



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy senátu Mgr. Milana Procházky a soudkyň Mgr. Ing. Veroniky Baroňové a JUDr. Ing. Venduly Sochorové ve věci

žalobce: **Svazek vodovodů a kanalizací Ivančice**
sídlem Kounická 1598/78, Ivančice
zastoupený advokátem JUDr. Ing. Ivanem Rottem
sídlem Křížová 18, Brno

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

o žalobách proti rozhodnutím žalovaného ze dne 22. 3. 2017, č. j. 13486/17/5000-10470-700938 a č. j. 13487/17/5000-10470-700938,

takto:

- I. Žaloby se zamítají.
- II. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se nepřiznává náhrada nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Žalobce se domáhal zrušení v záhlaví označených rozhodnutí žalovaného ve věci odvodu za porušení rozpočtové kázně. Rozhodnutím ze dne 22. 3. 2017, č. j. 13486/17/5000-10470-700938, žalovaný změnil výrok rozhodnutí Finančního úřadu pro Jihomoravský kraj (dále jen „správce daně“) ze dne 4. 4. 2016, č. j. 1331023/16/3000-31471-708424, tak, že snížil odvod do Státního fondu životního prostředí (SFŽP) z částky 261 496 Kč na částku 166 510 Kč.
2. Rozhodnutím ze dne 22. 3. 2017, č. j. 13487/17/5000-10470-700938, žalovaný zamítl odvolání žalobce proti rozhodnutí správce daně ze dne 4. 4. 2016, č. j. 1330952/16/3000-31471-708424, a prvostupňové rozhodnutí potvrdil. Tímto rozhodnutím správce daně vyměřil žalobci odvod do Národního fondu ve výši 4 445 417 Kč.
3. V obou případech správce daně vyměřil odvod za porušení rozpočtové kázně podle § 44a odst. 4 písm. b) zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech, ve znění rozhodném pro projednávanou věc (dále jen „zákon o rozpočtových pravidlech“), v souvislosti s dotací poskytnutou na projekt „Zlepšení kvality vod v řekách Jihlava a Svatka nad nádrží Nové Mlýny“, přičemž identifikoval porušení podmínek dotace v důsledku pochybení při zadávání veřejné zakázky na „Činnost správce stavby“, konkrétně porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti.
4. Porušení zákazu diskriminace ve smyslu § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění rozhodném pro projednávanou věc (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), správce daně v obou rozhodnutích spatřoval ve způsobu nastavení technických kvalifikačních předpokladů. Žalobce jako zadavatel veřejné zakázky požadoval předložení seznamu významných služeb poskytnutých dodavateli v posledních 3 letech, z nichž alespoň jedna zakázka musela být ve výši nejméně 400 mil. Kč bez DPH a financována z fondů Evropské unie (EU). Podle správce daně, potažmo žalovaného, nebylo ovšem pro řádné splnění zakázky rozhodné, z jakých zdrojů byla zakázka financována; stanovením daného kritéria tak mohl žalobce omezit účast jiných dodavatelů, kteří by byli schopni předmětnou zakázku provést. Druhé zjištění se týkalo porušení zásady transparentnosti, neboť žalobce v rámci zvoleného hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky jako dílčí kritérium zvolil mj. výši smluvní pokuty za porušení povinností mandátáře (dodavatele). Toto kritérium nebylo podle žalovaného nijak věcně definováno; nebylo proto zřejmé, jakým způsobem mají dodavatelé zpracovat své nabídky.
5. Usnesením ze dne 17. 4. 2019, č. j. 30 Af 37/2017-64, soud rozhodl o spojení řízení ve věcech žalob směřujících proti předmětným rozhodnutím ke společnému projednání, neboť z hlediska skutkového jde o související odvodové povinnosti žalobce týkající se téhož projektu (veřejné zakázky), přičemž i právní základ, jenž má soud posoudit, je týž (§ 39 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů; dále jen „s. ř. s.“).

II. Obsah žalob

6. V podaných žalobách žalobce shodně brojil proti závěrům žalovaného týkajících se popsanych zjištění. S odkazem na komentářovou literaturu i judikaturu Nejvyššího správního soudu nastínil teoretická východiska zásady zákazu diskriminace a vysvětlil rozdělení na diskriminaci zjevnou a skrytou. Tou se např. rozumí stanovení takových

kvalifikačních předpokladů, jež jsou zcela zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti zakázky. Výklad skryté diskriminace má být pojmán restriktivně. Kritéria jsou diskriminační jen tehdy, pokud jsou kvalifikační předpoklady vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb zakázky.

