



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Ostravě, pobočka v Olomouci rozhodl v senátě složeném z předsedkyně senátu JUDr. Zuzany Šnejdrové, Ph.D., a soudců Mgr. Barbory Berkové a Mgr. Michala Rendy ve věci

žalobkyně:

P. s. s. –P., s. r. o., IČO X

sídlem J. 1981/11, P.

zastoupena advokátem JUDr. Ing. Ondřejem Lichnovským

sídlem Sádky 1605/2, Prostějov

proti

žalovanému:

Odvolací finanční ředitelství

sídlem Masarykova 427/31, 602 00, Brno

o přezkoumání rozhodnutí žalovaného ze dne 28. 4. 2017, č. j. 19985/17/5000-10470-702394 ve věci odvodu za porušení rozpočtové kázně,

takto:

I. Řízení ve věci žalobkyně proti žalovanému, o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 28. 4. 2017, č. j. 19986/17/5000-10470-702394, ve věci odvodu za porušení rozpočtové kázně, vedené dosud zdejším soudem samostatně pod sp. zn. 65 Af 43/2017, **se spojuje** ke společnému projednání. Spojené řízení bude nadále vedeno pod sp. zn. 65 Af 42/2017.

II. Rozhodnutí Odvolacího finančního ředitelství ze dne 28. 4. 2017, č. j. 19985/17/5000-10470-702394 a č. j. 19986/17/5000-10470-702394 **se zrušují** a věci **se vracejí** žalovanému k dalšímu řízení.

III. Žalovaný je **povinen** zaplatit žalobkyni na náhradě nákladů řízení částku ve výši 22.456 Kč do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám JUDr. Ing. Ondřeje Lichnovského, advokáta se sídlem Sádky 1605/2, Prostějov.

Odůvodnění:

1. Finanční úřad pro Olomoucký kraj (dále jen „správce daně“) rozhodnutím ze dne 28. 4. 2017, č. j. 918940/16/3100-31471-801817 žalobkyni vyměřil za porušení rozpočtové kázně odvod do státního rozpočtu ve výši 73.200 Kč a rozhodnutím z téhož dne č. j. 19986/17/5000-10470-702394 odvod do Národního fondu ve výši 414.800 Kč. Odvolání žalobkyně byla žalobami napadenými rozhodnutími zamítnuta a napadená rozhodnutí správce daně byla potvrzena.
2. Žalobkyně podala proti oběma rozhodnutím žalovaného dne 30. 6. 2017 samostatné žaloby. Jelikož obě žaloby směřují proti rozhodnutím téhož žalovaného ve skutkově souvisejících věcech, žalovaný obě rozhodnutí shodně odůvodnil a žalobkyně proti nim uplatňuje tytéž žalobní body, jsou splněny podmínky § 39 odst. 1 s. ř. s., tudíž krajský soud rozhodl výrokem I. tohoto rozsudku o spojení řízení o předmětných žalobách ke společnému projednání.
3. Správce daně spatřuje porušení rozpočtové kázně v tom, že žalobkyně užila v zadávací dokumentaci diskriminační kvalifikační požadavek. Dle tohoto požadavku byl uchazeč v rámci výběrového řízení povinen prokázat za poslední tři účetní období obrat ve výši minimálně 40.000.000 Kč, a to v každém účetním období. Požadovaný minimální roční obrat dosahoval šestinásobku stanovené předpokládané hodnoty zakázky. Správce daně dospěl k závěru, že žalobkyně stanovením tohoto kvalifikačního požadavku nepostupovala v souladu s Obecnými principy bodem 3 Pravidel 2010 a nedodržela Hlavu I článek II bod 2 písm. d) Podmínek, čímž došlo k neoprávněnému použití prostředků ve smyslu ustanovení § 3 písm. e) zákona o rozpočtových pravidlech a k porušení rozpočtové kázně dle § 44 odst. 1 písm. b) uvedeného zákona ve výši 1.952.000 Kč. Za toto porušení vyměřil správce daně žalobkyni odvod ve výši 25% z poskytnutých prostředků.
4. Žalobkyně s rozhodnutími nesouhlasí a namítá, že:
 - a) výklad neurčitěho právního pojmu zákaz diskriminace obsažený v Pravidlech 2010 je nadmíru matoucí, nesplňuje požadavky jednoznačnosti, určitosti a srozumitelnosti. V těchto pravidlech je v části Obecné principy, bod 3 uvedeno, že „Výběr dodavatele musí být transparentní, nediskriminační a dodržovat rovný přístup.“ Pravidla obsahují k pojmu „diskriminační“ výkladové pomůcky, když v poznámce pod čarou k bodu 3 Pravidla 2010 odkazují na ustanovení § 44 odst. 9 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v tehdy účinném znění, které upravuje toliko vybrané konkrétní projevy diskriminačního jednání, nikoliv obecný zákaz diskriminace. Ten je obsažen v ustanovení § 6 citovaného zákona, který však Pravidla 2010 nezmiňují. Obdobně ustanovení čl. 18 a 19 tehdejší Smlouvy o Evropském společenství pojednávají zcela konkrétně o zákazu diskriminace toliko z důvodu státní příslušnosti. Pokud tedy Pravidla 2010 v rámci interpretace odkazují nikoliv na obecný zákaz diskriminace, nýbrž rovnou na konkrétní projevy tohoto zákazu, logickým výkladem je, že jiné možné projevy diskriminace než ty, které jsou vypočteny

