



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Jiřího Pally a soudců JUDr. Dagmar Nygrínové a Mgr. Aleše Roztočila v právní věci žalobce: **Město Kostelec nad Labem**, se sídlem náměstí Komenského 284/1, Kostelec nad Labem, zast. JUDr. Janou Novákovou, advokátkou, se sídlem Neratovická 218/35, Kostelec nad Labem, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 18. 2. 2016, č. j. 30 Af 10/2014 - 65,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žádný z účastníků **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

O d ů v o d n ě n í :

Rozhodnutím ze dne 22. 10. 2012, č. j. ÚOHS-S15/2012/VZ-5316/2012/530/PPo, žalovaný uznal žalobce vinným, že „[...] při zadávání podlimitní veřejné zakázky „Volnočasové centrum Kostelec nad Labem“, zadávané v užším řízení, jebož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 8. 3. 2011 pod ev. č. 60057275 a jebož oznámení o zadání bylo uveřejněno dne 24. 6. 2011, pod ev. č. 60057275 [...] nedodržel postup stanovený v ustanovení § 61 odst. 4 [zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 179/2010 Sb.] v návaznosti na ustanovení § 6 [téhož zákona], když losování dne 11. 4. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel dne 7. 6. 2011 smlouvu na veřejnou zakázku.“ Žalovaný konstatoval, že žalobce uvedeným jednáním naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, za což mu uložil pokutu podle § 120 odst. 2 písm. a) téhož zákona ve výši 400.000 Kč.

V odůvodnění rozhodnutí žalovaný připomněl, že podle § 6 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen v souladu s uvedeným zákonem dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Podle § 61 odst. 1 zákona o veřejných

zakázkách, pokud veřejný zadavatel omezil 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 na základě objektivních kritérií uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Mezi tato objektivní kritéria podle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách v posuzované době patřilo také losování. Losování přitom bylo nutné provést v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona o veřejných zakázkách prostřednictvím mechanických, elektromechanických, elektronických nebo obdobných zařízení, a to za účasti notáře osvědčujícího průběh losování. Žalovaný vysvětlil, že podle § 149 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách se elektronickými nástroji pro účely tohoto zákona rozumí programové vybavení, případně jeho součásti, které jsou spojeny se sítí nebo se službou elektronických komunikací a umožňují prostřednictvím této sítě nebo služby provádění úkonů v elektronické podobě podle tohoto zákona, včetně zpracování zahrnujícího digitální kompresi a uchování dat. Zadavatel je oprávněn použít elektronické nástroje pouze za předpokladu, že jejich použití neporušuje zákaz diskriminace a tyto elektronické nástroje jsou s ohledem na předmět veřejné zakázky obecně dostupné a slučitelné s běžně užívanými informačními a komunikačními technologiemi.

Z notářského zápisu o provedeném losování ze dne 11. 4. 2011, který sepsala notářská kandidátka Mgr. Markéta Kucejová, žalovaný zjistil, že omezení počtu zájemců o šetřenou veřejnou zakázku prostřednictvím losovacího zařízení provedla Ing. Michaela Kristová. Před losováním Ing. Kristová informovala přítomné osoby, že „[...] programové vybavení tvoří losovací program běžící v prostředí „UNIFACE“ v licenci společnosti COMPUTWARE. Autorizovanou instalaci provedla firma ZERON, s.r.o., počítač je notebook ACER Travel Mate 5442 s operačním systémem WINDOWS 7. Standardní počítač byl v rámci autorizované instalace uzpůsoben pro jednoúčelové využití - losování prostřednictvím losovacího programu v prostředí „UNIFACE“, přičemž byly v rámci autorizované instalace zakázány všechny programem nevyužívané funkce a služby operačního systému a hardwaru jako je bluetooth, wi-fi, připojení externích paměťových médií, apod. Povolené rozhraní tvoří USB porty pro myš a tiskárnu a výstup na projektor. Počítač není připojen k síti. Jedinými povolenými uživatelskými vstupy jsou kromě vypnutí a zapnutí přístroje a ovládání funkcí losovacího programu myši a klávesnici pouze ruční zadání identifikace veřejné zakázky a seznamu kvalifikovaných zájemců.“

Ze sdělení společnosti Inženýrské služby Hradec Králové ze dne 12. 9. 2011, kterou žalobce pověřil organizací zadávacího řízení, žalovaný zjistil, že losování pro tuto společnost probíhalo v době od března 2011 do 12. 7. 2011 na zařízení Acer Travelmate 5542-P344G50Mnss S/N:LXTZG020030352FFD51601. Na základě smlouvy o spolupráci losování zajišťovala jiná společnost, tj. KLERIS CZ a. s., přičemž Ing. Kristová je místopředsdyně představenstva této společnosti.

Žalovaný se zabýval nesrovnalostí mezi označením losovacího zařízení v notářském zápisu ze dne 11. 4. 2011, ve sdělení společnosti Inženýrské služby Hradec Králové ze dne 12. 9. 2011 a ve znaleckém posudku ze dne 1. 12. 2011 z oboru kybernetika, odvětví výpočetní techniky, který pro Policii České republiky vypracoval znalecký ústav Risk Analysis Consultants, s. r. o. Žalovaný dovodil, že rozdíl v označení, tj. „5442“ a „5542“, představuje toliko chybu v psaní v notářském zápisu. K dotazu žalovaného produktový manažer společnosti Acer Czech Republic sdělil, že jeho společnost „[...] notebook TravelMate 5442 nikdy neměla a daný produkt do ČR nedovezla“. Pro účely znaleckého posudku bylo zařízení Acer Travelmate 5542 p/n: PEW56 S/N: LXTZG020030352FFD51601 označeno jako 171-nb01, přičemž zhotovitel posudku dospěl k závěru, že losování bylo manipulovatelné právě na zařízení 171-nb01.

Žalovaný uvedl, že podle znaleckého posudku zařízení není zabezpečeno proti zmanipulování výsledků losování, naopak, je cíleně vytvořeno způsobem, který umožňuje manipulaci výsledků losování. Výsledek losování lze zmanipulovat pomocí předem připraveného

pokračování

souboru. Tento soubor musí mít název „uconfig.ini“ a musí být před losováním umístěn v adresáři „c:/Temp“. Tento soubor musí mít přesně danou strukturu a musí obsahovat identifikační číslo subjektů, které mají být vylosovány. Losovací program si potom z tohoto předem připraveného souboru přečte identifikační čísla subjektů, které mají být vylosovány, a tyto subjekty následně i vylosuje. Manipulace losováním je dobře maskována a nezasvěcený pozorovatel nepozná, že se nejedná o náhodné losování, ale o předem připravenou manipulaci.

