



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Praze rozhodl v senátu složeném z předsedy Mgr. Ing. Petra Šuránka a soudců Mgr. Jana Čížka a JUDr. Davida Krysky ve věci

žalobkyně: **BIOENERGO - KOMPLEX, s.r.o.**, IČO: 27888754
sídlem Pod Hroby 130, Kolín IV, Kolín

zastoupena advokátkou JUDr. Sylvií Sobolovou
sídlem Jungmannova 745/24, Nové Město, Praha 1

proti

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

o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 27. 3. 2020, č. j. 12810/20/5000-10480-712507,

takto:

- I. Rozhodnutí žalovaného ze dne 27. 3. 2020, č. j. 12810/20/5000-10480-712507, se ruší a věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný je povinen zaplatit žalobkyni na náhradě nákladů řízení částku 11 228 Kč, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám advokátky JUDr. Sylvie Sobolové.

Odůvodnění:

Vymezení věci a obsah podání účastníků

1. Žalobkyně se žalobou podle části třetí, hlavy druhé, dílu prvního zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“) domáhá zrušení v záhlaví označeného rozhodnutí (dále jen „napadené rozhodnutí“), jímž žalovaný zamítl její odvolání a potvrdil platební výměry Finančního úřadu pro Středočeský kraj (dále jen „správní orgán I. stupně“) ze dne 26. 4. 2019, č. j. 2171838/19/2100-31475-203194 (dále jen „platební výměr A“) a č. j. 2171995/19/2100-31475-203194 (dále jen „platební výměr B“,

a společně s platebním výměrem A dále jen „platební výměry“). Správní orgán I. stupně žalobkyni za porušení rozpočtové kázně vyměřil platebním výměrem A odvod do státního rozpočtu ve výši 601 832 Kč a platebním výměrem B odvod do Národního fondu II ve výši 3 410 380 Kč. Učinil tak v souvislosti se žádostí žalobkyně o podporu projektu „*Výroba zelené elektrické energie z biomasy*“ (dále jen „dotační projekt“) a k veřejné zakázce na dodávky „*Dodávka technologie elektrárny na výrobu elektrické energie z biomasy*“ (dále jen „sporná VZ“), při jejímž zadávání mělo dojít k porušení zákazu diskriminace.

2. Žalobkyně namítá, že žalovaný a správní orgán I. stupně nereflektovali časovou působnost dotačních pravidel, jejichž porušení mělo založit porušení rozpočtové kázně žalobkyní, a aplikovali tato pravidla retroaktivně. Výzva k podání nabídky v rámci zadávacího řízení pro spornou VZ byla uveřejněna 19. 11. 2009 a dne 7. 12. 2009 došlo k výběru nejvhodnější nabídky. Dotace byla poskytnuta v rámci Operačního programu Podnikání a inovace na základě rozhodnutí Ministerstva průmyslu a obchodu o poskytnutí dotace ze dne 15. 11. 2010, č. j. 1965-10/3.1EED02-632/10/08200 (dále jen „rozhodnutí o poskytnutí dotace“). Součástí rozhodnutí o poskytnutí dotace byly mimo jiné Podmínky poskytnutí dotace v rámci prioritní osy 3 Efektivní energie, oblasti podpory 3.1 Úspory energie a obnovitelné zdroje energie, programu EKO-ENERGIE (dále jen „podmínky PD“) a Pravidla pro výběr dodavatelů č. j. 15891/10/08100 (dále jen „pravidla VD“). Žalobkyně následně obdržela dne 27. 2. 2014 dotaci v konečné výši 90 000 000 Kč. Žalobkyně neporušila jako příjemce dotace povinnost při výběru dodavatelů postupovat v souladu se zákonem a pravidly VD. Práva a povinnosti žalobkyně týkající se dotace vznikly až na základě rozhodnutí o poskytnutí dotace, proto nebylo možné retroaktivně podmínky PD či pravidla VD aplikovat na jednání žalobkyně. Podmínky PD stanoví, že jsou závazné ode dne, kdy bylo vydáno rozhodnutí o poskytnutí dotace. Žalobkyně až v den vydání rozhodnutí o poskytnutí dotace byla seznámena se všemi podmínkami, které byla povinna dodržovat. Závěr žalovaného o tom, že již při podání žádosti o dotaci se na ni podmínky PD vztahovaly, je proto mylný. Ani z čestného prohlášení žalobkyně k žádosti nevyplývá, že by prohlásila, že v minulosti neporušila některou z dotačních podmínek. Mimo jiné prohlásila, že je „*bude*“ povinna plnit a jejich neplnění „*bude*“ porušením rozpočtové kázně.
3. Dále žalobkyně namítá, že odvody jí byly uloženy po uplynutí prekluzivní lhůty podle zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), ve znění zákona č. 26/2008 Sb. (dále jen „rozpočtová pravidla“). Porušení rozpočtové kázně mělo nastat v nastavení diskriminačního požadavku na technickou kvalifikaci dodavatele v zadávací dokumentaci, tedy v roce 2009. Dodavatel byl vybrán 7. 12. 2009, přičemž podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2009 Sb. (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“) nebylo možné zadávací podmínky již měnit. Je proto mylný závěr, že pochybení trvalo v okamžiku přijetí dotace a k tomuto okamžiku nastalo porušení rozpočtové kázně. Aby se totiž jednalo o trvající delikt, musela by žalobkyně mít možnost případné pochybení napravit. To jí ale zákon o veřejných zakázkách zakazoval. Napadené rozhodnutí bylo vydáno 27. 3. 2020. Uložením pokuty se rozumí pravomocné rozhodnutí. Lhůta k uložení odvodu proto započala svůj běh 1. 1. 2010 a marně uplynula 1. 1. 2020. V této lhůtě k pravomocnému uložení odvodu nedošlo.
4. Podle žalobkyně dále nebyla splněna procesní podmínka pro uložení odvodu za porušení rozpočtové kázně, konkrétně vydání výzvy poskytovatele dotace k jejímu dobrovolnému vrácení. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) ze dne 21. 3. 2019,

č. j. 1 Afs 293/2018-28, přitom vyplývá, že odvod za porušení rozpočtové kázně nemůže být vyměřen, pokud není postaveno na jisto, že poskytovatel dotace vyzval příjemce dotace k jejímu vrácení. Podle NSS tento krok musí předcházet uložení odvodu a poskytovatel dotace musí umožnit příjemci dotace pochybení na základě výzvy napravit, a aktivovat tak fikci neporušení rozpočtové kázně. Taková výzva není součástí podkladů pro vydání platebních výměrů a žalobkyně takovou výzvu nikdy neobdržela. Žalovaný splnění této podmínky neověřoval.