v citovaných ustanoveních, zakázány nejsou. V zadávací dokumentaci žalobkyně nebyl obsažen žádný z výše uvedených diskriminačních požadavků či odkazů popsanych v ustanovení § 44 odst. 9 zákona o veřejných zakázkách. Nedošlo ani k diskriminaci potenciálních dodavatelů z důvodu jejich státní příslušnosti. Žalobkyně stanovila potřebné kvalifikační předpoklady a hodnotící kritéria, jejichž prostřednictvím bude možno vybrat tu nejvýhodnější nabídku. Optikou výkladu preferovaného poskytovatelem dotace tak k diskriminaci nemohlo dojít. S ohledem na nejednoznačnost výkladu zákazu diskriminace ve vztahu k Pravidlům 2010 nelze klást žalobkyni k tíži, že se řídila doslovným zněním § 44 odst. 9 zákona o veřejných zakázkách. Za nastavení podmínek dotace, které umožňuje dvojí výklad, nemůže nést daňový subjekt odpovědnost. Správce daně, resp. žalovaný měl výše uvedené zohlednit, to v souladu se zásadou *in dubio mitius*. V této souvislosti žalobkyně poukázala na nálezy Ústavního soudu ze dne 15. 12. 2003, sp. zn. IV. ÚS 666/02, na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 10. 2008, sp. zn. 7 Afs 54/2006 a recentní rozsudek Nejvyššího správního soudu týkající se případu, v němž byla posuzována téměř identická dotace s identicky nastavenými podmínkami dotace (stejný dotační program OPPI) ze dne 30. 3. 2017, sp. zn. 2 Afs 142/2016, a v němž Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že daňový subjekt se nemohl dopustit porušení rozpočtové kázně, pokud neurčitý právní pojem zákaz diskriminace vyložil jiným způsobem než správní orgán. Jelikož správce daně vůbec nezohlednil, že tato interpretace je pro žalobkyni matoucí a nejednoznačná, považuje žalobkyně rozhodnutí za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů rozhodnutí;

b) rozhodnutí je nezákonné ve smyslu § 78 odst. 1 s. ř. s., neboť žalovaný nesprávně posoudil výběrové řízení a zadávací dokumentaci žalobkyně jako diskriminační z důvodu užití sporného kvalifikačního předpokladu. Pravidla 2010 nijak nespécifikovala, jaké kvalifikační předpoklady může zadavatel požadovat. Ten byl tak limitován toliko obecně nastavenými požadavky vyjádřenými pomocí neurčitých právních pojmů a žalobkyně tak mohla vycházet jen ze svých vlastních ekonomických úvah, kdy hlavním kritériem bylo vybrat nejvýhodnější nabídku. Teprve Pokyny k úspěšné realizaci výběrového řízení na dodavatele, účinné od listopadu 2011, obsahovaly první konkrétní číselný údaj o doporučené výši obrátu jakožto jednom z přípustných kvalifikačních kritérií, a to max. 5násobek hodnoty zakázky, přičemž bylo dále uvedeno, že: „*konkrétní výše je však závislá na předmětu plnění (při podezření na nepřiměřenost požadavku bude žadatel kontrolními subjekty vyzván ke zdůvodnění požadované výše obrátu); roční obrát může být požadován maximálně za poslední 3 roky*“. Samotnou podstatou a smyslem kvalifikačních kritérií je omezit účast dodavatelů, kteří se z různých důvodů předem jeví jako nevhodní, byť by třeba mohli být schopni zakázku realizovat. To však neznamená, že je tím automaticky porušován zákaz diskriminace. Existuje totiž relevantní důvod, který toto vyloučení ospravedlňuje (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, sp. zn. 1 Afs 20/2008). Projekt žalobkyně se týkal dodávky hardwaru a softwaru, předmětná zakázka byla pro žalobkyni velmi významná, neboť se bezprostředně dotýkala samotného každodenního chodu společnosti a měla mít značný vliv na její budoucí bezproblémové fungování. Jednalo se však o zakázku velice rizikovou, neboť při manipulaci dodavatele s HW a SW žalobkyně hrozila ztráta důležitých dat, což by mělo za následek nedozírnou škodu na straně žalobkyně. Implementace IS již v minulosti žalobkyně realizovala, neměla však dobrý průběh a znamenala velice negativní zkušenost - probíhala neúměrně dlouho (téměř dva roky), blokovala klíčové lidské zdroje a ve výsledku došlo dokonce ke ztrátě dat žalobkyně, což způsobilo ztrátu rozjednaných zakázek. Žalobkyně tak po důkladném