7. Žalobce zdůraznil, že celý projekt byl plně závislý na správném výkonu činností správce stavby, který má ve smlouvě jednoznačně stanoveny povinnosti k administraci prováděného díla ve všech složitostech, jež financování z fondů EU přináší. To na správce stavby klade nadstandardní požadavky vyžadující koordinační, organizační a zejména administrativní a dokumentační činnosti. V zadávací dokumentaci, konkrétně v mandátní smlouvě, byly taxativně vymezeny úkony správce stavby, jež bezprostředně souvisí s financováním z fondů EU. Navíc, podle implementačního dokumentu operačního programu ŽP měla být u projektů přesahujících 300 mil. Kč vykonávána činnost správce stavby v rozsahu podmínek FIDIC, jež v dané době u jiných projektů než financovaných z EU nebyly běžné. Žalobce neomezil okruh dodavatelů tím, že by požadoval zkušenosti s daným operačním programem, ale stanovil pouze požadavek jediné referenční zakázky obdobného charakteru s finančním limitem nižším než předpokládaný rozsah projektu. Tím se jen v minimálním rozsahu měla zajistit schopnost vybraného uchazeče provést všechny služby s ohledem na rozdílnost a administrativní náročnost u projektů financovaných z EU. Žalobce dále poukázal na to, že předmětný kvalifikační předpoklad splnilo 7 zájemců, což je okruh zcela dostačující i proto, že v souladu se zákonem o veřejných zakázkách byl pro účely zvoleného užšího řízení počet zájemců losem omezen na 5. Žalobce navíc namítal, že se žalovaný se všemi těmito argumenty vypořádal zcela nedostatečně.
8. K porušení zásady transparentnosti žalobce namítal, že dílčí kritérium – sankční pokuta za porušení povinností mandátáře – byla definována dostatečně určitě. Nejvyšší kontrolní úřad (dále též „NKÚ“) v protokolu o kontrole č. 13/21 výslovně uvedl, že zadávací podmínky byly stanoveny jednoznačně. Žalobce rovněž připomněl, že sankce za nesplnění povinností jsou pevnou součástí smluvních vztahů. Podle žalobce je význam pojmů „činnost mandátáře“ či „povinnosti při činnosti mandátáře“ zřejmý a jednoznačně určuje, k jakým porušením se smluvní pokuta váže. Všichni uchazeči museli vědět, kdo je mandátářem, že jeho činností bude právě výkon správce stavby a jaké povinnosti bude mít. Smluvní pokuta byla jasně definována a byla jí přiřazena konkrétní váha 10 %. V době vyhlášení předmětné zakázky nebylo zakázáno užít smluvní pokuty jako dílčího kritéria (zákaz byl zakotven až 1. 4. 2012). V této souvislosti žalobce odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 19. 7. 2011, č. j. 62 Af 25/2010-94 a dodal, že nedošlo k porušení zásady transparentnosti ani jiných zásad zakotvených v zákoně o veřejných zakázkách.
9. Vzhledem k tomu, že zákaz užití smluvní pokuty jako dílčího kritéria byl do zákona o veřejných zakázkách vložen až po vyhlášení zakázky, porušují napadená rozhodnutí zákaz retroaktivity.
10. V žalobě proti rozhodnutí č. j. 1331023/16/3000-31471-708424 žalobce nad rámec uvedeného namítal, že za identická pochybení byl již sankcionován právě druhým napadeným rozhodnutím (resp. platebním výměrem), jímž mu byl uložen odvod do Národního fondu. Tím byl v rozporu se zásadami správního trestání dvakrát potrestán za totéž pochybení.

11. Žalobce uzavřel, že rozpočtovou kázeň neporušil a navrhl zrušení obou napadených rozhodnutí.

III. Vyjádření žalovaného

12. Žalovaný ve svých vyjádřeních k žalobám zopakoval, že trvá na závěrech uvedených v napadených rozhodnutích, tj. že došlo k porušení podmínek dotace, neoprávněnému použití peněžních prostředků podle § 3 písm. e) o rozpočtových pravidlech a tím k porušení rozpočtové kázně podle § 44 odst. 1 písm. b) téhož zákona.
13. Podle žalovaného došlo v případě prvního zjištění k omezení konkurence, neboť požadavek na zkušenosti se zakázkami financovanými z fondů EU není objektivně zdůvodnitelný, nelze jej považovat za logický a opodstatněný. Žalovaný nijak nerozporuje oprávnění zadavatele stanovit technické kvalifikační předpoklady, nicméně dané kritérium mohlo některé dodavatele ze zadávacího řízení vyloučit.
14. Ke smluvní pokutě uvedl, že absence výtek od kontrolního orgánu neznamená ujištění o správnosti postupu. Žalovaný netvrdil, že dané kritérium nemohlo být použito, ale že nebylo dostatečně věcně definováno. Zadávací dokumentace musí být transparentní, dostatečně konkrétní a srozumitelná, aby na jejím základě mohla proběhnout férová soutěž.
15. K námitce porušení zákazu dvojího trestání žalovaný zmínil, že vydání dvou platebních výměrů bylo způsobeno skutečností, že žalobce čerpal prostředky z různých zdrojů – SFŽP a Fondu soudržnosti EU. Nejde proto o případ dvojího trestání. Nadto, odvod za porušení rozpočtové kázně není sankcí za správní delikt, jde o daň.
16. Žalovaný proto navrhl, aby soud obě žaloby zamítl.