5. Žalobkyně rovněž brojí proti závěru o diskriminační povaze jejího požadavku na předložení referencí o dodávkách technologie z území České republiky (dále jen „ČR“), Slovenska, Německa, Rakouska nebo Polska. Tento požadavek byl ovlivněn unikátností technologie projektu elektrárny na spalování biomasy, kterou potvrzuje znalecký posudek Ing. Filipa Klepsy, Ph.D., ze dne 19. 1. 2012 (dále jen „znalecký posudek 2012“) a která vyžaduje určité klimatické podmínky v místě jejího plánovaného umístění. Jedním z klíčových faktorů je způsob vzduchového chlazení energetického zdroje využívající tepelnou výměnu s okolním prostředím, přičemž budování systému chlazení se odvíjí od teploty podnebí. Podnebí střední Evropy se zásadně liší od severní a jižní Evropy či jiných oblastí, a to teplotou a vlhkostí vzduchu. Závěr, že v rámci mírného severního pásu Evropy nemohou existovat výraznější specifika, je proto mylný. Důležitost vlhkosti a teploty vzduchu potvrzují prezentace Ministerstva energetiky Spojených států amerických, dokument Evropské komise *„Referenční dokument k aplikování nejlepší dostupných technik (BAT) na průmyslové chladicí soustavy“* a disertační práce *„Nízkoenergetické chlazení budov“*. Vyplývá z nich rozdílnost klimatických podmínek v Evropě i v rámci mírného severního pásu. Požadavek na reference z klimaticky blízkých zemí je proto racionálně obhajitelný a legitimní. Náзор, že měl být definován až ve smlouvě o dílo, je v rozporu s judikaturou NSS, podle které je smyslem a účelem prokazování kvalifikace nalézt dodavatele s požadovanou odborností a možnostmi pro realizování zakázky. Podle rozsudku NSS ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, skrytá diskriminace představuje *„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“*. Žalovaný se ale splněním podmínky *„zjevné nepřiměřenosti“* kvalifikačního požadavku nezabýval a ani je neprokázal. Argument, že zákon o veřejných zakázkách nepředvídal možnost požadovat místo plnění u referenčních zakázek na dodávky, považuje žalobkyně za přepjatý formalismus.
6. Podle žalobkyně i v případě, že by uvedené námitky byly liché, byly odvody vyměřené platebními výměry uloženy v nepřiměřené výši, která celkově činí 4 012 212 Kč, což odpovídá 5 % z poskytnuté dotace. Podle pokynu Generálního finančního ředitelství D-38, č. j. 74816/18/7500-30091 (dále jen „pokyn D-38“), je za pochybení zadavatele, které mohlo mít vliv na výsledek zadávacího řízení, možné uložit odvod ve výši 5 % až 50 % z částky použité na financování předmětné veřejné zakázky. Podmínkou však je skutečnost, že pochybení mohlo mít vliv na výsledek zadávacího řízení, což nebylo v projednávané věci prokázáno. Proti požadavku na doložení referencí ze zemí střední Evropy nebyly podány námitky, žádný uchazeč nebyl z důvodu jeho nesplnění vyloučen a výběr dodavatele projektu nebyl ze strany konkurentů žalobkyně zpochybněn. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 9. 3. 2016, č. j. 62 Af 9/2015-79, konstatoval, že *„pro dovození spáchání správního deliktu samotné nedodržení postupu podle [zákona o veřejných zakázkách] nestačí, ale je nezbytné, aby nastal též [zákonem o veřejných zakázkách] předpokládaný následek spočívající v tom, že byl nebo mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky, a to podstatným*

způsobem.“ Případné pochybení žalobkyně, nemělo vliv na výběr dodavatele projektu. Správní orgán I. stupně a žalovaný měli při stanovení odvodu postupovat podle čl. I bodu 14 přílohy pokynu D-38, který umožňuje uložení odvodu v rozsahu od 0,1 % do 1 % z výše dotace.

7. Žalovaný ve vyjádření navrhuje zamítnutí žaloby. Žalobní námitky jsou podobné odvolacím námitkám, a proto odkazuje na napadené rozhodnutí a správní spis. Podle bodu 36 pravidel VD měla žalobkyně povinnost postupovat podle pravidel VD platných v den vyhlášení veřejné zakázky. S odkazem na hlavu I čl. VII odst. 1 podmínek PD představuje neoprávněné použití nebo zadržení prostředků dotace porušení rozpočtové kázně ve smyslu rozpočtových pravidel. K porušení rozpočtové kázně došlo dne 27. 2. 2014 (připsáním dotace na účet příjemce dotace), a prekluzivní lhůta tak uplyne až 1. 1. 2025. Správní orgán I. stupně neměl povinnost výzvu vydat, neboť kontrola byla zahájena na základě vlastní vyhledávací činnosti. Požadavek na místo předchozích plnění nebyla žalobkyně oprávněna stanovit, mohla požadovat pouze předložení seznamu významných dodávek realizovaných v posledních třech letech. Omezení referenčních dodávek na pět zemí EU je v rozporu se zákazem diskriminace. Tím, že žalobkyně stanovila diskriminační technické kvalifikační předpoklady, „porušila“ pravidla VD, a dopustila se tak porušení rozpočtové kázně. Správce daně přitom nemá povinnost prokazovat, že k ovlivnění zadávacího řízení skutečně došlo, postačuje pouze to, že k ovlivnění dojít mohlo. Na žalobkyni pak spočívá, aby tyto pochybnosti vyvrátila. K výši odvodu uvádí, že pochybení žalobkyně bylo zásadní.
8. V replice žalobkyně poukazuje na to, že příslušná verze pravidel VD byla vydána až 17. 5. 2010, přičemž závazná byla až od 15. 11. 2010. Taková retroaktivita je protiústavní. S ohledem na znění hlavy I čl. I odst. 2 podmínek PD je tvrzení žalovaného o jejich zpětné aplikovatelnosti nepodložené a neprokázané. V okamžiku zadávání veřejné zakázky se podmínky PD na žalobkyni nevztahovaly, a nemohla je tak porušit. Navíc se nejedná o trvající delikt, neboť po obdržení nabídek nemohla žalobkyně podle zákona o veřejných zakázkách zadávací podmínky měnit. Ustanovení § 44 odst. 1 písm. j) bylo do rozpočtových pravidel vloženo až s účinností od 30. 12. 2011 (tj. po vydání rozhodnutí o poskytnutí dotace). Z rozsudku NSS č. j. 1 Afs 293/2018-28 vyplývá, že správce daně může sám vydat výzvu k dobrovolnému vrácení dotace, přičemž až při nevyhovění této výzvě bude na místě přistoupit k případnému vyměření odvodu. Toto splněno nebylo. Argumentace žalovaného stran vlivu případného pochybení na výběr dodavatele sporné veřejné zakázky je nepřezkoumatelná, neboť nijak nedovozuje vliv na výběr dodavatele.

Skutková zjištění vycházející z obsahu správního spisu

9. Žalobkyně uveřejnila dne 4. 9. 2009 ve Věstníku veřejných zakázek a dne 5. 9. 2009 v Úředním věstníku EU prostřednictvím elektronického informačního systému (*Tender Electronic Daily*; dále jen „systém TED“) oznámení o zakázce s názvem: „*Dodávka technologie elektrárny na výrobu elektrické energie z biomasy*“, evidenční číslo veřejné zakázky 60035847, s předpokládanou hodnotou zakázky 250 000 000,00 Kč bez DPH, přičemž se jednalo o nadlimitní veřejnou zakázku na dodávky. Lhůta pro podání nabídek byla stanovena do 27. 10. 2009 do 11:00 hodin. V rámci zadávacího řízení postupovala žalobkyně podle § 27 zákona o veřejných zakázkách a z hlediska druhu zadávacího řízení

se jednalo o otevřené řízení (dále jen „zadávací řízení č. 1“), přičemž ve stanovené lhůtě byla podána pouze jedna nabídka, a to nabídka společnosti SEA CZ, a.s., IČO 25588664 (dále jen „SEA CZ“). Rozhodnutím o zrušení zadávacího řízení ze dne 9. 11. 2009 bylo zadávací řízení č. 1 na základě doporučení hodnotící komise zrušeno z důvodu podání pouze jedné nabídky, která byla vyhodnocena podle § 22 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách jako nepřijatelná. Zrušení zadávacího řízení č. 1 bylo dne 16. 11. 2009 uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek a odesláno do systému TED. Následně podle § 22 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách zadala žalobkyně dne 26. 7. 2010 spornou VZ v jednacím řízení s uveřejněním (oznámení o zadání zakázky ze dne 6. 8. 2010, ev. č. formuláře 6004842703001) a postupovala podle § 29 zákona o veřejných zakázkách, přičemž předmět zakázky byl stejný jako u zadávacího řízení č. 1 (dále jen „zadávací řízení č. 2“).