K otázce porušení zásady transparentnosti žalovaný poukázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, a na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 2. 2012, č. j. 62 Af 47/2010 - 53, přičemž dovodil, že zásada transparentnosti může být naplněna pouze za předpokladu, že průběh zadávacího řízení nevybuzuje pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval regulérně. Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat porušení některé konkrétní zákonné povinnosti, neboť losování je ze své podstaty nepřezkoumatelné. Žalovaný zdůraznil, že podle znaleckého posudku bylo losovací zařízení manipulovatelné a cíleně vytvořené k manipulaci s výsledky losování. Zařízení nepracovalo na deklarovaném principu náhodného výsledku a tím došlo k porušení zásady transparentnosti. Vzhledem k závěrům, ke kterým dospěl Krajský soud v Brně a Nejvyšší správní soud v naposledy uvedených rozsudcích, žalovaný nepovažoval za nutné zabývat se otázkou, zda k vlastní manipulaci v průběhu losování skutečně došlo. Žalobce podle žalovaného nikterak neprokázal, že v průběhu losování zajistil naplnění zásady transparentnosti podle § 6 zákona o veřejných zakázkách.

Žalovaný nevyhověl návrhu žalobce, aby si nechal vypracovat další znalecký posudek, tentokrát k otázce, zda losovací program byl dne 11. 4. 2011 modifikován za účelem manipulace s losováním, přičemž konstatoval, že odpověď na danou otázku by neovlivnila věcný obsah výroku rozhodnutí. Žalovaný nepřisvědčil tvrzení žalobce, že v posuzované věci byly naplněny podmínky pro aplikaci liberačního důvodu podle § 121 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Skutečnost, že žalobce pověřil k administraci veřejné zakázky jiný subjekt, jej nezbavuje odpovědnosti za transparentní průběh zadávacího řízení, což ostatně vyplývá z § 151 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Přítomnost dalších osob a zpracování notářského zápisu sice zvyšuje důvěru v průběh losování, avšak nepředstavuje absolutní záruku pro naplnění zásady transparentnosti.

Žalovaný uzavřel, že žalobce má za daný správní delikt objektivní odpovědnost, přičemž v posuzované věci neexistují okolnosti, které by ji vylučovaly. Selhání osoby, která realizovala losování, je irelevantní. Postup žalobce mohl podle žalovaného podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, neboť omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení je klíčovou fází tohoto řízení, v níž jsou z kvalifikovaných dodavatelů vybráni jen ti, kteří jsou následně vyzváni k podání nabídky. S vysokou mírou pravděpodobnosti tak lze konstatovat, že v případě jiného losování prováděného při dodržení zákona by byl k podání nabídky vyzván i jiný okruh zájemců, z nichž některý mohl žalobci předložit výhodnější podmínky plnění veřejné zakázky.

K výši uložené sankce žalovaný uvedl, že žalobci mohl uložit pokutu až do částky 1.059.553,20 Kč. Žalobce plánoval hospodařit v roce 2012 s příjmy ve výši 78.915.385 Kč, uloženou pokutu proto nelze považovat za likvidační a nelze ji uložit v nižší částce, neboť je třeba, aby plnila represivní i preventivní funkci.

Rozhodnutím ze dne 9. 12. 2013, č. j. ÚOHS-R319/2012/VZ-23996/2013/310/MMI, předseda žalovaného potvrdil výrok I o vině žalobce a v tomto rozsahu zamítl jeho rozklad. Výrok II změnil, a to tak, že za správní delikt žalobci uložil podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách pokutu ve výši 100.000 Kč.

V odůvodnění rozkladu se předseda žalovaného ztotožnil s názorem, že důkaz dalším znaleckým posudkem nebyl třeba, neboť dosud provedené důkazy postačují ke zjištění skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Losovací zařízení podle předsedy žalovaného nebylo při vypracování znaleckého posudku zaměněno s jiným zařízením, neboť již ze sdělení společnosti Inženýrské služby Hradec Králové vyplývá, že k losování tato společnost používala zařízení, ke kterému se vztahuje znalecký posudek.

