkontroloval číslo a stav neporušenosti plomby číslo 056968“. Pokud se pak jedná o předmětnou zkoušku, je nutno konstatovat, že i kdyby byla dána shoda použitého losovacího zařízení se zařízením, které bylo předmětem zprávy o zkušence, nadále platí to, co uvedl již Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 - 52, tedy že „zpráva o zkušence 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 podtržením doplněno krajským soudem).

75. Krajský soud se již také vyjádřil k tomu, že ani následná kontrola u Elektrotechnického zkušebního ústavu nemohla nijak ovlivnit závěry týkající se porušení § 61 odst. 5 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 možno uvést, 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 je nutno i zde zopakovat, že se nejednalo o kontrolu samotného procesu losování v jeho průběhu, ani o kontrolu vlastního losovacího zařízení.
76. Podobně jako předseda žalovaného v odůvodnění napadeného rozhodnutí i krajský soud na tomto místě 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, dle kterých *„z pohledu transparentnosti losování je podstatné, že účinná kontrola losovacího zařízení zájemci fakticky nebyla možná. Zájemci se totiž nejvýše 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 zabájením losováním k dispozici, umožní objektivně posoudit, zda losování může proběhnout korektním způsobem či nikoli“*. Souhlasit je možné také s interpretací předsedy žalovaného, že takový postup považuje krajský soud nejenom za porušení samostatné povinnosti umožnit kontrolu losovacího zařízení, ale i významný prvek nasvědčující porušení další povinnosti, a to povinnosti postupovat transparentně, když dle jeho názoru neumožněním reálné kontroly, jak je uvedeno v citovaném rozsudku, *„nejenže 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 okolností, 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 těmito závěry pak vyslovil souhlas i Nejvyšší správní soud v následném rozsudku ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 - 52.
77. Závěry krajského soudu potvrzené rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 - 49, dostupným na www.nssoud.cz, pak nelze považovat za rozporné, naopak je žalovaný zcela správně aplikoval na projednávaný případ. K důkazu provedené rozhodnutí žalovaného ze dne 2. 10. 2015, č. j. ÚOHS-R646/2014/VZ-31150/2015/323/MOđ, které žalobce dokládal na podporu svých tvrzení, pak dle krajského soudu vypovídá pouze o tom, že žalovaný zmiňované rozsudky správních soudů a obecné závěry z nich vyplývající aplikuje na skutkově obdobné věci, a že se dodržением zásady transparentnosti při omezení počtu zájemců v užším řízení prostřednictvím losování ve své rozhodovací činnosti zabývá.
78. Oproti názoru žalobce se pak zdejší soud naopak domnívá, že byla dána kombinace faktorů, která oslabovala transparentnost losování. Jednak šlo, v relaci k porušení § 61 odst. 4 a § 61 odst. 5 ve vazbě na § 6 zákona o veřejných zakázkách, o použití z povahy věci jen obtížně kontrolovatelného zařízení, kdy navíc nebyl postaven najisto jeho stav ke dni losování, a zároveň došlo k odmítnutí požadavku na přečíslování (který je judikaturou uznáván jako jedna z mála možností reálné kontroly losování).
79. Pokud žalobce uvádí, že přečíslování nebylo možné, neboť by i tento postup vedl k ohrožení transparentnosti, resp. samotného losování, krajský soud na tomto místě opětovně uvádí, že lze souhlasit s vyjádřením žalovaného k žalobě, že takové podmínky (stejně jako omezení počtu zájemců) si žalobce zvolil dobrovolně; a pokud se na základě takto nastavených parametrů, včetně stanovení pořadí zájemců předem, dostal do svízelné situace, je to důsledek jeho vlastních

(nesprávných) rozhodnutí (srovnej rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2016, č. j. 4 As 68/2016 - 48, dostupný na www.nssoud.cz; zejména č. l. 53). Je sice pravdou, že žalovaný žalobci nenabídl konkrétní postup, který by měl za dané situace zvolit, aby zajistil transparentnost losování, na druhou stranu to však není, i s přihlédnutím k již uvedenému, jeho úkolem. Obecně 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, kdy k žádné manipulaci nedošlo. Pochybnosti mohou vzejít i z pouhé neschopnosti působit navenek při losování férově (k tomu shodně srovnej rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 - 55).

