



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Jakuba Camrdy a soudců JUDr. Viktora Kučery a JUDr. Lenky Matyášové v právní věci žalobkyně: **ŽALUZIE NEVA s.r.o.**, se sídlem Háj 370, Kralice na Hané, zast. JUDr. Ing. Ondřejem Lichnovským, advokátem se sídlem Palackého 151/10, Prostějov, proti žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**, se sídlem Masarykova 31, Brno, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Ostravě – pobočky v Olomouci ze dne 6. 12. 2016, č. j. 65 Af 2/2015 – 53,

t a k t o :

- I. Rozsudek Krajského soudu v Ostravě – pobočky v Olomouci ze dne 6. 12. 2016, č. j. 65 Af 2/2015 – 53, **se ruší**.
- II. Rozhodnutí Odvolacího finančního ředitelství ze dne 1. 12. 2014, č. j. 32143/14/5000-10470-710142, a č. j. 32144/14/5000-10470-710142, **se ruší** a věci **se vracejí** žalovanému k dalšímu řízení.
- III. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobkyni na náhradě nákladů řízení částku 38 830 Kč do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám jejího zástupce JUDr. Ing. Ondřeje Lichnovského, advokáta se sídlem Palackého 151/10, Prostějov.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Kasační stížností se žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) domáhala zrušení v záhlaví označeného rozsudku Krajského soudu v Ostravě – pobočky v Olomouci (dále jen „krajský soud“), kterým byly zamítnuty její dvě žaloby podané proti dvěma rozhodnutím žalovaného ze dne 1. 12. 2014, č. j. 32143/14/5000-10470-710142, a č. j. 32144/14/5000-10470-710142.

[2] Prvním z citovaných rozhodnutí žalovaný zamítl odvolání stěžovatelky a současně potvrdil rozhodnutí – platební výměr č. 216/2014 Finančního úřadu pro Olomoucký kraj

(dále jen správce daně“) ze dne 15. 5. 2014, č. j. 956649/14/3100-04702-801817, kterým byl stěžovatelce dle § 44a odst. 3 písm. a), § 44a odst. 4 písm. c) a § 44a odst. 6 zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), ve znění účinném do 29. 12. 2011 (dále jen „rozpočtová pravidla“), vyměřen odvod za porušení rozpočtové kázně do státního rozpočtu ve výši 72 037 Kč. Druhým z citovaných rozhodnutí žalovaný zamítl odvolání stěžovatelky a současně potvrdil rozhodnutí – platební výměr č. 217/2014 správce daně ze dne 15. 5. 2014, č. j. 956688/14/3100-04702-801817, kterým byl stěžovatelce dle § 44a odst. 3 písm. d), § 44a odst. 4 písm. c) a § 44a odst. 6 rozpočtových pravidel vyměřen odvod za porušení rozpočtové kázně do Národního fondu ve výši 408 210 Kč.

[3] Odvod za porušení rozpočtové kázně, který ve svém součtu činil 480 247 Kč, byl stěžovatelce vyměřen na základě výsledků kontroly zahájené dne 30. 10. 2013, při které bylo zjištěno neoprávněné použití prostředků poskytnutých dílem ze státního rozpočtu (ve výši 15 %) a dílem z Národního fondu, resp. strukturálních fondů (ve výši 85 %) v roce 2010 Ministerstvem průmyslu a obchodu podle „*Rozhodnutí o poskytnutí dotace č. j. 1539-08/2.2. ITP01-321/08200 v rámci Operačního programu Podnikání a inovace (OPPI)*“ ze dne 23. 12. 2008 s názvem projektu „*Zavedení IS pro zefektivnění řízení podniku*“.

[4] Podle rozhodnutí o poskytnutí dotace mohla maximální částka dotace činit 60 % způsobilých výdajů projektu na dodávku, implementaci a uvedení do provozu celopodnikového informačního systému; uvedený projekt stěžovatelky byl rozdělen na dvě etapy a způsobilé výdaje stanoveny ve výši 1 100 000 Kč, maximální částka dotace tak mohla činit 660 000 Kč. Stěžovatelka v návaznosti na rozhodnutí o poskytnutí dotace vyhlásila výběrové řízení na dodavatele daného informačního systému, jehož vítězem se stala společnost LCS International a. s., přičemž způsobilé výdaje vůči jmenované společnosti činily částku 800 411 Kč, z níž správce daně vyměřil celkovou výši odvodu odpovídající (po zaokrouhlení) právě 60 % této částky. Konkrétním důvodem vyměřeného odvodu bylo to, že stěžovatelka v zadávací dokumentaci stanovila požadavek na prokázání technické způsobilosti seznamem alespoň dvou zakázek implementovaných v České republice. Tento kvalifikační předpoklad považoval správce daně za diskriminační podobně jako to, že stěžovatelka stanovila dílčí hodnotící kritéria: „*délka působení na trhu*“ a „*stabilita dodavatele – počet zaměstnanců*“. Podle názoru správce daně tímto postupem – stanovením diskriminačního kvalifikačního předpokladu a dílčích hodnotících kritérií – stěžovatelka postupovala v rozporu se zákonem a s podmínkami poskytnutí dotace [hlavou I., článkem II., bodem 2d)], jakož i s pravidly pro výběr dodavatelů tvořících přílohu těchto podmínek. Tím došlo k neoprávněnému použití poskytnutých peněžních prostředků (dotace) a správce daně za toto porušení rozpočtové kázně vyměřil stěžovatelce výše vyčíslený odvod.

