



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Ústí nad Labem rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Václava Trajera a soudců Ing. Mgr. Martina Jakuba Bruse a Mgr. Ladislava Vaško ve věci

žalobce: **Kontrol KOVO s. r. o.**, IČO: 28683064,
sídlem náměstí Republiky 966, 435 11 Lom,
zastoupen JUDr. Ing. Vladimírem Nedvědem, advokátem,
sídlem Kostelní 233/1, 402 01 Litoměřice,

proti
žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**,
sídlem Masarykova 427/31, 602 00 Brno,

o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 3. 4. 2017, č. j. 16089/17/5000-10610-712195,

takto:

- I. Rozhodnutí Odvolacího finančního ředitelství ze dne 3. 4. 2017, č. j. 16089/17/5000-10610-712195, **se pro nezákonnost zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení ve výši 13 200 Kč, a to do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku.

Odůvodnění:

1. Žalobce se žalobou podanou prostřednictvím právního zástupce v zákonem stanovené lhůtě domáhal zrušení rozhodnutí žalovaného ze dne 3. 4. 2017, č. j. 16089/17/5000-10610-712195, jímž bylo zamítnuto jeho odvolání a byl potvrzen platební výměr Finančního úřadu pro Ústecký kraj (dále jen „správce daně“) č. 222/D/2016 ze dne 6. 9. 2016, č. j. 2000095/16/2500-31472-506136. Tímto platebním výměrem správce daně podle § 139 a § 147 zákona č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů a podle § 44a odst. 4 písm. c) zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých

Shodu s prvopisem potvrzuje G. Z.

(K.ř.č. 1 - rozsudek)

souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o rozpočtových pravidlech“) uložil žalobci odvod za porušení rozpočtové kázně do Národního fondu ve výši 321 088 Kč. Žalobce se zároveň domáhal toho, aby soud uložil žalovanému povinnost nahradit mu náklady soudního řízení.

Žaloba

2. V žalobě žalobce nejprve podrobně zrekapituloval průběh daňového řízení a také to, jak se žalovaný vypořádal s jeho odvolacími námitkami. Dále uvedl, že rozhodnutí žalovaného se opírá o nesprávný právní závěr, že podmínka uváděná jako jedna ze záruk je formulována jako zajišťovací prostředek, tedy právní nástroj posilující postavení daňového subjektu vůči zhotoviteli. Zdůraznil, že čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo není v žádném případě právním ani ekonomickým zajišťovacím prostředkem. Zajišťovací funkce takového prostředku je dána jen tehdy, pokud je schopen splnění dluhu nahradit, tj. dává jistotu, že věřitel nějaké plnění skutečně obdrží (zástavní právo, zadržovací právo, finanční záruka, zajišťovací převod práva). Konstatoval, že čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo je třeba vykládat v tom smyslu, že se jedná o odpovědnost za řádné a včasné provedení díla, tedy o zákonnou povinnost zhotovitele díla podle zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění účinném do 31. 12. 2013 (dále jen „obchodní zákoník“). Vzhledem k tomu, že se nejedná o smluvní pokutu, nemohl žalobce vytvořit nerovný vztah mezi zadavatelem a dodavatelem. Vytýkaná část návrhu smlouvy o dílo je vztahem zákonným vycházejícím z obchodního zákoníku. Takový vztah nemůže být dle žalobce diskriminační, zákonu odporující. Poznamenal, že v případě dodavatelem zaviněné způsobené škody není diskriminační, aby takovou možnou škodu hradil ten, kdo ji způsobil. Bylo podle názoru žalobce zcela neopodstatněné a právně neudržitelné, aby žalovaný argumentoval tím, že úhrada takové částky by pro řadu podnikatelů mohla znamenat ohrožení jejich existence či úpadek, a tímto tedy mohlo ze strany zadavatele dojít k odrazení potenciálních uchazečů. Taková argumentace nemá oporu v právním řádu.
3. Pokud žalovaný ve svém rozhodnutí dodává, že žalobce mohl využít institutu jistoty, který upravuje § 67 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 30. 9. 2016 (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), pak se dle žalobce jedná o typický případ, kdy dochází k odrazení zejména menších uchazečů, neboť taková jistota je pro ně existenční. Uvedl, že žalovaný nerozporoval jeho tvrzení o tom, že uvedená podmínka není smluvní pokutou, neboť jí neodpovídá svým charakterem, a přesto žalovaný dochází k závěru, že se jedná o zajišťovací prostředek bez toho, aniž by právně definoval, o jaké zajištění se jedná; žalovaný též nerozporuje tvrzení žalobce týkající se odpovědnosti za řádné a včasné provedení díla, která je zákonnou povinností zhotovitele díla. Považoval proto rozhodnutí žalovaného ve vztahu k tvrzení o zajišťovacím nástroji a diskriminaci za nepřezkoumatelné. Poukázal na to, že žalovaný navíc tvrdí, že o zajišťovacím prostředku se výslovně zmiňuje správce daně, což nemá důkazní opodstatnění, neboť ve zprávě o daňové kontrole takové tvrzení není uvedeno. Byl přesvědčen o tom, že uvedeným článkem návrhu smlouvy o dílo neporušil zásadu stanovenou v § 6 zákona o veřejných zakázkách, a to zásadu diskriminace.