80. Stejně tak krajský soud nepovažuje za rozhodující skutkovou odlišnost oproti případu řešenému Krajským soudem v Brně pod sp. zn. 62 Af 61/2012 ani to, že v nynější věci nebylo správní řízení vedeno na základě návrhu neúspěšného zájemce o účast v zadávacím řízení, ale z moci úřední. Na tomto místě soud znovu poukazuje - v souladu s citovanou judikaturou správních soudů - na to, že pro porušení zásady transparentnosti postačuje, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. Pojetí pojmu transparentnosti tak rovněž není, jak uvádí žalobce, subjektivní (žalobce se domáhá tzv. „objektivních podmínek transparentnosti“); a tedy nelze jednoduše říci, že postup žalobce byl shledán nesprávným v subjektivních, a nikoli objektivních okolnostech („*tedy ne v tom, zda došlo ke přečíslování zájemců, ale zda přečíslování některý z účastníků navrhl*“). V tomto kontextu krajský soud uvádí, že pojmový aparát žalobce (a jeho pojetí „objektivnosti“ a „subjektivnosti“) nepovažuje za přílehavý; naopak lze za objektivně se vyskytnuvší okolnost považovat to, zda někdo navrhl či nenavrhl před zahájením losování přečíslování zájemců. Zároveň soud doplňuje, že právě nevyhovění návrhu na přečíslování (a jeho odůvodnění či nedostatečné odůvodnění), jako nyní, může být oním „objektivním“ faktorem, který v souhrnu všech skutkových okolností vede ke zmíněnému, judikaturou vymezenému, vzbuzení odůvodněných pochybností o férovosti průběhu losování, a to bez ohledu na to, zda následně došlo ke zpětvzetí tohoto požadavku či nikoli.
81. Obdobně nelze přisvědčit žalobci ani v těch jeho námitkách, že závěry vyplývající z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 - 108, nelze na daný případ použít, jelikož v nyní projednávaném případě došlo ke zpětvzetí požadavku jednoho z uchazečů na přečíslování. Krajský soud v tomto ohledu uvádí, že závěry tohoto rozsudku a jeho aplikovatelnost nejsou odvislé od toho, jaké bylo subjektivní vnímání okolností tím kterým uchazečem, od kterého následně odvíjel svůj další postup v konkrétní věci. Z týchž důvodů pak také nemůže mít vliv, zda správní řízení bylo v konkrétní věci zahájeno na návrh (kterému by předcházely námitky ve smyslu zákona o veřejných zakázkách) či z moci úřední. Skutečnost, zda zástupci zájemců brojili proti způsobu losování, ať již podáním námitek nebo podáním návrhu k žalovanému, nemá na posouzení porušení zásady transparentnosti jakýkoli vliv (k tomu shodně viz např. již rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 2. 2012, č. j. 62 Af 47/2010 - 53, dostupný na www.nssoud.cz). Ani v tomto případě se tedy nejednalo o rozhodující skutkovou odlišnost, jež by vylučovala aplikovatelnost závěrů tohoto rozsudku na projednávaný případ.
82. Krajský soud zároveň nepovažuje za nutné vyjadřovat se k obecné úvaze žalobce o tom, zda by bylo důvodné „*sankcionovat zadavatele všech zadávacích řízení, v nichž zadavatel přistoupil ke zadání zakázek 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 přečíslování seznamu zájemců*“

a losovací zařízení nebylo otevřeno ke kontrole“. Soud neposuzuje hypotetické případy, ale případy konkrétní, jako je tento, a to v závislosti na individuálních skutkových okolnostech.

83. Stejně tak nepokládá rozhodnutí předsedy žalovaného za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů nebo pro jeho nesrozumitelnost, pokud předseda žalovaného neuvádí, co představuje „*relevantní racionální důvod, který musí být dán, aby zadavatel nebyl povinen přechíslování provést*“. Předseda žalovaného v odůvodnění svého rozhodnutí uvádí, že není možné vždy (za všech okolností) dovodit povinnost zadavatele provést přechíslování zájemců o účast; také uvádí, že pro takové odmítnutí musí být dán racionální důvod a stejně tak není zadavatel nucen provádět přechíslování „*donekonečna*“. 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 odchýlení se ani 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 rovněž hovoří o racionalitě důvodů pro odmítnutí změny čísel. K související námitce žalobce pak soud dodává, že Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 - 52, nijak kategoricky neodmítá, že by pro účely sledování transparentnosti procesu losování neexistoval jakýkoli jiný prostředek, než je právě přechíslování. Závěry žalobou napadeného rozhodnutí proto zdejší nepovažuje za „*překvapivé*“ či odchylné se od judikatury, jak se domnívá žalobce.
84. Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 - 108, žalobce považuje 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, k 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*“.
85. Ani s tímto hodnocením se krajský 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, přičemž judikatura nadřízeného soudu je pro krajský soud závazná. Navíc krajský soud i Nejvyšší správní soud v uvedené věci dovodili, že kontrola byla možná například právě přechíslováním, přičemž z jejich rozhodnutí nelze, jak již bylo řečeno, kategoricky vyloučit také jinou kontrolu (např. v podobě prohlédnutí si, zda losovací zařízení neobsahuje prostředek, jímž by bylo možné jej ovlivnit zvenčí). Žalobce v souvislosti se zde rozebíranou námitkou cituje pasáž rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 - 108, která má vztah ke kontrole provedené Elektrotechnickým zkušebním ústavem. Z tohoto důvodu tedy krajský soud považuje tuto argumentaci za nepřiléhavou. Rovněž formulační rozdíly mezi zde citovanými rozsudky Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu, jak je namítá žalobce, soud v kontextu dalších okolností případu nepovažoval za relevantní.
86. Za oprávněnou pak nepovažuje ani námitku žalobce, která je v této části žaloby obsažena, a to že je žalobou napadené rozhodnutí předsedy nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů. Pokud pak žalobce namítal, že žalovaný (předseda žalovaného) mohl zjistit, a to na základě výpovědi možných svědků, kdo, kdy a jak losovací zařízení plombuje a kdo garantoval stav softwaru, je třeba zopakovat již výše uvedené, že žalovaný věc posuzoval ke dni, kdy proběhlo losování. Pozdější zjišťování navrhovaných skutečností by tedy nemělo zásadní význam ve vztahu k možným pochybnostem o transparentnosti, které vznikly právě v den losování,

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

a které měly souvislost s neumožněním přečíslování jednotlivých uchazečů o veřejnou zakázku. Proto také krajský soud neprováděl důkazy v podobě výslechu svědků – účastníků losování a zástupců společností VE-ZAK CZ a Centador. Podobně lze uvést k argumentaci obsažené v bodu 94. žaloby, že z hlediska nynějšího posouzení věci nebylo rozhodné, zda měl žalovaný v březnu roku 2011 losovací zařízení CENTLOZ001 zapůjčené, neboť 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 vývojem judikatury (k tomu viz dále), kterou byl žalovaný ve své rozhodovací činnosti vázán.