IV. Replika žalobce

17. V replikách k vyjádřením žalovaného žalobce nesouhlasil s argumenty žalovaného a zopakoval svá dřívější tvrzení.
18. Stanovení požadavku na financování z fondů EU bylo důvodné, přičemž argumentace žalovaného je zcela nedostatečná. Jeho závěry jsou v rozporu s Metodikou zadávání veřejných zakázek Ministerstva pro místní rozvoj ze dne 15. 7. 2012. Nelze přehlédnout, že rovněž NKÚ uzavřel, že kvalifikační předpoklady byly stanoveny nediskriminačním způsobem. Na závěry NKÚ odkázal žalobce i ve vztahu ke druhému zjištění, neboť jeho posouzení je podle žalobce pro věc zcela relevantní. S tímto se žalovaný nijak nevypořádal a pouze převzal závěry poskytovatele dotace – Ministerstva životního prostředí. Žalovaný se podle žalobce vůbec nezabýval ani námitkou porušení zákazu dvojího trestání. Žalobce byl potrestán dvěma platebními výměry za identická pochybení.

V. Průběh jednání před soudem

19. Při ústním jednání konaném dne 12. 6. 2019 účastníci setrvali na svých stanoviscích obsažených v písemných podáních. Žalobce s odkazem na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 10. 2018, č. j. 1 Afs 291/2017 – 33, doplnil, že správní orgány měly ve věci posoudit přiměřenost výše odvodu, což neučinily. Žalovaný k tomu uvedl, že postupoval přesně v souladu se zásadou přiměřenosti, neboť uložil odvod v poměrné výši; tuto výši také náležitě odůvodnil.

20. Soud konstatoval podstatný obsah soudního a správního spisu a k návrhu žalobce provedl k důkazu protokol NKÚ o kontrole č. 13/21, který se zabýval daným projektem z pohledu účelnosti vynaložených veřejných prostředků a dodržení právních předpisů, vč. zákona o veřejných zakázkách. Z obsahu protokolu je zřejmé, že jak v případě kvalifikačních předpokladů, tak hodnotících kritérií, NKÚ žádné pochybení neshledal. Ostatní v žalobách navržené listiny soud neprováděl, neboť jsou buď obsaženy ve správním spise, jímž se dokazování neprovádí (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 1. 2009, č. j. 9 Afs 8/2008-117), případně jsou veřejně dostupné – Metodika zadávání veřejných zakázek; v jejím případě ani žalobce na dokazování netrval, nadto ze žalobcem citovaných pasáží nevyplývají žádné konkrétní a pro věc relevantní skutečnosti.

VI. Posouzení věci soudem

21. Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 s. ř. s.), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s. ř. s.) a jedná se o žalobu přípustnou (zejména § 65, § 68 a § 70 s. ř. s.).
22. Soud přezkoumal napadená rozhodnutí žalovaného v mezích uplatněných žalobních bodů, jakož i z pohledu vad, k nimž je povinen přihlížet z úřední povinnosti. Dospěl k závěru, že žaloby **nejsou důvodné**.
23. Přestože byl žalobce poškozen odvodem za porušení rozpočtové kázně, tkví podstata projednávané věci především v posouzení dodržení požadavků zákona o veřejných zakázkách z pohledu zásad transparentnosti a zákazu diskriminace. Právě v porušení uvedeného zákona totiž bylo shledáno také nevyhovění podmínkám poskytnuté dotace a tím i porušení rozpočtové kázně.
24. V této souvislosti soud ze správního spisu zjistil, že dotace byla poskytnuta na základě Rozhodnutí Ministerstva životního prostředí o poskytnutí dotace ze dne 23. 9. 2011, id. č. EDS 115D112000242, jehož nedílnou součástí je Příloha č. 1 – Podmínky poskytnutí dotace a příloha č. 2 – Technická a finanční příloha, to vše ve znění Rozhodnutí o poskytnutí dotace změna č. 1 ze dne 29. 10. 2013, kterým došlo ke změně financování akce a ke změně Přílohy č. 1.
25. Podmínky poskytnutí dotace v oddíle B bod 3, písm. a) stanovily, že *„(p)říjemce dotace je povinen dodržovat pravidla pro zadávání zakázek stanovená v čl. 7 Směrnice MŽP č. 7/2007, a to i v průběhu akce. Přitom je povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.“* V oddíle B, bodu 3 písm. g) pak uváděly, že *„(p)říjemce dotace je povinen po celou dobu realizace akce dodržovat politiky Evropských společenství, zejména pravidla hospodářské soutěže, platné předpisy upravující veřejnou podporu, pravidla zadávání veřejných zakázek.“* Těmto povinnostem pak také odpovídala příslušná ustanovení smlouvy mezi žalobcem a SFŽP o poskytnutí podpory.
26. Ze správního spisu dále vyplývá, že daňové řízení bylo zahájeno na základě podnětu Ministerstva životního prostředí ze dne 13. 4. 2015 a výsledků jeho veřejnosprávní kontroly, jakož i auditu provedeného Ministerstvem financí. Oba subjekty identifikovaly několik zjištění týkajících se veřejné zakázky na *Činnost správce stavby*. Správce daně tato zjištění vyhodnotil, přičemž dospěl k závěru, že byla důvodná v případě stanovení diskriminačního kvalifikačního požadavku na referenční zakázku financovanou z fondů EU. Ostatní zjištění nevyhodnotil jako porušení rozpočtové kázně, a to ani v případě užití výše smluvních pokut jako dílčích hodnotících kritérií. V této souvislosti však

identifikoval pochybení jiné, a to že smluvní pokuta za porušení povinností při činnosti mandátáře nebyla věcně definována. Následně proto správce daně rozhodl o stanovení odvodu za porušení rozpočtové kázně, který z důvodu vícezdrojového financování (SFŽP a Fond soudržnosti) v odpovídajícím poměru rozdělil a vydal předmětné platební výměry.