[5] Proti rozhodnutím správce daně o vyměření odvodu za porušení rozpočtové kázně stěžovatelka podala odvolání, v němž zpochybnila, že by v daném případě byla porušena zásada zákazu diskriminace a v důsledku toho pak také podmínky poskytnutí dotace. Žalovaný výše uvedenými rozhodnutími ze dne 1. 12. 2014 odvolání stěžovatelky zamítl a obě napadená rozhodnutí potvrdil.

II. Rozhodnutí krajského soudu

pokračování

[6] Proti rozhodnutím žalovaného podala stěžovatelka dvě žaloby vedené pod sp. zn. 65 Af 2/2015 a sp. zn. 65 Af 3/2015, které krajský soud spojil ke společnému projednání a rozhodnutí s tím, že řízení nadále bude vedeno pod sp. zn. 65 Af 2/2015. V žalobách stěžovatelka shodně namítala, že využila právem aprobovaný prostor pro stanovení kvalifikačních podmínek pro výběr nejvhodnější nabídky. Připomněla, že pro zhotovení realizace zakázky bylo důležité, aby měl soutěžitel zkušenosti s realizací zakázek v České republice, neboť musí dodržovat české technické, bezpečnostní a právní normy. Současně zmínila, že není důvodu, aby se musela podřizovat riziku, že dodavatelem bude naprostý začátečník bez praktických zkušeností s rizikem ukončení činnosti a neexistence potřebného následného servisu, přičemž stabilitu a profesionalitu dodavatele určuje právě i počet jeho zaměstnanců. Dále stěžovatelka namítla, že žalovaný vedle pojmu „diskriminace“ pracuje i s pojmem „rovné zacházení“, čímž změnil právní kvalifikaci, aniž by ji na to upozornil a umožnil reagovat. Stěžovatelka zpochybnila též samotnou výši odvodu, kterou žalovaný nesprávně vypočetl jako 60 % z částek uhrazených vítězi výběrového řízení; zdůraznila přitom, že v těchto částkách nejde jen o dotace, ale i o její vlastní zdroje. V závěru stěžovatelka namítla, že v rozhodnutích žalovaného absentuje úvaha o proporcionalitě mezi závažností porušení rozpočtové kázně a výší předepsaného odvodu.

[7] Krajský soud konstatoval, že tvrzení o potřebě profesionality, vč. následného servisu, a o specifičnosti českých technických, bezpečnostních a právních norem, stěžovatelka neuplatnila v odvolání, ale až v žalobě a v takové míře obecnosti, že se jimi ani nemůže blíže zabývat. Stěžovatelka – i kdyby krajský soud akceptoval její blíže nepodloženou úvahu o následném servisu zajišťovaném „najisto“ zavedeným dodavatelem – totiž netvrdí, které české technické, bezpečnostní či právní normy jsou natolik specifické a v čem, aby je nebyl schopen dodržet dodavatel mající zatím zkušenosti jen na trhu jiném (např. jen na trhu slovenském, kde blízkost technických, právních i bezpečnostních norem těm českým je obecně známa). Jako nedůvodnou odmítl krajský soud i další námitku stěžovatelky s tím, že na poli práva veřejných zakázek je třeba zákaz diskriminace vykládat obdobně jako zákaz nerovného zacházení. Použil-li žalovaný uvedené pojmy *promiscue*, nedopustil se změny právní kvalifikace a práva stěžovatelky tím nebyla nijak dotčena.

[8] Pokud jde o zpochybněnou výši odvodu, uvedl nejprve krajský soud, že správce daně potažmo žalovaný vycházel z toho, že předmětnou dotací bylo možno pokrýt toliko 60 % způsobilých nákladů projektu. Je tak zjevné, že po stěžovateli se požaduje vrácení nikoli jejich vlastních finančních prostředků, ale plná výše dotace připadající na předmětný uplatněný výdaj. Ve vztahu k poslední námitce týkající se proporcionality – tedy vztahu mezi závažností porušení rozpočtové kázně a výší vyměřeného odvodu, vyšel krajský soud z ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu, kterou považoval za přehlednou a přesvědčivou. Ocitoval dlouhé pasáže z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 9. 2014, č. j. 2 As 106/2014 – 46, aby poté stroze shrnul, že zde nebyl prostor pro uvážení správce daně, „*nakolik závažnost porušení rozpočtové kázně odůvodňuje nevracet celou část ovlivněnou porušením rozpočtové kázně.*“ Část dotace ovlivněná porušením rozpočtové kázně se totiž vrací vždy, což se v daném případě stalo. Proto krajský soud

podanou žalobu zamítl jako nedůvodnou dle § 78 odst. 7 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“).