10. Ze zadávací dokumentace ze dne 19. 11. 2009 plyne, že žalobkyně požadovala v zadávacím řízení dle § 56 odst. 7 písm. c) zákona o veřejných zakázkách prokázání kvalifikace takto: (i) *„dodavatel splňuje technický kvalifikační předpoklad, pokud v seznamu nejvýznamnějších dodávek uvede alespoň 3 dodávky na parní kotle 10 t/h a vyšší realizovaných v posledních třech letech na území ČR, Slovenska, Německa, Rakouska anebo Polska v souhrnném finančním objemu minimálně 100 mil Kč.“* a (ii) *„dodavatel splňuje technický kvalifikační předpoklad, pokud v seznamu nejvýznamnějších dodávek uvede alespoň 5 dodávek na turbínu o výkonu min. 6 MW realizovaných v posledních třech letech na území ČR, Slovenska, Německa, Rakouska anebo Polska v souhrnném finančním objemu min. 400 mil. Kč bez DPH.“* Tytéž podmínky k prokázání kvalifikace žalobkyně uvedla i v předchozí zadávací dokumentaci v zadávacím řízení č. 1.
11. Z rozhodnutí o poskytnutí dotace vyplývá, že žádosti žalobkyně o dotaci bylo vyhověno a ta bude poskytnuta pro účel dotačního projektu. Nedílnou součástí rozhodnutí o poskytnutí dotace jsou i podmínky PD. Podmínky PD byly dle svého čl. I odst. 2 závazné pro příjemce dotace ode dne, kdy bylo vydáno rozhodnutí o poskytnutí dotace. Žalobkyně jako příjemce dotace byla podle čl. II písm. d) podmínek PD povinna mimo jiné postupovat při výběru dodavatelů podle zákona o veřejných zakázkách a pravidel VD. Podle čl. VII podmínek PD je neoprávněné použití nebo zadržení prostředků dotace porušením rozpočtové kázně ve smyslu rozpočtových pravidel. Za neoprávněné použití prostředků dotace se považuje též nesplnění podmínek PD, jejich obecné i zvláštní části, jakož i pravidel, které tvoří jejich přílohy. Podle čl. VIII odst. 4 podmínek PD bude porušení rozpočtové kázně v ostatních případech postiženo odvodem ve výši, v jaké byla porušena rozpočtová kázeň.
12. Z protokolu správního orgánu I. stupně ze dne 6. 2. 2017, č. j. 413060/17/2100-31475-203194, vyplývá, že tohoto dne byla zahájena daňová kontrola žalobkyně ve vztahu k dotačnímu projektu.
13. Ve znaleckém posudku 2012 se uvádí, že technologie elektrárny související s dotačním projektem je unikátní, a to z hlediska konstrukčního i z hlediska účinnosti celého procesu.
14. Ve vyjádření ze dne 29. 1. 2018 žalobkyně mimo jiné uvedla, že z důvodu podmínek využití čisté biomasy vybírala *„dodavatele znalého technicko-ekonomických a [...] i klimatických podmínek středoevropských zemí.“*
15. Opatřením ze dne 16. 3. 2018, č. j. 1120170/18/2100-31475-203194, správní orgán I. stupně vyzval žalobkyni ke sdělení specifických parametrů nebo jiných skutečností, které by

zakládaly potřebu omezení výběru na dodavatele se zkušenostmi s dodávkami do uvedených zemí střední Evropy. Na to reagovala žalobkyně podáním ze dne 27. 3. 2018, ve kterém sdělila, že vymezení území nemělo jakoukoliv souvislost s místem sídla či působnosti dodavatele. Různé podnebné pásy vyžadují rozdílnost použitých technologií (např. v chlazení).

16. Z podání žalobkyně ze dne 5. 2. 2019 vyplývá, že na základě zadávacího řízení č. 2 byla mezi žalobkyní a společností SEA uzavřena dne 18. 1. 2012 smlouva o dílo (dále jen „smlouva o dílo“), jejímž předmětem bylo provedení díla spočívajícího ve výstavbě kompletního provozuschopného bloku kotle a turbíny s příslušenstvím.
17. Dne 10. 4. 2019 byla žalobkyně seznámena s výsledkem kontrolního zjištění. Ze zprávy o daňové kontrole ze dne 10. 4. 2019, č. j. 3604277/18/2100-31475-203194, mimo jiné vyplývá, že žalobkyně v rámci zadávacího řízení č. 1, jehož existence a výsledek byly podle § 22 zákona o veřejných zakázkách podmínkou pro použití zadávacího řízení č. 2, postupovala podle § 27 zákona o veřejných zakázkách, přestože se měla řídit pravidly VD. Dále žalobkyně stanovila v zadávací dokumentaci diskriminační technický kvalifikační předpoklad, neboť požadovala předložení seznamu nejvýznamnějších dodávek na parní kotle a turbínu realizovaných v posledních třech letech na území ČR, Slovenska, Německa, Rakouska a Polska. V rámci zadávacího řízení č. 1 tak žalobkyně nepostupovala podle bodu 3 pravidel VD a podle čl. II odst. 2 písm. d) podmínek PD, neboť pro zadávací řízení č. 1 stanovila požadavky, které zvýhodňovaly nebo vylučovaly ze soutěže určitý okruh dodavatelů, čímž došlo v konečném důsledku k porušení rozpočtové kázně ve smyslu § 44 odst. 1 písm. j) rozpočtových pravidel ve znění zákona č. 501/2012 Sb. ve výši dotace, která byla poskytnuta v souvislosti se zadávacím řízením, u kterého se porušení pravidel VD a podmínek PD vyskytlo. Správní orgán I. stupně zvážil okolnosti konkrétního porušení rozpočtové kázně a míru jeho závažnosti a v souladu se zásadou proporcionality vyměřil podle § 44a odst. 4 písm. c) rozpočtových pravidel ve znění zákona č. 501/2012 Sb. odvod za porušení rozpočtové kázně ve výši 5 % z částky dotace použité na financování sporné VZ, přičemž odvod za porušení rozpočtové kázně byl rozdělen dle poměru spolufinancování stanoveného v rozhodnutí o poskytnutí dotace na odvod do státního rozpočtu ve výši 15 % a odvod do Národního fondu II ve výši 85 %. Správní orgán I. stupně uvedl rovněž skutečnosti, jež při uložení odvodu podle pokynu D-38 zohlednil při posouzení míry závažnosti zjištěného pochybení.
18. Platební výměry byly žalobkyni doručeny dne 26. 4. 2019.
19. Proti platebním výměrům podala žalobkyně odvolání, v němž uplatnila obdobnou argumentaci jako v žalobě (s výjimkou námitky nevydání výzvy podle § 14f rozpočtových pravidel ve znění zákona č. 128/2016 Sb.). Dále také uvedla, že správní orgán I. stupně postihl platebními výměry žalobkyni za údajné vady zadávacího řízení č. 1, které však bylo později z její strany řádně zrušeno. Na základě zadávacího řízení č. 1 tedy nebyla dodána technologie pro dotační projekt a nedošlo ani k vynaložení žádných finančních prostředků z veřejných zdrojů. K tomu došlo až na základě následně uskutečněného zadávacího řízení č. 2 ve formě jednacích řízení s uveřejněním. Správní orgán I. stupně opomněl vzít v úvahu skutečnost, že i zadávací řízení č. 2 bylo řádně uveřejněno, a mohl se do něj tedy přihlásit předem neomezený počet uchazečů. Zadávací řízení č. 2 tak bylo na zadávacím řízení č. 1 zcela nezávislé a neomezovalo hospodářskou soutěž a žádného z účastníků nediskriminovalo. Neporušila ani minimální lhůtu pro předkládání nabídek.