VI. 1 K porušení zákazu diskriminace

27. Žalobce se měl dopustit diskriminace při stanovení technických kvalifikačních předpokladů, v jejichž rámci požadoval předložení přehledu významných služeb v posledních třech letech, z nichž se alespoň jedna měla týkat zakázky v rozsahu investičních nákladů ve výši min. 400 mil. Kč bez DPH financované z fondů EU. Podle správce daně i žalovaného však nebyl dán věcný důvod pro stanovení požadavku na financování akce z fondů EU.
28. Výtku žalobce, že správce daně, potažmo žalovaný, své závěry dostatečně neodůvodnili, resp. nevypořádali se s jeho argumenty, neshledal soud důvodnou. Žalobce poukázal na nedostatečné odůvodnění žalovaného na příkladu jednoho z odstavců napadených rozhodnutí, nicméně pominul, že argumentace žalovaného pokračovala i v následujících odstavcích (klíčovým je zejména bod 11 obou napadených rozhodnutí). Žalovaný zdůvodnil, že požadavek na zkušenost s financováním z fondů EU vybočuje z oprávněných potřeb zakázky, neboť realizace poptávaných služeb nevykazuje podstatné odlišnosti od obdobných služeb financovaných jinak a *„specifičnost a kvalita Zadavatelem poptávaných služeb (výstupů) není evidentně závislá na zdroji financování.“* Vypořádal se i s námitkami žalobce uplatněnými v odvolání, ať už jde o závěry NKÚ či odkaz na podmínky FIDIC. Jeho rozhodnutí je přezkoumatelné a řádně odůvodněné. Pro úplnost lze dodat, že i správce daně v platebních výměrech přesně specifikoval, v čem spatřuje porušení zákazu diskriminace.
29. Pokud jde o věcné námitky žalobce, ten se nejprve vyjádřil k podstatě zásady zákazu diskriminace. S jeho východisky se soud ztotožňuje, nicméně nijak z nich nevyplývá, jak dopadají na řešenou otázku, tj. zda byl požadavek na financování z fondů EU přípustný či nikoli. Soud proto jen stručně uvádí, že zásada zákazu diskriminace podle § 6 zákona o veřejných zakázkách spočívá zejména v tom, že žádný z dodavatelů nesmí být zvýhodněn, resp. znevýhodněn oproti jiným dodavatelům. *„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)“* (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, č. 1771/2009 Sb. NSS).
30. Skrytá forma diskriminace může spočívat právě i v nastavení neadekvátních kvalifikačních předpokladů (na první pohled stejných pro všechny dodavatele), jež neodůvodněně vedou k faktickému omezení účasti některých dodavatelů, kteří by byli schopni danou zakázku realizovat. Nepřiměřeně přísné požadavky na kvalifikaci neplní jakoukoliv rozumnou ekonomickou funkci, ale v rozporu s cílem zákona o veřejných zakázkách brání konkurenčnímu prostředí mezi dodavateli. Nejvyšší správní soud tak v citovaném rozsudku rozšířil původně omezený výklad dané zásady, zároveň ovšem uvedl, že skrytou diskriminaci je nutno posuzovat restriktivně – vždy je 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.“

