



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Městský soud v Praze rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Ing. Viery Horčicové a soudců JUDr. Jaromíra Klepše a Mgr. Martina Lachmanna v právní věci

žalobce: **Česká agentura na podporu obchodu**
sídlem Dittrichova 1968/21, Praha 2
zastoupena Mgr. Františkem Korbelem, Ph. D., advokátem
sídlem Na Florenci 2116/15, Praha 1

proti

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

v řízení o žalobách proti rozhodnutím žalovaného ze dne 15. 12. 2016, č. j. 56909/16/5000-10470-711844, a ze dne 15. 12. 2016, č. j. 56910/16/5000-10470-711844,

takto:

- I. Rozhodnutí žalovaného ze dne 15. 12. 2016, č. j. 56909/16/5000-10470-711844, a ze dne 15. 12. 2016, č. j. 56910/16/5000-10470-711844, **se zrušují** a věci **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku náhradu nákladů řízení ve výši 30 805 Kč k rukám Mgr. Františka Korbela, Ph. D., advokáta.

Odůvodnění:

I. Předmět sporu

1. Žalobce se podanou žalobou domáhá zrušení v záhlaví specifikovaných rozhodnutí, kterými žalovaný zamítl odvolání žalobce a potvrdil platební výměr č. 7328368/2015 na odvod za porušení rozpočtové kázně Finančního úřadu pro hlavní město Prahu č. j. 7328368/15/2000-31743-110883 ze dne 7. 12. 2015, resp. platební výměr č. 7345282/2015 na odvod za porušení rozpočtové kázně Finančního úřadu pro hlavní město Prahu č. j. 7345282/15/2000-31743-110883 ze dne 7. 12. 2015, kterými byl vyměřen odvod do státního rozpočtu ve výši 8.987.301,- Kč, resp. do Národního fondu ve výši 50 928 039 Kč.

II. Napadené rozhodnutí

2. Rozhodnutím o poskytnutí dotace č.j. 4754-09/6.2VVCT-1/09/08200 v rámci Operačního programu Podnikání a inovace (OPPI) ze dne 9.12.2009, ve znění Dodatků č. 1 - 7 (dále jen „rozhodnutí“) byly příjemci dotace poskytnuty Ministerstvem průmyslu a obchodu (dále jen „poskytovatel“) peněžní prostředky na úhradu výdajů souvisejících s realizací projektu „Společná účast na specializovaných výstavách a veletrzích v zahraničí 2009-2012“, č. 6.2 VVCT/ZCT/001 (dále jen „projekt“). Příjemci dotace byl rozhodnutím stanoven finanční rámec projektu zahrnující způsobilé výdaje na projekt, a to ve výši 417.991.665,- Kč, tj. max. 85 % z Evropského fondu pro regionální rozvoj, a ve výši 73.763.235,- Kč, tj. max. 15 % ze státního rozpočtu, celkem max. 491.754.900,- Kč. Peněžní prostředky byly příjemci dotace poskytnuty v souladu s předloženým Záměrem projektu, vypláceny předem ve formě uvolněných prostředků a vypořádávány zpětně na základě již realizovaných způsobilých výdajů.

3. Na základě podnětu poskytovatele „Věc: Projekt OPPI příjemce dotace Česká agentura na podporu obchodu CzechTrade, IČ 00001171, financované podílem ze státního rozpočtu a strukturálních fondů EU“ č. j. MPO 8052/15/61300 ze dne 3.2.2015, který byl u správce daně zaevidován dne 6.2.2015 pod č. j. 888984/15 (dále jen „podnět“), zahájil správce daně u daňového subjektu protokolem č. j. 6298363/15/2000-31473-110883 ze dne 2.10.2015 daňovou kontrolu. Kontrola byla zaměřená na zjištění uvedená v podnětu. S výsledkem kontrolního zjištění byl daňový subjekt seznámen protokolem č. j. 6557504/15/2000-31473-110883 ze dne 3.12.2015. Daňová kontrola byla ukončena projednáním Zprávy o daňové kontrole č. j. 6554889/15/2000-31473-110883 ze dne 3.12.2015 (dále jen „zpráva o kontrole“) a podpisem výše uvedeného protokolu.

4. V rámci daňové kontroly správce daně zjistil pochybení při realizaci nadlimitní veřejné zakázky „Zajištění společné účasti na specializovaných zahraničních výstavách a veletrzích v období 2009-2012“ (dále jen „veřejná zakázka“) spočívající ve stanovení diskriminačního kvalifikačního předpokladu, čímž došlo k porušení ust. § 56 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na ust. § 6 téhož zákona. K porušení předmětných ustanovení zákona o veřejných zakázkách došlo tím, že v bodu 15.1.2 zadávací dokumentace k veřejné zakázce daňový subjekt požadoval pro splnění minimální úrovně kvalifikace předložení sítě regionálních pracovišť s minimálně jedním regionálním pracovištěm v každém kraji (s výjimkou Prahy), tedy minimálně 13 regionálních pracovišť. Vítězný dodavatel tak byl vybrán na základě chybně provedeného výběrového řízení. Nastavením diskriminačního kvalifikačního předpokladu v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách došlo k porušení podmínek rozhodnutí, a tím ve smyslu ust. § 3 písm. e) zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých

souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), v rozhodném znění, (dále jen „zákon o rozpočtových pravidlech“), k neoprávněnému použití poskytnutých prostředků, a tím k porušení rozpočtové kázně dle ust. § 44 odst. 1 písm. b) téhož zákona. Na základě uvedeného zjištění a konstatování porušení rozpočtové kázně stanovil správce daně v souladu s čl. VIII., bod 4 rozhodnutí a také v souladu se zásadou proporcionality odvod ve výši 25% z částky použité na financování veřejné zakázky, tj. ve výši 59.901.989,76 Kč (25 % z částky 239.607.959,04 Kč).