III. Kasační stížnost a vyjádření žalovaného

[9] Proti rozsudku krajského soudu podala stěžovatelka kasační stížnost, v níž vesměs pokračovala ve své dosavadní argumentaci, kterou obecně podřadila pod důvody kasační stížnosti podle § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s. (nezákonnost a jiná vada řízení před krajským soudem).

[10] Stěžovatelka zopakovala, že v daném případě se o porušení zákazu diskriminace nejednalo a nebyl dán důvod pro vyměření sankčního odvodu za porušení rozpočtové kázně. Důvodem, pro který zvolila správcem daně zpochybněný kvalifikační předpoklad a dílčí hodnotící kritéria, byla snaha, aby zakázku zpracoval profesionál v daném oboru s patřičnými zkušenostmi. Současně uvedla, že stanovením hodnotících kritérií sledovala legitimní cíl – a sice výběr nejvhodnější nabídky, tj. nabídky uchazeče, který je stabilním subjektem na trhu a bude schopen dokončit zakázku a poskytovat i následný záruční servis. Stěžovatelka dále zpochybnila závěr krajského soudu, že zásada diskriminace a zásada rovného zacházení jsou v podstatě synonyma. Naopak, je toho názoru, že se jedná o dvě samostatné zásady, což znamená, že žalovaný rozšířil právní posouzení věci, aniž by jí dal možnost, reagovat na to v odvolacím řízení.

[11] K výši odvodu stěžovatelka opět poukázala na jeho neproporcionalitu, neboť nebyla zohledněna nejen závažnost tvrzeného porušení rozpočtové kázně, ale ani to, že došlo k naplnění účelu dotace. Dle jejího názoru nelze souhlasit s odůvodněním krajského soudu, že za každé pochybení může správce vyměřit odvod ve výši celé dotace. Z hlediska případného odpovídajícího poměru výše odvodu vůči dotaci pak stěžovatelka podpůrně poukázala na rozhodnutí Evropské komise C (2013) 9527 ze dne 19. 12. 2013, kterým se stanoví a schvalují pokyny ke stanovení finančních oprav, jež má Komise provést u výdajů financovaných Unii v rámci sdíleného řízení v případě nedodržení pravidel pro zadávání veřejných zakázek; s odkazem na tyto pokyny ke stanovení finančních oprav dle COCOF (Výboru pro koordinaci fondů Evropské unie) se stěžovatelka domnívá, že jako odpovídající by byla sazba do výše 25 % z poskytnutých finančních prostředků. Závěrem, jako jinou vadu řízení označila stěžovatelka skutečnost, že krajský soud právě citované rozhodnutí Evropské komise, resp. pokyny COCOF neprovedl jako důkaz, aniž to jakkoli zdůvodnil; ve své podstatě se dle stěžovatelky jedná o tzv. opomenutý důkaz. Na základě uvedeného stěžovatelka navrhla, aby Nejvyšší správní soud zrušil napadený rozsudek krajského soudu a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[12] Žalovaný se ztotožnil s rozsudkem krajského soudu a navrhl zamítnutí kasační stížnosti. K samotné podstatě odvodu připomněl, že není pochyb o tom, že stěžovatelka svým postupem neodůvodněně (diskriminačně) vyloučila předložení zakázek těch uchazečů, kteří obdobné zakázky realizovali mimo území České republiky. K námitce tzv. opomenutého důkazu žalovaný uvedl, že tento se objevil opožděně až v replice k jeho vyjádření k žalobě, nikoli v žalobě samotné.

pokračování

[13] Stěžovatelka v replice reagovala na vyjádření žalovaného s tím, že návrhem na důkaz v podobě pokynů COCOF pouze precizovala svoji argumentaci v žalobě týkající se výše odvodu. Nemůže jít tedy o návrh opožděný, nehledě na to, že důkazy lze navrhnout po celou dobu soudního řízení. Současně obsáhle citovala z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 3. 2017, č. j. 2 Afs 142/2016 – 32, s tím, že zde byly podmínky výběru dodavatele nastaveny naprosto shodně jako v nyní souzené věci, v níž rovněž stěžovatelku nelze činit odpovědnou za porušení rozpočtové kázně.

IV. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[14] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil formální náležitosti kasační stížnosti a shledal, že kasační stížnost byla podána včas, směřuje proti rozhodnutí, proti němuž je podání kasační stížnosti přípustné, a stěžovatelka je řádně zastoupena. Poté přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů, ověřil při tom, zda napadený rozsudek netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.), a dospěl k následujícímu závěru.

[15] Kasační stížnost je důvodná.