posouzení všech rizik a při zohlednění předchozích zkušeností vyhodnotila, že potřebuje solidního dodavatele, který zakázky v hodnotě cca 4-5 mil provádí běžně, má s nimi tedy zkušenosti. Výše obratu dodavatele značí jeho ekonomickou sílu a stabilitu. Lze z ní dovodit rozsah běžně uskutečňovaných obchodů, svědčí o reálném a dlouhodobém fungování společnosti, o faktické realizaci obchodů obdobných tomu, který žalobkyně hodlala s dodavatelem uzavřít. Bezpochyby se jednalo o údaj, který souvisí s předmětem zakázky, což potvrzují i Pokyny 2011, které údaj o výši obratu zařadily mezi povolené kvalifikační předpoklady. Žalobkyně stanovila hranici 40 000 000 Kč na podkladě průzkumu trhu a podložených racionálních ekonomických úvah. Pomocí tzv. Gaussovy křivky, resp. pravidla 80/20 dovodila, že dodavatel realizující běžně 3 zakázky v hodnotě cca 4 milionů ročně, disponuje obratem ve výši cca 72 milionů ročně. Z obchodního rejstříku žalobkyně zjistila, že tento kvalifikační předpoklad by v Olomouckém a Jihomoravském kraji splnilo nejméně 23 společností. Žalobkyně byla tedy v dobré víře v to, že hospodářskou soutěž nepřipustně neomezí. O tom, že sporný kvalifikační předpoklad nebyl nijak nepřiměřený a odpovídal tržní realitě, svědčí samotný průběh výběrového řízení. Zadávací dokumentaci si vyžádalo celkem 9 zájemců, z toho 3 společnosti výši obratu splňovaly a ostatních 6 společností se do výběrového řízení nepřihlásilo z jiných důvodů, než pro nesplnění předmětného kvalifikačního předpokladu. Přitom některé ze společností se sídlem přímo v P., které by požadavky výběrového řízení splňovaly, si ani nevyžádaly zadávací dokumentaci. Žalobkyně v této souvislosti poukázala na to, že její postup a výběrové řízení byly shledány Ministerstvem průmyslu a obchodu (dále též „MPO“) jako řádné. V rámci této kontroly se poskytovatel dotace dotazoval přímo na vysvětlení výše obratu. Žalobkyní poskytnuté vysvětlení přijal a výběrové řízení schválil. Žalobkyně tedy využila právem aprobovaný prostor pro stanovení kvalifikačních podmínek. Zařazením sporného kvalifikačního předpokladu do zadávací dokumentace žalobkyně sledovala zcela legitimní cíl, jehož smyslem nebylo předem někoho znevýhodnit, či mu bez jakéhokoli opodstatnění znemožnit účast ve výběrovém řízení. Smyslem tohoto požadavku bylo pouze sledovat ekonomické zájmy žalobkyně a v souladu s bodem 18 Pravidel 2010 vybrat nejvýhodnější nabídku. Pro závěry o porušení zákazu diskriminace neprovedl správce daně ani žalovaný žádné důkazy, které by prokazovaly, že zařazení sporného kvalifikačního požadavku bylo diskriminační. Správce daně nijak nezohlednil, že k žádné diskriminaci nedošlo, neboť požadavek na obrat byl obsažen až v zadávací dokumentaci, nikoli v oznámení o vyhlášení výběrového řízení publikovaném v Obchodním věstníku;

c) ve zprávě o daňové kontrole i v napadaném rozhodnutí zcela absentuje posouzení, jakou výši obratu by v jeho případě bylo možné označit za přiměřenou. Žalobkyně tak neví, jak měla správně postupovat, resp. kde je ona hranice přiměřené výše obratu, kterou mohla po dodavatelích ještě požadovat. Správce daně, resp. žalovaný měl posoudit, zda lze požadavek žalobkyně označit za přiměřený, to při zohlednění všech specifík jeho zakázky. Pouze zjevně nepřiměřený požadavek vybočující z oprávněných potřeb dané zakázky by totiž mohl být identifikován jako diskriminační. Napadané rozhodnutí neobsahuje žádné odůvodněné úvahy o tom, zda byl sporný kvalifikační předpoklad zjevně nepřiměřený, což zakládá jeho nepřezkoumatelnost;

d) napadané rozhodnutí je nezákonné ve smyslu § 78 odst. 1 s. ř. s. pro nesprávnou aplikaci správního uvážení žalovaným. Podmínkou pro konstatování, že došlo k porušení rozpočtové kázně, je podle ustanovení § 44 odst. 1 písm. b) zákona o rozpočtových pravidlech neoprávněné použití nebo zadržetí peněžních prostředků poskytnutých ze

Shodu s prvopisem potvrzuje M. Ch.

státního rozpočtu, státního fondu, Národního fondu nebo státních finančních aktiv jejich příjemcem. Pro posouzení, zda došlo k neoprávněnému použití dotačních prostředků žalobkyní, je rozhodné, zda byl naplněn účel, za kterým byly poskytnuty (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 10. 2014, sp. zn. 4 As 117/2014 nebo ze dne 16. 7. 2008, sp. zn. 9 Afs 202/2007). Poskytnuté prostředky byly použity na úhradu nákladů přímo souvisejících s financováním podporovaného projektu, vytýkaná pochybení žalobkyně neměla žádný dopad na naplnění účelu dotace, což žalovaný řádně nezohlednil a žalobkyni vyměřil odvod;

e) napadané rozhodnutí je nezákonné ve smyslu § 78 odst. 1 s. ř. s. pro nesprávnou aplikaci správního uvážení žalovaným. Správce daně vycházel pro určení konkrétní výše odvodu z Pokynu GFŘ č. D – 27 pro stanovení odvodů za porušení rozpočtové kázně v souladu se zásadou proporcionality. Dle čl. I. odst. 10 Přílohy tohoto Pokynu je výše odvodu za „ostatní výše neuvedená pochybení zadavatele, která mohla mít vliv na výsledek výběrového řízení“ ve výši 25%-50% z částky použité na financování předmětné veřejné zakázky s možností snížení až na 5%. Správce daně, resp. žalovaný se předně vůbec nezabýval posouzením toho, zda se v konkrétním případě žalobkyně jednalo při uplatnění sporného kvalifikačního předpokladu o pochybení, které mohlo mít vliv na výsledek výběrového řízení. To za situace, kdy bylo prokázáno, že žádný z potenciálních dodavatelů předmětným kvalifikačním předpokladem odrazen nebyl a dotace byla čerpána v souladu s jejím účelem. Pokud pak správce daně shledal, že pochybení žalobkyně bylo toliko marginální, není jasné, proč nedošlo k uložení odvodu v nižší výši, když přípustné je snížení až na 5 % částky dotace.