5. Správce daně shledal ještě dvě další pochybení daňového subjektu, tato však nejsou předmětem soudního přezkumu, neboť žalobce napadá správnost závěrů žalovaného, týkající se pouze výše uvedeného pochybení při realizaci předmětné veřejné zakázky.

III. Žaloba

6. Žalobce v žalobě nejprve zevrubně popsal průběh správního řízení. Dále zaměřil svoji argumentaci na posouzení stanoveného technického kvalifikačního předpokladu a jeho souladu se zákonem o veřejných zakázkách.

7. K užití technického kvalifikačního předpokladu předložení sítě regionálních pracovišť s minimálně jedním regionálním pracovištěm v každém kraji (s výjimkou Prahy), tedy minimálně 13 regionálních pracovišť, vedly žalobce logické a opodstatněné důvody nepřesahující mantinely zásad zadávání veřejných zakázek. S ohledem na potřebu dostupnosti poskytovaných služeb při plnění předmětu veřejné zakázky na území celé ČR bylo nezbytné, aby poskytované služby byly zajišťovány z vícera rovnoměrně na území ČR rozvržených pracovišť, nikoli z jednoho centralizovaného místa, neboť projekt byl zaměřen právě na podnikatele z regionů. Regionální pracoviště měla klientům umožnit osobní konzultace, při nichž byly klientům předávány informace o možnostech podpory v Projektu a v případě zájmu byla poskytnuta i spolupráce při vyplňování potřebných žádostí. Funkce regionálních pracovišť byla v tomto ohledu nezastupitelná s ohledem na znalost regionálního prostředí a také s ohledem na skutečnost, že přílišná vzdálenost konzultačních regionálních pracovišť snižuje zájem klientů o účast na Projektu. Projekt představoval zcela novou aktivitu a pro jeho úspěšnost bylo nezbytné představit jej co nejširšímu portfoliu firem v regionech a při takovém představení zároveň flexibilně reagovat na dotazy klientů. V případě centrální administrace Projektu by byla jeho úspěšnost podstatně snížena.

8. Pokud se jedná o přiměřenost uvedeného technického kvalifikačního předpokladu ve vztahu k předmětu dané veřejné zakázky, žalobce citoval ze zadávací dokumentace k veřejné zakázce, když uvedl, že „Předmětem této veřejné zakázky je zajištění kompletní administrace projektu, příprava a realizace činností projektu, a to průřezových (např. propagace projektu, poradenství) nebo spojených s konkrétní akcí (realizace společné účasti, doprovodné propagace) a veškeré výstupy vč. zpětné vazby. Zajištění koordinované a kvalitní prezentace vystavovatelů z České republiky na vybraných zahraničních veletrzích a výstavách organizované s cílem dlouhodobé a koncepčně přispět k dalšímu růstu klíčových oborů výroby a služeb České republiky, a tím i k dosažení zvyšování hrubého domácího produktu, růstu zaměstnanosti makroekonomické rovnováhy. Prostřednictvím realizace této veřejné zakázky zadavatel zajistí oborovou prezentaci České republiky a podporu individuálních podniků v době silných tržních změn na mezinárodní a celosvětové úrovni“.

9. S ohledem na výše uvedenou citaci nesouhlasí žalobce se závěrem žalovaného v napadených rozhodnutích, že poradenství je v předmětu veřejné zakázky uvedeno pouze jako příklad možných průřezových činností realizovaných v rámci Projektu a z tohoto důvodu je stanovený technický kvalifikační předpoklad nepřiměřený a nesouvisející s předmětem veřejné zakázky. Dle žalobce je toto odůvodnění nedostačující a žalovaný z něj vyvodil strohé a nepodložené závěry.

10. Dle žalobce nelze dostatečnost zdůvodnění potřebnosti předmětu veřejné zakázky vyvozovat pouze z vymezení jejího předmětu v jednom odstavci zadávací dokumentace. Předmět veřejné zakázky je třeba posuzovat jako souhrn skutečně poptávaných a následně provedených činností, které ve vzájemné souvislosti vedly k naplnění cíle veřejné zakázky. V době zadání veřejné zakázky zákon o veřejných zakázkách nepožadoval, aby zadávací dokumentace obsahovala komplexní zdůvodnění potřeb zadavatele.

11. Projekt by byl prakticky zbytečný, pokud by dodavatel pouze zajistil možnost vystavovat na zahraničních veletrzích a pasivně čekal, zda této možnosti někdo využije. Cílem bylo pracovat s konkrétními podniky z regionů, aby měly motivaci a snadnou cestu na tyto veletrhy.