V.3) Legitimní očekávání a právní jistota

87. Další argumentace žalobce směřovala k tvrzenému porušení zásady legitimního očekávání. Žalobce byl přesvědčen o existenci ustálené správní praxe, jež zakládá jeho legitimní očekávání, resp. že žalovaný byl povinen šetřenou věc posoudit stejným způsobem, jakým již dříve posoudil skutkově obdobné či stejné věci.
88. Podle ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu správní 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.
89. Judikatura Nejvyššího správního soudu i Ústavního soudu již konstantně přiznává praxi správních orgánů určitou normativní sílu (srovnej např. nálezn Ústavního soudu ze dne 23. 1. 2008, sp. zn. I. ÚS 520/06, dostupný na <http://nalus.usoud.cz>, nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 4. 2005, č. j. 2 Ans 1/2005 - 57, publikovaný pod č. 605/2005 Sb. NSS). Normativní síla správní praxe vychází z pojetí zákona v materiálním smyslu. Zákon v materiálním smyslu je tvořen nejen textem právního předpisu, ale i tím, jak tento text vykládá a aplikuje praxe. Uvedené samozřejmě neznamena nezměnitelnost správní praxe. Znamená to pouze zásadní omezení možností se od praxe odchýlit, dané předně zákazem retroaktivity. Změna správní praxe musí být zásadně učiněna do budoucna, z racionálních důvodů a pro všechny případy, kterých se praxí zavedený postup správního orgánu dotýká (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 4. 2005, č. j. 2 Ans 1/2005 - 57, publikovaný pod č. 605/2005 Sb. NSS).
90. Pojem správní praxe, která je s to založit legitimní očekávání, vymezil Nejvyšší správní soud v usnesení rozšířeného senátu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006 - 132, publikovaném pod č. 1915/2009 Sb. NSS: „*Správní praxe zakládající legitimní očekávání je ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost (příp. i nečinnost) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů. Takovou praxí je správní orgán vázán. Jen taková správní praxe je doplněním psaného práva a je způsobilá modifikovat pravidla obsažená v právní normě.*“ K povaze otázky vzniku legitimního očekávání se rozšířený senát vyjádřil tak, že „*to, zda mohlo vzniknout legitimní očekávání, je pak zcela evidentně otázkou skutkovou. Určit, zda existovalo určité očekávání a zda takové očekávání bylo legitimní, vyžaduje zjišťovat mnoho skutečností*“.
91. Shora uvedená východiska pak souvisí také 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, dostupné 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 právnickým 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)“.

92. V rámci takto definovaných mezí tedy bylo třeba posoudit také oprávněnost žalobcovy argumentace.
93. V souladu se závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 3. 2010, č. j. 1 Afs 50/2009 - 233, dostupného na www.nssoud.cz, dále platí, že existenci legitimního očekávání účastníka správního řízení je nutné posoudit k okamžiku vydání rozhodnutí správního orgánu, neboť *„pokud v okamžiku rozhodování správního orgánu existují jiná jeho rozhodnutí pojednávající o skutkové týchž či obdobných případech, je nutno chránit víru účastníků, že správní orgán bude také v jejich případě rozhodovat stejným způsobem“.*
94. Krajský soud pak na tomto místě předesílá, že se v tomto žalobním bodě plně ztotožnil s posouzením předsedy žalovaného. Ten dospěl k závěru, že ze všech žalobcem odkazovaných případů byl ve smyslu ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu skutkově obdobný a ke dni vydání rozhodnutí žalovaného (tj. ke dni 31. 10. 2014) pravomocně rozhodnutý případ, jež nebyl zrušen krajským soudem a v němž žalovaný dospěl k závěru, že odepření změny čísel přidělených zájemcům o účast nepředstavuje porušení zákona, pouze případ řešený žalovaným pod sp. zn. ÚOHS-S145/2011/VZ.
95. Dovožoval-li žalobce své legitimní očekávání z rozhodnutí žalovaného ze dne 21. 12. 2011, č. j. ÚOHS-S491/2011/VZ-20327/2011/520/JHI, (jež bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy žalovaného ze dne 29. 5. 2012, č. j. ÚOHS-R10/2012/VZ-9898/2012/310/PSe), 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. Rozhodnutí o rozkladu bylo ovšem následně předmětem soudního přezkumu, kdy Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 6. 6. 2013 č. j. 62 Af 61/2012 - 108, dostupným na www.nssoud.cz, 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, dostupným na www.nssoud.cz, zamítl. Předseda žalovaného 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 podle § 66 odst. 1 písm. g) správního řádu správní řízení v této věci zastavil, jelikož se návrh navrhovatele stal zjevně bezpředmětným.
96. Podobné závěry se týkají také rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 29. 6. 2012, č. j. ÚOHS-R63/2012/2012/VZ-12145/2012/310/JSI, kterým bylo (obdobně jako v předcházejícím případě) potvrzeno rozhodnutí žalovaného ze dne 29. 2. 2012, č. j. ÚOHS-S338/2011/VZ-15651/2011/510/OKo. I toto rozhodnutí osvědčilo správnost postupu, který byl obdobný nyní posuzovanému postupu žalobce; i zde se žalovaný vyjádřil k otázce přečíslování. Ovšem rovněž v tomto případě je nutné konstatovat, že toto rozhodnutí předsedy žalovaného 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 uvedl, 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 rovněž uvedl, že *„kontrolou 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, ke čemuž zájemci coby účastníci losování nemohli být na místě losování bezprostředně před jeho zahájením vybaveni“. Předseda žalovaného 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. Zásadní je pak v této souvislosti skutečnost, že ke zrušení obou výše uvedených rozhodnutí předsedy žalovaného ze strany krajského soudu (tj. rozhodnutí ze dne 29. 5. 2012, č. j. ÚOHS-R10/2012/VZ-9898/2012/310/PSe, a rozhodnutí ze dne 29. 6. 2012, č. j. ÚOHS-R63/2012/VZ-12145/2012/310/JSI), došlo před vydáním rozhodnutí žalovaného v nyní projednávané věci (tj. přede dnem 31. 10. 2014).