Vyjádření žalovaného k žalobě

4. Žalovaný k výzvě soudu předložil správní spis a písemné vyjádření k žalobě, v němž navrhl její zamítnutí pro nedůvodnost. Popsal průběh řízení a odkázal na odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí. Žalovaný uvedl, že stejně jako správce daně dospěl k závěru, že formulace čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo mohla mít odrazující vliv na potenciální Shodu s prvopisem potvrzuje G. Z.

uchazeče, a vytváří tak nerovný vztah mezi zadavatelem a dodavatelem, čímž neodůvodněně diskriminuje potenciální uchazeče. Uvedením této podmínky do zadávací dokumentace dle žalovaného nebyla dodržena zásada zákazu diskriminace stanovená v § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Poznamenal, že žalobce požadoval od zhotovitele uhrazení celé částky schválené dotace v případě neproplacení dotace, což je nepřiměřeně vysoký požadavek. Zhotovitel by tak na sebe vzal vůči zadavateli povinnost uspokojit pohledávku, což by bylo pro zhotovitele značně nevýhodné, pro mnohé potenciální uchazeče odrazující, a tedy diskriminační. Zdůraznil, že žalobce byl vázán uvedeným zákonem, a měl tedy zadat zakázku tak, aby při výběru zhotovitele nemohlo dojít k omezení hospodářské soutěže neodůvodněným uzavíráním přístupu k možnosti ucházet se o předmětnou zakázku. Jak již uvedl žalovaný v napadeném rozhodnutí, žalobce mohl dle zákona o veřejných zakázkách využít zajišťovacího institutu, tj. jistoty, který upravuje § 67 zákona o veřejných zakázkách. Tato jistota zadavateli sice nezajišťuje splnění povinnosti ze smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky ze strany dodavatele, ale prohlašuje skutečný zájem dodavatele o zadání veřejné zakázky a garantuje plnění povinností dodavatele vyplývajících z jeho účasti v zadávacím řízení. Pokud se zadavatel rozhodne využít institut jistoty, musí uvést svůj požadavek v zadávacím řízení, kde uvede konkrétní finanční částku, tedy absolutní výši požadované jistoty, která nesmí být vyšší než 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, nikoliv stanovených 50 % hodnoty veřejné zakázky ani případné plné uhrazení částky ve výši schválené dotace.

5. Ohledně námitky žalobce týkající se nepřezkoumatelnosti rozhodnutí žalovaný uvedl, že má-li být jakékoliv rozhodnutí přezkoumatelné, musí z něj být zřejmé, jaký skutkový stav vzal odvolací orgán za rozhodný a jak uvažil o pro věc zásadních skutečnostech, resp. jakým způsobem postupoval při posuzování těchto skutečností. Uvedené pak musí nalézt svůj odraz v odůvodnění dotčeného rozhodnutí. Žalovaný konstatoval, že z jeho rozhodnutí je zřejmé, z jakého skutkového stavu vyšel, jak vyhodnotil pro věc rozhodné skutkové okolnosti a jak je právně posoudil. Z odůvodnění rozhodnutí je rovněž zřejmé, proč považoval závěry žalobce za liché, mylné a vyvrácené. V přezkoumávaném rozhodnutí žalovaný zcela jednoznačně a srozumitelně uvedl, na základě jakých důvodů dospěl k závěru, že nelze vyhovět požadavkům žalobce a proč.