20. Napadeným rozhodnutím žalovaný odvolání žalobkyně zamítl a platební výměry potvrdil. V odůvodnění uvedl, že v den vydání rozhodnutí o poskytnutí dotace byla žalobkyně seznámena se všemi podmínkami, jež byla povinna po celou dobu trvání dotačního projektu dodržovat, přičemž přijetím dotace dobrovolně akceptovala jak rozsah těchto podmínek, tak jejich obsah. Rozhodnutí o poskytnutí dotace a jím stanovené podmínky se tak vztahují na období předcházející okamžiku poskytnutí dotace i na období následující po okamžiku jejího poskytnutí. „Podmínky [rozhodnutí o poskytnutí dotace] *nebyly v době Oznámení o zakázce* [pro žalobkyni] *závazné, nicméně se závaznými staly dnem vydání předmětného* [rozhodnutí o poskytnutí dotace].“ Vzhledem k tomu, že zadávací řízení č. 1 bylo realizováno před vydáním rozhodnutí o poskytnutí dotace, měla žalobkyně postupovat podle podmínek PD platných v den vyhlášení sporné VZ v zadávacím řízení č. 1, což vyplývá z bodu 36 podmínek PD. Zároveň bylo podmínkami PD stanoveno, že příjemce dotace byl při výběru dodavatelů povinen postupovat podle zákona o veřejných zakázkách a podle pravidel VD. Jestliže jednáním žalobkyně byly porušeny podmínky rozhodnutí o poskytnutí dotace a toto porušení trvalo až do doby přijetí poskytnutých peněžních prostředků, představuje takové jednání porušení rozpočtové kázně odůvodňující stanovení odvodu. Obě zadávací řízení byla provedena až po podání žádosti o dotaci, a bylo tedy jasné, že žalobkyně měla v úmyslu financovat spornou VZ z peněžních prostředků poskytnuté dotace. Podáním žádosti o dotaci a podpisem rozhodnutí o poskytnutí dotace, jehož součástí je čestné prohlášení příjemce dotace, vyslovila žalobkyně souhlas s rozhodnutím o poskytnutí dotace, a zavázala se tak k jeho plnění a ke splnění stanovených podmínek, tj. mimo jiné postupovat při výběru dodavatelů v souladu se zákonem o veřejných zakázkách a pravidly VD.
21. Stran provázanosti obou zadávacích řízení žalovaný v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že v souladu s § 22 zákona o veřejných zakázkách bylo použití jednacím řízení s uveřejněním podmíněno předchozím konáním zadávacím řízení č. 1 jako otevřeného řízení a skutečností, že byly podány pouze neúplné nebo nepřijatelné nabídky. Dle tohoto ustanovení zadavatel v následně konaném jednacím řízení s uveřejněním nesmí podstatně změnit zadávací podmínky a musí jednacím řízení s uveřejněním zahájit bezprostředně po zrušení předchozího řízení, což žalobkyně splnila. V zadávací dokumentaci pro zadávací řízení č. 2 žalobkyně uvedla: „*Tato zadávací dokumentace (dále také „ZD“) navazuje na ZD k veřejné zakázce ev. č. 60035847 a obsahuje požadavky na doplnění nabídky pro jednacím řízení s uveřejněním s jediným uchazečem, který podal nabídku ve výše uvedeném otevřeném zadávacím řízení.*“ Jednalo se tak o postup podle § 22 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, při němž se pro jednacím řízení s uveřejněním nepoužijí § 29 až 32 zákona o veřejných zakázkách. U zadávacím řízení č. 2 se proto nejedná o zadávací řízení nezávislé na zadávacím řízení č. 1, do něhož by se mohl přihlásit neomezený počet uchazečů. Zadávací podmínky žalobkyně obě dvě řízení propojují, neboť přecházejí ze zadávacím řízení č. 1 do zadávacím řízení č. 2 a hodnocení zadávacích podmínek zadávacím řízení č. 2 nelze posuzovat izolovaně od zadávacích podmínek zadávacím řízení č. 1. Toto zadávací řízení totiž bylo pro ovlivnění potenciálního počtu případných zájemců o spornou VZ zcela zásadní a rozhodující. V zadávacím řízení č. 2 již žalobkyně oslovovala pouze jediného uchazeče, který podal nabídku v zadávacím řízení č. 1. V obou zadávacích řízeních byl požadavek na prokázání technických kvalifikačních předpokladů vymezen shodně. Ke znaleckému posudku 2012 žalovaný uvedl, že byl vyhotoven až po výběru dodavatele v roce 2012, a proto je pro posouzení dodržení zákonnosti při stanovení technických kvalifikačních předpokladů nevýznamný.

22. Ohledně nastavení technických kvalifikačních předpokladů žalovaný uvedl, že zákon o veřejných zakázkách uvádí taxativní výčet možností, které může zadavatel požadovat za účelem prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů u veřejných zakázek na dodávky, služby a stavební práce. Zadavatel proto není oprávněn požadovat po dodavatelích prokázání technických kvalifikačních předpokladů způsobem odlišným od znění předmětného zákona, a to za předpokladu, že požadavky zadavatele budou přiměřené ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Za pochybení ze strany zadavatele pak lze považovat situaci, pokud by nastavení technických kvalifikačních předpokladů bylo co do požadované úrovně technické způsobilosti „*zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky*“, ačkoliv by bezprostředně souviselo s předmětem veřejné zakázky. K požadavku na prokázání technických kvalifikačních předpokladů byla žalobkyně oprávněna podle § 56 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, podle nějž mohla požadovat předložení seznamu významných dodávek realizovaných dodavatelem v posledních třech letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění. Nebyla však oprávněna požadovat údaj o místě plnění referenčních dodávek. Zákon o veřejných zakázkách umožňoval stanovit tento technický kvalifikační předpoklad pouze ve vztahu k veřejným zakázkám na stavební práce.
23. Při zadávání sporné VZ měla žalobkyně povinnost postupovat podle čl. II odst. 2 písm. d) podmínek PD a podle § 6 zákona o veřejných zakázkách. Výběr dodavatele měl být transparentní a nediskriminační a měl být dodržován rovný přístup. Žalobkyně byla povinna při výběru dodavatele dodržovat dané zásady za všech okolností a s ohledem na ně vždy koncipovat zadávací podmínky tak, aby se soutěže o spornou VZ mohl zúčastnit co nejširší okruh potenciálních dodavatelů. Požadavky žalobkyně měly být odůvodněné tak, aby nedocházelo ke skryté diskriminaci, přičemž čím přísnější požadavky stanovila, tím vyšší nároky byly kladeny na jejich odůvodnění. Zadávací dokumentace sporné VZ v obou zadávacích řízeních však žádné odůvodnění neobsahovala. Žalobkyně sice následně odkazovala na unikátnost dotačního projektu a nutnost výběru dodavatele znalého klimatických podmínek středoevropských zemí, nicméně technické kvalifikační požadavky byly stanoveny obecně a byly omezené pouze výkonem pro turbínu a parní kotel. Blíže specifikovány však nebyly (např. druh spalovaného paliva, účel jejich použití atp.) a nebyla z nich patrná žádná souvislost se specifiky a jedinečností poptávané technologie. Navíc většina území Evropy leží v severním mírném pásmu, což vylučuje výraznější specifika, směrnice pro oblast emisí jsou stanovovány na úrovni EU, přičemž řada technických norem je harmonizována v rámci EU a podíl výroby elektrické energie spalováním obnovitelných zdrojů a odpadů je výrazný i v dalších zemích EU, nejen na území pěti zadavatelem vybraných států. Stejně tak v případě produkce řepky jako potenciálního zdroje pro toto spalování má největší objem Francie a ze středoevropských zemí má pak výrazné zastoupení Maďarsko. Vzhledem k povinnosti uveřejnit oznámení o zahájení zadávacího řízení v systému TED je třeba nahlížet na okruh potenciálních dodavatelů v nejširším možném měřítku, v tomto případě v evropském obchodním prostředí, a nikoliv se omezit pouze na pět zemí. Žalobkyně svým požadavkem na předložení seznamu referenčních dodávek pouze z omezeného území pěti zemí EU v obou zadávacích řízeních porušila zásadu zákazu diskriminace, neboť při stanovení technického kvalifikačního předpokladu postupovala nad rámec zákona o veřejných zakázkách. Uvedeným vymezením technického kvalifikačního předpokladu neodůvodněně vyloučila předložení nabídek potenciálních dodavatelů, kteří realizují dodávky technologií

dle evropských norem a byli by schopni danou technologii dodat, pouze nedisponovali dostatečným počtem referenčních dodávek realizovaných na vymezeném území.