12. Jako podpůrný argument ve prospěch relevance požadovaného technického kvalifikačního předpokladu žalobce uvedl, že mezi okamžikem vyhlášení zadávacího řízení a zahájením plnění předmětu veřejné zakázky byl dán velmi úzký časový prostor a bylo nezbytné mít najisto postaveno, že vybraný uchazeč bude schopný zajistit plnění veřejné zakázky na jednotlivých regionálních pracovištích neprodleně po ukončení zadávacího řízení a uzavření smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky. Jedná se o oprávněný požadavek zadavatele, který zajistí bezproblémové plnění veřejné zakázky. Oprávněnost obdobného kvalifikačního předpokladu potvrdil i Úřad pro ochranu hospodářské soutěže v rozhodnutí S 496/12, potvrzeném rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 14.6.2013 sp.zn. R 29/2013.

13. K omezujícímu charakteru stanoveného technického kvalifikačního předpokladu žalobce uvedl, že možnost omezení okruhu uchazečů potvrzuje i rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5.6.2008, č.j. 1 Afs 20/2008-152. Dle žalobce nebyla naplněna zjevná nepřiměřenost technického kvalifikačního předpokladu, neboť pokud by žalobce požadavek na dispozici regionálními pracovišti nestanovil, nebyli by uchazeči předmět zakázky schopni řádně splnit. Nastavený technický kvalifikační předpoklad mohl splnit jakýkoli subjekt, který má kancelář pro styk s veřejností v jednotlivých regionech v ČR (dle zjištění žalobce tento požadavek může splnit řada subjektů, např. Ogilvy & Mather spol. s r.o., Rapid akciová společnost, Česká asociace rozvojových agentur, RAVEN EU Advisory, a.s., a prakticky i všechny subjekty zabývající se poradenstvím, které mají pobočky v regionech České republiky). Výslovně byla umožněna spolupráce několika dodavatelů, kteří by byli schopni pobočkovou síť zajistit. I pokud by byl daný požadavek splnitelný pouze ze strany několika (i jen jednoho) potencionálních dodavatelů, nejednalo by se dle judikatury SDEU (rozsudek ze dne 17.9.2002, C-513/99) o diskriminaci, pokud by se jednalo o důvodný požadavek. Pro oprávněnost nastavení zadávacích podmínek svědčí i fakt, že poskytovatel dotace podmínky nerozporoval a nebrojil proti nim ani žádný z dodavatelů. Kvalifikační předpoklad nebyl zpříšňován např. určením konkrétních měst, v nichž mají být regionální pracoviště zřízena. Žalobce neomezil možnost prokazování technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele. Proti veřejné zakázce nebylo vedeno řízení u ÚOHS, navíc obdobné nastavení zadávacích

podmínek shledal Úřad v rozhodnutí ze dne 14.6.2013, č.j. ÚOHS-R29/2013/VZ-11128/2013-310/PMa, jako opodstatněné. Žalovaný v napadených rozhodnutích neodůvodnil, jaké další dodavatele mohl nastavený technický předpoklad odradit od účasti ve veřejné zakázce, což je v přímém rozporu se závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 9.3.2016, č.j. 62 Af 9/2015-79.

14. Dále žalobce namítl nepřiměřenost a neodůvodněnost výše stanoveného odvodu za porušení rozpočtové kázně. Žalobce v této souvislosti odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29.5.2014, č.j. 62 Af 22/2013-66, na rozsudek SDEU ze dne 21.12.2011 C-465/10, na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30.5.2014, č.j. 7 Afs 91/2013-28. Pokud bylo pochybení žalobce tak závažné, lze předpokládat, že by v jeho věci zahájil postup ÚOHS, což se však nestalo a smlouva na veřejnou zakázku tak byla uzavřena a splněna. Žalovaný neodůvodnil výši uložené sankce (z jakého důvodu právě ve výši 25 %).

15. Žalobci bylo uloženo separátním rozhodnutím také hrazení penále v celkové výši 59.915.340,- Kč. Dle současné judikatury je odvod a související penále považován za trestní sankci, na kterou jsou uplatňovány zásady trestního, resp. správního trestání (viz usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 24.11.2015, č.j. 4 Afs 210/2014-57). Dle žalobce měl správce daně v případě vyměřování penále aplikovat zásady použitelné na trestní, resp. správní trestání (princip trestání jako ultima ratio, zásada proporcionality trestní represe). Správce daně při vyměření penále ve výši 100 % vyměřeného odvodu zcela zjevně postupoval v rozporu s těmito zásadami.

16. Žalobce taktéž namítl nepřezkoumatelnost napadených rozhodnutí. Žalobce spatřuje nepřezkoumatelnost obecných formulací, vztahujících se k závěru, že technický kvalifikační předpoklad není přiměřený předmětu veřejné zakázky.