Ústní jednání soudu

6. Právní zástupce žalobce při jednání soudu konaném dne 22. 7. 2020 zdůraznil, že v daném případě jde o posouzení právní otázky, zda ustanovení smlouvy o dílo splňují, či nesplňují podmínky pro posouzení jako smluvní pokuta.
7. Pověřená pracovnice žalovaného při tomtéž jednání soudu konaném dne 22. 7. 2020 navrhla zamítnutí žaloby. Zdůraznila, že žalobce porušil rozpočtovou kázeň tím, že ve smlouvě o dílo stanovil smluvní pokutu diskriminačně. Současně uvedla, že odvod byl stanoven proporcionálně. Zdůraznila, že žalobou napadené rozhodnutí bylo vydáno v souladu s předpisy.

Posouzení věci soudem

8. Napadené rozhodnutí žalovaného soud přezkoumal v řízení podle části třetí hlavy druhé prvního dílu zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), který vychází z dispoziční zásady vyjádřené v § 71 odst. 1 písm. c), písm. d), odst. 2 větě druhé a třetí a v § 75 odst. 2 větě první s. ř. s. Z této zásady vyplývá, že soud přezkoumává zákonnost rozhodnutí správního orgánu pouze v rozsahu, který žalobce uplatnil v žalobě nebo během dvouměsíční lhůty po oznámení napadeného rozhodnutí ve Shodu s prvopisem potvrzuje G. Z.

smyslu § 72 odst. 1 věty první s. ř. s. Povinností žalobce je proto tvrdit, že rozhodnutí správního orgánu nebo jeho část odporuje konkrétnímu zákonnému ustanovení, a toto tvrzení zdůvodnit. Nad rámec žalobních bodů musí soud přihlídnout toliko k vadám napadeného rozhodnutí, k nimž je nutno přihlížet bez návrhu, včetně prekluze daňové povinnosti, nebo které vyvolávají nicotnost napadeného rozhodnutí podle § 76 odst. 2 s. ř. s. Takové nedostatky však v projednávané věci nebyly zjištěny.

9. Na tomto místě soud předesílá, že po přezkoumání skutkového a právního stavu, po prostudování obsahu předloženého správního spisu a po provedeném ústním jednání dospěl k závěru, že žaloba je důvodná.
10. Nejprve se soud zaměřil na namítanou nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí. Soud připomíná, že podle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu nelze po odvolacím orgánu požadovat, aby se vyslovil ke každé větě uvedené v odvolání; plně postačí, pokud z jeho rozhodnutí bude zřejmé, na základě jakých skutečností rozhodoval a jakými úvahami se řídil (blíže srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 6. 2008, č. j. 8 As 13/2007-100, www.nssoud.cz). Těmto požadavkům na odůvodnění rozhodnutí žalovaný v projednávané věci podle názoru zdejšího soudu dostál, a napadené rozhodnutí tudíž netrpí namítanou nepřezkoumatelností.
11. Žalovaný v žalobou napadeném rozhodnutí uvedl, že formulace čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo *de facto* říká, že v případě pochybení zhotovitele vedoucího k neproplacení dotace uhradí zhotovitel žalobci celou částku dotace. Podle názoru žalovaného by úhrada takové částky pro řadu podnikatelů mohla znamenat ohrožení jejich existence či úpadek. Tento zajišťovací prostředek mohl mít podle žalovaného odrazující vliv na potenciální uchazeče, zejména menší podnikatele, což nese známky diskriminační povahy. Žalovaný byl toho názoru, že uvedením této podmínky do zadávací dokumentace došlo k porušení zásady zákazu diskriminace stanovené v § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, a tím k porušení podmínek pro poskytnutí dotace. Žalovaný v žalobou napadeném rozhodnutí též poukázal na to, že žalobce mohl dle zákona o veřejných zakázkách využít jistoty upravené v § 67 zákona o veřejných zakázkách, která sice zadavateli nezajišťuje splnění povinnosti ze smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky ze strany dodavatele, ale prohlašuje skutečný zájem dodavatele o zadání veřejné zakázky a garantuje plnění povinností dodavatele vyplývajících z jeho účasti v zadávacím řízení. Pokud se zadavatel rozhodne využít institut jistoty, musí uvést svůj požadavek v zadávacím řízení, kde uvede konkrétní finanční částku, tedy absolutní výši požadované jistoty, která nesmí být vyšší než 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Žalovaný podle názoru soudu zřetelně a srozumitelně v žalobou napadeném rozhodnutí vysvětlil, proč považuje formulaci obsaženou v čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo za diskriminační ve smyslu § 6 zákona o veřejných zakázkách, a proč tedy došlo k porušení podmínek pro poskytnutí dotace žalobcem. Námitka žalobce o nepřezkoumatelnosti rozhodnutí žalovaného není důvodná.
12. Pro posouzení dalších námitek žalobce je nezbytné shrnout skutečnosti podstatné pro hodnocení věci, které soud zjistil z obsahu správního spisu. Na základě rozhodnutí o poskytnutí dotace č. j. 76-13/5.3NM02-1269/13/61200, jehož součástí jsou podmínky poskytnutí dotace v rámci prioritní osy 5. Prostředí pro podnikání a inovace, oblasti podpory 5.3 Infrastruktura pro podnikání, programu NEMOVITOSTI (dále jen „podmínky poskytnutí dotace“), byly příjemci dotace (žalobci) poskytnuty Ministerstvem průmyslu a obchodu peněžní prostředky na realizaci projektu „Stavební úpravy haly – rekonstrukce za účelem vybudování moderní zámečnické dílny“ ve výši 7 555 000 Kč, z