[16] Jádrem sporu je posouzení toho, zda vůbec v daném případě byly dány důvody pro vyměření odvodu (do státního rozpočtu a do Národního fondu) za porušení rozpočtové kázně – a pokud ano, zda byla výše vyměřeného odvodu proporcionální. Ještě před samotným posouzením těchto dvou stěžejních otázek se ovšem Nejvyšší správní soud zabýval – v návaznosti na obsah kasační stížnosti – otázkami procesního charakteru.

[17] Nejprve k namítanému porušení procesních práv stěžovatelky v rámci odvolacího řízení z důvodu nemožnosti reagovat na změnu či rozšíření právní argumentace žalovaného v důsledku jeho odkazu na porušení zásady rovného zacházení. Je pravdou, že žalovaný v odůvodnění obou odvolacích rozhodnutí odkazuje na str. 9 nejen na porušení zásady zákazu diskriminace, ale (nově) i na porušení zásady rovného zacházení. V tomto postupu ovšem nelze spatřovat rozšíření či snad dokonce změnu dosavadní právní kvalifikace případu, jak se mylně domnívá stěžovatelka. Právní posouzení věci zůstalo i v odvolacím řízení stále stejné a skutečnost, že žalovaný k porušení zásady zákazu diskriminace doplnil i porušení zásady rovného zacházení na tom nic nemůže změnit. Jedná se v podstatě o tutéž zásadu, pouze nahlíženou z různých stran: jednou jako zásadu zakazující (negativní) – zásada zákazu diskriminace (tedy zákaz odlišného zacházení), podruhé jako zásadu příkazující (pozitivní) – zásada rovného zacházení (tedy příkaz zacházet stejně, neodlišovat). Mezi oběma zásadami není žádná výraznější dělící linie; ostatně stěžovatelka ji ani nenaznačuje, pouze formalisticky lpí na tom, že došlo rozšíření právní kvalifikace věci, což není pravda. Zásada zákazu diskriminace je v podstatě odvrácenou stranou zásady rovného zacházení, jak zmínil Nejvyšší správní soud již v rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 – 152, publ. pod č. 1771/2009 Sb. NSS. Kasační námitka týkající se porušení procesních práv stěžovatelky v odvolacím řízení není důvodná.

[18] Druhé namítané porušení procesních práv stěžovatelky se vztahuje již k řízení před krajským soudem a týká se neprovedení důkazu v podobě pokynů COCOF, které stěžovatelka navrhla v rámci své repliky na vyjádření žalovaného k žalobě. K tomu považuje Nejvyšší správní soud za nutné připomenout, že dokazování provádí soud při jednání; v rámci dokazování pak může zopakovat nebo doplnit důkazy provedené správním orgánem (§ 77 odst. 1 a 2 s. ř. s.). Obecně tedy bylo nepochybně možné doplnit dokazování provedením listinného důkazu – pokynů COCOF. Základním předpokladem pro tento postup ovšem bylo to, že k projednání věci bude nařízeno jednání, což se v tomto případě nestalo. Krajský soud o své vůli jednání nenařídil a rozhodoval o věci samé bez nařízení jednání za splnění podmínek podle § 51 odst. 1 s. ř. s., tj. za (konkludentního) souhlasu obou účastníků řízení. V této situaci tedy nelze důvodně vyčítat krajskému soudu, že neprovedl důkaz listinou – pokyny COCOF, resp. že se jedná o tzv. opomenutý důkaz (tak by tomu bylo v situaci, kdyby stěžovatelka v průběhu jednání daný důkaz navrhla a krajský soud by o něm nerozhodl – neprovedl by ho, aniž to adekvátně zdůvodnil). Není přitom podstatné, že stěžovatelka učinila návrh na provedení daného důkazu ve své replice v rámci precizace původních žalobních bodů – k tomu viz usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 2. 2016, č. j. 7 As 93/2014 – 48, publ. pod č. 3380 Sb. NSS, dle kterého navrhne-li účastník řízení o žalobě provedení důkazů před správním soudem, nelze takový návrh považovat za nesouhlas s rozhodnutím bez jednání ve smyslu § 51 odst. 1 s. ř. s. Ani druhá kasační námitka procesního charakteru tedy není důvodná.

[19] Nyní k základní podstatě věci – tedy otázce porušení rozpočtové kázně, za něž byl odvod vyměřen. Podle § 44 odst. 1 písm. b) rozpočtových pravidel, ve znění do 29. 12. 2011, se za porušení rozpočtové kázně považuje „*neoprávněné použití nebo zadržení peněžních prostředků poskytnutých ze státního rozpočtu, státního fondu, Národního fondu nebo státních finančních aktiv jejich příjemcem.*“ Neoprávněným použitím peněžních prostředků státního rozpočtu či Národního fondu se dle legální definice v § 3 písm. e) rozpočtových pravidel rozumí „*...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; dále se jím rozumí i to, nelze-li prokázat, jak byly tyto peněžní prostředky použity.*“

[20] Z uvedeného je patrné, jaké jednání obecně může znamenat porušení rozpočtové kázně. V nyní souzené věci toto jednání spočívalo v tom, že stěžovatelka v rámci veřejné zakázky poptávala dodání celopodnikového informačního systému, které mělo být částečně (ve výši 60 %) financováno pomocí dotace, použila jednak diskriminační kvalifikační předpoklad, jednak diskriminační hodnotící kritéria.