17. Žalobce dále považuje za obecné a nedůvodné tvrzení žalovaného, že „zásada zákazu diskriminace dodržena nebyla, jelikož požadavek na síť regionálních pracovišť v každém kraji s minimálně jedním pracovištěm (s výjimkou Prahy) omezil soutěžní prostředí a neumožnil účastnit se výběrového řízení na Veřejnou zakázku těm uchazečům, kteří sice nedisponují minimálně jedním pracovištěm v každém kraji, avšak byli by jinak schopni plnění Veřejné zakázky řádně splnit.“ Dle žalobce každý kvalifikační předpoklad omezuje počet uchazečů. Zákon o veřejných zakázkách ale požaduje, aby omezení nebylo nedůvodné, což v daném případě není. Žalovaný v napadeném rozhodnutí neuvedl, kdo by byl schopen splnit předmět veřejné zakázky, a byl tedy v zadávacím řízení, což je v rozporu s rozsudkem Krajského soudu v Brně ze dne 9.3.2016, č.j. 62 Af 9/2015-79. Z tohoto rozsudku je zřejmé, že pouhé vyslovení možnosti existence dalších dodavatelů nemůže jako dostatečná argumentace obstát.

IV. Vyjádření žalovaného k žalobě a replika žalobce

18. Žalovaný ve svém vyjádření předně odkázal na zprávu o kontrole a odůvodnění napadeného rozhodnutí, ve kterých se podrobně zabýval posouzením konkrétního porušení rozpočtové kázně žalobcem.

19. Správce daně tak postupoval v souladu se zásadou proporcionality dle judikatury Nejvyššího správního soudu (č.j. 2 Afs 49/2013-34 ze dne 31.3.2014 a č.j. 4 As 117/2014-39 ze dne 30.10.2014) a zároveň v intencích pokynu GFŘ D-27.

20. Odvod za porušení rozpočtové kázně není sankcí za správní delikt, neboť porušení rozpočtové kázně není správním deliktem (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze

dne 31.3.2015, č.j. 5 As 95/2014-46. Žalovaný odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15.8.2012, č.j. 1 Afs 15/2012-38, když dále konstatoval, že nelze poukazovat na to, že poskytovatel během kontrolních akcí nepoukázal na pochybení a že je tak uložení odvodu za porušení rozpočtové kázně pro žalobce překvapivým krokem. Stejně je z hlediska zjištění porušení zákona o veřejných zakázkách irelevantní skutečnost, že žádný z uchazečů (ani potenciálních) nenapadl zadávací dokumentaci. K porušení rozpočtové kázně stanovením diskriminačních kvalifikačních předpokladů žalovaný dále odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7.1.2017, č.j. 9 Afs 182/2016-41, který se obdobným porušením rozpočtové kázně zabýval.

21. Žalobcem stanoveným technickým kvalifikačním předpokladem významně omezil soutěžní prostředí, neboť tak neumožnil přihlásit se do výběrového řízení na veřejnou zakázku těm uchazečům, kteří by byli schopni realizaci projektu zajistit v požadovaném rozsahu, i když by nedisponovali pracovištěm v každém kraji. Požadavek na síť regionálních pracovišť v každém kraji je nepřiměřený ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, a proto důvody, pro které žalobce tento požadavek stanovil, shledal žalovaný za neopodstatněné.

22. Předmětem daňové kontroly nebyla úspěšnost či naplnění účelu dotace, ale posouzení, zda zjištění uvedená v podnětu poskytovatele jsou relevantní ve vztahu k porušení rozpočtové kázně. Tato podezření se v průběhu daňové kontroly potvrdila, správce daně byl tedy povinen uložit odvod za porušení rozpočtové kázně. Kontrola probíhala dle daňového řádu. Žalobce nereflektuje základní zásadu daňového řízení, tedy zásadu volného hodnocení důkazů. Daňový řád umožňuje správci daně posoudit závažnost jednotlivých důkazních prostředků, není povinen vyhledávat důkazní prostředky svědčící ve prospěch poplatníka ani respektovat všechny důkazy předložené nebo navržené daňovým subjektem. Povinností správce daně není provést veškeré důkazy navržené daňovým subjektem, ale je nutné provést důkazy, které mohou přispět ke správnému stanovení daně. Důkazní břemeno k prokázání tvrzení, že příjemce dotace splnil podmínky jejího poskytnutí, leží primárně právě na příjemci, tedy žalobci.

23. Námitka žalobce ohledně uložení penále ve výši odvodu je irelevantní, neboť předepsané penále není předmětem nyní řešené žaloby, v této souvislosti žalovaný poukázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9.1.2012, sp.zn. 9 Afs 4/2012 a ze dne 1.8.2011, sp.zn. 8 Afs 6/2011.

24. Žalobce v replice nejprve doplnil žalobu o vyjádření prezidenta Hospodářské komory České republiky (dále jen „HK ČR“), popisující faktické fungování projektu v letech 2009 – 2012. K vyjádření žalovaného žalobce znovu setrval na svém závěru, že požadavek na síť regionálních pracovišť v každém kraji byl k předmětu veřejné zakázky přiměřený.