Shodu s prvopisem potvrzuje G. Z.

toho částka ve výši 6 421 750 Kč měla být kryta ze strukturálních fondů (85 % výše dotace) a částka ve výši 1 133 250 Kč ze státního rozpočtu (15 % výše dotace). Tyto prostředky byly poskytnuty v rámci Operačního programu Podnikání a inovace. Peněžní prostředky byly příjemci dotace vyplaceny poskytovatelem dotace na bankovní účet zpětně na základě již realizovaných způsobilých výdajů doložených příslušnými účetními a jinými doklady spolu se žádostí o platbu, a to dne 18. 12. 2013 ve výši 7 555 000 Kč. Správce daně provedenou kontrolou zjistil, že v průběhu realizace výběrového řízení nebyla ze strany žalobce dodržena základní zásada stanovená v § 6 zákona o veřejných zakázkách, a to zásada zákazu diskriminace. Žalobce dle správce daně v zadávací dokumentaci (konkrétně v čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo) stanovil smluvní pokutu, která vytváří nerovný vztah mezi zadavatelem a dodavatelem, a tím neodůvodněně diskriminuje potenciální uchazeče. Žalobce tímto postupem dle správce daně nejednal v souladu s Obecnými principy, bod 3 Pravidel pro výběr dodavatelů, čímž došlo k porušení Hlavy I., čl. II, bodu 2, písm. d) podmínek poskytnutí dotace. Výše uvedeným porušením podmínek poskytnutí dotace, které přímo souvisí s účelem, na nějž byla dotace poskytnuta, a ke kterému došlo před přijetím peněžních prostředků a které trvalo i v okamžiku přijetí peněžních prostředků na účet příjemce dotace, došlo dle § 44 odst. 1 písm. j) zákona o rozpočtových pravidlech k porušení rozpočtové kázně, dnem porušení rozpočtové kázně je 18. 12. 2013, tj. den, kdy byly připsány finanční prostředky na účet příjemce dotace. Správce daně při stanovení výše odvodu za výše uvedené porušení rozpočtové kázně vzal v úvahu, že výběrové řízení probíhalo kromě výše uvedeného pochybení v souladu s pravidly pro výběr dodavatelů. Sankce ve formě odvodu za porušení rozpočtové kázně v případě porušení pravidel pro zadávání zakázek měla být dle Hlavy I, čl. VIII, bodu 3 podmínek poskytnutí dotace vyměřena dle dokumentu Kategorizace nedostatku při zadávání zakázek, a to v rozmezí 5 % až 20 % z částky, která byla poskytovatelem dotace poskytnuta v souvislosti s výběrovým řízením. Odvod za porušení rozpočtové kázně dle § 44a odst. 4 písm. b) zákona o rozpočtových pravidlech byl správcem daně stanoven ve výši 5 % z částky 7 555 000 Kč poskytnuté příjemci dotace v souvislosti s předmětným výběrovým řízením, tzn. ve výši 377 750 Kč. V návaznosti na uvedené vydal správce daně platební výměr č. 221/D/2016 na odvod za porušení rozpočtové kázně ze dne 6. 9. 2016, č. j. 2000077/16/2500-31472-506136, kterým vyměřil žalobci odvod do státního rozpočtu ve výši 56 663 Kč, a platební výměr č. 222/D/2016 na odvod za porušení rozpočtové kázně z 6. 9. 2016, č. j. 2000095/16/2500-31472-506136, kterým vyměřil žalobci odvod do Národního fondu ve výši 321 088 Kč.