31. Pro posouzení přípustnosti předmětného kvalifikačního předpokladu (omezení na jen určité zdroje financování) tak bylo klíčové posoudit, zda nebyl zjevně nepřiměřený povaze, složitosti a administrativní náročnosti veřejné zakázky na činnost správce stavby.
32. Žalobce ve svých podáních opakovaně zdůrazňoval, že daná podmínka byla vynucena vyšší administrativní náročností výkonu činností správce stavby u projektů financovaných z fondů EU. Nikde však ani příkladmo nespecifikoval, v čem konkrétně tato vyšší administrativní náročnost vlastně spočívá. Podle soudu přitom nelze přistoupit na premisu, že administrativní náročnost je dána už jen samotným faktem (spolu)financování projektu z fondů EU, tj. že evropské projekty jsou *a priori* komplikovanější, a proto by činnost správce stavby nemohl zvládnout subjekt bez dřívějších zkušeností s fondy EU. Obdobnou optikou by totiž šlo dospět i k závěru, že dodavatel, který je schopen realizovat administraci velkého projektu v rozsahu 400 mil. Kč, je z povahy věci schopen zvládnout i administraci spojenou s požadavky EU, které žalobce nijak nekonkretizoval a které ani nevyplývají ze správního spisu.
33. Nahlédl-li soud do výčtu povinností mandátáře (správce stavby) obsažených v mandátní smlouvě, nenalezl takové povinnosti, jež by *prima facie* vyžadovaly zkušenost s fondy EU a které by nemohl řádně plnit i jiný dodavatel. V posledním bodě na str. 2 této smlouvy se v souvislosti s administrací stavby dokonce hovoří o „*obvyklém rozsahu*“. Z výčtu povinností správce stavby tak nelze dovodit, že by administraci projektu (stavby) nedokázal realizovat jiný subjekt, který má zkušenosti s rozsáhlými projekty, byť nefinancovanými z fondů EU. Jedinou zvláštní podmínkou v tomto směru by se mohla jevit povinnost komunikace se SFŽP a s tím spojené zajištění plnění podmínek dotace. Nicméně ani zde specifikované povinnosti (vypracování měsíčních výkazů, faktur, zpráv apod.) se nijak nevymykají obvyklým povinnostem správce stavby spojeným s takto rozsáhlými projekty. Navíc šlo o komunikaci pouze se SFŽP, jakožto národním subjektem. Nelze proto dovozovat, že tato komunikace vyžadovala předchozí zkušenost s financováním z fondů EU; zvláště pokud SFŽP poskytuje i dotace, které nejsou spolufinancovány z evropských prostředků.
34. Daná zakázka se tak soudu nejeví natolik specifická v tom smyslu, že by její úspěšná realizace závisela na zkušenostech dodavatele s projekty financovanými z určitého zdroje. I kdyby soud přistoupil na předpoklad, že administrace stavebních projektů financovaných z dotací je náročnější a vyžaduje určité zkušenosti, má za to, že z pohledu administrativní náročnosti je nerozhodné, jestli byla dotace poskytnuta z unijních či národních zdrojů.
35. Na uvedeném nic nemění ani argumentace nutností dodržovat podmínky FIDIC. S touto otázkou se již v napadených rozhodnutích řádně vypořádal žalovaný a soud na jeho odůvodnění pro stručnost odkazuje. Lze jen doplnit, že podmínky FIDIC (vzorové smluvní podmínky mezinárodní organizace konzultačních inženýrů) nijak přímo nesouvisí s financováním z fondů EU, proto je argumentace žalobce v tomto směru nepřiléhavá. Podle soudu neplatí rovnítko, že pouze u projektů financovaných z unijních prostředků lze předpokládat zkušenosti dodavatelů s podmínkami FIDIC; ty mohou získat i dodavatelé u jiných projektů. Požadavek na dodržování podmínek FIDIC nadto vůbec není věcí stanovení kvalifikačních předpokladů, ale stanovení obchodních podmínek v zadávací dokumentaci – zpravidla stanovením vzorového návrhu smlouvy.

36. Vzhledem k tomu, že žalobce v projednávané věci – mimo obecnou představu o složitosti evropských projektů – neuvedl žádný relevantní a rozumný důvod pro omezení dodavatelů, kteří nemají zkušenosti s projekty financovanými z fondů EU, lze tento požadavek shledat jako zjevně nepřiměřený a v zásadě svévolný. Pro žalobce jako zadavatele dané zakázky by jistě mohlo být vhodnější, aby správce stavby měl s „eurofondy“ své zkušenosti, kvalifikační požadavky se však nemohou odvíjet od přání zadavatele, ale od povahy a složitosti veřejné zakázky. Z tohoto pohledu je podle soudu nerozhodné, z jakého zdroje je zakázka financována.
37. Pro dokreslení věci soud doplňuje, že správce daně v platebních výměrech poukázal i na rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen Úřad“) ze dne 13. 8. 2014, č. j.: ÚOHS-R395/2013/VZ-16776/2014/310/OHo, které se zabývalo skutkově obdobnou otázkou, kdy v rámci obdobného vodárenského projektu, byl u zakázky na stavební práce stanoven stejný kvalifikační předpoklad. Úřad shodně jako daňové orgány v nynější věci uzavřel, že požadavek na referenční zakázku, jež byla financována z fondů EU, není objektivně zdůvodnitelný. Předseda Úřadu tyto závěry potvrdil, přičemž citoval z dopisu Evropské komise s názvem „*Czech republic – Cohesion Fund 2004-2006 – Review of the retrospective verifications*“, konkrétně pak zmínil závěr Komise, že použití tohoto kritéria pro výběr nabídky je považováno za porušení principů proporcionality, rovného zacházení a zákazu diskriminace a je příliš restriktivní. Ve věci podle Komise nebyla demonstrována dostatečně silná potřeba zkušeností s projekty financovanými EU. Tyto závěry podle soudu dopadají i na nynější věc, byť lze připustit, že nejde o zcela shodné případy (ve věci posuzovaném Úřadem šlo o veřejnou zakázku na stavební práce, zatímco nyní jde o veřejnou zakázku na činnost správce stavby). Nicméně ani činnost správce stavby – jak soud dovodil shora – není u daného projektu natolik specifická (a žalobce nevysvětlil, čím činnost správce stavby v tomto ohledu specifická byla), aby užití daného kvalifikačního požadavku umožňovala.
38. Takto nedůvodné omezení okruhu možných dodavatelů mohlo reálně vést k omezení soutěže a tím ohrožení hlavního účelu zákona o veřejných zakázkách, jímž je účelné a hospodárné vynakládání veřejných prostředků. Není proto překvapivé, že daňové orgány v této souvislosti dovodily porušení rozpočtové kázně. Jestliže žalobce namítal, že daný požadavek splňovalo dokonce více uchazečů, než bylo pro účely užšího řízení potřeba (a k zúžení okruhu dodavatelů tak nedošlo), nelze podle soudu vyloučit, že by se mohli přihlásit i další uchazeči, kteří by nabídli ekonomicky výhodnější nabídky a kteří by byli vylosováni pro postup do užšího řízení namísto těch uchazečů, kteří se užšího řízení fakticky zúčastnili. Tato námitka proto není důvodná.
39. Konečně, pokud se žalobce odvolával na závěry Nejvyššího kontrolního úřadu zachycené v protokolu č. 13/21, nemohou tyto závěry zvrátit shora uvedené hodnocení. Kontroloři NKÚ se při kontrole daného projektu sice zaměřili i na veřejnou zakázku na činnost správce stavby a skutečně uvedli, že kvalifikační předpoklady byly v jejím případě stanoveny nediskriminačním způsobem, tento závěr však pro posouzení zákonnosti vyměřeného odvodu není závazný ani rozhodující. Již žalovaný v napadených rozhodnutích vysvětlil, že porušení rozpočtové kázně je prověřováno ve vyměřovacím řízení správce daně, v němž bez dalšího nelze přejímat závěry jiných subjektů.
40. Soud se s tímto hodnocením ztotožňuje. Je nezpochybnitelné, že závěry NKÚ, jakožto nezávislé kontrolní authority, mají svou relevanci, nicméně nepředstavují závazný podklad