5. Žalovaný navrhl žalobu zamítnout jako nedůvodnou. K námitce žalobkyně, že výklad neurčitého právního pojmu zákaz diskriminace obsažený v Pravidlech 2010 je matoucí a nesplňuje požadavky jednoznačnosti, určitosti a srozumitelnosti a měla tak být zohledněna zásada *in dubio mitius*, žalovaný uvádí, že podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 „za skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba považovat i takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením technických kvalifikačních předpokladů zjevně nepřiměřených ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku nemohou splnit někteří z potenciálních uchazečů, jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.“ Analogicky lze za skrytou formu nepřipustné diskriminace považovat i žalobkyní zadané ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady. Nejčastější formou porušení zákazu diskriminace je situace, kdy „zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku“. Na druhou stranu „za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních“ je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o zakázku nastavením takových ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů, kdy jejich požadovaná výše je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a náročnosti konkrétní zakázky, přičemž je zřejmé, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu této zakázky objektivně způsobilí. K otázce „zjevné nepřiměřenosti“ se vyjádřil Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 3 As 50/2016 – 35, ve kterém z hlediska skryté diskriminace poukázal na rozsudek zdejšího soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 – 152, z něhož akcentoval, že klíčovým pojmem skryté diskriminace je „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Zjevná nepřiměřenost „není vymežitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno jí vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu.“

Shodu s prvopisem potvrzuje M. Ch.

S přihlédnutím k uvedenému je žalovaný názoru, že žalobce nepřipustným způsobem omezil okruh potencionálních dodavatelů, aniž pro takto zvolené limity ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů měl objektivní důvody. Žalobce tak nepostupoval v souladu s Obecnými principy bodem 3 Pravidel 2010 a nedodržel Hlavu I článek II bod 2 písm. d) Podmínky.

6. V přezkoumávaném případě žalovaný nedospěl k závěru, že by zákaz diskriminace obsažený v Pravidlech 2010 byl matoucí nejednoznačný a neurčitý, proto nemá ohledně svého výkladu a postupu žádné pochybnosti. V mnohé judikatuře je uvedeno, že na poli veřejného práva mohou státní orgány činit pouze to, co jim zákon umožňuje, z čehož pak plyne, že při stanovení odvodu za porušení rozpočtové kázně jsou orgány veřejné moci ve smyslu čl. 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod povinny šetřit podstatu a smysl základních práv a svobod – tedy v případě pochybnosti postupovat mírněji. V posuzovaném případě však orgánům Finanční správy žádné pochybnosti nenastaly a proto tato námitka žalobkyně není důvodná.
7. Ohledně žalobkyní namítané výše požadovaného obratu žalovaný uvádí, že žalobkyně stanovila požadavek na výši ročního obratu 6tinásobku stanovené předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Takto stanovený požadavek se jeví nepřiměřeným vzhledem k velikosti, složitosti a technické náročnosti předmětné zakázky. Žalovaný zastává názor, že žalobkyní stanovený požadavek na obrat dodavatele byl nastaven tak, aby zakázku mohli splnit jen někteří uchazeči, ačkoli (bez tohoto nepřiměřeně nastaveného kvalifikačního předpokladu) by jinak předmětnou zakázku byli schopni realizovat i další potenciální uchazeči. Na podporu tohoto názoru žalovaný uvádí, že tzv. transparentní novelou č. 55/2012 Sb. došlo k zásadním změnám zákona o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“). Jedna z nejvýznamnějších změn se týkala i otázky prokazování ekonomické a finanční kvalifikace u dodavatelů ucházejících se o veřejnou zakázku. S účinností od 1. 4. 2012 platí, že na základě ustanovení § 50 odst. 1 písm. c) ZVZ se za kvalifikovaného dodavatele považuje ten dodavatel, který předloží čestné prohlášení o své ekonomické a finanční způsobilosti splnit veřejnou zakázku. Toto čestné prohlášení tak nahradilo dřívější povinnost dodavatelů prokazovat svou ekonomickou a finanční způsobilost prostřednictvím dokladu jako byla ad exemplum pojistná smlouva, jejímž předmětem bylo pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou třetí osobou, nebo doklad osvědčující údaj o celkovém obratu uchazeče zjištěný za poslední tři účetní období.
8. K námitce žalobkyně, v níž poukázala na to, že její zadávací dokumentace a její postup ve výběrovém řízení byl přezkoumán i Ministerstvem průmyslu a obchodu ČR, resp. agenturou pro podporu podnikání a investic CzechInvest, a zadávací dokumentace byla shledána jako řádná a byl ověřen řádný postup žalobkyně ve výběrovém řízení, žalovaný uvádí, že dle názoru Nejvyššího správního soudu vysloveného v rozsudku ze dne 10. 5. 2017, c. j. 2 Afs 334/2016 – 42: „*Správce daně je orgánem, který spravuje odvody za porušení rozpočtové kázně [v daném případě § 1, § 2 odst. 1 písm. j) zákona č. 531/1990 Sb., § 44 odst. 9 rozpočtových pravidel, § 1, § 2 odst. 3 písm. b) zákona c. 280/2009 Sb., daňový řád], a tedy i zjišťuje skutečnosti rozhodné pro vyměření odvodu. Poskytovatel dotace není tím, kdo závazně určuje, zda byly finanční prostředky poskytnuté ze státního rozpočtu čerpány oprávněně. Jisté je oprávněně posuzovat splnění cíle projektu, ostatně mnohdy se jedná o otázku ryze odbornou. Tyto jeho závěry ovšem nejsou pro správce daně závazné; zjistí-li porušení podmínek, je oprávněn a povinen z toho vycházet.*“

9. K námitce žalobkyně týkající se nesprávného posouzení a nezohlednění důvodu pro snížení uloženého odvodu žalovaný uvedl, že správce daně odůvodnil svůj postup ve zprávě o daňové kontrole ze dne 12. 4. 2016, č. j. 262297/16/310-31473-805196, kde uvedl, že v daném případě jde o porušení rozpočtové kázně spíše marginálního – méně závažného charakteru, nicméně však pro posouzení správnosti a oprávněnosti užití dotace neopomenutelného.
10. Krajský soud přezkoumal napadená rozhodnutí, přičemž vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu [§ 75 zák. č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“)] a dospěl k závěru, že žaloba je důvodná. Ve smyslu ustanovení § 51 s. ř. s. rozhodoval bez nařízení jednání, neboť oba účastníci s tímto postupem souhlasili.