97. Rozhodnutí žalovaného ze dne 13. 3. 2012, č. j. ÚOHS-S429/2011/VZ-1757/2012/510/MGr, (které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy žalovaného ze dne 28. 5. 2012, č. j. ÚOHS-81/2012/VZ-9822/2012/310/ASc), potvrdilo správnost postupu zadavatele, který se rozhodl provést omezení počtu zájemců o účast v užším řízení losování, a to pomocí elektronického losovacího zařízení CENTLOZ002 (v nyní posuzovaném případě bylo použito obdobné zařízení CENTLOZ001), žádný ze zájemců o účast však nepožadoval změnu čísel přidělených zájemcům pro účely losování, ani jinak nenapadal průběh losování. Skutečnost, že požadavek na přečíslování zájemců byl v daném případě vznesen, mohlo navozovat znění bodu 17. rozhodnutí, konkrétně části popisující obsah návrhu účastníka řízení, kdy bylo uvedeno, že „(...) *při losování je změna čísel ze strany organizátorů losování striktně odmítána*“. Jednalo se nicméně o obecný výrok navrhovatele zdůrazňující skutečnost, že přečíslování bývá zadavateli často odmítáno.
98. Žalobce dále dovozoval své legitimní očekávání z rozhodnutí žalovaného ze dne 9. 3. 2012, č. j. ÚOHS-S272/2011/VZ-15008/2012/520/NGI, a v podané žalobě též poprvé s odkazem na rozhodnutí žalovaného ze dne 5. 3. 2012, č. j. ÚOHS-S288/2011/VZ-3955/2012/520/JMa, (které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy žalovaného ze dne 29. 5. 2012, č. j. ÚOHS-R73/2012/VZ-9814/2012/310/JSI). Obě tato rozhodnutí se ovšem zabývala pouze přípustností podaných návrhů. Žalovaný výrokem I. rozhodnutí ze dne 9. 3. 2012, č. j. ÚOHS-S272/2011/VZ-15008/2012/520/NG, 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 k podání návrhu. Pokud se pak jedná o rozhodnutí žalovaného ze dne 5. 3. 2012, č. j. ÚOHS-S288/2011/VZ-3955/2012/520/JMa, poprvé zmíněné v podané žalobě, je situace totožná. Výrokem II. rozhodnutí ze dne 5. 3. 2012, č. j. ÚOHS-S288/2011/VZ-3955/2012/520/JMa, 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.
99. Rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 5. 10. 2011, č. j. ÚOHS-R200/2011/VZ-15571/2011/310/JSI, kterým bylo potvrzeno rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 8. 2011, č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/Mne, 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 a právního hlediska se přitom jednalo o věc analogickou nyní řešené věci.
100. V případě rozhodnutí žalovaného ze dne 17. 10. 2012, č. j. ÚOHS-S22/2012/VZ-6708/2012/550/JHn, ze dne 17. 10. 2012, č. j. ÚOHS-S29/2012/VZ-19495/2012/521/JHn a ze dne 22. 10. 2012, č. j. ÚOHS-S66/2012/VZ-4899/2012/530/PPo, žalovaný dospěl k závěru,

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

že losování uskutečněná prostřednictvím elektronického zařízení (notebooky Acer Travel Mate) nebyla provedena v souladu se zásadou transparentnosti, kdy ve věcech byly k dispozici znalecké posudky z oboru kybernetika, odvětví výpočetní technika, jehož zhotovitelem byl znalecký ústav Risk Analysis Consultants, s.r.o., z nichž vyplynulo, že zařízení nebyla zabezpečena proti zmanipulování výsledků losování, ale naopak byla cíleně vytvořena způsobem, který manipulaci výsledků losování umožňuje. Tato manipulace byla přitom dobře maskována a nezasvěcený pozorovatel by nepoznal, že se nejedná o náhodné losování, ale o předem připravenou manipulaci. Program byl také ošetřen proti potenciálnímu následnému zkoumání, kdy důsledně mazal všechny pomocné soubory, které pro manipulaci losování používal.