25. Žalobce dále nesouhlasil s tvrzením žalovaného, že postupoval řádně v souladu s pokynem č. GŘ - D - 27, resp. se správní praxí žalovaného, který byla kodifikována do tohoto pokynu. Dle přílohy k tomuto pokynu platí, že při pochybení zadavatele, která mohla mít vliv na výsledek výběrového řízení (bod 10 - „Ostatní výše neuvedená pochybení zadavatele, která mohla mít vliv na výsledek výběrového řízení, např. nezákonné příp. diskriminační kvalifikační předpoklady či hodnotící kritéria“) bude stanoven odvod: 25 % - 50 % z částky použité na financování předmětné veřejné zakázky s možností snížení až na 5 %. Pokud tedy žalovaný sám odkazuje na tento dokument s tím,

že s tímto postupoval v souladu, měl odůvodnit, proč nedošlo ke snížení procentuální výše odvodu na 5 %, zvláště za situace, kdy sám žalovaný konstatuje, že dotace byla využita na stanovený účel. Pokud je dotace využita na jiný účel, než bylo proklamováno, je zřejmé, že by měly být dané finanční prostředky vráceny zpět do veřejného rozpočtu. V případě žalobce však byly finance alokovány účelně v souladu s dotačními podmínkami a je ze strany žalovaného trestán za údajné porušení základních zásad ZVZ. Žalovaný tedy tímto v zásadě supluje činnost orgánu dohledu, tj. Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím udělení naprosto excesivní pokuty.

26. Co se týče důkazního břemene, žalobce poukázal na rozdíl postupu správce daně v daňovém řízení oproti postupu, kdy naopak má žalovaný odůvodnit a doložit, že došlo k porušení ZVZ. Obrácení důkazního břemene na tomto místě je naprosto nepřipustné. Podle ust. § 3 správního řádu je správní orgán povinen postupovat tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Této povinnosti s tímto přístupem žalovaný nemohl dostát. Toto tvrzení proto žalobce považuje za zcela zásadní porušení zásady materiální pravdy, která je formulována v ust. § 3 správního řádu a vyplývá ostatně i z daňového řádu. Zásada volného hodnocení důkazů neznamená, že správní orgán může hodnotit důkazy „jak se mu zlíbí“ bez ohledu na materiální pravdu (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14.6.2012, č.j. 7 Afs 65/2011-91).

V. Dosavadní řízení před soudy

27. Soud žalobám již jednou vyhověl, a to rozsudkem ze dne 15. 9. 2017, č. j. 10 Af 7/2017 - 71, jímž zrušil napadená rozhodnutí žalovaného i prvostupňové platební výměry. Proti tomuto rozsudku brojil žalovaný kasační stížností, v níž namítal, že měla být zrušena pouze rozhodnutí o odvoláních, a platební výměry nikoliv.

28. Nejvyšší správní soud shledal kasační stížnost žalovaného důvodnou a rozsudkem ze dne 14. 10. 2019, č. j. 3 Afs 300/2017 - 47, rozsudek městského soudu zrušil a vrátil mu věc k dalšímu řízení. Dospěl k závěru, že důvody pro zrušení prvostupňových platebních výměrů dány nebyly.

VI. Posouzení věci Městským soudem v Praze

29. Městský soud přezkoumal napadené rozhodnutí v rozsahu žalobních bodů, kterými je vázán (srov. § 75 odst. 2 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů - dále jen „s. ř. s.“), včetně řízení, které jeho vydání předcházelo. Při přezkoumání tohoto rozhodnutí městský soud vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu (srov. § 75 odst. 1 s. ř. s.).

30. Žaloba je důvodná.

31. Jelikož soud napadené rozhodnutí zrušil pro rozpor s obsahem správního spisu, rozhodl v souladu s § 76 odst. 1 písm. b) s. ř. s. bez nařízení ústního jednání.

32. Městský soud úvodem připomíná, že je podle § 110 odst. 4 s. ř. s. vázán právním názorem, jenž vyslovil Nejvyšší správní soud v kasačním rozsudku v této věci. Z toho vyplývá, že nelze zrušit prvostupňové platební výměry. Naopak ve zbytku městský soud nemůže jakkoliv přehodnocovat způsob, kterým žalobní body vyhodnotil v prvním rozsudku v této věci, aniž by došlo k jejich revizi kasačním soudem (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 9. 2019, č. j. 4 As 311/2019 - 35). Proto městský soud bez dalšího převzal odůvodnění svého předchozího rozsudku.

33. Podstatou sporu je posouzení, zda technický kvalifikační předpoklad, stanovený žalobcem v článku 15.1.2. Zadávací dokumentace, spočívající v doložení sítě regionálních pracovišť zahrnující minimálně jedno regionální pracoviště v každém kraji (s výjimkou Prahy), tedy minimálně celkem 13 pracovišť, byl nepřipustně diskriminační.

34. Podle ust. § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31.3.2012 (dále jen „ZVZ“), je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

35. Podle ust. § 50 odst. 2 a 3 ZVZ stanoví veřejný zadavatel požadavky na prokázání splnění kvalifikace v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace požadavků může být uvedena v kvalifikační či zadávací dokumentaci. Veřejný zadavatel je povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.

36. Podle ust. § 56 odst. 7 písm. c) ZVZ ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.

37. Ve vztahu k zákazu diskriminace Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 5.6.2008, č.j. 1 Afs 20/2008-152, dospěl k závěru, že *„zákaz diskriminace uvedený v § 6 ZVZ zahrnuje jednak formu zjevnou, jednak formu skrytou. Za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových technických kvalifikačních předpokladů, které jsou zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Někteří z dodavatelů totiž mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní. Tím se znemožňuje dosažení cíle zákona o veřejných zakázkách, tedy zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli“*.