13. Pro posouzení věci je nutno nejprve vyřešit otázku, jaký zajišťovací prostředek je upraven v čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo. Při zkoumání jeho povahy je nezbytné vycházet z právní úpravy účinné v době, kdy probíhalo zadávací řízení dané zakázky, tedy ze zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění účinném do 31. 12. 2013 (dále jen „občanský zákoník“), popřípadě z obchodního zákoníku. Čl. 9. 4 návrhu smlouvy o dílo zní následovně: *„Zhotovitel se zavazuje, že ponese plnou zodpovědnost za řádné splnění zakázky (věcné i časové) a součinnost (např. nepředání díla v požadovaném rozsahu a kvalitě do určeného termínu, nedodání účetních či jiných dokladů pro administraci projektu, atd.) tak, aby nebylo ohroženo čerpání dotací a mohla být v řádném termínu připravena žádost o platbu z dotačního programu z OPPI (50 % ceny zakázky bez DPH) - program Nemovitosti. V případě neproplacení dotace z důvodu výše uvedených pochybení ze strany zhotovitele, se zhotovitel zavazuje uhradit celou částku schválené dotace“.*

Shodu s prvopisem potvrzuje G. Z.

14. Soud je přesvědčen o tom, že daný článek návrhu smlouvy o dílo vymezuje smluvní pokutu ve smyslu § 544 odst. 1 občanského zákoníku, který normuje smluvní pokutu i pro obchodnězávazkové vztahy (srov. § 300 až § 302 obchodního zákoníku). Ve větě první daného článku je totiž vymezen hlavní závazek (v daném případě řádné splnění zakázky a součinnost), při jehož porušení (nesplnění) je stanovena smluvní pokuta jako akcesorický závazek ve výši schválené dotace. Lze se žalobcem souhlasit, že odpovědnost zhotovitele za řádné a včasné provedené díla je odpovědností zákonnou. To však nic nemění na tom, že pro stanovení smluvní pokuty je nezbytné vymezit hlavní závazek, kterým může být i řádné a včasné provedení díla. Ostatně žalobce v návrhu smlouvy o dílo smluvní pokutu za prodlení s dokončením a předáním díla stanovil opakovaně, a to v článku 10.1, podle něhož „[o]bjednatel je oprávněn požadovat plnění smluvní pokuty ve výši 5000,- Kč za každý den prodlení s dokončením a předáním díla.“ Soud proto shrnuje, že formulace čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo je svou povahou smluvní pokutou. Z uvedeného je zjevné, že v případě čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo nemůže jít o jiné zajišťovací prostředky (zástavní a zadržovací právo, jistota, finanční záruka, bankovní záruka, zajišťovací převod práva), neboť nejsou splněny jejich základní náležitosti. Soud tudíž konstatuje, že pokud žalovaný konstatoval, že v čl. 9.4 není upravena smluvní pokuta, je jeho názor nesprávný. Soud se tedy ztotožňuje se správcem daně, který na straně 7 a 8 zprávy o daňové kontrole dospěl k tomu, že v čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo je upravena smluvní pokuta, kterou občanský zákoník řadil mezi zajišťovací prostředky (srov. část osmou, hlavu první, oddíl pátý občanského zákoníku). Námitka žalobce, že tvrzení žalovaného o tom, že se o zajišťovacím prostředku výslovně zmiňuje správce daně ve zprávě o daňové kontrole, nemá důkazní opodstatnění, tudíž není důvodná.
15. Soud ponechává stranou otázku určitosti vymezení smluvní pokuty, a tedy i její platnosti, neboť to není pro posouzení věci podstatné. Rozhodující pro meritum věci je hodnocení, zda formulace čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo mohla mít odrazující vliv na potenciální uchazeče, a vytváří tak nerovný vztah mezi zadavatelem a dodavatelem, čímž neodůvodněně diskriminuje potenciální uchazeče, jak tvrdí daňové orgány.
16. Soud poukazuje na závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, publ. pod č. 1771/2009 Sb. NSS, www.nssoud.cz, v němž tento soud uvedl k otázce diskriminace podle zákona o veřejných zakázkách následující: „Podle strohé dikce § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Důvodová zpráva k návrhu zákona řadí princip zákazu diskriminace k hlavním principům zákona (viz důvodová zpráva k návrhu zákona o veřejných zakázkách ze dne 1. srpna 2005, sněmovní tisk č. 1076/0, přístupný v digitálním repozitáři Poslanecké sněmovny na adrese www.psp.z). S tím se shoduje též právní doktrína (viz např. Jurčík, R. *Zadávání veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a v EU*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 53 násl.).
17. Význam zásady zákazu diskriminace, která je v podstatě odvrácenou stranou zásady rovného zacházení, je určován s ohledem na účel, který tato zásada v daném právním odvětví plní. Zatímco klasické zásady zákazu diskriminace vyjádřené v ústavních dokumentech plní funkci zajištění rovnosti všech lidí v důstojnosti i právech (srov. čl. 1 Listiny základních práv a svobod), a v jistém slova smyslu je tedy rovnost v oblasti lidskoprávní hodnotou samou o sobě, smysl zákazu diskriminace vyjádřený v § 6 zákona je ve své podstatě instrumentální. Toto ustanovení totiž v první řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z
- Shodu s prvopisem potvrzuje G. Z.

veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (srov. shora cit. důvodová zpráva k zákonu). Právě k zajištění konkurence mezi dodavateli slouží analyzované zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace. Zásada zákazu diskriminace (a cíl této zásady spočívající v umožnění hospodářské soutěže) se pochopitelně použije i v oblasti posuzování kvalifikace uchazečů. [...].

18. [S]mysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 zákona k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli). [...]
19. Samotná podstata zákazu tzv. skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potencionální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci. Jak totiž správně uvádí shora citovaný R. Jurčík, pokud bychom chápali zásadu zákazu diskriminace „v absolutním měřítku, tak i samotný požadavek na kvalifikaci je v rozporu se zásadou rovnosti“ (Zadávání veřejných zakázek ..., s. 54; Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, s. 66).
20. Obdobně o „úměrnosti“ a „proporcionalitě“ kvalifikačních kritérií hovoří čl. 44 odst. 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (ZV Úř. věst., kap. 06, sv. 07, s. 132 – 262), podle něhož mj. minimální úroveň způsobilosti požadované pro konkrétní zakázku musí být vztaženy k předmětu zakázky a být tomuto předmětu úměrné. Komise ES pak ve svém Sdělení k výkladovým otázkám v oblasti Koncesí (tzv. public-private partnership), publikovaném v Úředním věstníku C 121 z 29. 4. 2000, s. 2 – 13, v bodě 3.1.1. upozorňuje, že zásada zákazu diskriminace zahrnuje jak zákaz diskriminace zjevné, tak i zákaz diskriminace skryté, a dále v bodě 3.1.3. formuluje zásadu proporcionality jako obecnou zásadu práva Společenství, přičemž z ní dovozuje, že „zadavatel sice může stanovit cíl, tedy technickou specifikaci, zvolená opatření k jeho dosažení ovšem nesmějí přesáhnout hranici toho, co je k dosažení zvoleného cíle vhodné a nezbytné. Členský stát tedy například nesmí při výběru mezi uchazeči vyžadovat žádné technické, odborné nebo finanční schopnosti, které jsou vzhledem k předmětu zakázky nepřiměřené nebo excesivní“.
21. Krajský soud tedy správně vyslovil v napadeném rozsudku právní názor, podle něhož za skrytou formu nepřijatelné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je „zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky“, přičemž je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak (bez takto nastavených předpokladů) byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.
22. Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost

Shodu s prvopisem potvrzuje G. Z.

není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno ji vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. Má-li Nejvyšší správní soud parafrázovat své předchozí rozhodnutí, nelze předem a obecně stanovit s matematickou přesností – ostatně právo není matematika – kdy je naplněna podmínka „zjevné nepřiměřenosti“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Samotný pojem „zjevné nepřiměřenosti“ se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat (srov. rozsudek NSS ze dne 10. 11. 2005, čj. 1 Afs 107/2004-48, publikováno jako č. 869/2006 Sb. NSS, který tuto myšlenku aplikoval na doktrínu zneužití práva v daňové oblasti).