24. K pochybení žalobkyně došlo před přijetím poskytnutých peněžních prostředků. K porušení rozpočtové kázně došlo okamžikem přijetí prostředků ve výši 90 000 000 Kč na účet žalobkyně jako příjemce dotace dne 27. 2. 2014. Jelikož žalobkyně postupovala při výběru dodavatele v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách a podmínkami PD, došlo k naplnění skutkové podstaty porušení rozpočtové kázně podle § 44 odst. 1 písm. j) rozpočtových pravidel ve znění zákona č. 501/2012 Sb. Nejde o pochybení formálního charakteru, ale o závažné porušení povinnosti stanovené rozhodnutím o poskytnutí dotace. V okamžiku, kdy dojde k porušení rozpočtové kázně, vzniká porušiteli ze zákona povinnost zaplatit za toto porušení odvod.
25. Žalovaný zároveň neshledal důvod pro stanovení nižší sazby odvodu, neboť v důsledku porušení zákazu diskriminace mohlo dojít k omezení účasti uchazečů o spornou VZ a k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Takovou situaci je potřeba považovat za spíše závažnou. Žalovaný odmítl, že správní orgán I. stupně měl zvážit postup podle čl. I bodu 14 přílohy pokynu D-38 a uložit odvod pouze v rozsahu 0,1 až 1 % z částky použité na financování sporné VZ. Tento bod nemohl být aplikován, neboť předmětné pochybení mohlo mít vliv na výsledek zadávacího řízení.

Posouzení žaloby soudem

26. Soud ověřil, že žaloba byla podána včas, po vyčerpání řádných opravných prostředků, osobou k tomu oprávněnou a splňuje všechny formální náležitosti na ni kladené. Poté přistoupil k věcnému projednání žaloby a přezkoumal napadené rozhodnutí, jakož i řízení, které jeho vydání předcházelo, a to v rozsahu a mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s. ř. s.), přičemž vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu (§ 75 odst. 1 s. ř. s.). Soud rozhodl bez nařízení jednání v souladu s § 76 odst. 1 s. ř. s.
27. Soud se nejprve zabýval námitkou neprokázání splnění procesních předpokladů správním orgánem I. stupně pro uložení odvodu za porušení rozpočtové kázně ve smyslu závěrů obsažených v rozsudku NSS č. j. 1 Afs 293/2018-28, a to ve vztahu k výzvě poskytovatele dotace k dobrovolnému vrácení dotace podle § 14f odst. 3 rozpočtových pravidel ve znění zákona č. 128/2016 Sb.
28. Podle § 14f odst. 1 rozpočtových pravidel ve znění zákona č. 128/2016 Sb. poskytovatel bez zbytečného odkladu vyzve písemně příjemce dotace k provedení opatření k nápravě v jím stanovené lhůtě, pokud se na základě kontrolního zjištění důvodně domnívá, že příjemce dotace v přímé souvislosti s ní porušil podmínku, a) za které byla dotace poskytnuta, b) u níž poskytovatel podle § 14 odst. 6 stanovil, že její nesplnění bude postiženo nižším odvodem, než kolik činí celková částka dotace, a c) jejíž povaha umožňuje nápravu v náhradní lhůtě.
29. Podle § 14f odst. 2 rozpočtových pravidel ve znění zákona č. 128/2016 Sb. v rozsahu, v jakém příjemce dotace provedl opatření k nápravě podle odstavce 1 nebo vrátil dotaci nebo její část podle odstavce 3, platí, že nedošlo k porušení rozpočtové kázně.
30. Podle § 14f odst. 3 rozpočtových pravidel ve znění zákona č. 128/2016 Sb. poskytovatel písemně vyzve příjemce dotace k vrácení dotace nebo její části v jím stanovené lhůtě,

pokud se na základě kontrolního zjištění důvodně domnívá, že příjemce dotace v přímé souvislosti s ní a) porušil povinnost stanovenou právním předpisem, s výjimkou povinnosti podle § 14 odst. 4 písm. k), b) nedodržel účel dotace, nebo c) porušil jinou podmínku, za které byla dotace poskytnuta a u které nelze vyzvat k provedení opatření k nápravě podle odstavce 1.

31. V rozsudku NSS č. j. 1 Afs 293/2018-28, NSS dovodil, že „[s]těžovateli lze přisvědčit v tom, že poskytovatel dotace je povinen tento zákonem předvídaný postup dodržet. Pokud by i přes zjištění porušení dotačních podmínek výzvu dle § 14f nevydal, nemohl by pak správce daně příjemci dotace v souvislosti s tímto pochybením vyměřit bez dalšího odvod za porušení rozpočtové kázně a případné penále. Jinak by totiž nebylo dosaženo výše uvedeného smyslu předmětné právní úpravy, podle které má být preferována dobrovolná náprava porušení dotačních podmínek před stanovením ‚sankčních‘ opatření. Poskytovatel dotace tak při zjištění porušení dotačních podmínek musí v souladu s § 14f umožnit příjemci dotace toto pochybení na základě výzvy napravit a aktivovat tak fikci neporušení rozpočtové kázně (§ 14f odst. 2 rozpočtových pravidel).“ Nicméně NSS v závěru rozsudku dospěl k závěru, že „správce daně sice postupoval v daňovém řízení nezákonně (vydal platební výměr, aniž by jeho vydání předcházela výzva dle § 14f rozpočtových pravidel), tento samotný postup však stěžovatele ani dle jeho vyjádření nijak nepoškodil. Uložený odvod za porušení rozpočtové kázně totiž svou povahou odpovídá vrácení části dotace, o které stěžovatel usiloval. Případnou újmou by však pro stěžovatele bylo vyměření penále, jež by bylo nutno považovat z důvodu shora uvedeného za nezákonné.“
32. Tyto úvahy NSS dále rozvedl v rozsudku ze dne 23. 11. 2020, č. j. 2 Afs 136/2019-27, když uvedl, že „[r]ozsudek č. j. 1 Afs 293/2018-28 se týká situací, kdy správce daně výzvou podle § 14f zákona o rozpočtových pravidlech suplují či napravně pochybení poskytovatele dotace, který tuto výzvu neučinil, ač s ohledem na okolnosti ji učinit měl [...]. Pokud okolnosti věci jsou takové, jako v případě stěžovatele, že poskytovatel dotace se vůbec nenacházel v situaci, kdy měl výzvu podle § 14f učinit, není prostor pro nápravnou aktivitu správce daně, neboť neexistuje pochybení poskytovatele dotace, které je třeba napravit.“
33. Citované závěry NSS jsou podle soudu plně aplikovatelné i v projednávané věci. Žalobkyně nenamítá a z předloženého správního spisu nevyplývá, že by zde byly podmínky odůvodňující postup poskytovatele k zaslání výzvy podle § 14f odst. 1 nebo 3 rozpočtových pravidel ve znění zákona č. 128/2016 Sb., a to z toho důvodu, že poskytovatel dotace žádnou kontrolu plnění dotačních podmínek neprováděl. Nemohl tak dospět k jakýmkoliv kontrolním zjištěním, která podle § 14f odst. 1 nebo 3 rozpočtových pravidel ve znění zákona č. 128/2016 Sb. podmiňují zaslání příslušných výzev podle tohoto ustanovení. Nenastalo proto takové pochybení, které by bylo nutné napravně (srov. rozsudek NSS č. j. 1 Afs 293/2018-28, body 27 a 30). Ve smyslu rozsudku NSS č. j. 2 Afs 136/2019-27 tak správní orgán I. stupně neměl v projednávané věci povinnost uvedenou výzvu žalobkyni zaslat. Z toho pak vyplývá, že absence této výzvy za daných skutkových okolností nepředstavuje vadu řízení předcházejícího vydání platebních výměrů nebo napadeného rozhodnutí. Proto nebylo na místě prokazovat zaslání výzvy podle § 14f rozpočtových pravidel ve znění zákona č. 128/2016 Sb. Žalobkyně ve své argumentaci navíc opomněla závěr NSS, že zrušení rozhodnutí správce daně je na místě až v řízení o žalobě proti rozhodnutí o stanovení penále, kterým napadené rozhodnutí ani platební výměry nejsou. Námitka je nedůvodná.