38. Nejvyšší správní soud tak odmítl omezení zákazu diskriminace na diskriminaci zjevnou, spočívající v *„rozdílném, jiném přístupu k jednotlivci než k celku“, neboť takové omezení by „vytvořilo jednoduchou cestu, jak zákaz diskriminace v oblasti veřejných zakázek obejít. V podstatě jakoukoliv diskriminaci pojatou jako odlišné zacházení s jednotlivcem ve srovnání s ostatními členy srovnávané skupiny (...) lze totiž nastavením vhodných kritérií nahradit takovým zacházením, kterým (...) by se dosáhlo v podstatě téhož výsledku jako aplikací zjevné diskriminace.“*

39. Nejvyšší správní soud nikdy nepojímal zásadu zákazu diskriminace v absolutním měřítku. V citovaném rozsudku výslovně uvedl, že není *„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.“*

40. Klíčovým problémem skryté diskriminace je „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí a je nutno jí vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu.

41. Soud se proto nejprve zabýval posouzením otázky, zda žalobcem stanovený technický kvalifikační předpoklad byl zjevně nepřiměřeným k předmětu dané veřejné zakázky.

42. Předmět nadlimitní veřejné zakázky s názvem Zajištění společné účasti na specializovaných zahraničních výstavách a veletrzích v období 2009 – 2012 byl vymezen v kapitole 4 Zadávací dokumentace jako zajištění kompletní administrace projektu, příprava a realizace činností projektu a veškeré výstupy vč. zpětné vazby. Činnosti projektu pak byly rozděleny do dvou kategorií, a sice na průřezové a na spojené s konkrétní akcí. Mezi průřezovými činnostmi byly demonstrativně uvedeny propagace projektu a poradenství. Realizací regionálně dostupného poradenství a konzultační činnosti měla být zajištěna efektivní účast cílových skupin na jednotlivých akcích. Dle zadávací dokumentace tak bylo úkolem vybraného dodavatele zajistit mj. poradenství pro účastníky veletrhu či výstavy s cílem dosažení efektivní účasti a optimalizace výběru akcí.

43. Z výše uvedeného vymezení předmětu veřejné zakázky tedy vyplývá, že součástí jejího předmětu byla taktéž poradenská činnost. Na tom nic nemění skutečnost, kterou namítá žalovaný, že se jednalo pouze o příklad z možných průřezových činností realizovaných v rámci projektu. Zásadní je, že poradenská činnost byla jednou z činností vymezenou předmětem veřejné zakázky v Zadávací dokumentaci.

44. Stanovení technického kvalifikačního předpokladu, spočívajícího v doložení sítě regionálních pracovišť zahrnující minimálně jedno regionální pracoviště v každém kraji (s výjimkou Prahy), tedy minimálně celkem 13 pracovišť, bylo v Zadávací dokumentaci odůvodněno potřebou technického a administrativního zázemí pro realizaci veřejné zakázky v regionech. Regionální pracoviště měla sloužit k realizaci regionálně dostupného poradenství a přímé komunikace a spolupráce s cílovou skupinou a měla hrát důležitou roli pro získání nových účastníků pro jednotlivé akce, pro distribuci informací cílovým skupinám přímo v jednotlivých regionech, a to jak o možnostech jejich podpory, o jednotlivých akcích o efektivním využití a přínosech konkrétní akce pro daného účastníka a o efektivní realizaci veletržních účastí. Regionální pracoviště měla taktéž přispět ke zjednodušení a usnadnění komunikace a spolupráce s cílovými skupinami v regionech na základě znalosti podnikatelského prostředí a regionálního trhu a jeho potřeb.

45. Stanovený technický kvalifikační předpoklad bezprostředně souvisí s předmětem veřejné zakázky, neboť právě prostřednictvím sítě regionálních pracovišť měla být poskytována mimo jiné i regionálně dostupná poradenská činnost, která měla vést k zefektivnění administrace projektu s ohledem na usnadnění komunikace a spolupráce s cílovými skupinami v jednotlivých regionech.

46. Při posouzení, zda stanovený technický kvalifikační předpoklad není zjevně nepřiměřený k velikosti, složitosti a technické náročnosti dané veřejné zakázky, je nutno mít na zřeteli restriktivní výklad skryté diskriminace, který Nejvyšší správní soud zaujal ve výše citovaném rozsudku, dle kterého „shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vsutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky“. Takovou povahu předmětného technického kvalifikačního předpokladu však

soud neshledal. Cílem projektu Společné účasti na specializovaných výstavách a veletrzích v zahraničí v období 2009 – 2012 bylo posílení mezinárodní konkurenceschopnosti malých a středních podniků se sídlem v ČR na zahraničních trzích. Projekt se tedy vztahoval na území celé České republiky, z toho důvodu nelze shledat požadavek minimálně jednoho pracoviště v každém kraji (vyjma Prahy) za excesivní k velikosti dané veřejné zakázky. Soud se ztotožňuje s argumentací žalobce, že existence minimálně jednoho pracoviště v každém kraji usnadňuje poradenskou činnost, která je součástí veřejné zakázky, a to s ohledem na zvýšení dostupnosti poskytovaných služeb podnikatelům z příslušného regionu při menší geografické vzdálenosti jednotlivých pracovišť od cílových skupin.