pro správní či daňová řízení. Podle § 30 odst. 1 zákona č. 166/1993 Sb., o Nejvyšším kontrolním úřadu, se všechny schválené kontrolní závěry zveřejňují ve Věstníku a zasílají Poslanecké sněmovně, Senátu a vládě. Hlavním smyslem činnosti NKÚ je tak informování veřejnosti a nejvyšších státních orgánů o případných nedostatcích v hospodaření s veřejnými prostředky či majetkem státu, nikoli závazné posouzení porušení rozpočtové kázně či dokonce dodržování předpisů v oblasti veřejných zakázek. Správu odvodů podle § 44a odst. 11 zákona o rozpočtových pravidlech provádějí finanční úřady podle daňového řádu. Na rozdíl od NKÚ se správce daně zaměřil výhradně na splnění podmínek dotace z pohledu zákona o veřejných zakázkách a své závěry zevrubně odůvodnil; tím se on a následně i žalovaný s těmito kontrolními závěry vypořádali. Žalobce navíc zcela pomíjí, že správce daně vycházel ze zjištění dalších dvou kontrolních subjektů – Ministerstva životního prostředí a Auditního orgánu MF, které stály proti závěru NKÚ.

41. Vytýkal-li žalobce při jednání žalovanému, že v době rozhodování nebyl protokol NKÚ součástí správního spisu, soud k tomu uvádí, že jeho závěry žalovanému nepochybně známy byly, neboť byly reprodukovány žalobcem v podaném odvolání. Konstatoval-li žalovaný, že závěry NKÚ o porušení zákona o veřejných zakázkách pro něj nejsou závazné a v rozhodnutích z nich nevycházel, nebylo nutné, aby si předmětný protokol NKÚ opatřil a založil jej do správního spisu. Tato námitka proto není důvodná.

*VI. 2 K porušení zásady transparentnosti
/k určitosti hodnotících kritérií/*

42. Žalobci byla dále vytýkána neurčitost jednoho z dílčích hodnotících kritérií - *smluvní pokuta za porušení povinností při činnosti mandátáře*. Ze správního spisu vyplývá, že žalobce jako hodnotící kritérium zvolil podle § 78 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách ekonomickou výhodnost nabídky a v jejím rámci tato dílčí kritéria:

- nabídková cena bez DPH (s váhou) 65%
- smluvní pokuta za porušení povinností při činnosti mandátáře 10%
- smluvní pokuta za neúčast na kontrolním dnu 10%
- smluvní pokuta za nepředání Závěrečné zprávy mandantovi 5%
- smluvní pokuta za nepředání Měsíční zprávy o postupu prací mandantovi 5%
- smluvní pokuta za nepředání Aktualizované měsíční finanční zprávy mandantovi 5%

43. Ze správního spisu dále vyplývá, že nabídky uchazečů se v případě smluvních pokut diametrálně lišily, zvláště pak u sporné smluvní pokuty za porušení povinností při činnosti mandátáře, kde se pohybovaly v rozmezí 5 000 Kč – 1 000 000 Kč. Správce daně v platebních výměrech provedl přepočty hodnocení nabídek, kdyby toto dílčí kritérium hodnoceno nebylo. Z něj vyplynulo, že pořadí nabídek by bylo odlišné – zvítězil by jiný uchazeč.