34. Dále se soud zabýval námitkou časové působnosti podmínek rozhodnutí o poskytnutí dotace.
35. Podle hlavy I čl. II odst. 2 písm. d) podmínek PD je při realizaci projektu příjemce dotace povinen postupovat při výběru dodavatelů v souladu se [zákonem o veřejných zakázkách] a podle pravidel VD, které tvoří přílohu podmínek PD.
36. Soud předesílá, že rozhodnutí o poskytnutí dotace je ze své povahy rozhodnutím konstitutivním, tj. úkonem správního orgánu, kterým se zakládají, mění nebo ruší práva a povinnosti jmenovitě určené osoby. Obsahem rozhodnutí o poskytnutí dotace tak bylo založení práv a povinností žalobkyně v podobě poskytnutí dotace na dotační projekt. Konstitutivní rozhodnutí pak působí zásadně do budoucna, a to od okamžiku, kdy nabude právní moci (tj. *pro futuro* a *ex nunc*). Tato námitka souvisí s otázkou pravé a nepravé retroaktivity právních aktů.
37. NSS v rozsudku ze dne 15. 8. 2012, č. j. 1 Afs 27/2012-46, uvedl: „*Účinky pravé retroaktivity by nová právní úprava vyvolávala pouze tehdy, pokud by měnila samotný vznik určitého právního vztahu nebo následky právního vztahu, které nastaly přede dnem její účinnosti [...]. Naopak v případě nepravé retroaktivity nová právní úprava nezakládá právní následky pro minulost. Skutečnosti, které nastaly v minulosti, však právně kvalifikuje jako podmínku budoucího právního následku nebo pro budoucnost mění či ruší právní následky založené podle dřívějších předpisů. Nová právní úprava tak zasahuje do předchozích skutečností i do nabytých práv [...]. V případech časového střetu staré a nové právní úpravy obecně platí, že od účinnosti nové právní normy se i právní vztahy vzniklé podle předchozí právní úpravy řídí novou právní normou. Oproti tomu vznik právních vztahů existujících před nabytím účinnosti nové právní normy, právní nároky, které z těchto vztahů vznikly, i vykonané právní úkony se řídí zrušenou právní normou [...]. Zatímco u pravé retroaktivity obecně platí zásada její nepřípustnosti, ze které existují striktně omezené výjimky [...], u retroaktivity nepravé platí naopak zásada obecné přípustnosti, ze které existují výjimky její nepřípustnosti [...]. Ačkoliv je tedy nepravá retroaktivita zásadně přípustná, nelze a priori vyloučit, že zájem jednotlivce na aplikaci předchozí právní úpravy v konkrétním případě převáží nad veřejným zájmem na její změně s ohledem na zásadu právní jistoty a ochrany důvěry v právo [...]* (zdůraznění doplněno soudem).
38. Soud na tomto místě poukazuje na tu skutečnost, že ze správního spisu nevyplývá, kdy rozhodnutí o poskytnutí dotace bylo vydáno, ale pouze to, kdy bylo vyhotoveno (tj. 15. 11. 2010). Vzhledem k tomu, že žalobkyně nenamítá, že rozhodnutí o poskytnutí dotace bylo vydáno později (nerozporuje to ani žalovaný), vycházel soud z tohoto data, neboť tato skutečnost není mezi účastníky sporná.
39. Vzhledem k výše uvedeným úvahám a citovaným judikatorním závěrům je podle soudu třeba dát za pravdu žalobkyni v tom směru, že před vydáním rozhodnutí o poskytnutí dotace nebyla tímto rozhodnutím ani jeho podmínkami či přílohami jakkoliv vázána. Závěr, že rozsah povinností žalobkyně existujících před vydáním rozhodnutí o poskytnutí dotace byl tímto rozhodnutím zpětně ovlivněn, je proto nepřijatelný pro protiústavnost takového závěru o pravé retroaktivitě. Žalovaný si navíc do určité míry sám protiřečí, neboť v odůvodnění napadeného rozhodnutí (srov. str. 8) na jednu stranu výslovně uvádí, že podmínky rozhodnutí o poskytnutí dotace nebyly v době před jeho vydáním (při oznámení o veřejné zakázce) pro žalobkyni závazné, a na druhou stranu v jejich nedodržení shledal porušení rozpočtové kázně. Rovněž nelze jakkoliv dovozovat právní

závažnost z toho, že žalobkyně mohla čekat, že bude povinna podle podmínek rozhodnutí o poskytnutí dotace postupovat ještě před vydáním tohoto rozhodnutí (prosté očekávání nezakládá závaznou povinnost), nebo dokonce ze samotné skutečnosti vydání rozhodnutí o poskytnutí dotace nebo samotného přijetí dotace, v čemž žalovaný spatřuje dobrovolnou akceptaci podmínek.

40. Jak vyplývá z výše uvedených skutkových zjištění vycházejících z obsahu správního spisu, žalobkyně zadala spornou VZ v zadávacím řízení č. 2 dne 26. 7. 2010, rozhodnutí o poskytnutí dotace bylo datováno (vyhotoveno) dnem 15. 11. 2010 a smlouva o dílo byla uzavřena až dne 18. 1. 2012. Právní účinky rozhodnutí o poskytnutí dotace se proto vztahovaly na práva a povinnosti žalobkyně nejdříve od 15. 11. 2010.
41. Ze systematického a teleologického výkladu části druhé hlavy VIII zákona o veřejných zakázkách plyne, že účelem zadávacího řízení je vybrat dodavatele pro požadované plnění (stavba, služby, dodávky) a uzavřít s ním smlouvu o tomto plnění. Zadávací řízení proto zpravidla končí uzavřením smlouvy na plnění anebo zrušením zadávacího řízení.
42. Zadávací řízení č. 2 bylo zahájeno před vydáním rozhodnutí o poskytnutí dotace. Žalobkyně proto v době zpracování zadávací dokumentace ke sporné VZ neměla povinnost postupovat podle zákona o veřejných zakázkách, která jí vznikla až okamžikem vydání rozhodnutí o poskytnutí dotace, a to na jeho základě.
43. Na druhou stranu však žalobkyně měla v takovém případě povinnost zajistit, že celé zadávací řízení č. 2 bude v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, a to mimo jiné včetně zajištění toho, že zadávací dokumentace v rámci stanovení prokazování technických kvalifikačních předpokladů bude vyhovovat požadavkům § 6 zákona o veřejných zakázkách. Pokud by postup při výběru dodavatele neodpovídal zákonným podmínkám a požadavkům zadávací dokumentace, pak by jí nezbylo nic jiného než zadávací řízení č. 2 zrušit, přepracovat zadávací dokumentaci a vyhlásit nové zadávací řízení. V opačném případě by zadávací řízení č. 2 nemohlo být v souladu se zákonem o veřejných zakázkách.
44. Z uvedeného podle soudu vyplývá, že na právní jednání žalobkyně (zadávací řízení č. 2), které započalo před změnou jejích práv a povinností v důsledku vydání rozhodnutí o poskytnutí dotace a které po tomto právním aktu pokračovalo, bylo nutno pohlížet jako na celek, neboť žalobkyně měla povinnost zajistit, že její (celé) jednání bude mimo jiné v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, a to až do ukončení zadávacího řízení č. 2. Proto mezi okamžikem vydání rozhodnutí o poskytnutí dotace a okamžikem uzavření smlouvy o dílo se na zadávací řízení č. 2 (a v důsledku jejich propojenosti také na zadávací řízení č. 1) vztahovaly povinnosti stanovené zákonem o veřejných zakázkách. Rozhodnutí o poskytnutí dotace tak sice nemohlo působit zpětně v rámci retroaktivity pravé, ale působilo v rámci retroaktivity nepravé, která je dovolená. Jinými slovy rozhodnutí o poskytnutí dotace nezaložilo právní následky do minulosti, nýbrž v jeho důsledku skutečnost, která nastala v minulosti (obsah zadávací dokumentace), je právně kvalifikována jako možný předpoklad budoucího právního následku, tj. porušení rozpočtové kázně z důvodu porušení zákona o veřejných zakázkách. V žalobě ani v průběhu předcházejícího řízení před správními orgány však žalobkyně neuvedla jakékoliv skutečnosti, z nichž by vyplýval pro její případ zákaz této nepravé retroaktivity ve smyslu výše citovaných závěrů NSS (srov. bod 37 tohoto rozsudku).
45. Ačkoliv tyto závěry soudu korigují argumentaci žalovaného obsaženou v napadeném rozhodnutí, nemá tato skutečnost žádný vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Podle