Předseda žalovaného konstatoval, že rozsah a obsah skutkových zjištění nevyvolává žádné rozumné pochybnosti o tom, že žalobce porušil právní povinnosti uvedené v § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách ve spojení se zásadou transparentnosti. K námitce, že prvoinstanční rozhodnutí není v souladu s ustálenou rozhodovací praxí, předseda žalovaného uvedl, že odpovídá soudní judikatuře, přičemž poukázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 7. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 - 55. Předseda žalovaného se zabýval námitkou, že jediným důkazem netransparentnosti losování je znalecký posudek a že mezi losováním a jeho vyhotovením uplynulo více jak 7 měsíců a mezi losováním a převzetím losovacího zařízení uplynuly 3 měsíce, z čehož žalobce usoudil, že soubory ovlivňující losování existovaly v daném zařízení v okamžiku předmětného losování. Podle předsedy žalovaného „[z] písemného vyjádření společnosti Inženýrské služby Hradec Králové [...] ze dne 12. 9. 2011 ve smyslu ustanovení § 8 odst. 1 trestního řádu zjistil Úřad [tj. žalovaný], že citovaná společnost uvedla, že losovacím zařízením využívaným pro omezení počtu zájemců od března roku 2011 do 12. 7. 2011 byl notebook Acer TravelMate 5542-P344G50Mnss S/N:LXTZG020030352FFD51601. Skutečnost, že tento notebook nebyl zabezpečen proti zmanipulování, vyplývá jednoznačně ze znaleckého posudku. Ke skutečnosti, že bylo teprve po provedeném losování zjištěno, že losovací zařízení mohlo ovlivnit náhodnost výběru, uvádím, že tato okolnost nemá na posouzení porušení zákonné povinnosti zadavatelem žádný vliv. Stejně jako se vyvíjejí moderní technologie, vyvíjí se protiprávní praktiky, které mohou velmi sofistikovaně porušit zásadu transparentnosti tak, jako se stalo v daném případě. Záměr vytvořit losovací program k manipulaci s výsledky losování jde ruku v ruce se záměrem, aby manipulace nebyla odhalitelná a samozřejmě odhalena. Vytvoření takového losovacího programu je vedeno tím, aby v průběhu losování nevznikly důvodné pochybnosti o jeho transparentnosti; „manipulátor“ zúčastněně rozhodně neupozorňuje na možnost ovlivnění výsledků. K tomuto konstatuji, že Úřad jednoznačně uvedl, z jakého důvodu není právně relevantní právě zjištění toho, zda dne 14. 11. 2011 skutečně bylo manipulováno, přičemž tento závěr, který se také odvíjí od konstantní soudní judikatury Nejvyššího správního soudu (viz rozsudek č. j. 1 Afs 45/2010 - 159 ze dne 15. 9. 2010), považuji za přezkoumatelný a správný. K námitce zadavatele týkající se kolektivní viny, konstatuji, že je zcela irrelevantní. Zákon je založen na objektivní odpovědnosti zadavatele za průběh zadávacího řízení na veřejnou zakázku, a tudíž odkazují na část tohoto odůvodnění věnující se objektivní odpovědnosti zadavatele. K námitce, že nebylo prokázáno, že by losování nebylo provedeno v souladu se zásadou transparentnosti, neboť nebylo prokázáno, že v okamžiku použití losovacího zařízení bylo toto zařízení zmanipulováno, odkazují na právní závěr rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 - 159 ze dne 15. 9. 2010. Jak již uvedl Úřad, samotná možnost přímého ovlivnění výsledku losování zcela vylučuje náhodnost. [...] Pro úplnost uvádím, že závěr o samotné možnosti ovlivnění je založen dle mého posouzení napadeného rozhodnutí právě na spojení skutkového zjištění Úřadu o tom, že losovací zařízení umožňuje manipulaci, a na úvaze Úřadu, že losovací zařízení použité dne 11. 4. 2011 při výběru zájemců do užšího řízení „nepracovalo na deklarované bázi náhodného výběru“. K námitce, že právní závěr citovaného rozsudku nemá konkrétní návaznost na projednávanou věc, konstatuji, že se v obou případech jedná o losování za účelem omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku, při kterém byla zjištěna pochybnost o transparentnosti tohoto losování, citovaný judikát považuji za přílehlavý a správně interpretovaný.“

Předseda žalovaného nepřisvědčil námitce, že z odůvodnění prvoinstančního rozhodnutí nevyplývá, jakou konkrétní povinnost žalobce porušil. Žalobce se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, neboť nepostupoval v souladu s § 61 odst. 4 v návaznosti na § 6 naposledy uvedeného zákona, což mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Předseda žalovaného citoval vybrané části prvoinstančního rozhodnutí,

pokračování

kteří obsahují interpretaci neurčitého právního pojmu „transparentnost“. Dovodil, že „[...] tam, kde není dána a zaručena náhodnost výběru losem - neboť pojmovým znakem „losování“ je náhodnost konkrétního výsledku nezávislého na lidské vůli - není dána transparentnost.“ Předseda žalovaného v této souvislosti opět poukázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 7. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 - 55, a uvedl, že „[...] není podstatné, zda skutečně k manipulaci s losováním došlo, ale rozhodující je právě pochybnost o řádnosti a férovosti losování, která vyvstane na základě určitých indicií, což v daném případě nastalo tím, že bylo prokázáno, že předmětné losovací zařízení bylo záměrně uzpůsobeno k ovlivňování losování, což postačí k závěru o porušování zásady transparentnosti.“

Předseda žalovaného se zabýval i námitkou, že žalovaný měl v prvoinstančním řízení zkoumat, zda losování probíhalo za takových okolností, které vyvolávají pochybnosti o transparentnosti. Podle žalobce měl žalovaný prokázat alespoň reálnou možnost manipulace s losováním, namísto toho založil své závěry na domněnce, že losovací program měl při losování dne 11. 4. 2011 stejné funkce, jako v době, kdy losovací zařízení převzala Policie České republiky. Předseda žalovaného v této souvislosti opět poukázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 7. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 - 55, a uzavřel, že žalovaný, respektive znalecký ústav, zjistil, že použité losovací zařízení bylo přizpůsobeno manipulaci s losováním. Předseda žalovaného se neztotožnil s námitkou, že cena veřejné zakázky nabízená vybraným dodavatelem je nižší než předpokládaná hodnota veřejné zakázky. Pro naplnění skutkové podstaty správního deliktu postačuje existence možnosti, že postupem zadavatele mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky, i když k ovlivnění nemuselo reálně dojít. Nadto předseda žalovaného konstatoval, že nabídková cena je nižší než předpokládaná hodnota veřejné zakázky ve většině případů. K námitce vůči uplatňování kolektivní viny a nepřipustné retroaktivity předseda žalovaného uvedl, že uzavření smlouvy na veřejnou zakázku je jedním ze znaků skutkové podstaty správního deliktu. Ke správnímu deliktu tedy v posuzovaném případě došlo uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku dne 7. 6. 2011. Po uzavření smlouvy ostatně nelze řešit situaci jinak, než uložení pokuty.

K námitce, že žalovaný vydal prvoinstanční rozhodnutí bez návaznosti na výsledek šetření Policie České republiky, předseda žalovaného uvedl, že zahájení či skončení trestního řízení nepředstavují relevantní okolnosti pro posouzení postupu žalobce podle zákona o veřejných zakázkách. Nejedná se ani o předběžnou otázku ve smyslu § 57 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění předchozích předpisů. Správní orgán si sice nemůže učinit vlastní úsudek o tom, zda došlo ke spáchání trestného činu a kdo je za něj odpovědný, to je však v posuzované věci irelevantní, neboť žalovaný posuzoval soulad postupu žalobce s § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách ve spojení s § 6 téhož zákona. Policie i žalovaný sice posuzovali stejný skutkový děj, to však z hlediska různých právních předpisů, a tedy i jiných předpokladů pro naplnění odlišných skutkových podstat. Předseda žalovaného nepřisvědčil tvrzení, že v posuzované věci existuje liberační důvod podle § 121 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Zadavatel se sice může zbavit odpovědnosti za správní delikt, pokud prokáže, že vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránil. Tímto úsilím se však rozumí aktivní jednání, které žalobce nikterak neprokázal. Skutečnost, že se nechal zastoupit podle § 151 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, jej odpovědnosti nezbujuje.