44. V souladu s § 78 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách platilo, že „(r)ozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria. Dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k

nabízenému plnění veřejné zakázky a mohou jimi být vedle nabídkové ceny zejména kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení.“

45. Uvedené ustanovení zadavateli umožňovalo při stanovení hodnotících kritérií reagovat na své vlastní potřeby a na požadavky na plnění veřejné zakázky. Při určení hodnotících kritérií byl ovšem zadavatel vázán zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace podle § 6 zákona o veřejných zakázkách. Hodnotící kritéria totiž musí být „*určitá (musí být zřejmé, co zadavatel zamýšlí preferovat), jednoznačná (nesmějí připouštět dvojitý výklad), nediskriminační a schopná být předmětem hodnocení. Zakázanými jsou kritéria neurčitá, vágní či nejednoznačná nebo objektivně nehodnotitelná*“ (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 16. 8. 2011, č. j. 62 Ca 43/2009-52).
46. Klíčovou pro posouzení míry konkrétnosti hodnotících kritérií je zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek. Smyslem zásady transparentnosti je dosažení toho, aby průběh veřejné zakázky byl zcela zřetelný a do jisté míry předvídatelný. Podle Nejvyššího správního soudu „*k porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení může dojít tehdy, pokud by v zadavatelském postupu byly shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným nebo nepřehledným, případně jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.[...] Za účelem zaručit dodržení zásad rovného zacházení a transparentnosti je důležité, aby veškeré skutečnosti, k nimž přiblíží zadavatel při určení ekonomicky nejvýhodnější nabídky a jejich relativní význam, byly potenciálním uchazečům známy v okamžiku přípravy jejich nabídek*“ (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007 - 131). V rozsudku ze dne 25. 3. 2009, č. j. 2 Afs 86/2008 - 222, Nejvyšší správní soud uvedl, že „*zadávací dokumentace musí být jednoznačná, jelikož musí být zcela patrná, v jakých otázkách a jak konkrétně spolu budou jednotlivé nabídky „soutěžit“*. Rovněž jednotlivá dílčí kritéria a jejich hodnocení musí být natolik konkrétní, přesné a jednoznačné, aby se každému z uchazečů dostalo informací téhož materiálního obsahu a aby bylo následně zřetelné přezkoumatelné, zda zadavatel hodnotil nabídky tak, jak předložil v zadávacích podmínkách.“
47. Tyto požadavky podle soudu dílčí kritérium *smluvní pokuta za porušení povinností při činnosti mandátáře* nesplňuje. Oproti ostatním kritériím – smluvním pokutám – totiž nespecifikuje konkrétní povinnosti, jejichž porušení bude sankcionováno, a ani na určitý a jednoznačný soubor povinností neodkazuje. Dané kritérium míří na veškeré povinnosti mandátáře (mimo ty, na něž se vztahují ostatní smluvní pokuty obsažené v hodnotících kritériích), a z tohoto důvodu jej nelze považovat za dostatečně přesné a jednoznačné.
48. Pokud žalobce namítal, že povinnosti mandátáře musely být všem uchazečům zřejmé, soud jeho argumentaci nepřisvědčil. Z mandátní smlouvy nelze jednoznačně určit, co vše lze považovat za povinnosti mandátáře sankcionovatelné danou smluvní pokutou. Pokud by sem měly spadat všechny povinnosti obsažené v bodě 1. písm. a) – d) smlouvy, v nichž jsou uvedeny desítky činností (povinností) mandátáře různého druhu a významu, je nutno uvést, že ne všechny tyto povinnosti jsou natolik jednoznačné a konkrétní [např. povinnost spolupráce se zadavatelem při uzavírání smluvních vztahů se zhotoviteli, povinnost zajišťování spolupráce účastníků výstavby a dalších dotčených subjektů či povinnost poskytování informací (lze si klást otázku jakých informací, v jaké lhůtě atd.) a odborných konzultací objednateli a dalším účastníkům projektu a dotčeným subjektům],

aby bylo možné objektivně říci, v jakém případě či momentě by mandátáři hrozila předmětná smluvní pokuta. Stejně tak považuje soud za problematické, aby za porušení desítek významově odlišných povinností byli uchazeči nuceni nabídnout jedinou výši smluvní pokuty.