[21] Pokud jde o zmíněný kvalifikační předpoklad, tento byl obsažen v zadávací dokumentaci (bod 4. *Požadavky na splnění kvalifikace*, 4.2 *Požadavky na prokázání technické způsobilosti*) a požadoval předložení seznamu alespoň dvou zakázek implementovaných v České republice s uvedením rozsahu a doby plnění (bod 4.2.1). Tento požadavek správce daně, potažmo žalovaný, neshledal jako opodstatněný, neboť realizace dodávek v České republice nepochybně nevykazuje podstatné odlišnosti od obdobných dodávek realizovaných mimo území České republiky. Stěžovatelka v pozici zadavatele veřejné zakázky tak uvedeným vymezením technického kvalifikačního předpokladu nedůvodně

pokračování

vyloučila předložení nabídek potenciálních dodavatelů, kteří prováděli dodávky mimo Českou republiku, což vedlo k jejich diskriminaci a v konečném důsledku to mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

[22] Jde-li o hodnotící kritéria, tato byla obsažena v zadávací dokumentaci (bod 7.1 *Kritéria a jejich váhy*), kde stěžovatelky stanovila dílčí hodnotící kritérium „*Zkušenosti žadatele a projektový tým*“ s váhou 10%, které bylo blíže specifikováno v příloze č. 3 zadávací dokumentace, kde bylo mj. uvedeno jako kritérium: délka působení na trhu a stabilita dodavatele – počet zaměstnanců. Takto nastavená dílčí hodnotící kritéria nebyla podle správce daně i žalovaného opodstatněná pro kvalitu vlastního plnění předmětu zakázky a byla stanovena v rozporu se zásadou zákazu diskriminace. Jejich uplatněním mohlo dojít k omezení práva potenciálních dodavatelů na účast v zadávacím řízení a v konečném důsledku opět mohlo dojít k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.

[23] Tyto závěry správních orgánů, které posléze aproboval i krajský soud (za současného kritického zhodnocení pasivity stěžovatelky v odvolacím řízení), odpovídají tomu, že porušení zásady zákazu diskriminace nelze vztahovat jen na diskriminaci zjevnou, kdy zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku, nýbrž také na diskriminaci skrytou; o tuto formu (skryté) diskriminace se přitom jedná i v případě, kdy 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; k tomu srov. zejm. výše citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008 – 152.

[24] Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy zjevná nepřiměřenost kvalifikačních předpokladů, jež byla v daném případě shledána u požadavku alespoň dvou zakázek implementovaných v České republice. Takový požadavek je s ohledem na předmět plnění veřejné zakázky (dodání celopodnikového informačního systému) zjevně disproporční a ve výsledku diskriminační vůči všem dodavatelům, kteří mají menší či žádné zkušenosti s dodávkami v České republice. Stěžovatelkou zvolená vazba na Českou republiku totiž není nijak funkčně zdůvodněna a sama skutečnost, že stěžovatelka sídlí v České republice, není a nemůže být dostačující. Tato skutečnost sama o sobě neznámá, že dodavatel musí mít zkušenosti s dodáním v České republice; mnohem důležitější je, jestli má zkušenosti v daném oboru, resp. s předmětem dané zakázky jako takovým (nikoli s tím, kde má být tento předmět geograficky realizován).

[25] Zjednodušeně řečeno – prokázání toho, že dodavatel již v minulosti (alespoň dvakrát) dodával do České republiky, ještě samo o sobě neznámá garanci ničeho; důležité z hlediska kompetence dodavatele jsou jeho zkušenosti jako takové, nikoli geograficky podmíněné. Požadovaný kvalifikační předpoklad lze proto podle názoru Nejvyššího správního soudu vnímat jako vskutku excesivní a vybočující z oprávněných potřeb stěžovatelky jako zadavatele dané zakázky. Ostatně stěžovatelka v tomto ohledu nebyla

schopna podpořit stanovený kvalifikační předpoklad žádnými legitimními ekonomickými zájmy. V žalobě sice zmínila české technické, bezpečnostní či právní normy, které je nutno dodržovat, neuvedla však žádná konkrétní specifika, v důsledku nichž by bylo možno daný kvalifikační předpoklad akceptovat. V kasační stížnosti se pak omezila na obecné floskule o snaze, aby zakázku zpracoval profesionál v daném oboru s patřičnými zkušenostmi. Zkušenosti dodavatele jsou jistě legitimním požadavkem, avšak jejich vazba na Českou republiku již legitimní není, resp. postrádá jakoukoli rozumnou ekonomickou funkci a ve výsledku vede k selekci některých dodavatelů, o níž lze hovořit jako o skryté diskriminaci. Obdobně srov. *mutatis mutandis* např. závěry z rozsudků Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 8. 2018, č. j. 9 As 195/2017 – 47, a ze dne 5. 9. 2018, č. j. 10 As 192/2017 – 54, v nichž byl posuzován případ, kdy zadavatel nebyl schopen racionálně ekonomicky vysvětlit požadavek na zajištění servisního střediska pro opravy na území České republiky.