101. V případě rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 2. 10. 2015, č. j. ÚOHS-R464/2014/VZ-31150/2015/323/MOđ, kterým bylo potvrzeno rozhodnutí žalovaného ze dne 6. 11. 2014, č. j. ÚOHS-S715/2014-23661/2014/533/ZPr, se jedná o rozhodnutí vydaná v obdobné skutkové věci jako v nyní projednávaném případě, kdy před zahájením losování, kterým mělo být provedeno omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení prostřednictvím elektronického zařízení (CENTLOZ001), zadavatel neumožnil na žádost zástupce jednoho z uchazečů přidělení nových pořadových čísel zájemcům o účast v užším řízení, což zapříčinilo pochybnosti o řádném průběhu losování, a tedy zachování zásady transparentnosti losování. Žalobu zadavatele zdejší krajský soud zamítl rozsudkem ze dne 23. 1. 2018, č. j. 29 Af 114/2015 - 332.
102. 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. Žalovaný však dotčené subjekty upozornil, že daný závěr nevylučuje možnost následného přezkoumání postupu zadavatele, vyjdou-li najevo nové skutečnosti.
103. Je tedy patrné, 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 krajským soudem a v němž žalovaný dospěl k závěru, že odepření 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, č. j. ÚOHS-S145/2011/VZ-12668/2011/520/MNe, a rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 6. 10. 2011, č. j. ÚOHS-R200/2011/VZ-15571/2011/310/JSl, 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, publikovaného pod č. 1915/2009 Sb. NSS, dle kterého „*správní praxe zakládající legitimní očekávání je ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost (příp. i nečinnost) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů*“. Zároveň je nutno v této souvislosti zmínit, že se jednalo o nejstarší rozhodnutí žalovaného v obdobné věci (vydané již v roce 2011), přičemž jeho následně vydaná rozhodnutí byla podrobena soudnímu přezkoumání, v rámci kterého byla tato rozhodnutí zrušena krajským soudem. Krajský soud pak ve svých rozsudcích předestřel právní názor na věc, jímž byl žalovaný ve své další rozhodovací činnosti vázán a který byl povinen ve své rozhodovací činnosti zohlednit

a reflektovat (viz rozsudky Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013 č. j. 62 Af 61/2012 - 108, a ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 128/2012 - 119, oba dostupné na www.nssoud.cz).

104. 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, oba dostupné na www.nssoud.cz, a na náleží Ústavního soudu ze dne 8. 10. 2002, sp. zn. II. ÚS 586/02, dostupný na <http://nalus.usoud.cz>, že žalovaný byl i v případech „procesního“ rozhodování povinen rozšířit předmět řízení, případně zahájit řízení o správním deliktu z moci úřední, neboť jak zdejší krajský soud vyslovil v rozsudku ze dne 28. 8. 2014, č. j. 29 Af 74/2012 - 80, „(...) *nemělo 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 žalovaného 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 tři roky po uzavření smlouvy v nyní řešené věci.
105. 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, jistě 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.
106. Započetí postupně se rodící správní praxe (jíž nadto chyběl přinejmenším prvek dlouhodobosti) bylo přetrženo rozsudkem Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 62 Af 61/2012. Proto následným rozhodnutím, kterými žalobce argumentoval, krajský soud nemohl přiznat relevanci již jen z toho důvodu, že se tato ukázala nesprávnými. V tomto ohledu krajský soud odkazuje právě na rozsudek zdejšího soudu ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 - 108, kterým bylo zrušeno rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 29. 5. 2012, č. j. ÚOHS-R10/2012/VZ-9898/2012/310/Pse (k žalobcem namítané neaplikovatelnosti tohoto rozsudku na současnou věc viz výše). Kasační stížnost proti tomuto rozsudku byla zamítnuta rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 - 49; a odkázat lze také na rozsudek zdejšího soudu ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 128/2012 - 119, kterým bylo zrušeno rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 29. 6. 2012, č. j. ÚOHS-R63/2012/VZ-12145/2012/310/JSI, jehož závěrů se žalobce ve vztahu ke konstituování ustálené správní praxe dovolával.
107. V této souvislosti je pak možné zároveň poznamenat, že argumentace žalobce obsahuje jistý protimluv – přičemž soud si je vědom snahy žalobce tento paradox osvětlit, pokud se na jedné straně dovolává správní praxe založené rozhodnutími žalovaného či předsedy žalovaného a na straně druhé odmítá závěry judikatury správních soudů, které se k této rozhodovací praxi žalovaného a předsedy žalovaného 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.