Ad a) pojem „zákaz diskriminace“ a ad b) posouzení užití sporného kvalifikačního požadavku

11. Ze správního spisu bylo zjištěno, že žalobkyni byla na základě rozhodnutí ze dne 6. 10. 2011, č. j. 2313-11/2.2ITP03-664/11/08200 poskytnuta dotace v rámci Operačního programu Podnikání a inovace Ministerstvem průmyslu a obchodu na realizaci projektu „První fáze implementace ICT ve společnosti PROSTAS“. Součástí rozhodnutí jsou Podmínky poskytnutí dotace v rámci prioritní osy 2. Rozvoj firem v oblasti podpory 2.2 Podpora nových technologií, ICT a vybraných strategických služeb, programu ICT v podnicích (dále jen „Podmínky“), přičemž přílohu těchto Podmínek tvoří „Pravidla pro výběr dodavatelů číslo vydání/aktualizace 7/1 č. j. 34647/10/08100“ platná od 1. 10. 2010 (dále jen „Pravidla 2010“).
12. Ve věci je mezi účastníky nesporné, že výběrové řízení bylo vyhlášeno v době účinnosti Pravidel 2010.
13. Podle § 3 písm. e) rozpočtových pravidel neoprávněným použitím peněžních prostředků státního rozpočtu, jiných peněžních prostředků státu, prostředků poskytnutých ze státního rozpočtu, státních finančních aktiv, státního fondu nebo Národního fondu, jejich výdej, jehož provedením byla porušena povinnost stanovená právním předpisem, rozhodnutím, případně dohodou o poskytnutí těchto prostředků, nebo porušení podmínek, za kterých byly příslušné peněžní prostředky poskytnuty, porušení účelu nebo podmínek, za kterých byly prostředky zařazeny do státního rozpočtu nebo přesunuty rozpočtovým opatřením a v rozporu se stanoveným účelem nebo podmínkami vydány; dále se jím rozumí i to, nelze-li prokázat, jak byly tyto peněžní prostředky použity.
14. Podle § 44 odst. 1 písm. b) rozpočtových pravidel porušením rozpočtové kázně je neoprávněné použití nebo zadržení peněžních prostředků poskytnutých ze státního rozpočtu, státního fondu, Národního fondu nebo státních finančních aktiv jejich příjemcem.
15. V tomto případě byla žalobkyně podle hlavy I.- obecná část, čl. II – projekt, bod 2 písm. d) Podmínek *povinna při výběru dodavatelů postupovat v souladu se zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách nebo podle Pravidel pro výběr dodavatelů, která tvoří přílohu Podmínek*. V zákoně o veřejných zakázkách je zákaz diskriminace řešen v § 6, dle něhož je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, a dále je upraven v § 44 odst. 9 zákona o veřejných zakázkách (viz dále).

16. Pravidla pro výběr dodavatelů stanoví „závazný postup příjemce dotace (dále jen „Zadavatel“) při výběru dodavatele v případech, kdy hodnota zakázky dosahuje 2 mil. Kč (6 mil. Kč u stavebních prací) a Zadavatel se nemusí řídit Zákonem [míněno zákon o veřejných zakázkách] (např. nesplňuje definici dotovaného zadavatele dle Zákonu)“. Dále se zde uvádí, že tato pravidla se mimo jiné nevztahují „na veřejné zakázky, které je Zadavatel povinen zadávat dle Zákonu“. Podle čl. 2 pravidel pro výběr dodavatelů „[z]adavatel postupuje dle Zákonu v případě, kdy to Zákon stanoví. Zadavatel je povinen postupovat dle pravidel, pokud Zákon nestanoví jinak“.
17. Podle čl. 3 obecné principy Pravidel 2010 výběr dodavatele musí být, transparentní, nediskriminační² a dodržovat rovný přístup. Zadavatel je mimo jiné povinen dodržovat: (i) ustanovení Smlouvy o ES o volném pohybu zboží (čl. 28-30 SES3), svobodě usazování (čl. 49 SES) a volném pohybu služeb (čl. 56 SES), zákazů diskriminace (čl. 18 a 19 SES); (ii) veškeré příslušné právní předpisy a zásady práva ES, jež mají přímý účinek na právní řád ČR a/nebo byly transponovány předpisem vnitrostátního práva ČR.
18. K poznámce 2 u pojmu „nediskriminační“ je uvedeno: „Výklad pojmu nediskriminační poskytuje zejména § 44 odstavec 9 zákona 137/2006 Sb.“
19. Podle ustanovení § 44 odst. 9 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, účinném ve znění do 11. 9. 2011, není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, nesmí zadávací dokumentace, zejména technické podmínky, obsahovat požadavky nebo odkazy na obchodní firmy, názvy nebo jména a příjmení, specifická označení zboží a služeb, které platí pro určitou osobu, popřípadě její organizační složku za příznačné, patenty na vynálezy, užité vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu, pokud by to vedlo ke zvýhodnění nebo vyloučení určitých dodavatelů nebo určitých výrobců. Takový odkaz lze výjimečně připustit, není-li popis předmětu veřejné zakázky provedený postupem podle § 45 a 46 dostatečně přesný a srozumitelný. Zadavatel v takovém případě umožní pro plnění veřejné zakázky použití i jiných, kvalitativně a technicky obdobných řešení.
20. Zákaz diskriminace v čl. 18 a 19 Smlouvy o založení Evropského společenství je vymezen takto: je zakázána jakákoli diskriminace na základě státní příslušnosti (čl. 18) a dále na základě pohlaví, rasového nebo etnického původu, náboženského vyznání nebo světového názoru, zdravotního postižení, věku nebo sexuální orientace (čl. 19).
21. Krajský soud se shoduje s názorem žalobkyně, která jej učinila v souladu s judikaturou Nejvyššího správního soudu, a sice že pokud daňový subjekt vyložil neurčitý právní pojem zákaz diskriminace jiným způsobem než správní orgán, nemohl se dopustit porušení rozpočtové kázně. Nejvyšší správní soud se ve svém rozsudku ze dne 30. 3. 2017, č. j. 2 Afs 142/2016-32 zabýval obdobnou situací a výkladem týchž ustanovení a neurčitého pojmu zákaz diskriminace v souvislosti s Pravidly 2010 a uzavřel, že: „Právo poskytovatele dotace vymezit podmínky jejího čerpání souvisí s povinností vymezit dotační podmínky jednoznačným, určitým a srozumitelným způsobem, který zajistí předvídatelnost postupu při případném zpětném vymáhání poskytnuté dotace či uplatnění sankčního odvodu, resp. stav, kdy příjemce bude mít jistotu ohledně obsahu dotačních podmínek (rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 11. 2010, č. j. 1 Afs 77/2010 – 81, publ. pod č. 2243/2011 Sb. NSS, či ze dne 28. 2. 2014, č. j. 5 Afs 90/2012 – 33). Jak uvedl Ústavní soud v nálezu ze dne 16. 6. 2015, sp. zn. Pl. ÚS 12/14, správní orgány mají odpovědnost nejen za ochranu veřejných prostředků před případným zneužitím dotace, nýbrž i za ochranu práv příjemce. Podmínky čerpání