soudu totiž bylo nezbytné jednání žalobkyně spočívající v zadávání sporné VZ posoudit podle zákona o veřejných zakázkách. Námitka je proto nedůvodná.

46. Jako nedůvodnou soud posoudil rovněž námitku prekluze oprávnění správních orgánů vyměřit odvod.
47. Podle § 44 odst. 1 písm. j) rozpočtových pravidel ve znění zákona č. 501/2012 Sb. je porušením rozpočtové kázně porušení povinnosti stanovené právním předpisem, rozhodnutím nebo dohodou o poskytnutí dotace nebo návratné finanční výpomoci, které přímo souvisí s účelem, na který byla dotace nebo návratná finanční výpomoc poskytnuta a ke kterému došlo před přijetím peněžních prostředků poskytnutých ze státního rozpočtu, státního fondu, Národního fondu nebo státních finančních aktiv a které trvá v okamžiku přijetí prostředků na účet příjemce; **prvním dnem porušení rozpočtové kázně je den jejich přijetí příjemcem**; penále za porušení rozpočtové kázně se počítá ode dne následujícího po dni, do kterého měl příjemce na základě platebního výměru odvod uhradit.
48. Podle § 44a odst. 9 věty poslední rozpočtových pravidel ve znění zákona č. 501/2012 Sb. lze odvod a penále vyměřit do 10 let od 1. ledna roku následujícího po roce, v němž došlo k porušení rozpočtové kázně.
49. Žalobkyně má sice pravdu, že § 44 odst. 1 písm. j) byl do rozpočtových pravidel vložen až s účinností od 30. 12. 2011 (tj. po vydání rozhodnutí o poskytnutí dotace), nicméně stalo se tak v době, kdy zadávací řízení č. 2 nebylo dosud skončeno. K tomu došlo až dne 18. 1. 2012 uzavřením smlouvy o dílo. Vzhledem k výše uvedeným úvahám a závěrům soudu stran přípustnosti nepravé retroaktivity je proto na místě konstatovat, že § 44 odst. 1 písm. j) rozpočtových pravidel ve znění zákona č. 465/2011 Sb. byl aplikovatelný již v době probíhajícího zadávacího řízení č. 2. Přejícná ustanovení obsažená v části první čl. II zákona č. 465/2011 Sb. tyto otázky neřešila, a nevyplývá z nich tedy, že by na probíhající zadávací řízení tato novela nedopadala. Navíc ke dni 27. 2. 2014, tj. ke dni přijetí dotace žalobkyní, byl § 44 odst. 1 písm. j) rozpočtových pravidel ve znění zákona č. 501/2012 Sb. plně aplikovatelný bez dalšího.
50. V § 44 odst. 1 písm. j) rozpočtových pravidel je jednoznačně uvedeno, že „*prvním dnem porušení rozpočtové kázně je den jejich přijetí příjemcem*“. Den přijetí dotace žalobkyní není mezi účastníky sporný, tj. jedná se o 27. 2. 2014. Prekluzivní lhůta proto započala svůj běh 1. 1. 2015 a před vydáním napadeného rozhodnutí 10letá lhůta podle § 44a odst. 9 věty poslední rozpočtových pravidel ve znění zákona č. 501/2012 Sb. (s účinností od 20. 2. 2015 se jedná o odstavec 11) neuběhla. Naopak v této lhůtě k pravomocnému vyměření odvodu došlo.
51. Stran argumentace žalobkyně o nemožnosti napravit pochybení, soud uvádí, že žalobkyni nic nebránilo v tom, aby zadávací řízení č. 2 zrušila a znovu vyhlásila otevřené zadávací řízení s upravenou zadávací dokumentací. Mezi důvody zvláštního zřetele hodné pro zrušení zadávacího řízení [srov. § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách] je možné řadit i případné zjištění podstatného nedostatku zadávací dokumentace (srov. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 9. 2011, č. j. R69/2011/VZ-14002/2011/310-Asc). Stejně tak si lze i teoreticky představit postup podle § 84 odst. 3 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, tj. zrušit zadávací řízení před okamžikem rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Námitka prekluze je proto nedůvodná.

52. Soud se dále zabýval námitkou nepřezkoumatelnosti závěru žalovaného o porušení zákazu diskriminace v rámci vymezení prokazování technických kvalifikačních předpokladů v zadávací dokumentaci sporné VZ.
53. Soud připomíná, že nikoliv každé méně příznivé zacházení či znevýhodnění osob s určitými znaky či vlastnostmi musí nutně představovat nedovolené rozdílné zacházení (diskriminaci). Zákaz diskriminace se v právu EU, jehož obecnou právní zásadou je, vymezuje jako zákaz zacházet odlišně se srovnatelnými situacemi, pokud takový přístup není objektivně odůvodněný (srov. rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 8. 10. 1980, C-810/79, *Überschär*, bod 16).
54. NSS v této souvislosti uvedl, že § 6 zákona o veřejných zakázkách stanoví zákaz diskriminace v zadávacích řízeních „*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 NSS č. j. 1 Afs 20/2008-152). Na tomto místě zdejší soud pro pořádek uvádí, že požadavek žalobkyně obsažený v zadávací dokumentaci, v němž správní orgány shledaly porušení zákazu diskriminace, nepovažuje za případ *diskriminace zjevné*.
55. Tzv. skrytou diskriminaci při zadávání veřejných zakázek NSS v rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008-152 vymezil jako „*takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových technických kvalifikačních předpokladů, které jsou zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.*“ NSS pak toto vymezení dále rozvedl: „*Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy zjevná nepřiměřenost kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno ji vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. Má-li Nejvyšší správní soud parafrázovat své předchozí rozhodnutí, nelze předem a obecně stanovit s matematickou přesností – ostatně právo není matematika, kdy je naplněna podmínka zjevné nepřiměřenosti kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Samotný pojem zjevné nepřiměřenosti se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat [...]. V každém případě musí správní soudy při aplikaci kritéria zjevné nepřiměřenosti poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou skutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky [...]. Restriktivní výklad skryté diskriminace je dále podporován i tím, že – kromě podmínky zjevné nepřiměřenosti kvalifikačních předpokladů ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky – musí být též zřejmé, že v důsledku takto nastavených předpokladů mohou veřejnou zakázku splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, kteří by jinak (bez nepřiměřené nastavených kvalifikačních předpokladů) byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Takto nastavené kvalifikační předpoklady totiž již neplní jakoukoliv rozumnou ekonomickou funkci, ale v rozporu s cílem zákona o veřejných zakázkách brání konkurenčnímu prostředí mezi dodavateli. Jak totiž správně uvedl krajský soud, někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by*

předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní.“ (zdůraznění doplněno zdejším soudem).