[26] V judikatuře vyslovené závěry ohledně zákazu (zjevné i skryté) diskriminace jsou obecně aplikovatelné na veškeré postupy zadavatelů v zadávacích řízeních, tedy mj. i na stanovení hodnotících kritérií, jakkoli jinak je nutno hodnotící kritéria a kvalifikační předpoklady důsledně odlišovat. Obdobnou optikou jako k výše rozebíranému kvalifikačnímu předpokladu lze proto přistoupit též k hodnotícím kritériím, která v daném případě rovněž není možné mít za úměrná předmětu veřejné zakázky.

[27] Délka působení na trhu a počet zaměstnanců, jakožto kritéria pro výběr nejlepší nabídky, nemohou obstát, jestliže nutně nesouvisí s předmětem veřejné zakázky; tuto nutnost nebyla stěžovatelka schopna nijak rozumně ekonomicky podložit. Případná náročnost zakázky a její zdárná realizace je podmíněna především kvalitou, nikoli prostou kvantitou – tedy počtem zaměstnanců. Podobně prostá délka působení na trhu nevypovídá nic o kvalitě dodavatele. Podstatné jsou především zkušenosti s implementací informačních systémů v obdobném rozsahu, jaký byl dán posuzovanou veřejnou zakázkou. Proto, požadovala-li stěžovatelka v roli dodavatele informačního systému stabilního a dostatečného profesionála na trhu schopného nejen dokončit zakázku, ale garantovat též pozáruční servis, mohla a měla požadovat především doložení určitého množství referenčních zakázek se stejným nebo podobným předmětem plnění; to je z hlediska schopnosti zakázku úspěšně realizovat skutečně vypovídající. V tomto ohledu lze analogicky odkázat např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 12. 2011, č. j. 9 Afs 37/2011 – 82, v němž byl jako diskriminační posouzen kvalifikační předpoklad spočívající v prosté délce advokátní praxe (20 let), neboť podstatnou se v daném případě nejevila délka praxe dodavatele coby advokáta, ale především zkušenosti s převody bytových jednotek v obdobném rozsahu, jaký byl dán posuzovanou veřejnou zakázkou.

[28] Nejvyšší správní soud vnímá v řadě případů nelehkou situaci stěžovatelky v pozici zadavatele v procesu zadávání veřejných zakázek (danou složitostí procesu zadávacích řízení i vazbou na dotační orgány v situaci, kdy má být předmět plnění veřejné zakázky financován z dotačních prostředků) a rovněž nezpochybňuje právo stěžovatelky vymezit si dle vlastních potřeb podmínky související s předmětem plnění veřejné zakázky, neboť je to právě zadavatel, který nejlépe zná své vlastní potřeby a je schopen je co nejpřesněji a věcně nejlépe definovat. Přesto však zadavatel musí mít na paměti, že je v tomto ohledu vázán právními předpisy, resp. rozhodnutím o poskytnutí dotace, jehož součástí jsou i podmínky poskytnutí dotace a pravidla pro výběr dodavatelů. V opačném případě, postupuje-li

pokračování

v rozporu s právními předpisy či podmínkami dotace, dopouští se porušení rozpočtové kázně, jako v nyní projednávaném případě.

[29] Zásada zákazu diskriminace byla v rozhodné době obsažena v § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), a na potřebu postupu v souladu s tímto zákonem odkazovaly i podmínky poskytnutí dotace [hlava I., článek II., bod 2d)], vč. pravidel pro výběr dodavatelů tvořících přílohu těchto podmínek (kde bylo konstatováno, že „výběr dodavatele musí být objektivní, transparentní a nediskriminační“). Takto stanovené podmínky plynoucí primárně ze zákona o veřejných zakázkách jsou zcela jasné a srozumitelné. Ostatně po celou dobu řízení před správními orgány ani před krajským soudem tuto skutečnost stěžovatelka nijak nerozporovala. Až v replice v rámci řízení o kasační stížnosti se dovolávala rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 142/2016 – 32, který dospěl k závěru, že pravidla pro výběr dodavatelů nesplňují v otázce zákazu diskriminace požadavky jednoznačnosti, určitosti a srozumitelnosti. Závěry citovaného rozsudku ovšem nelze mechanicky aplikovat též na nyní projednávanou věc, která vykazuje některé podstatné odlišnosti, mj. to, že zakázka zde byla hrazena z více než 50 % z peněžních prostředků z veřejných zdrojů; stěžovatelka tudíž spadá do působnosti zákona o veřejných zakázkách, neboť byla dotovaným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 3 tohoto zákona, a byla zavázána obecným zákazem diskriminace tak, jak byl jednoznačně a srozumitelně vyjádřen v § 6 zákona o veřejných zakázkách.