47. Pokud žalovaný tvrdí, že prezentace projektu s celostátní působností je zpravidla řízena z centrální úrovně a že regionální pracoviště v tomto případě mohou mít funkci pomocnou, nikoli nezastupitelnou, jedná se o subjektivní hodnocení, které nijak nedokládá zjevnou nepřiměřenost stanoveného technického kvalifikačního předpokladu. Skutečnost, že žalovaný nepovažuje daný požadavek za nezbytný, z tohoto nečiní požadavek z oprávněných potřeb předmětné veřejné zakázky vybočující.

48. Namítá-li dále žalovaný, že samotná existence regionálního pracoviště nezaručuje, že uchazeč prostředí daného regionu zná, a že samotná síť těchto pracovišť nezaručuje řádné, stabilní a bezproblémové plnění veřejné zakázky, dovoluje si soud nejprve obecně konstatovat, že stanovení jakéhokoli technického kvalifikačního předpokladu nemůže dopředu zaručit bezproblémové plnění veřejné zakázky. Potřeba znalosti daného regionu byla v Zadávací dokumentaci zohledněna, neboť v článku 4.7. bylo uvedeno, že podmínkou dobrého fungování jsou kromě dobrého pokrytí celého území ČR rovněž dlouhodobé vztahy a zkušenosti z předchozí spolupráce mezi uchazečem a regionálními pracovišti, a proto nabídka bude obsahovat mj. popis dosavadní spolupráce mezi uchazečem a sítí regionálních pracovišť včetně seznamu projektů či zakázek realizovaných společně s krátkou charakteristikou a s uvedením subjektů do těchto projektů a zakázek zapojených.

49. S ohledem na shora uvedené důvody soud neshledal žalobcem stanovený technický kvalifikační předpoklad zjevně nepřiměřeným k předmětu dané veřejné zakázky.

50. K námitce nepřezkoumatelnosti obecných tvrzení žalovaného v napadeném rozhodnutí soud nejprve předesílá, že nepřezkoumatelnost správního rozhodnutí spočívá dle ust. § 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s. v nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů rozhodnutí, přičemž nepřezkoumatelnost rozhodnutí správního orgánu pro nesrozumitelnost předchází případné nepřezkoumatelnosti pro nedostatek jeho důvodů; důvody rozhodnutí lze zkoumat toliko u rozhodnutí srozumitelných (rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 11.4.2006, č.j. 31 Ca 39/2005-70, č. 1282/2007 Sb. NSS).

51. Za nesrozumitelnost rozhodnutí soudy považují například případy, kdy odůvodnění nedává smysl, který by svědčil o skutkových a právních důvodech, které vedly správní orgán k vydání rozhodnutí (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24.9.2003, č.j. 7 A 547/2002-24), pro rozpor výroku s odůvodněním (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12.12.2003, č.j. 2 Ads 33/2003-78) či pro výrok, který nemá oporu v zákoně (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29.5.2003, č.j. 7 A 181/2000-29), nebo není-li rozhodnutí rozčleněno na výrok a odůvodnění, pročez není zřejmé, zda správní orgán rozhodl o všech návrzích účastníka řízení (rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 21.10.1994, č.j. 6 A 63/93-22).

52. Rozhodnutí nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů je potom takové, z jehož odůvodnění není seznatelné, proč správní orgán považuje námitky účastníka za liché, mylné nebo vyvrácené, které skutečnosti vzal za podklad svého rozhodnutí, proč považuje skutečnosti tvrzené účastníkem za nerozhodné, nesprávné nebo jinými řádně provedenými důkazy vyvrácené, podle které právní normy rozhodl a jakými úvahami se řídil při hodnocení důkazů.

53. Namítaná obecnost tvrzení žalovaného nezakládá důvody nepřezkoumatelnosti ve smyslu ust. § 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s. Subjektivnost hodnocení věci žalovaným ještě a priori nečiní napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným.

54. Za závažnější pochybení však soud považuje závěr žalovaného, že takto nastavený technický kvalifikační předpoklad omezil soutěžní prostředí a neumožnil účastnit se výběrového řízení na veřejnou zakázku těm uchazečům, kteří sice nedisponují minimálně jedním pracovištěm v každém kraji, avšak byli jinak schopni plnění veřejné zakázky řádně zajistit. Žalovaný skutečnosti, které vyplývají ze spisového materiálu, tj. že nastavený technický kvalifikační předpoklad bylo možno splnit pomocí subdodavatelů neboli, že byla umožněna spolupráce několika dodavatelů k zajištění pobočkové sítě, ignoroval. Jedná se přitom o takovou skutečnost, která vede k jinému závěru o nastavení podmínek (kvalifikačního předpokladu), než ke kterému dospěl žalovaný. Tato možnost jasně vyplývá z článku 4.4.4. Zadávací dokumentace, podle kterého *„pro zajištění realizace kterékoli části plnění této veřejné zakázky je uchazeč oprávněn využít služeb subdodavatele, jehož výběr bude vždy předem schválený Řídícím výborem prostřednictvím zadavatele. Na subdodavatele se pak vztahují všechny povinnosti a ustanovení jako na uchazeče samotného a uchazeč je povinen jejich dodržování ze strany subdodavatele zajistit“*. Za takto nastavených podmínek je závěr žalovaného o diskriminaci uchazečů nedisponujících sítí regionálních poboček mylný, v rozporu s obsahem správního spisu, neboť splnění stanoveného technického kvalifikačního předpokladu nebylo vázáno pouze a jen na prokázání disponování sítí regionálních poboček samotným uchazečem, nýbrž taktéž prostřednictvím subdodavatelů. Uchazeči, kteří sami nedisponovali sítí regionálních poboček tak nebyly z účasti na veřejné zakázce vyloučeni, jak tvrdí žalovaný, a proto nemohlo stanovením tohoto technického kvalifikačního předpokladu dojít k omezení hospodářské soutěže.