Předseda žalovaného označil za bezpředmětnou námitku, že příjmy žalobce (bez účelově vázaných dotací) nedosahují výše, ze které vycházel žalovaný v prvoinstančním řízení. Vysvětlil, že výši pokuty již tak snížil na 100.000 Kč, a to vzhledem k výši pokut, které uložil v obdobných řízeních.

Rozsudkem ze dne 18. 2. 2016, č. j. 30 Af 10/2014 - 65, Krajský soud v Brně zamítl žalobu proti rozhodnutí předsedy žalovaného. V odůvodnění shrnul, že podstata celé věci stojí na posouzení odpovědnosti žalobce za správní delikt, který spočívá v netransparentním losování

provedeném dne 11. 4. 2011 za účelem omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení zakázky označené jako „*Volnočasové centrum Kostelec nad Labem*“ a administrované třetí osobou, tj. Inženýrské služby Hradec Králové, s. r. o., zastupující žalobce ve smyslu § 151 zákona o veřejných zakázkách. Omezení počtu zájemců o veřejnou zakázku podle náhodného výběru provedeného losem bylo upraveno v § 61 zákona o veřejných zakázkách od počátku účinnosti citovaného zákona dne 1. 7. 2006 až do dne 31. 3. 2012, přičemž smyslem tohoto specifického způsobu selekce mezi zájemci o zakázku bylo napomoci zadavateli a ulehčit mu situaci, kdy bylo přihlášeno větší množství potenciálních dodavatelů, kteří prokázali splnění kvalifikace. V posuzovaném případě bylo přihlášeno celkem 17 zájemců a losem provedeným dne 11. 4. 2011 byl tento počet snížen na 5 zájemců. Z nich byla posléze vybrána společnost STAVEBNÍ FIRMA NEUMANN, se kterou žalobce uzavřel dne 7. 6. 2011 smlouvu o dílo na zhotovení stavby volnočasového centra v Kostelci nad Labem. Krajský soud rovněž vysvětlil, že Policie České republiky získala za účelem znaleckého zkoumání notebook Acer Travelmate 5542-P344G50Mnss S/N: LXTZG020030352FFD51601, notebook Acer Travelmate 5542, S/N: LXTZG02003106205951301, notebook HP model G62-b21EC, výrobní číslo 4CZ0411NWD a notebook Acer TRAVEL MATE 5542PEW 56, v. č. LXTZG0C003109067DA1601.

Krajský soud se nejprve zabýval námitkou vůči nesprávnému označení zařízení použitého pro losování. Konstatoval, že nesprávné označení v notářském zápisu vzniklo toliko chybou v psaní. S touto nesrovnalostí se však žalovaný i jeho předseda vypořádali, a to mimo jiné i s odkazem na odpověď produktového manažera, že společnost Acer notebook TravelMate 5442 nikdy neměla a daný produkt do ČR nedovezla. Krajský soud zjistil, že Policii České republiky byly vydány 4 notebooky, z toho 3 značky Acer, typu TravelMate 5542, přičemž všechny byly správně označeny, resp. následovaly své označení tak, jak bylo uvedeno v jednotlivých opatřeních o přibrání znaleckého ústavu, a to s výjimkou prvního notebooku Acer. U tohoto notebooku totiž bylo před výrobním číslem namísto označení „P344G50Mnss“ použito označení „p/n: PEW56“ patřící poslednímu čtvrtému notebooku téže značky. Namísto správného označení zařízení „Acer TravelMate 5542-P344G50Mnss S/N: LXTZG020030352FFD51601“ tedy bylo použito zjevně nesprávné označení Acer TravelMate 5542 p/n: PEW56 S/N: LXTZG020030352FFD51601. Jedná se však o zřejmou nesprávnost spočívající v chybě v psaní při označování jednoho z notebooků, která je s ohledem na lidský faktor plně pochopitelná a která nikterak nedokládá, že by se v daném případě mělo jednat o dva různé notebooky, jak tvrdí žalobce. Druhý z naposledy uvedených notebooků nikdy neexistoval, resp. policii nebyl vůbec vydán. Skutečnost, že se jednalo toliko o administrativní pochybení, vyplývá i ze sdělení společnosti Inženýrské služby Hradec Králové ze dne 12. 9. 2011. Podle tohoto sdělení společnost v souvislosti s administrací veřejných zakázek využila dvě zařízení, přičemž první z nich „*Notebook Acer Travelmate 5542-P344G50Mnss S/N: LXTZG020030352FFD51601*“ využívala od března 2011 do 12. 7. 2011 a druhé losovací zařízení „*Notebook Acer Travelmate 5542-P344G50Mnss S/N: LXTZG02003106205951601*“ využívala od 13. 7. 2011 doposud. Krajský soud připustil, že se žalovaný i jeho předseda dopustili obdobné chyby v psaní jako notářská kandidátka, ve zbytku odůvodnění obou správních rozhodnutí však pracovali se správným označením notebooku. Krajský soud proto uzavřel, že v době, kdy proběhlo losování, tj. v dubnu 2011, byl coby losovací zařízení využíván tentýž notebook, který byl posléze jako první vydán policii a který byl také předmětem znaleckého zkoumání s označením „171_nb01“. Ostatně žalobce tuto skutečnost ani nijak nezpochybňoval, netvrdil, že by například existoval další, pátý notebook, který byl využit k losování a následně nebyl znalecky zkoumán. Žalobce v žalobě pouze upozornil na nesrovnalosti v označení příslušného notebooku a jeho námitku je tak možné s ohledem na vše výše uvedené označit za nedůvodnou.

Krajský soud se neztotožnil s námitkou, že z rozhodnutí správních orgánů nevyplývá, jakou konkrétní povinnost porušil. Žalovaný totiž ve výroku I prvoinstančního rozhodnutí výslovně poukázal na skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona

pokračování

o veřejných zakázkách, tedy na tzv. odkazující skutkovou podstatu dovolávající se samotného zákona o veřejných zakázkách. O právní kvalifikaci tak není pochyb. Stejně tak není pochyb ani o tom, jakou konkrétní povinnost žalobce porušil, neboť ve výroku I prvoinstančního rozhodnutí žalovaný přímo odkázal na nedodržení postupu podle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na § 6 téhož zákona, konkrétně v návaznosti na zásadu transparentnosti. Je tedy evidentní, že stěžovatel porušil povinnost zajistit transparentní losování prostřednictvím elektronického zařízení.