[30] Stěžovatelka z pozice dotovaného zadavatele zákazu diskriminace při výběru dodavatele nedostála, porušila tudíž povinnost stanovenou právním předpisem (§ 6 zákona o veřejných zakázkách) a podle názoru Nejvyššího správního soudu zde byly dány důvody pro vyměření odvodu za porušení rozpočtové kázně. Námitka stěžovatelky, že neexistoval důvod pro vyměření (sankčního) odvodu, proto není důvodná.

[31] Naopak důvodná je poslední kasační námitka směřující vůči (ne)proporcionality vyměření odvodu. Krajský soud v tomto ohledu odkazoval na judikaturu Nejvyššího správního soudu a připustil v podstatě odvod odpovídající maximální výši dotace, která činila 60 % způsobilých výdajů. V tomto směru není podstatné, že maximální částka dotace mohla činit až 660 000 Kč. Podstatné je, jaké byly skutečné způsobilé výdaje, neboť pouze 60 % z nich mohlo být v rámci dotace proplaceno. Tyto výdaje činily částku 800 411 Kč, z níž žalovaný, resp. správce daně zcela logicky odvozoval výši odvodu, který stanovil právě na hranici 60 % posledně uvedené částky, tj. 480 247 Kč.

[32] Jinými slovy – správce daně potažmo žalovaný vyměřil odvod v maximální možné výši dotace připadající na 60 % způsobilých výdajů. Při stanovení této výše odvodu za porušení rozpočtové kázně ovšem pominul zásadu přiměřenosti (proporcionality), tedy rozumného vztahu mezi závažností porušení rozpočtové kázně a výší za ně předepsaného odvodu; k tomu viz usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 10. 2018, č. j. 1 Afs 291/2017 – 33.

[33] Na základě uvedeného nemůže rozhodnutí žalovaného obstát, stejně jako napadený rozsudek, který postup žalovaného aproboval. Dlužno dodat, že se tak stalo v době, kdy relevantní judikatura obsahovala několik názorových proudů, které ujednotil až teprve nedávno rozšířený senát Nejvyššího správního soudu právě ve výše citovaném usnesení č. j. 1 Afs 291/2017 – 33. Ve světle závěrů tohoto usnesení je přitom patrné, že i v nyní projednávaném případě musel správce daně, resp. žalovaný vážit, zda je důvod k odvodu v plné výši peněžních prostředků poskytnutých ze státního rozpočtu a z Národního fondu, či pouze v částečné výši odpovídající závažnosti a významu porušení povinnosti ze strany stěžovatelky. To se evidentně nestalo, rozhodnutí žalovaného v tomto ohledu postrádá náležité odůvodnění, z něhož by byla patrná jakákoli seriózní úvaha ohledně výše odvodu odpovídající okolnostem věci a závažnosti porušení rozpočtové kázně.

[34] K tomu Nejvyšší správní soud považuje za vhodné závěrem poznamenat, že stěžovatelka není nucena vracet poskytnutou dotaci z důvodu nějakého drobného „formálního“ pochybení, nýbrž proto, že diskriminačním způsobem zadala veřejnou zakázku v řádu okolo jednoho milionu korun. Na druhou stranu není udržitelné, aby bez posouzení bližších okolností tohoto pochybení stěžovatelky, vč. toho, zda byl dodržen účel dotace, došlo automaticky k vyměření odvodu v částce plné výše dotace (odpovídající 60 % způsobilých výdajů na projekt celopodnikového informačního systému). Je nezbytné nalézt vždy rozumný poměr mezi závažností porušení rozpočtové kázně a výší za ně předepsaného odvodu; v dalším řízení přitom bude primárně na úvaze žalovaného, jak k této otázce přistoupí a zda se v tomto směru nechá inspirovat např. poměry obsaženými ve stěžovatelkou předkládaných pokynech COCOF.

V. Závěr a náklady řízení

[35] Na základě výše uvedeného Nejvyšší správní soud shledal kasační stížnost důvodnou, a proto v souladu s § 110 odst. 1 s. ř. s. zrušil rozsudek krajského soudu (výrok I.).

[36] Zruší-li Nejvyšší správní soud rozhodnutí krajského soudu, a pokud již v řízení před krajským soudem byly pro takový postup důvody, současně se zrušením rozhodnutí krajského soudu může sám podle povahy věci rozhodnout o zrušení rozhodnutí správního orgánu [§ 110 odst. 2 písm. a) s. ř. s.]. V dané věci by krajský soud – v souladu s vysloveným závazným právním názorem a charakterem vytýkaných vad – neměl jinou možnost, než zrušit rozhodnutí žalovaného, Nejvyšší správní soud proto v souladu s § 110 odst. 2 písm. a) ve spojení s § 78 odst. 1 a 4 s. ř. s. rozhodl tak, že sám rozhodnutí žalovaného ze dne 1. 12. 2014, č. j. 32143/14/5000-10470-710142, a č. j. 32144/14/5000-10470-710142, zrušil a obě dvě věci mu vrátil k dalšímu řízení (výrok II.).