55. Proto soud postupoval podle ust. § 76 odst. 1 písm. b) s.ř.s. a zrušil bez nařízení jednání obě napadená rozhodnutí a tyto věci vrátil žalovanému k dalšímu řízení, neboť dospěl k závěru, že stanovením předmětného technického kvalifikačního předpokladu nedošlo ze strany žalobce k porušení zákazu skryté diskriminace dle ust. § 56 odst. 7 ZVZ v návaznosti na ust. § 6 ZVZ, tudíž nedošlo ze strany žalobce ani k porušení rozpočtové kázně dle ust. § 44 odst. 1 písm. b) zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů.

56. Za stavu, kdy soud zrušil rozhodnutí, kterými byly žalobci za porušení rozpočtové kázně vyměřeny odvody do státního rozpočtu a Národního fondu, je žalobní námitka nepřiměřenosti a neodůvodněnosti výše stanovených odvodů bezpředmětná. Shodně je též bezpředmětná námitka nezákonnosti uložení penále, která navíc nemohla být předmětem soudního přezkumu již z důvodu, že rozhodnutí o uložení povinnosti hradit penále nebyla žalobou vůbec napadena.

VII. Závěr a rozhodnutí o nákladech řízení

57. Jak bylo uvedeno výše, soud napadené rozhodnutí v souladu s § 76 odst. 1 písm. b) s. ř. s. zrušil proto, že bylo založeno na skutkovém základě rozporném s obsahem správního spisu. V dalším řízení je v souladu s § 78 odst. 5 žalovaný právním názorem vysloveným v tomto rozsudku vázán.

58. Výrok o nákladech řízení je odůvodněn ustanovením § 60 odst. 1 s. ř. s., dle něž má právo na náhradu důvodně vynaložených nákladů ten účastník, který měl ve věci úspěch. V nyní projednávané věci byl plně úspěšný žalobce. Jeho náklady tvoří jednak zaplacené soudní poplatky za podání dvou žaloby ve výši celkem 6 000 Kč a dále odměna advokáta za tři úkony právní služby ve spojených věcech podle § 11 odst. 1 písm. a), d) ve spojení s § 12 odst. 3 vyhlášky Ministerstva spravedlnosti č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), tedy převzetí právního zastoupení, podání návrhu ve věci samé a repliky k vyjádření žalovaného. Podle § 7 bodu 5 ve spojení s § 9 odst. 4 písm. d) a § 12 odst. 3 advokátního tarifu, činí výše odměny za jeden úkon právní služby 5 100 Kč ($3 \times 5\,100 = 15\,300$). Náhrada hotových výdajů pak dle § 13 odst. 3 advokátního tarifu tvoří 300 Kč za každý úkon ($6 \times 300 = 1\,800$). Odměna advokáta tak činí 17 100 Kč a DPH ve výši 21 %, celkem tedy 20 691 Kč. Spolu se soudním poplatkem tedy žalobci v řízení o žalobě vznikly náklady ve výši 26 691 Kč.

59. V souladu s § 110 odst. 3 s. ř. s. soud rozhodl i o nákladech řízení o kasační stížnosti. Kasační stížnost sice podal žalovaný, a to úspěšně, avšak právo na náhradu nákladů řízení se řídí úspěchem v prvostupňovém řízení. Proto má žalobce právo i na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti. Z kasačního rozsudku Nejvyššího správního soudu vyplývá, že náklady žalobce v řízení o kasační stížnosti sestávaly pouze z odměny advokáta za jeden úkon právní služby podle § 11 odst. 1 písm. d) advokátního tarifu (3 100 Kč) a náhrady hotových výdajů podle § 13 odst. 3 advokátního tarifu (300 Kč), celkem tedy 3 400 Kč a DPH ve výši 21 %, celkem tedy 4 114 Kč.

60. Celkem má tedy žalobce právo na náhradu nákladů řízení o žalobách a kasační stížnosti ve výši 30 805 Kč.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost podle § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s. není přípustná v rozsahu otázek, které byly již vyřešeny předchozím rozhodnutím Nejvyššího správního soudu v této věci, ledaže stěžovatel namítá, že se soud neřídil závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu.

Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno, a to v tolika vyhotoveních (podává-li se v listinné podobě), aby jedno zůstalo soudu a každý účastník dostal jeden stejnopis. 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). Případně-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.

V Praze dne 5. listopadu 2019

JUDr. Ing. Viera Horčicová v.r.
předsedkyně senátu