K námitce týkající se porušení zásady transparentnosti při losování krajský soud odkázal na dosavadní závěry judikatury, tj. na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, č. j. 62 Af 61/2012 - 108, či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, ze dne 6. 11. 2013, č. j. 1 Afs 64/2013 - 49, a ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 - 53. Dovodil, že k porušení zásady transparentnosti postačuje, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti losování. Takové pochybnosti však mohou vzniknout i tehdy, když k reálné manipulaci nedošlo. Po zadavateli veřejné zakázky lze 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. Skutečnost, že samotné losování pro společnost zajišťující administraci zakázky realizovala jiná společnost, není podstatná. Podstatné je, že při losování bylo použito zařízení, které podle znaleckého posudku ze dne 1. 12. 2011, č. j. 171-1.03.01.06-2011, obsahovalo program uzpůsobený k manipulaci losování. Krajský soud konstatoval, že znalecký posudek byl v tomto směru nejen důkazem klíčovým, ale také důkazem dostatečným a provedené dokazování nebylo nutno dále doplňovat. Krajský soud dodal, že další dokazování by ani nebylo možné, neboť použitý program pro manipulaci losování důsledně maže všechny pomocné soubory, což bylo popsáno ve znaleckém posudku. Nadto, pokud by bylo zjištěno, že pomocný soubor byl v losovacím zařízení před předmětným losováním, znamenalo by to, že došlo k manipulaci s pravděpodobností hraničící s jistotou. V posuzované věci však nebylo nezbytné prokázat reálnou manipulaci s losováním, neboť podle judikatury postačuje pouhá pochybnost o transparentnosti.

Krajský soud nepřisvědčil námitce, že mezi losováním v dubnu 2011 a zajištěním losovacího zařízení v červenci 2011 uplynula delší doba. Ve světle všech výše uvedených skutečností je totiž zřejmé, že použitý notebook obsahoval losovací software umožňující manipulovat s losováním. Ostatně žalobce ani nic jiného netvrdí a neuvádí například, že v rozhodném období používal jiný losovací program, umožňující toliko korektní losování. Žádné takové tvrzení či jiná indicie zpochybňující závěry žalovaného vznesena nebyla a ani ze spisového materiálu nevyvstala. Navíc ze zprávy společnosti Inženýrské služby Hradec Králové ze dne 12. 9. 2011 vyplývá, že předmětný notebook byl instalován od ledna 2011 ve zkušebním provozu do zahájení jeho využívání, tedy do března 2011, to znamená, že minimálně od tohoto data musel být instalován také předmětný losovací program.

Námitku žalobce o rozporu žalobou napadeného rozhodnutí s rozhodovací praxí žalovaného, podle krajského soudu nelze považovat za důvodnou, neboť rozhodnutí, na které žalobce poukázal, bylo zrušeno v rámci soudního přezkumu. K námitce, kterou žalobce dovozoval z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 6. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 - 55, krajský soud uvedl, že v každém jednotlivém případě je třeba zkoumat, zda právě jeho specifické okolnosti vyvolávají pochybnosti o korektnosti a férovosti průběhu losování, což v nyní posuzované věci nastalo. Krajský soud doplnil, že uzavření smlouvy je znakem skutkové podstaty správního deliktu, který byl žalobci kladen za vinu. Za transparentnost celé veřejné zakázky odpovídá především zadavatel, a to včetně všech úkonů, které provádí on nebo jím pověřená osoba. Pověření jiné osoby k administraci veřejné zakázky podle § 151 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách však není liberační důvod podle § 121 odst. 1 téhož zákona. Krajský soud proto

shrnuje, že žalobce se své odpovědnosti za spáchání správního deliktu nezprostil. Pokud se domnívá, že byl zatížen veřejnoprávní odpovědností za protiprávní jednání jiné osoby, pak vůči této osobě nepochybně mohl uplatnit nárok na náhradu škody.

Proti tomuto rozsudku podal žalobce (dále jen „stěžovatel“) včasnou kasační stížnost z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „s. ř. s.“). V ní odmítl závěr krajského soudu, že porušil § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách ve spojení s § 6 téhož zákona. Konstatoval, že nebylo prokázáno, zda losování dne 11. 4. 2011 provedl prostřednictvím losovacího zařízení v rozporu se zásadou transparentnosti, neboť kromě jiného, nebylo prokázáno, že v okamžiku použití losovacího zařízení bylo toto zařízení zmanipulováno. Vítězná nabídka se neodchýlila od původního zadání a uzavřením smlouvy dne 7. 6. 2011 stěžovatel postupoval v souladu se zákonem. Stěžovatel namítl, že by naopak porušil zákon o veřejných zakázkách, kdyby smlouvu v zákonném termínu neuzavřel. Podle stěžovatele je důležitou právní otázkou, v čem konkrétně mělo být jeho jednání netransparentní.