23. V každém případě musí správní soudy při aplikaci kritéria „zjevné nepřiměřenosti“ poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky (srov. shora cit. Sdělení Komise k výkladovým otázkám ...). Restriktivní výklad skryté diskriminace je dále podporován i tím, že – kromě podmínky zjevné nepřiměřenosti kvalifikačních předpokladů ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky – musí být též zřejmé, že v důsledku takto nastavených předpokladů mohou veřejnou zakázku splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, kteří by jinak (bez nepřiměřeně nastavených kvalifikačních předpokladů) byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Takto nastavené kvalifikační předpoklady totiž již neplní jakoukoliv rozumnou ekonomickou funkci, ale v rozporu s cílem zákona o veřejných zakázkách brání konkurenčnímu prostředí mezi dodavateli. Jak totiž správně uvedl krajský soud, někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní.“
24. S uvedenými závěry se soud plně ztotožňuje a uvádí, že jsou plně aplikovatelné i na nyní posuzovaný případ.
25. Daňové orgány v projednávané věci konstatovaly, že žalobce měl porušit pravidla pro výběr dodavatelů, a sice jejich část obecné principy bod 3., v němž je stanoveno, že výběr dodavatele musí být transparentní, nediskriminační a dodržovat rovný přístup. Tím se měl žalobce dopustit porušení hlavy I., čl. II, bodu 2 podmínek poskytnutí dotace, podle kterého je příjemce dotace při realizaci projektu povinen postupovat při výběru dodavatelů v souladu se zákonem o veřejných zakázkách nebo podle pravidel pro výběr dodavatelů.
26. Soud je toho názoru, že smluvní pokuta formulovaná v čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo neznamenal zjevnou diskriminaci potenciálních uchazečů a nejednalo se ani o skrytou diskriminaci. Je nutno zdůraznit, že daňové orgány konstatovaly, že žalobce při zadávání zakázky kromě výše uvedené smluvní pokuty, která dle názoru daňových orgánů vytvářela nerovný vztah mezi zadavatelem a zhotovitelem, postupoval v souladu s pravidly pro výběr dodavatelů. Je tedy zjevné, že daňové orgány shledaly, že zadávací dokumentace není jinak v rozporu se zákazem diskriminace. Daňové orgány tudíž neshledaly kvalifikační a technické předpoklady stanovené žalobcem v zadávací dokumentaci za diskriminační. Nutno dále zdůraznit, že návrh smlouvy o dílo je zmiňován v zadávací dokumentaci toliko v části týkající se obsahu nabídky (že má být návrh smlouvy podepsán uchazečem), zpracování nabídky (tedy že dodavatel je povinen předložit návrh smlouvy) a je zmíněn mezi přílohami zadávací dokumentace. Návrh smlouvy o dílo tudíž nestanovil žádná kvalifikační kritéria dodavatelů, technické požadavky na stavbu haly ani dobu plnění zakázky, která by při výběru zhotovitele byla hodnocena. Jde jen o přílohu, kterou bylo nutno třeba doložit pro účast ve výběrovém řízení na zhotovitele stavby.

Shodu s prvopisem potvrzuje G. Z.