přidělené dotace jsou stanoveny (mimo zákonné povinnosti) buď v rozhodnutí o přidělení dotace, nebo ve smlouvě o poskytnutí dotace a v celé řadě příruček, podmínek a metodik, na které tyto právní tituly poskytnutí dotace odkazují a které tak musejí příjemci dotace při jejím čerpání dodržovat. V této souvislosti Ústavní soud připomněl zásadní důležitost ústavního principu právního státu a jednotlivých jeho aspektů, mezi které spadá i transparentnost a jasnost právních pravidel: [...]“.

22. Nejvyšší soud dále uzavřel, že: „Je to poskytovatel dotace, který primárně svým rozhodnutím vytváří právní rámec, v jehož mezích má příjemce dotace povinnost se pohybovat. Pokud zvolí při stanovení povinností neurčité právní pojmy, které nemají jednoznačnou zákonnou definici, musí následně unést i případné negativní důsledky vyplývající z již ustálené zásady, dle které nelze neurčitost právního pojmu v dohodě o poskytnutí prostředků klást k tíži příjemci finančních prostředků jakožto slabší strany (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 7. 2008, č. j. 9 AfS 202/2007 – 68, či již zmiňovaný rozsudek č. j. 1 AfS 100/2009 – 63). Při posuzování, zda došlo k porušení rozpočtové kázně, mají správní orgány povinnost si v rámci předběžné otázky učinit úsudek o jasnosti a srozumitelnosti dohody o poskytnutí příspěvku ze státního rozpočtu na daný účel (již zmiňovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 AfS 77/2010 – 81).“
23. Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že výše citovaná ustanovení pravidel pro výběr dodavatelů nesplňují v otázce zákazu diskriminace požadavky jednoznačnosti, určitosti a srozumitelnosti a krajský soud se s tímto výkladem ztotožňuje. Předně je třeba konstatovat, že není vůbec zřejmé, zda jsou subjekty, které nepodléhají zákonu o veřejných zakázkách, povinny řídit se při výběru dodavatelů tímto zákonem, případně v jakém rozsahu. Zákaz diskriminace, který je typickým neurčitým pojmem, není v Podmínkách ani Pravidlech 2010 nijak definován. Jeho výklad je naopak značně ztížen nejednoznačnými ustanoveními těchto podmínek. Za matoucí je třeba považovat odkaz v čl. 3 Pravidel 2010 pro výběr dodavatelů na § 44 odst. 9 zákona o veřejných zakázkách, který je pouze jedním z konkrétních projevů zákazu zjevné diskriminace v zákoně o veřejných zakázkách. V souvislosti s odkazem na právo Evropské unie, uvedeném ve stejném ustanovení, které je založeno na zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti a dalších, v čl. 19 SES taxativně vyjmenovaných, případech, nelze učinit jednoznačný závěr o tom, že by poskytovatel dotace mínil příjemce dotace zavázat obecným zákazem diskriminace tak, jak je vyjádřen např. v § 6 zákona o veřejných zakázkách. Jak uvedl Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku, poskytovatel dotace si této nejednoznačnosti ostatně musel být vědom, neboť od roku 2012 pravidla pro výběr dodavatelů upravil tak, že v čl. 3 uvedl namísto odkazu na § 44 odst. 9 odkaz na § 6 zákona o veřejných zakázkách (viz např. pravidla pro výběr dodavatelů číslo aktualizace 8/3, platná od 1. 9. 2012, dostupná na www.mpo-oppi.cz), upravující obecný zákaz diskriminace. Nejvyšší správní soud se ve svém rozsudku vyjádřil i k čl. 18 Pravidel 2010, k němuž uvedl, že: „K nejednoznačnosti výkladu neurčitého pojmu zákazu diskriminace dále značně přispívá čl. 18 pravidel pro výběr dodavatelů, který stanoví, že pro naplnění podmínky nediskriminačního výběru dodavatele je nutné, aby zadavatel vybral vždy nejvýhodnější nabídku. Nejvyšší správní soud konstatuje, že dané ustanovení je nejen obecné a nic neříkající, nýbrž dokonce nesprávné. Podle ustálené judikatury správních soudů k zákonu o veřejných zakázkách je volba hodnotících kritérií pro výběr dodavatelů z důvodu rozmanitosti potřeb zadavatelů a rozdílných charakteristik jednotlivých zakázek na volné ekonomické úvaze zadavatele. Kritéria však musí být jasná a nediskriminační (rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 12. 8. 2010, č. j. 62 Ca 10/2009 - 113, publ. pod č. 2424/2011 Sb. NSS). Pravidla pro výběr dodavatelů