Stěžovatel namítl, že žalovaný i předseda žalovaného porušili zásadu materiální pravdy, neboť neprovedli navržené důkazy a vyšli pouze ze znaleckého posudku ze dne 1. 12. 2011. Znalecký posudek přitom neuvádí, kdy a kým byl losovací program vytvořen a zda byl průběžně modifikován. Krajský soud uvedl, že podle sdělení společnosti Inženýrské služby Hradec Králové zařízení „*Notebook Acer Travelmate 5542-P344G50Mnss S/N: LXTZG020030352FFD51601*“ bylo využíváno od března 2011 do 12. 7. 2011, nicméně jde o sdělení subjektu, který zřejmě o možném uzpůsobení losovacího zařízení věděl, a proto na něm není možné postavit závěr o netransparentnosti losování ze dne 11. 4. 2011. Podle stěžovatele rovněž došlo k porušení zásady přesvědčivosti rozhodnutí, zásady zákazu zneužití pravomoci a zásady proporcionality. Žalovaný ani krajský soud neuvedli, jakou konkrétní povinnost stěžovatel porušil. Stěžovatel zdůraznil, že objektivní odpovědnost má své meze a uvedený postup nelze hodnotit jinak, než jako přepjatý formalismus. Stěžovatel zpochybnil soulad napadeného rozsudku s dosavadní judikaturou. Zdůraznil, že pochybnosti o férovosti průběhu losování se v posuzovaném případě musí vztahovat výlučně k okolnostem při samotném losování. Z ustálené judikatury nelze dovodit, že okolnosti vzbuzující odůvodněnou pochybnost o férovosti mohou nastat v budoucnu. Pokud měl krajský soud za to, že pochybnosti byly dostatečně silné, měl uvést, v jakém okamžiku samotného losování tyto pochybnosti nastaly. Pochybnosti, které však vznikly následně, tj. po 3 měsících, respektive po 7 měsících od losování ze dne 11. 4. 2011, jsou pro naplnění zásady transparentnosti irelevantní. V předmětné době bylo losování prostřednictvím elektronického losovacího zařízení teprve v počátcích, a bylo považováno za vysoce transparentní. Nadto stěžovatel konstatoval, že „[...] *zákonem č. 5/2012 Sb. [...] byla, kromě jiného, odstraněna možnost omezovat počet účastníků na základě losování. Tím zákonodárce přiznal, že uvedený způsob omezení počtu účastníků se neosvědčil a proto ho z procesu zadávání veřejných zakázek vyloučil.*“ Napadeným rozsudkem, jakož i rozhodnutím žalovaného, podle stěžovatele došlo k porušení i dalších zásad správního řízení, zásady ochrany veřejného zájmu, zásady nestranného postupu a rovného přístupu. Pokud jde o zásadu ochrany legitimního očekávání, stěžovatel uvedl, že v případě jiných zadavatelů, žalovaný i soudy řeší pochybení spočívající v nedodržení transparentnosti podle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na § 6 téhož zákona obdobně. Zadavatelé tak nemají šanci vymanit se z objektivní odpovědnosti.

Stěžovatel se vymezil proti tvrzení krajského soudu, že ke spáchání správního deliktu došlo dne 7. 6. 2011, a to podpisem smlouvy s vybraným uchazečem. Dne 7. 6. 2012 (tj. zřejmě 7. 6. 2011) podle stěžovatele neexistovaly žádné pochybnosti o průběhu zadávacího řízení. Stěžovatel předložil notářský zápis a doklady o celém průběhu zadávacího řízení kontrolním orgánům Úřadu regionální rady regionu soudržnosti Střední Čechy, který

pokračování

je odsouhlasil. Ani účastníci výběrového řízení v předmětné době nevznesli žádné námítky a stěžovateli tak podle jeho názoru nezbylo nic jiného než v souladu s § 82 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách podepsat smlouvu s dodavatelem. V opačném případě by se dopustil porušení zákona o veřejných zakázkách. Stěžovatel namítl, že rozhodnutí žalovaného, jeho předsedy a krajského soudu jsou založena na účelové interpretaci § 6 zákona o veřejných zakázkách, principu kolektivní viny a retroaktivitě. Konstatoval, že vynaložil veškeré úsilí, aby zadávací řízení proběhlo v souladu s právními předpisy a pro zadávací řízení najal specializovanou společnost. Zdůraznil, že se teprve dopisem od Policie České republiky ze dne 18. 10. 2011 dověděl, že při zadávání některých veřejných zakázek byla k omezení počtu zájemců o zakázku použita tři elektronická zařízení, která nepracují na principu náhodného výběru. Na základě tohoto sdělení stěžovatel pozastavil stavbu prováděnou vítěznou společností a předmětné skutečnosti oznámil Úřadu regionální rady regionu soudržnosti Střední Čechy. Nadto, celý průběh zadávacího řízení, včetně losování ze dne 11. 4. 2011, byl kontrolován Úřadem regionální rady regionu soudržnosti Střední Čechy a stěžovatel již nemohl udělat více, aby porušení právní povinnosti zabránil a aby naplnil zásadu transparentnosti.

Vzhledem ke všem uvedeným závěrům stěžovatel navrhl, aby Nejvyšší správní soud zrušil rozsudek krajského soudu a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

Ve vyjádření ke kasační stížnosti žalovaný uvedl, že jeho předseda již dostatečně vysvětlil, v čem spatřuje netransparentnost stěžovatelova jednání, přičemž krajský soud tyto závěry potvrdil a dále rozvedl. Stěžovatel nese objektivní odpovědnost za celý průběh zadávacího řízení na veřejnou zakázku, a to bez ohledu na skutečnost, zda se nechal zastoupit jinou společností. Tuto společnost si totiž sám vybral. Stěžovatel podle žalovaného porušil zásadu transparentnosti tím, že použité losovací zařízení vylučovalo náhodný výběr výsledků, což bylo prokázáno znaleckým posudkem. Krajský soud se podle žalovaného podrobně zabýval otázkou, jakou povinnost stěžovatel porušil a jakým způsobem došlo k porušení zásady transparentnosti.

Žalovaný se neztotožnil s námitkou, že v průběhu správního řízení došlo k porušení základních zásad správního řízení a správního řádu. Žalovaný, jeho předseda i krajský soud vyšli z dostatečně zjištěného skutkového stavu, neboť ze znaleckého posudku vyplývá, že v rozhodném období, tj. i dne 11. 4. 2011, losování probíhalo na zařízení, které jako první vydala Ing. Kristová, tj. místopředsedkyně představenstva společnosti KLERIS CZ, Policii České republiky. Zařízení přitom umožňovalo manipulaci s výsledky losování, což vylučuje transparentnost zadávacího řízení. K tvrzení stěžovatele, že uvedené závěry jsou založeny toliko na posudku znaleckého ústavu, žalovaný zdůraznil, že znalecký posudek je relevantním důkazem podle § 51 správního řádu. Námitce, že okolnosti vzbuzující pochybnosti o transparentnosti losování se musí vztahovat výlučně k okolnostem při samotném losování a nemohou nastat až v budoucnu, žalovaný nepřisvědčil. Uvedl, že touto optikou by znalecký posudek nemohl být důkazem o netransparentnosti losování ani v případě, kdyby bylo losovací zařízení zabaveno ihned po losování. Tvrzení stěžovatele, že „[...] žalovaný i příslušné soudy řeší pochybení zadavatelů spočívající v nedodržení transparentnosti podle ust. § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na ust. § 6 zákona o veřejných zakázkách, obdobně [...]“, podle žalovaného nelze považovat za porušení zásady legitimního očekávání. K tvrzení stěžovatele, že dne 11. 4. 2011 bylo losování prostřednictvím elektronického losovacího zařízení teprve v začátcích a bylo považováno za vysoce transparentní, žalovaný odkázal na judikaturu vztahující se k výkladu pojmu transparentnost, tj. na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. 5. 2007, č. j. 31 Ca 166/2005 - 125 a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159. Uvedená judikatura se sice vztahuje k „fyzickému“ nikoli elektronickému losování, avšak stěžovateli není kladeno za vinu, že si pro omezení počtu zájemců vybral formu elektronického losování, ale skutečnost, že toto losování neproběhlo transparentně, přičemž výše uvedená judikatura již byla v době zadávání veřejné zakázky publikována, včetně

toho, že losování jako takové Nejvyšší správní soud prohlásil za úkon ze své povahy nepřezkoumatelný.