[37] V dalším řízení je žalovaný vázán výše vysloveným právním názorem zdejšího soudu, který lze stručně shrnout tak, že stěžovatelku lze činit odpovědnou za porušení rozpočtové kázně, avšak při stanovení samotné výše odvodu nelze mechanicky vyjít z částky odpovídající plné výši dotace, ale je nutno zvažovat všechny podstatné okolnosti konkrétního porušení rozpočtové kázně a vycházet z principu proporcionality (tedy

pokračování

z rozumného poměru mezi závažností porušení rozpočtové kázně a výší za ně předepsaného odvodu).

[38] Podle § 110 odst. 3 věty druhé s. ř. s. rozhodne Nejvyšší správní soud v případě, že zruší podle § 110 odst. 2 písm. a) s. ř. s. rozhodnutí žalovaného, o nákladech řízení o kasační stížnosti i o nákladech řízení před krajským soudem. Náklady řízení o žalobě a náklady řízení o kasační stížnosti tvoří v tomto případě jeden celek a Nejvyšší správní soud rozhodl o jejich náhradě výrokem vycházejícím z § 60 s. ř. s., pro část řízení ve spojení s § 120 s. ř. s. (výrok III.).

[39] Stěžovatelka měla ve věci plný úspěch, proto jí podle § 60 odst. 1 s. ř. s. přísluší vůči neúspěšnému žalovanému právo na náhradu nákladů řízení. Tyto náklady jsou tvořeny souhrnnou částkou 11 000 Kč za soudní poplatky: (i) za dvě žaloby ve výši 3000 Kč a (ii) za jednu kasační stížnost ve výši 5000 Kč (2 x 3000 Kč + 5000 Kč).

[40] Dále jsou náklady řízení tvořeny částkou připadající na zastoupení stěžovatelky advokátem JUDr. Ing. Ondřejem Lichnovským – a to jak v řízení před krajským soudem, tak v řízení před Nejvyšším správním soudem. Pro určení výše nákladů spojených s tímto zastoupením se použije v souladu s § 35 odst. 2 s. ř. s. vyhláška č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „advokátní tarif“). Vzhledem ke spojení věcí v řízení před krajským soudem je nutno uvažovat toliko tři úkony právní služby (ke sp. zn. 65 Af 2/2015), jimiž jsou příprava a převzetí zastoupení a dvě podání soudu ve věci samé (§ 11 odst. 1 písm. a) a d) advokátního tarifu), jimiž jsou žaloba ke krajskému soudu a replika k vyjádření žalovaného. V důsledku spojení obou věcí se přitom za tarifní hodnotu pro určení sazby mimosmluvní odměny za jednotlivý úkon považuje součet tarifních hodnot spojených věcí; tj. částka 100 000 Kč (§ 9 odst. 4 písm. d) ve spojení s § 12 odst. 3 advokátního tarifu). Odměna za jeden úkon tedy činí 5100 Kč (§ 7 bod 5 advokátního tarifu), k čemuž je potřeba připočíst paušální náhradu hotových výdajů (§ 13 odst. 3 advokátního tarifu) ve výši 300 Kč, což činí dohromady za řízení před krajským soudem 16 200 Kč (3 x 5100 Kč + 3 x 300 Kč). V řízení před Nejvyšším správním soudem zástupce stěžovatelky učinil celkem dva úkony právní služby – a sice dvě písemná podání soudu ve věci samé (§ 11 odst. 1 písm. d) advokátního tarifu), jimiž jsou kasační stížnost a replika k vyjádření žalovaného, přičemž za každý tento úkon mu náleží mimosmluvní odměna ve výši 3100 Kč (§ 9 odst. 4 písm. d), ve spojení s § 7 bodem 5. advokátního tarifu), která se zvyšuje o 300 Kč paušální náhrady hotových výdajů (§ 13 odst. 3 advokátního tarifu), což činí dohromady za řízení před Nejvyšším správním soudem 6800 Kč (2 x 3100 Kč + 2 x 300 Kč). V součtu za řízení před krajským soudem a před Nejvyšším správním soudem se tedy jedná o částku 23 000 Kč (16 200 + 6800 Kč), zvýšenou o DPH v sazbě 21% na částku 27 830 Kč.

[41] Celková výsledná částka náhrady nákladů řízení před krajským soudem a před Nejvyšším správním soudem tak činí 38 830 Kč (11 000 Kč + 27 830 Kč), kterou je žalovaný povinen zaplatit stěžovateli k rukám jejího zástupce JUDr. Ing. Ondřeje

Lichnovského, advokáta se sídlem Palackého 151/10, Prostějov, ve lhůtě 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

P o u ě n í: Proti tomuto rozsudku **n e n í** opravný prostředek přípustný.

V Brně dne 21. února 2019

JUDr. Jakub Camrda
předseda senátu