108. Z poslední doby, kdy byla řešena skutkově i právně v podstatě totožná věc jako nyní, odkazuje krajský soud na rozsudek zdejšího soudu ze dne 15. 11. 2017, č. j. 31 Af 58/2016 - 58, dostupný na www.nssoud.cz, kterým byla zamítnuta žaloba proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 27. 6. 2016, č. j. ÚOHS-R8/2015/VZ-25862/2016/323/PMo (srovnej také typově obdobný případ, který se ve věci losování podobným zařízením ovšem lišil tím, že nebyla zvažována otázka požadavku na přečíslování a fyzické kontroly losovacího zařízení, kdy krajský soud rozsudkem ze dne 30. 4. 2014, č. j. 31 Af 113/2012-128, dostupným na www.nssoud.cz, zrušil rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 28. 5. 2012, č. j. ÚOHS-81/2012/VZ-9822/2012/310/ASc, a 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); a dále také nejnověji na rozsudek zdejšího soudu ze dne 23. 1. 2018 ve věci sp. zn. 29 Af 114/2015, kterým byla zamítnuta žaloba směřující proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 2. 10. 2015, č. j. ÚOHS-R464/2014/VZ-31150/2015/323/MOđ.
109. Uvedené skutečnosti krajský soud přiblížil, jak již bylo naznačeno, z toho důvodu, 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, dostupného na www.nssoud.cz, „*postupuje-li správní orgán v rozporu se zákonem (být 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 (srovnej 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 případně jiné posuzování obdobných věcí ve správních řízeních vedených žalovanou jí nemůže být v nyní posuzovaném případě již z podstaty věci ku prospěchu.“*
110. Již také bylo uvedeno výše, že 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, vztahovat zejména k okamžiku rozhodování správního orgánu (v případě žalobce tedy k datu 31. 10. 2014, kdy o jeho věci rozhodl prvostupňový žalovaný, a k datu 25. 11. 2015, kdy rozhodl předseda žalovaného o rozkladu). Jak Nejvyšší správní soud uvedl v rozsudku ze dne 16. 3. 2010, č. j. 1 Afs 50/2009 - 233, dostupném na www.nssoud.cz, „*je tedy chráněna dobrá víra účastníka řízení i vzhledem k okamžiku rozhodování správního orgánu. Jakkoli lze tedy soublasit 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 spoleshnout 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).*

111. I kdyby tedy došlo ke zformování určité správní praxe, kdy k tomuto názoru ovšem krajský soud v daném případě z výše uvedených důvodů (a ve vztahu k rozhodným datům) nedospěl, je zjevné, že ke dni 31. 10. 2014 a 25. 11. 2015 zde již existovala pravomocná rozhodnutí správních soudů, která rušila rozhodnutí žalovaného a předsedy žalovaného, kterých se žalobce dovolával. Za takové situace postačovalo, aby v reakci na argumentaci žalobce žalovaný, popř. předseda žalovaného, řádně (přezkoumatelně) odůvodnil změnu svého právního názoru oproti jiným jeho rozhodnutím, což se dle přesvědčení soudu také stalo. Správní orgány obou stupňů přitom měly povinnost postupovat v souladu s názorem vyjádřeným v judikatuře (srovnej již 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.
112. Ke správním rozhodnutím žalovaného (konkrétně ze dne 4. 12. 2015, č. j. ÚOHS-S0708/2014/VZ-42720/2015/523/ASo a ze dne 6. 11. 2014, č. j. ÚOHS-S715/2014/VZ-23661/2014/533/ZPr), ze kterých dle názoru žalobce vyplývá, že žalovaný rozhoduje případy mechanicky a paušálně a neposuzuje každý případ individuálně, pak krajský soud zároveň doplňuje, že po provedení dokazování takto žalobcem navrhovanými správními rozhodnutími ani tyto námitky nepovažuje za důvodné. Nelze totiž bez dalšího považovat za pochybení, pokud žalovaný obdobné skutkové stavy hodnotí prostřednictvím obdobných (v rozhodnutí se objevujících) formulací.
113. Krajský soud se pak z výše uvedených důvodů ve shodě se závěry předsedy žalovaného obsaženými v žalobou napadeném rozhodnutí domnívá, že nebyly důvodné ani další námitky odvíjející se od námítky existující 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 opírající se o nálezy Ústavního soudu ze dne 12. 12. 2013, sp. zn. III. ÚS 3221/11. Pokud žalobce výjimečně okolností, které měly ve smyslu zmíněného nálezu vést k upřednostnění principu jeho legitimního očekávání, spatřoval 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 výlučně jedná o vztah mezi státem a soukromou osobou. Formálně vzato i v případě žalobcovy věci šlo o sankční vztah mezi státem a jeho osobou, na druhou stranu však nelze úplně pustit ze zřetele, že žalovaný (resp. předseda žalovaného) posuzoval jednání žalobce, které směřovalo i vůči třetím osobám, a tedy se mohlo dotknout jejich práv.
114. Krajský soud k této argumentační linii žalobce 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 řídit se tam vyjádřeným právním názorem. I z tohoto důvodu (nad rámec již výše uvedeného) nelze přisvědčit argumentům žalobce, že ve smyslu usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006 - 132, měla být praxe žalovaného (výklad principu transparentnosti v popisovaném smyslu) měněna jen do budoucna a s výslovným upozorněním. Jak 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 zákona o veřejných zakázkách 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 tedy 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, 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.

115. Nadto je nutné k argumentaci legitimním očekáváním, změnou správní praxe, apod. znovu upozornit, že obecně se výkladem pojmu transparentnost zabýval Nejvyšší správní soud, jak již bylo uvedeno shora, v rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, tedy přibližně čtyři měsíce před tím, než proběhlo losování. Navíc soud k výslovné námitce žalobce dodává, že se nedomnívá, že by žalobou napadené rozhodnutí předsedy žalovaného bylo v daném směru nepřezkoumatelné. Je pravdou, že předseda žalovaného se sice k věci vyjádřil velmi stručně, nicméně dostačujícím způsobem uvedl, že zde vůbec nebylo dáno legitimní očekávání, které by mohlo převážit nad principem legality. Proto nebylo nutné ani to, aby se předseda žalovaného vyjadřoval k navazujícím námitkám, které ve smyslu výše uvedeného ztratily opodstatnění.
116. Na uvedených závěrech soudu pak nemohly nic změnit ani další žalobcem navržené a soudem provedené důkazy v podobě komunikace mezi Státním fondem životního prostředí ČR a společností Allowance s.r.o., která pro žalobce výběrové řízení organizovala, resp. komunikace mezi Státním fondem životního prostředí ČR a žalobcem, které se týkaly posouzení zadávací dokumentace. Toto předběžné posouzení nemůže žalobce zbavit odpovědnosti za netransparentní postup při losování, a to i proto, že nebylo možné v době posouzení zadávací dokumentace předpokládat, jak konkrétně z hlediska transparentnosti žalobce losování provede. Bez významu jsou v tomto směru i dokumenty Ministerstva životního prostředí, které posléze vedly tento orgán k podání podnětu k žalovanému, 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 jeho předsedy.