Shodu s prvopisem potvrzuje M. Ch.

toto pravidlo obrací, když namísto požadavku, aby kritéria pro výběr nejvýhodnější nabídky byla nediskriminační, stanoví, že výběr dodavatele není nediskriminační tehdy, pokud je vybrána nejvýhodnější nabídka.“

24. Krajský soud ve shodě s Nejvyšším správním soudem uzavírá, že za těchto okolností žalobkyni nelze klást k tíži, že si předmětná ustanovení pravidel pro výběr dodavatelů (Pravidel 2010) vyložila tak, že kvalifikační předpoklad na dodavatele, který byl uveden v zadávací dokumentaci, a sice prokázání obratu minimálně 40.000.000 Kč za poslední tři účetní období, není požadavkem diskriminačním, neboť z postupu žalobkyně jednoznačně vyplývá, že tento požadavek zvolila tak, aby vybrala pro ni tu nejvýhodnější nabídku (tak, jak je Pravidly 2010 požadováno) a zároveň takový kvalifikační předpoklad není Pravidly 2010, Podmínkami, Pokyny poskytovatele dotací a konečně ani zákonem o veřejných zakázkách vyloučen. Existuje-li v případě nejednoznačnosti právních pravidel více možných výkladů, nelze jejich adresátům zpětně během daňové kontroly bez dalšího klást k tíži, že správní orgány tato pravidla vykládají jiným způsobem.
25. Při nejednoznačnosti pravidel pro výběr dodavatele v tomto případě nelze odhlédnout od skutečnosti, že poskytovatel dotace (MPO), který se na důvody zvoleného předmětného kvalifikačního předpokladu žalobkyně výslovně dotazoval, poté, co mu žalobkyně uvedla důvody pro jeho stanovení, tento kvalifikační předpoklad shledal řádným a výběrové řízení schválil. Žalobkyně ve správním řízení shodně popsala důvody, pro které k tomuto spornému kvalifikačnímu předpokladu přistoupila, čímž dokládala jeho opodstatněnost, a vyložila, jak na Pravidla 2010, jimiž byla povinna se při výběru dodavatele řídit, nahlíží. Správní orgány však takový výklad předmětných ustanovení Pravidel 2010 odmítly, aniž by se jakkoli vypořádaly s důvodností (či případnou nedůvodností) předestřené konkrétní argumentace žalobkyně. Správce daně ve zprávě o daňové kontrole na str. 6 toliko uvedl, že z hlediska oprávněnosti stanovení minimálního obratu ve vztahu k realizaci veřejné zakázky je rozhodná souvislost požadovaného obratu s předmětem veřejné zakázky, zejména jejím charakterem, výší plnění a délkou závazku a ačkoli připustil, že je zcela na místě požadavek zadavatele získat silného dodavatele veřejné zakázky, současně uvedl, že nelze připustit takové nastavení výše minimálního obratu, který by měl za následek diskriminaci dodavatelů s nižším obratem, přičemž tito dodavatelé by byli schopni rovnocenně splnit předmět zakázky. Kvalifikační předpoklad žalobkyně takovým shledal, aniž by se konkrétněji vyjádřil k důvodům, které žalobkyni k jeho stanovení vedly. Rovněž se nijak blíže v této souvislosti nezabýval předmětem veřejné zakázky, jejím charakterem, či délkou závazku, přestože souvislost obratu s těmito okolnostmi sám označil pro posouzení oprávněnosti tohoto kvalifikačního předpokladu za rozhodující.
26. Dále v tomto případě nelze pominout, že předmětný kvalifikační předpoklad, tj. požadavek na určitou minimální výši obratu dodavatele, byl v době, kdy žalobkyně výběrové řízení vyhlášovala, legitimní, ačkoli bližší podmínky jeho uplatnění nebyly upraveny. O jeho legitimnosti svědčí to, že v Pokynech pro žadatele a příjemce dotace z operačního programu podnikání a inovace, vydaných MPO v květnu 2011, je výslovně uvedeno, že: *požadavek na „Velikost firmy - nedoporučujeme požadovat určitý minimální počet zaměstnanců firmy, dodavatel k realizaci zakázky může využít i subdodavatelů, či osob v jiném než zaměstnaneckém poměru (doporučujeme využít spíše obrat) (zvýrazněno soudem). Nepřiměřené požadavky na roční obrat, počet a hodnotu referencí, výši jistoty, výši pojištění odpovědnosti za škodu, apod.: OBRAT – doporučený požadavek na roční obrat je 5 násobek hodnoty zakázky, konkrétní výše je však závislá na předmětu plnění (při podezření na*