49. Neurčitost vymezení smluvní pokuty za porušení povinnosti mandátáře při srovnání s ostatními konkrétněji vymezenými smluvními pokutami je problematická tím spíše, že žalobce nestanovil maximální výši pokuty a uchazeči tak nebyli ve svých nabídkách omezeni žádnou hranicí. Reálná vymahatelnost sankce v nabízené výši by tak – zvláště, pokud nebyly povinnosti mandátáře přesně specifikovány – mohla být značně komplikovaná. To zejména v kontextu možné moderace smluvní pokuty podle § 301 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů. Nejednoznačnost daného kritéria vedla také k absurdnímu závěru, že u povinností, které si žalobce výslovně vymínil – tudíž je zřejmě považoval za podstatné – byly v mandátní smlouvě uzavřené s vítězným uchazečem stanoveny smluvní pokuty nižší než v případě nyní posuzovaného sporného hodnotícího kritéria. Každý dílčí nedostatek ve výkonu činnosti správce stavby by tak podle této smlouvy byl trestán přísněji než např. nepředání Závěrečné zprávy o vyhodnocení akce.
50. Jak v této souvislosti případně uvedl žalovaný správní orgán, žalobcem nebylo najisto postaveno, zda každé, byť formální, porušení povinností vyplývajících z mandátní smlouvy (např. jeden neúplný zápis ve stavebním deníku) by vedlo k postihu dodavatele stanovenou smluvní pokutou. Lze tak souhlasit se žalovaným, že zadávací dokumentace v tomto případě neumožňovala pochopit přesný obsah daného hodnotícího kritéria a vykládat jej vždy stejným způsobem. To zvláště s přihlédnutím ke způsobu vymezení povinností mandátáře v mandátní smlouvě a jejich ne zcela jednoznačné povaze. Soud se se žalovaným ztotožňuje i v tom, že tuto interpretační nejistotu potvrzuje také rozptyl v jednotlivých nabídkách, který se pohyboval v rozmezí 5 000 Kč – 1 000 000 Kč a který ve svém důsledku vedl k reálnému ovlivnění pořadí uchazečů (viz výše). Nelze také samozřejmě vyloučit, že uvedené kritérium mohlo odradit i další případné uchazeče.
51. Soud tak dospěl k závěru, že žalobce dostatečně konkrétně a jednoznačně nespecifikoval jedno z dílčích hodnotících kritérií – smluvní pokutu za porušení povinností mandátáře, čímž porušil zásadu transparentnosti podle § 6 zákona o veřejných zakázkách. Žalovaný v napadených rozhodnutích zevrubně vymezil, v čem přesně protiprávnost postupu žalobce shledával a z jakých důvodů; daňové orgány se zabývaly rovněž dopadem tohoto pochybení na výsledek zadávacího řízení. Nedůvodnou je proto i námitka, že daňové orgány dostatečně neodůvodnily, v čem porušení zákona spatřují.
52. Pokud jde o argumentaci žalobce protokolem Nejvyššího kontrolního úřadu, je pravdou, že ten v protokolu č. 13/21 k zadávacím podmínkám uvedl, že *„byly stanoveny jednoznačně, tak, aby byla zajištěna porovnatelnost nabídek,“* nicméně i zde se uplatní argumentace uvedená v bodě 40 tohoto rozsudku, na níž soud pro stručnost odkazuje.
53. K námitce, že v době vyhlášení zadávacího řízení nebylo užití smluvní pokuty jako hodnotícího kritéria zakázáno, soud konstatuje, že tato úvaha se zcela míjí s důvody a argumentací daňových orgánů. Zákaz užití smluvních sankcí jako hodnotícího kritéria byl do zákona o veřejných zakázkách skutečně vložen až s účinností od 1. 4. 2012 [zákonem č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů]. Žalobci ovšem nebylo vytýkáno, že smluvní pokutu použil

jako hodnotící kritérium, ale že jedna ze smluvních pokut užitá jako hodnotící kritérium nebyla dostatečně určité vymezena. Jako nedůvodnou proto soud hodnotí i související námitku porušení zákazu retroaktivity.

VI. 3 K porušení zákazu dvojího trestání

54. Námitku, že žalobce byl dvakrát potrestán za totéž pochybení, soud odmítá.
55. Odvod za porušení rozpočtové kázně není sankcí trestní povahy, proto v jeho případě proto není namístě aplikovat principy trestního práva (viz i žalovaným citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 3. 2015, č. j. 5 As 95/2014-46, či rozsudek téhož soudu ze dne 28. 11. 2018, č. j. 9 Afs 365/2017-36). Zejména je však nutno zdůraznit, že žalobci nebyly uloženy dva různé, na sobě nezávislé odvody za porušení rozpočtové kázně, ale fakticky odvod jediný. Pouze z důvodu, že žalobce čerpal prostředky z více zdrojů, byl tento odvod rozdělen na část odpovídající výši dotace ze SFŽP a část odpovídající dotaci z Fondu soudržnosti (odvod do Národního fondu). Proto došlo k vydání dvou platebních výměrů.

VI. 4 Přiměřenost výše odvodu za porušení rozpočtové kázně

56. Uplatnil-li žalobcův zástupce při jednání námitku nepřiměřenosti výše odvodu, jedná se o novou námitku, která byla uplatněna až po uplynutí lhůty pro podání žaloby podle § 72 odst. 1 s. ř. s. Vzhledem k tomu, že rozšiřování žalobních bodů je možné pouze ve lhůtě pro podání žaloby (§ 71 odst. 2 s. ř. s.), tato námitka byla uplatněna opožděně, proto se jí soud nemohl zabývat. Pro úplnost lze však doplnit, že z odůvodnění platebních výměrů i napadených rozhodnutí je zřejmé, že se správní orgány přiměřenosti výše odvodu zabývaly a své závěry v tomto směru řádně odůvodnily. Požadavky vyplývající z usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 291/2017-33 tak byly v dané věci naplněny.

VII. Závěr a náklady řízení

57. Na základě všech uvedených skutečností soud neshledal podané žaloby důvodnými, a proto je podle § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl.
58. O náhradě nákladů řízení rozhodl soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce ve věci úspěch neměl (žaloby byly jako nedůvodné zamítnuty), a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, neboť mu nad rámec jeho běžné administrativní činnosti žádné náklady nevznikly.

Poučení:

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

Brno 12. června 2019

Mgr. Milan Procházka
předseda senátu