V.4) Nepřiměřenost pokuty a návrh na upuštění od sankce

117. S ohledem na shora uvedený podrobný 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. Z tohoto důvodu nelze přiznat důvodnost ani námitkám žalobce, jimiž v dané souvislosti upozorňuje na polehčující okolnosti. Soud také nesouhlasí s námitkou, že uložená sankce je nepřiměřená z důvodu značného časového odstupu mezi provedeným losováním a zahájením správního řízení. V tomto směru krajský soud souhlasí s předsedou žalovaného a pro stručnost odůvodnění tohoto rozsudku odkazuje na body 98. a 99. odůvodnění 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 které žalovaný k uložení takto snížené pokuty přistoupil [„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

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

taktové srovnatelné očekávání nebo správní praxe však v nynějším případě nebyla dána (v podrobnostech k tomu opět viz odůvodnění tohoto rozsudku výše).

118. Krajský soud na tomto místě připomíná také závěry Nejvyššího správního soudu vyplývající z rozsudku ze dne 3. 4. 2012, č. j. 1 Afs 1/2012 - 36, publikovaného pod č. 2671/2012 Sb. NSS, že „(...) ukládání pokut za správní delikty se děje ve sféře volného správního uvážení (diskrečního práva) správního orgánu, tedy v zákonem dovolené volnosti správního orgánu rozhodnout ve vymezených hranicích, resp. volit některé z více možných řešení, které zákon dovoluje. Na rozdíl od posuzování otázek zákonnosti, jimiž se soud musí při posuzování správní věci k žalobní námitce zabývat, je oblast správní diskrece soudní kontrole prakticky uzavřena. Podrobit volné správní uvážení soudnímu přezkoumání při hodnocení zákonnosti rozhodnutí lze jen potud, překročil-li správní orgán zákonem stanovené meze tohoto uvážení, vybočil-li z nich nebo volné uvážení zneužil. Není však v pravomoci správního soudu, aby vstoupil do role správního orgánu a položil na místo správního uvážení uvážení soudcovské a sám rozhodl, jaká pokuta by měla být uložena“.
119. Podle ustanovení § 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání, a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
120. V odůvodnění prvostupňového rozhodnutí žalovaný ke způsobu spáchání správního deliktu uvedl, že žalobce se sám rozhodl pro konkrétní formu zadávacího řízení a omezení počtu zájemců a dále si zvolil konkrétní způsob omezení prováděný přísnějšími zákonnými podmínkami. Dále upozornil, že odpovědnost za spáchání předmětného správního deliktu je zákonodárcem konstruována jako objektivní. Z hlediska okolností, za nichž byl delikt spáchán, shledal žalovaný okolnost přitěžující, neboť žalobce odmítl přecíslovat jednotlivé zájemce, aniž by tento svůj postup jakkoli rozumně zdůvodnil. Pokud se jednalo o následky správního deliktu, přihlédl žalovaný k tomu, že v důsledku porušení předpokladu transparentnosti nebylo možné zcela vyloučit, že mohl být vylosován jiný okruh zájemců, kteří mohli podat ekonomicky výhodnější nabídky. Ve výsledku tak mohlo být nehospodárně nakládáno s veřejnými prostředky, neboť žalobce uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku s uchazečem, který podal nabídku na základě omezení počtu zájemců losováním, které nenaplnilo alespoň minimální předpoklad transparentnosti. Z hlediska závažnosti správního deliktu přihlédl ke skutečnosti, že v daném případě došlo k porušení zásady transparentnosti, která je vůdčí zásadou zadávacího řízení.
121. Předseda žalovaného přitom v napadeném rozhodnutí s odkazem na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 9. 4. 2015, č. j. 62 Af 123/2013 - 85, dostupný na www.nssoud.cz, přisvědčil rozkladové námitce žalobce, dle níž účinnost trestu (uložené pokuty) koreluje s rychlostí jeho uložení, přičemž primárně přihlédl k faktu, že preventivní funkce trestu vůči ostatním zadavatelům již nemůže plnit svou funkci s ohledem na novou právní úpravu omezení počtu zájemců v užším řízení a okolnostem tohoto případu. Dospěl proto k závěru, že k naplnění funkce pokuty, jakožto dostatečně citelného negativního zásahu do majetku žalobce postačuje pokuta ve výši 200 000 Kč. Žalobci byla tedy uložena pokuta ve výši 2,83 % z horní hranice 7 069 385 Kč, tedy při samé spodní hranici zákonného rozpětí, což dle krajského soudu nelze považovat ve vztahu k učiněným skutkovým zjištěním správního orgánu za nepřiměřené.
122. Žalobci pak je možno přisvědčit do té míry, že ze samotného principu náhodnosti, na němž je každé losování založeno, vyplývá obecně obtížnost jeho zpětné kontroly. Obtížnost následné kontroly je však třeba minimalizovat dodržěním zákonných požadavků kladených na průběh losování, jakož i dalšími opatřeními, jež vyvrátí veškeré případné pochybnosti o férovosti provedeného losování. Jestliže si žalobce jako zadavatel zvolil jako objektivní kritérium náhodný výběr provedený losem, musel si být vědom zvýšených nároků na dodržení zásady transparentnosti, jež na něj tento způsob omezení počtu zájemců bude klást. Žalobce však, jak