Žalovaný konstatoval, že stěžovatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tím, že nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 uvedeného zákona v návaznosti na § 6 téhož zákona, když losování dne 11. 4. 2011 prostřednictvím elektronického zařízení neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a stěžovatel již uzavřel dne 7. 6. 2011 smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky. Uzavření smlouvy na veřejnou zakázku je jedním ze znaků skutkové podstaty správního deliktu. Jinými slovy, ke spáchání správního deliktu dojde fakticky až dnem uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, tedy v tomto případě k tomu došlo dne 7. 6. 2011. Tato skutečnost vyplývá z konstrukce skutkové podstaty a z dikce zákona, žalovaný proto nepřisvědčil námitce stěžovatele, že mu nezbylo nic jiného, než smlouvu uzavřít.

Ve zbytku žalovaný odkázal na rozhodnutí o rozkladu a vzhledem ke všem uvedeným skutečnostem navrhl, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., podle nějž byl vázán rozsahem a důvody, jež stěžovatel uplatnil v kasační stížnosti. Přitom neshledal vady uvedené v § 109 odst. 4 s. ř. s., k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti.

Kasační stížnost není důvodná.

Nejvyšší správní soud nepřisvědčil námitce, že nebylo prokázáno, zda stěžovatel zajistil realizaci losování dne 11. 4. 2011 v souladu se zásadou transparentnosti, neboť kromě jiného, nebylo prokázáno, že v okamžiku použití bylo losovací zařízení zmanipulováno. V první řadě Nejvyšší správní soud zdůrazňuje, že stěžovatel naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, podle kterého „[z]adavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivní nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.“ Stěžovatel, coby zadavatel veřejné zakázky, nedodržel postup stanovený v § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách ve spojení s § 6 téhož zákona. To znamená, že neprovedl losování za účelem omezení počtu zájemců náhodným výběrem v souladu se zásadou transparentnosti. Podle stávající judikatury Nejvyššího správního soudu, tj. zejména podle rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, a ze dne 20. 7. 2012, č. j. 7 Afs 31/2012 - 55, „[...] posouzení transparentnosti losování v žádném případě nespočívá v dokazování, zda došlo při losování k manipulaci či nikoliv. Pro porušení zásady transparentnosti postačí, že okolnosti případu vzbuzují odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování. K tomu může dojít i v případě, že k žádné manipulaci nedošlo.“ S ohledem na tyto závěry žalovaný, jeho předseda ani krajský soud nebyli povinni zabývat se otázkou, zda v předmětném okamžiku došlo k manipulaci s losováním, popřípadě, zda v předmětném okamžiku losovací zařízení umožňovalo manipulaci. V této souvislosti proto nebyli povinni provést stěžovatelem navržený důkaz znaleckým posudkem. Pro posouzení objektivní odpovědnosti stěžovatele je podstatné, že v softwarovém vybavení losovacího zařízení, použitého při losování dne 11. 4. 2011, znalecký ústav zjistil losovací program umožňující manipulaci s losováním a absenci zabezpečení proti manipulaci. To samo o sobě vylučuje, aby mohlo být jakékoliv losování provedené na předmětném losovacím zařízení vnímáno jako transparentní. Stěžovatel mohl využít veškerých zákonných možností, aby zadávací řízení proběhlo v souladu se zásadou transparentnosti. Bez ohledu na to, že si sjednal služby administrátorské společnosti, si tak mohl stěžovatel vymínit odpovídající posouzení losovacího programu jiným odborným subjektem, popřípadě přísnější zabezpečení losovacího zařízení a kontrolu plnění požadavků.

pokračování

Podle stěžovatele v řízení nebylo prokázáno, že losovací program, jehož prostřednictvím došlo k losování dne 11. 4. 2011, umožňoval ovlivnit výsledky losování. Nicméně skutečnost, že stěžovatel neuvedl žádná tvrzení vysvětlující, kdy a za jakých podmínek došlo k instalaci předmětného programu, svědčí o tom, že losovací zařízení a jeho programové vybavení neměl pod kontrolou, což v souvislosti s pozdějším zjištěním znaleckého ústavu zpochybňuje transparentnost losování. V této souvislosti je nutno znovu zdůraznit, že nejenže podle znaleckého posudku losovací zařízení bylo uzpůsobeno k manipulaci výsledků losování, ale proti zmanipulování výsledků nebylo nikterak zabezpečeno.

K námitce stěžovatele Nejvyšší správní soud konstatuje, že porušení zásady retroaktivity má zcela jiný obsahový význam než dovození objektivní odpovědnosti stěžovatele ve shora nastíněných souvislostech. Porušení zásady transparentnosti je výsledkem série špatných rozhodnutí stěžovatele. Skutečnost, že zadávací řízení realizovala administrátorská společnost, tedy nelze považovat za liberační důvod podle § 121 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, což ostatně vyplývá i z § 151 odst. 3 téhož zákona. Z naposledy uvedeného ustanovení rovněž vyplývá, že porušení § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a § 6 téhož zákona je přičitatelné přímo stěžovateli. Jeho námitka, že žalovaný ani krajský soud neuvedli, jakou konkrétní povinnost stěžovatel porušil, proto není důvodná. Odpovědnost stěžovatele za jednání sjednané společností podle § 151 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, nepředstavuje stěžovatelem tvrzené uplatnění principu kolektivní viny, ale legitimní záměr zákonodárce ponechat odpovědnost na jediném zodpovědném subjektu. Nejvyšší správní soud konstatuje, že na hodnocení správního deliktu, kterého se dopustil stěžovatel, nemá žádný vliv jeho tvrzení, že v předmětné době bylo losování prostřednictvím elektronického losovacího zařízení teprve v počátcích a bylo považováno za vysoce transparentní, popřípadě, že na základě zákona č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, již není možné omezovat počet účastníků na základě losování. Losování v principu umožňuje nezaujatý výběr z několika možností; to však pochopitelně platí jen tehdy, pokud je losování prováděno na principu náhodného výběru. S ohledem na výše uvedené, skutečnost, že v posuzované věci vznikly zásadní pochyby o náhodnosti výběru, tedy, že došlo k popření zásady transparentnosti, není vinou zákonodárce, nýbrž stěžovatele.