27. Obecně lze říci, že účelem zadávacího řízení je omezit okruh uchazečů pro účely uzavření smlouvy a vybrat vhodného dodavatele k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky. Uvedené omezení se děje prostřednictvím nastavování kvalifikačních předpokladů (např. požadovaný minimální obrat, předložení seznamu významných služeb apod.) a nastavení zadání a samotný výběr pak prostřednictvím hodnocení na základě předem stanovených hodnotících kritérií. Tyto skutečnosti pak musí být nastaveny takovým způsobem, aby nedocházelo k nedovolenému omezování hospodářské soutěže. Tomu mají zabránit právě zásady v § 6 zákona o veřejných zakázkách, tedy zásada transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace (k tomu srov. např. Šebesta, M., Podešva, V., Olík, M., Machurek, T. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem. Praha: ASPI, 2006, komentář k § 6).
28. Smyslem těchto zásad je, aby se v zadavatelském postupu nevyskytovaly takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele (zásada transparentnosti), aby vůči všem dodavatelům bylo v rámci celého zadávacího řízení postupováno stejně (zásada rovnosti) a aby žádný z dodavatelů nebyl v zadávacím řízení zvýhodněn, resp. znevýhodněn oproti jiným dodavatelům, a to zejména při nastavení kvalifikačních předpokladů (zásada zákazu diskriminace), přičemž je vždy nutné poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vsutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky.
29. Z uvedeného je zřejmé, že aby se žalobce dopustil porušení zákazu diskriminace, musel by v zadávacím řízení vymezit kvalifikační předpoklady potenciálních uchazečů nepřiměřeně tak, že by vybočovaly z oprávněných potřeb zakázky.
30. Jak je však výše uvedeno, žalobce dle názoru daňových orgánů při stanovení kvalifikačních předpokladů nepostupoval v rozporu se zásadou diskriminace a zadávací řízení bylo transparentní. Smluvní pokuta obsažená v čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo přitom nestanoví žádná kvalifikační kritéria dodavatelů a ani nelze hovořit o tom, že by měla nějaké dodavatele v zadávacím řízení zvýhodnit, nebo znevýhodnit, neboť pro všechny potenciální uchazeče platí stejně. Soud rovněž zdůrazňuje, že smluvní pokuta na zhotovitele neklade žádné odborné požadavky, a nehrála tak žádnou roli při výběru zhotovitele. Smyslem dané smluvní pokuty bylo zajistit řádné a včasné splnění zakázky ze strany v zadávacím řízení již vybraného zhotovitele, působí tedy až následně, tj. po zadávacím řízení a po výběru zhotovitele. Soud proto konstatuje, že smluvní pokuta nebyla zařazena mezi kvalifikační předpoklady pro výběr zhotovitele, a jako taková tudíž v zadávacím řízení nemohla působit diskriminačně. Pokud daňové orgány tvrdí, že předmětná smluvní pokuta mohla mít odrazující vliv na potenciální uchazeče, a vytváří tak nerovný vztah mezi zadavatelem a dodavatelem, čímž neodůvodněně diskriminuje potenciální uchazeče, soud jejich tvrzení považuje za spekulativní. Daňové orgány totiž presumují, že zhotovitel automaticky bude povinen platit smluvní pokutu za porušení povinností stanovených v čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo, tedy např. že nepředá dílo řádně a včas, že nepředloží účetní doklady atd.
31. Soud tedy uzavírá, že smluvní pokuta obsažená v čl. 9.4 návrhu smlouvy o dílo v zadávacím řízení, tj. při výběru dodavatele, nebyla zjevnou ani skrytou diskriminací. Závěr žalovaného, že daná smluvní pokuta neodůvodněně diskriminovala potenciální uchazeče, je nesprávný. Z tohoto důvodu je rozhodnutí žalovaného nezákonné.

Shodu s prvopisem potvrzuje G. Z.

32. Soud s ohledem na výše uvedené shledal žalobu důvodnou a napadené rozhodnutí žalovaného podle § 78 odst. 1 s. ř. s. pro nezákonnost zrušil. Zároveň soud podle § 78 odst. 4 s. ř. s. rozhodl o vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení, v němž bude žalovaný podle § 78 odst. 5 s. ř. s. vázán právním názorem, který soud vyslovil v tomto zrušujícím rozsudku.
33. Vzhledem k tomu, že žalobce měl ve věci plný úspěch, soud podle § 60 odst. 1 věty první s. ř. s. uložil žalovanému zaplatit žalobci do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku náhradu důvodně vynaložených nákladů řízení o žalobě v celkové výši 13 200 Kč. Náhrada se skládá ze zaplaceného soudního poplatku 3 000 Kč a z odměny za zastupování žalobce. Odměna za jeden úkon právní služby činí 3 100 Kč podle § 7, § 9 odst. 4 písm. d) vyhlášky Ministerstva spravedlnosti č. 177/1996 Sb., advokátní tarif, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „advokátní tarif“). Odměna za tři úkony právní služby podle § 11 advokátního tarifu [převzetí a příprava zastoupení – písm. a); žaloba – písm. d); účast na jednání – písm. g)] je v tomto případě 9 300 Kč. Právnímu zástupci žalobce dále náleží částka 900 Kč jako náhrada hotových výdajů advokáta [tři režijní paušály po 300 Kč podle § 13 odst. 1 a 3 advokátního tarifu].

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat **kasační stížnost** ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, sídlem Moravské náměstí 611/6, 657 40 Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty

na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti **musí** být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Soudní poplatek za kasační stížnost vybírá Nejvyšší správní soud. Variabilní symbol pro zaplacení soudního poplatku na účet Nejvyššího správního soudu lze získat na jeho internetových stránkách: www.nssoud.cz.

Ústí nad Labem 22. července 2020

Mgr. Václav Trajer, v. r.
předseda senátu

Shodu s prvopisem potvrzuje G. Z.

Shodu s prvopisem potvrzuje G. Z.

(K.ř.č. 1 - rozsudek)