56. Z naposled citovaného rozsudku podle samotného NSS vyplývá, že „*vyslovení závěru o skryté diskriminaci dodavatelů nepřiměřenými kvalifikačními předpoklady klade zvýšené nároky na rozhodování [správního orgánu], který musí s využitím svého správního uvážení přezkoumatelně zhodnotit zejména přiměřenost zadavatelem stanovených kvalifikačních předpokladů ve vztahu k tomu či onomu předmětu konkrétní veřejné zakázky (neboť obecně platné limity není možné stanovit). Zároveň stěžovatel musí vycházet z toho, že skrytá diskriminace má být vykládána restriktivně, aby byl poskytnut prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele.*“ (rozsudek NSS ze dne 12. 2. 2015, č. j. 3 As 127/2014-54).
57. Jádrem této námitky je spor o to, zda geografické omezení předchozích dodávek pro prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů stanovením území pěti států EU (ČR a sousedních států) představuje skrytou diskriminaci, či nikoliv. Podstatné přitom je, zda žalovaný a správní orgán I. stupně v tomto ohledu řádně odůvodnili závěr o skryté diskriminaci, neboť tento jejich závěr byl postaven právě a pouze jen na vymezení jednotlivých zemí EU, které budou v rámci splnění technických kvalifikačních předpokladů brány v potaz.
58. Z citovaných rozsudků NSS č. j. 3 As 127/2014-54 a č. j. 1 Afs 20/2008-152 plyne, že při posuzování existence skryté diskriminace v zadávacích řízeních je nezbytné zabývat se otázkou, zda stanovené kvalifikační předpoklady nejsou ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky *zjevně nepřiměřené*. Žalovaný se této problematice věnuje zejména v bodech 42 a 43 napadeného rozhodnutí, nicméně jeho argumentace neobsahuje jakékoliv zhodnocení sporné VZ z hlediska její velikosti, složitosti či technické náročnosti. Zabývá se pouze a jen citací daných předpokladů, a to čistě jen s ohledem na část 5 zadávací dokumentace k zadávacímu řízení č. 2, které představovaly pouze „*vymezení minimální úrovně kvalifikačního předpokladu odpovídajících druhu, rozsahu složitosti předmětu plnění veřejné zakázky dle § 56 odst. 7 písm. c) [zákona o veřejných zakázkách]*“. Žalovaný tak například nereflktuje, že v bodě 3.3 PS 205 zadávací dokumentace je uvedeno, že „*[p]ro odvedení odpadního tepla z kondenzátoru páry turbíny je navržena instalace adiabatického chladicího okruhu*“. Stejně tak se žalovaný odmítl zabývat znaleckým posudkem 2012, jenž se přinejmenším v obecnosti zabývá technickou náročností sporné VZ. V této souvislosti soud dodává, že na validitu znaleckého posudku 2012 nemá žádný vliv skutečnost, že byl vypracován až v roce 2012.
59. Soud proto konstatuje, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů s ohledem na potřebu zachování restriktivního přístupu ke skryté diskriminaci. K tomu, aby žalovaný mohl konstatovat, že došlo ke skryté diskriminaci, se musí nejprve vypořádat s posouzením sporné VZ z hlediska její velikosti, složitosti či technické náročnosti. Poté je třeba ve vztahu k těmto skutečnostem zhodnotit, zda požadované technické kvalifikační předpoklady (hodnocené v kontextu celé zadávací dokumentace, nikoliv jen její části) jsou (i) *zjevně* (ii) *nepřiměřené*. Taková zjevná nepřiměřenost musí být jednoznačně a přezkoumatelně odůvodněna. Navíc takové závěry musí žalovaný podložit náležitými skutkovými zjištěními. Nelze se pouze spolehnout na obecné znalosti, podle kterých je podnebí severního mírného pásu stejné na většině území Evropy. V obecné rovině má sice žalovaný pravdu, nicméně sporná VZ vzhledem k bodu 3.3 PS 205 zadávací dokumentace patrně nepředstavuje poptávku „obecných“ kotlů a turbín, jak žalovaný uváděl, ale spíše specifické technologie závislé na konkrétních podmínkách podnebí

ve vymezené lokalitě. V této souvislosti tak žalovaný musí posoudit, do jaké míry požadovaná technologie byla závislá na konkrétních klimatických podmínkách a zda byly natolik specifické, že odůvodňovaly geografické omezení. Žalovaný tak musí vycházet z odborných znalostí stran požadované technologie. V případě, že pro takové závěry není vybaven odbornými znalostmi, opatří si relevantní znalecký posudek, pokud nebude považovat za dostačující znalecký posudek 2012. Až na základě těchto kroků pak může dospět k závěru o zjevné nepřiměřenosti geografické podmínky, respektive o skryté diskriminaci. Námitka nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí pro nedostatek důvodů je proto důvodná.

60. Vzhledem k tomu, že soud dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, a to ve vztahu k závěru o skryté diskriminaci, je z povahy věci nemožné se nyní zabývat zbývajícími žalobními námitkami. Posouzení otázky výše a přiměřenosti odvodů uložených platebními výměry totiž závisí na závěru, že jednání žalobkyně vůbec představovalo skrytou diskriminaci. V důsledku absence řádného a přezkoumatelného odůvodnění žalovaného stran skryté diskriminace by takový přezkum byl předčasný a s ohledem na možnou změnu v závěru žalovaného možná i nadbytečný.

Závěr a rozhodnutí o nákladech řízení

61. S ohledem na výše uvedené soud napadené rozhodnutí z důvodu nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů podle § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s. zrušil. Platební výměry soud nezrušil, neboť pro takový postup nebyly splněny podmínky (srov. usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 24. 11. 2009, č. j. 1 Aps 2/2008-76). Soud současně věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení (§ 78 odst. 4 s. ř. s.). Právním názorem vysloveným v tomto rozsudku jsou správní orgány vázány (§ 78 odst. 5 s. ř. s.).
62. O náhradě nákladů řízení rozhodl soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalovaný nebyl v řízení úspěšný, právo na náhradu nákladů řízení proto nemá. Žalobkyni, která byla procesně plně úspěšná, soud přiznal náhradu nákladů řízení ve výši 9 800 Kč. Tato částka sestává z odměny advokáta ve výši 6 800 Kč, kterou tvoří odměna za dva úkony právní služby po 3 100 Kč [převzetí a příprava zastoupení a sepsání žaloby podle § 7, § 9 odst. 4 písm. d) a § 11 odst. 1 písm. a) a d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „advokátní tarif“)]. Odměnu za úkon právní služby spočívající v replice žalobkyně k vyjádření žalovaného soud žalobkyni nepřiznal, neboť tato replika obsahovala pouze již žalobkyní uváděné skutečnosti a tvrzení, a tento úkon proto soud nepovažuje za účelný. Dále jde o dvě paušální částky po 300 Kč jako náhrady hotových výdajů podle § 13 odst. 4 advokátního tarifu. Jelikož je obchodní společnost, jejímž prostřednictvím zástupkyně žalobkyně vykonává advokacii (Kocián Šolc Balašík, advokátní kancelář, s.r.o., IČO: 26739291) plátcem daně z přidané hodnoty, je součástí nákladů řízení i náhrada této daně počítaná z odměny za zastupování a náhrady hotových výdajů (§ 57 odst. 2 s. ř. s.), tj. 21 % z 6 800 Kč, tedy 1 428 Kč. Konečně přiznanou náhradu nákladů řízení tvoří též zaplacený soudní poplatek za žalobu, na nějž žalobkyně uhradila 3 000 Kč. Náhradu nákladů řízení v celkové výši 11 228 Kč, je žalovaný povinen uhradit podle § 149 odst. 1 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů ve

spojení s § 64 s. ř. s. k rukám zástupkyně žalobkyně, a to ve lhůtě 30 dnů od právní moci rozsudku (§ 54 odst. 7 s. ř. s.).

Poučení:

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

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližze následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

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

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

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

Praha 30. června 2022

Mgr. Ing. Petr Šuránek, v. r.
předseda senátu