bylo uvedeno výše v odůvodnění tohoto rozsudku, těmto požadavkům nedostal, a proto vznikly pochybnosti o férovosti provedení losování. Z hlediska závažnosti správního deliktu přitom žalovaný přihlédl především k tomu, že došlo k porušení zásady transparentnosti, která je vůdčí zásadou zadávacího řízení. Krajský soud tedy nesouhlasí s tím, že by při posouzení závažnosti správního deliktu žalovaný zohlednil okolnost vlastní samotnému losování.

123. Předseda žalovaného se pak zabýval též možnou likvidační povahou pokuty pro žalobce, kdy zohlednil závěry obsažené v 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, jak je patrné z bodu 102. odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí. Dle krajského soudu pak byli žalovaný i jeho předseda vedeni správnými úvahami, z nichž dovozovali, že uložená pokuta ve výši 200 000 Kč nebude pro žalobce likvidační. Rovněž krajský soud, který doplnil dokazování o návrhy rozpočtu žalobce pro roky 2017 a 2018, z jejich obsahu (viz část Financování – Volné prostředky z min. let) zjistil, že žalobce disponuje volnými prostředky z minulých let.
124. Krajský soud se pak v této souvislosti ztotožňuje rovněž s názorem předsedy žalovaného (viz bod 101. 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 (viz k tomu k důkazu provedené platební výměry Finančního úřadu pro Královéhradecký kraj ze dne 26. 8. 2015, č. j. 1397944/15/2700-31472-602800 a č. j. 1397933/15/2700-31472-602800, na odvody za porušení rozpočtové kázně žalobce do Národního fondu ve výši 9 443 675 Kč a do státního fondu ve výši 555 511 Kč). Žalobou napadené rozhodnutí v tomto směru správně odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 11. 2012, č. j. 1 Afs 23/2012 - 102, dostupný na www.nssoud.cz, dle kterého *„žádost o zohlednění okolností, 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 „přehlédly“ porušení zákona z důvodu, že stěžovatel ponese ještě jiné důsledky svého protisprávního jednání“*. Z tohoto důvodu tedy krajský soud ani dále neprováděl důkaz listinami, které žalobce předložil soudu v souvislosti s poskytnutím uvedené dotace.
125. Pokud jde o v žalobě uplatněný moderační návrh žalobce na upuštění od uložení pokuty, resp. její přiměřené snížení, krajský uvádí, že ačkoli tento návrh není žalobcem nijak konkrétně odůvodňován, je z kontextu žalobní argumentace zřejmé, že žalobce jej uplatňuje z důvodu nepřiměřenosti výše uložené sankce.
126. Podle § 78 odst. 2 s. ř. s. soud může, nejsou-li důvody pro zrušení rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s. ř. s., od trestu za správní delikt upustit nebo jej v mezích zákonem dovolených snížit, pokud byl trest uložen ve zjevně nepřiměřené výši. Pokud tedy zdejší soud po zohlednění výše uvedených skutečností neshledal, že by pokuta byla nepřiměřená, tím spíše nemohl dovodit, že by pokuta byla uložena ve *zjevně nepřiměřené* výši, což je zákonnou podmínkou pro její snížení nebo úplné upuštění od ní.
127. Dle krajského soudu předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí zohlednil všechny skutečnosti, které podle zdejšího soudu zohlednit měl, a výsledek jeho úvah co do výše uložené pokuty je zjištěným okolnostem přiměřený. Nepřiměřenost zdejší soud nedovozuje ve vztahu k jednotlivým krokům žalovaného, jimiž byla pokuta stanovována, ani ve vztahu k výsledné částce. Pouze v takovém případě by přitom moderační návrh uplatněný podle § 78 odst. 2 s. ř. s. mohl být úspěšný. Krajský soud proto ani tento návrh žalobce neshledal důvodným.

VI. Závěr a náklady řízení

128. Krajský soud tak na základě výše uvedených skutečností neshledal žalobu důvodnou, a proto ji podle ustanovení § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl.
129. Výrok o náhradě nákladů řízení je odůvodněn ustanovením § 60 odst. 1 s. ř. s., podle kterého žalobce, který neměl ve věci úspěch, nemá vůči žalovanému právo na náhradu nákladů řízení před soudem a žalovanému žádné náklady řízení nad rámec jeho běžné úřední činnosti nevznikly, a to ani v řízení před krajským soudem, ani v řízení o kasační stížnosti před Nejvyšším správním soudem. Krajský soud proto rozhodl tak, že žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku lze podat do dvou týdnů po jeho doručení kasační stížnost. 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 právních předpisů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 26. ledna 2018

Mgr. Milan Procházka, v.r.
předseda senátu