nepřiměřenost požadavku bude žadatel kontrolními subjekty vyzván ke zdůvodnění požadované výše obratu); roční obrat může být požadován maximálně za poslední 3 roky.“ (viz bod 5.2 obecné principy výběru dodavatelů uvedených Pokynů, dostupné na www.mpo-oppi.cz). Je zřejmé, že 5 násobek hodnoty zakázky byl požadavkem doporučujícím, měl se vždy v této souvislosti zkoumat předmět plnění. Žalobkyně stanovila kvalifikační předpoklad obratu ve výši šestinásobku hodnoty zakázky, avšak v době, kdy žádné doporučení v tomto směru neexistovalo, bylo to tedy jen na její úvaze, jakou výši zvolí, a tuto svoji úvahu dle názoru soudu přesvědčivě zdůvodnila. S ohledem na důvody žalobkyně a následnou výši obratu stanovenou doporučujícími pokyny (5 násobek) tak nelze její kvalifikační předpoklad považovat za nijak významně se odchyloující od následně MPO doporučované výše. Žalovaný ve svém vyjádření argumentuje pro podporu svých závěrů následným faktickým zákazem tohoto kvalifikačního předpokladu v r. 2012 v důsledku přijetí zákona č. 55/2012 Sb. To však svědčí jediné o vývoji náhledu na uvedený kvalifikační požadavek, a tudíž o jeho nejasnosti, a nikoli o jeho jednoznačné diskriminační povaze a zjevné nepřiměřenosti, jak tvrdí žalovaný ve svém vyjádření, v němž se zmiňuje již toliko o zákoně č. 55/2012 Sb. bez výše uvedených souvislostí.

27. Pro úplnost krajský soud konstatuje, že ve správním řízení bylo prokázáno, že uvedený kvalifikační předpoklad byl obsažen až v zadávací dokumentaci, nikoli v oznámení o vyhlášení výběrového řízení, a že důvodem nepřihlášení se do výběrového řízení společností, které si zadávací dokumentaci vyžádaly, nebyl tento kvalifikační předpoklad požadované výše obratu.
28. Krajský soud s ohledem na výše uvedené proto v posuzovaném případě nemůže přisvědčit závěru o porušení rozpočtové kázně.
29. Krajský soud musí přisvědčit žalobkyni i v žalobním bodě c), když má shodně s ní za to, že rozhodnutí správce daně, resp. žalovaného je v tomto směru nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů. Správní orgány při absenci úpravy skutečně přesvědčivě nevysvětlily, proč považují stanovený kvalifikační předpoklad za nepřiměřený. Nijak se nevypořádaly s důvody žalobkyně, které pro stanovení tohoto požadavku uváděla. K postupu správce daně viz odst. 25 tohoto rozsudku. Žalovaný k obdobné odvolací námitce žalobkyně uvedl, že *„má za to, že odvolatel měl nastavit pro výběr dodavatelů takové podmínky, které by zajišťovaly vybrat odpovídajícího dodavatele včetně případného krytí možných rizik vzniklých při realizaci Projektu. Nepřiměřená výše obratu mohla omezit některé možné uchazeče. Stanovenou výši obratu navíc nelze pojmut jako záruku výběru kvalitního dodavatele.“* (odst. 23 rozhodnutí žalovaného). Takové odůvodnění je však nedostatečné, neboť z něj není seznatelné, v čem správní orgány nepřiměřenost předmětného požadavku konkrétně spatřují, není zřejmé, jaká výše požadovaného obratu by se jevila správním orgánům jako přiměřená. To vše za situace, kdy kvalifikační předpoklad minimálního obratu dodavatele nebyl v době vyhlášení výběrového řízení žalobkyní jako diskriminační shledáván, naopak.
30. Jelikož jediným porušením rozpočtové kázně, které správní orgány u žalobkyně shledaly, bylo porušení zákazu diskriminace, a krajský soud dospěl k závěru, že k porušení zákazu diskriminace a tedy ani k porušení rozpočtové kázně u žalobkyně nedošlo, dalšími žalobními námitkami d) ani e) se soud pro nadbytečnost již nezabýval.

31. Krajský soud tak zrušil napadené rozhodnutí pro nezákonnost (ust. § 78 odst. 1 s. ř. s.). Současně krajský soud vrátil věc žalovanému k dalšímu řízení (ust. § 78 odst. 4 s. ř. s.). Při novém projednání věci je žalovaný vázán právním názorem soudu (ust. § 78 odst. 5 s. ř. s.).
32. O náhradě nákladů řízení soud rozhodl výrokem III. podle § 60 odst. 1 s. ř. s. tak, že v řízení plně procesně úspěšná žalobkyně má právo vůči žalovanému na náhradu nákladů řízení. Náklady žalobkyně ve výši 22.456 Kč tvoří zaplacený soudní poplatek ve výši 6.000 Kč (za dvě podané žaloby), a dále náklady za zastupování žalobkyně advokátem, stanovené dle vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátní tarif, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „AT“) jako odměna za zastupování ve výši 12.400 Kč za 4 provedené úkony právní služby dle § 11 odst. 1 písm. a), d) AT, tj. 2x převzetí a příprava zastoupení a sepsání žaloby (odměna za 1 úkon právní služby ve výši 3.100 Kč byla stanovena dle § 9 odst. 4 písm. d) a § 7 bod 5 AT), a dále náhrada hotových výdajů za provedené úkony ve výši 1.200 Kč, tj. 4 x 300 Kč dle § 13 odst. 3 AT, to vše zvýšené o DPH z odměny a náhrad ve výši 2.856 Kč (tj. 21 % z částky 13.600 Kč), neboť zástupce žalobkyně je plátcem uvedené daně.
33. Vzhledem k odlišné úpravě s. ř. s. a o. s. ř., týkající se nabytí právní moci rozhodnutí (srov. § 54 odst. 5 s. ř. s., § 159, § 160 odst. 1 o. s. ř.), uložil soud žalovanému povinnost zaplatit náhradu nákladů řízení žalobkyni ve lhůtě 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

Poučení:

Proti výroku I. tohoto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

Proti výrokům II. – III. tohoto rozsudku **lze** podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů od doručení tohoto rozhodnutí k Nejvyššímu správnímu soudu.

Nesplní-li povinný dobrovolně, co mu ukládá vykonatelné soudní rozhodnutí, může oprávněný podat návrh na soudní výkon rozhodnutí.

Olomouc 19. září 2018

JUDr. Zuzana Šnejdrlová, Ph.D. v. r.
předsedkyně senátu