Stěžovateli lze přisvědčit, že závěry obsažené ve věci sp. zn. 1 Afs 45/2010 a sp. zn. 7 Afs 31/2012 učinil Nejvyšší správní soud ve vztahu k mechanickému losování, tedy ve vztahu k jinému skutkovému stavu. To ovšem neznamená, že tyto závěry nemají žádný vliv na nyní posuzovaný skutkový stav. Současně skutečnost, že právní názor, který vyjádřil žalovaný a jeho předseda, nemá oporu v celém svém rozsahu v citovaných rozsudcích, neznamená, že je s těmito rozsudky v rozporu, popřípadě, že je nezákonný. Podle Nejvyššího správního soudu žalovaný zjistil objektivní pochybnosti o naplnění zásady transparentnosti během losování. Námitka o porušení zásady materiální pravdy proto není důvodná.

Z výše uvedených závěrů vyplývá, že se Nejvyšší správní soud ztotožnil s právním názorem žalovaného a jeho předsedy, proto nepřisvědčil ani námitce o porušení zásady přesvědčivosti, zákazu zneužití pravomoci či proporcionality. Vzhledem k tomu, že stěžovatel svým jednáním naplnil všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, aniž by okolnosti jeho případu představovaly liberační důvod podle § 121 odst. 1 téhož zákona, nelze považovat rozhodnutí o vině a sankci za uvedený správní delikt za projev přepjatého formalismu. Nejvyšší správní soud neshledal porušení ani dalších stěžovatelem toliko obecně namítaných zásad, tj. zásady ochrany veřejného zájmu, zásady nestranného postupu a rovného přístupu. Stěžovatel poukázal na porušení zásady legitimního očekávání. Přitom však namítl, že žalovaný vůči němu postupoval obdobně jako v jiných obdobných věcech. Takový postup je však zcela v souladu se zásadou legitimního očekávání. K námitce stěžovatele, že nemá způsob, jak se vymanit z objektivní odpovědnosti,

Nejvyšší správní soud konstatuje, že tento fakt vyplývá ze spáchání správního deliktu stěžovatelem, a to bez naplnění liberačního důvodu.

Nejvyšší správní soud se neztotožnil s námitkou stěžovatele vůči tvrzení krajského soudu, že ke spáchání správního deliktu došlo podpisem smlouvy s vybraným uchazečem. Uzavření smlouvy je jedním ze znaků skutkové podstaty podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. To ovšem neznamená, že by se zadavatel dopustil protizákonného jednání samotným uzavřením smlouvy. Jedná se toliko o okolnost, která v návaznosti na nedodržení postupu stanoveného zákonem o veřejných zakázkách, jež mohlo ovlivnit nebo ovlivnilo výběr nejvhodnější nabídky, vede ke vzniku objektivní deliktvní odpovědnosti zadavatele. Ostatně Nejvyšší správní soud již v rozsudku ze dne 11. 2. 2016, č. j. 7 As 7/2016 - 44, konstatoval, že „[u]zavření smlouvy je sice v obecné rovině právem zadavatele, nicméně zároveň je jeho povinností postupovat při zadávání veřejné zakázky v souladu se zákonem. Zákon proto předpokládá, že si zadavatel musí být případného vadného postupu ze své strany vědom, a v takovém případě má stále možnost vyhnout se spáchání uvedeného správního deliktu tím, že smlouvu na veřejnou zakázku neuzavře. Je vhodné dodat, že uzavření smlouvy není přitěžující okolností, nýbrž pouze a jen znakem skutkové podstaty správního deliktu. Opět je přitom nutno poukázat na to, že se zde jedná o objektivní odpovědnost, a není tudíž podstatné, zda o svém pochybení zadavatel při uzavírání smlouvy skutečně věděl. [...] Rozhodné je to, zda k pochybení při zadávání veřejné zakázky objektivně došlo či nikoliv. Tuto otázku si musí vyhodnotit zadavatel i bez případného podnětu poukazujícího na určitá pochybení. Chybné vyhodnocení této otázky nemůže zadavatele vyvinut ze spáchání správního deliktu. To, že si tedy stěžovatel zjištěnou nezákonnost subjektivně nepřipouští, neznamená, že k této nezákonnosti objektivně nedošlo. Nejvyšší správní soud v projednávané věci neshledal žádné pochybnosti o zjištěném skutkovém stavu. Není tak dán prostor pro uplatnění zásady *in dubio pro reo* (neboli, jak stěžovatel uvádí, „kde pochybnost, tam ve prospěch“). Kromě toho, stěžovatelovy pochybnosti jsou subjektivní, netýkají se ani zjištěného skutkového stavu, nýbrž spíše jeho právního hodnocení, na které ale uvedená zásada nedopadá.“ Na tyto závěry nemá žádný vliv, že stěžovatel předložil notářský zápis a doklady o celém průběhu zadávacího řízení kontrolním orgánům Úřadu regionální rady regionu soudržnosti Střední Čechy, který je odsouhlasil. Jak již totiž bylo uvedeno, odpovědnost za správní delikt nese stěžovatel, nikoliv jiné subjekty.

S ohledem na všechny shora uvedené skutečnosti dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že kasační stížnost není důvodná, a proto ji podle § 110 odst. 1 věty druhé s. ř. s. zamítl. O nákladech řízení o kasační stížnosti rozhodl Nejvyšší správní soud podle § 120 a § 60 odst. 1 věty první s. ř. s., neboť neúspěšnému stěžovateli náhrada nákladů řízení nepřísluší a žalovanému v souvislosti s řízením o kasační stížnosti žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti nevznikly.

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

V Brně dne 25. května 2016

JUDr. Jiří Palla v. r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Michaela Šafaříková