

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Filipa Dienstbiera a soudců JUDr. Petra Průchy a JUDr. Tomáše Langáška v právní věci žalobce: **Olomoucký kraj**, se sídlem úřadu Jeremenkova 1191/40a, Olomouc, zastoupeného JUDr. Petrem Ritterem, advokátem se sídlem Riegrova 376/12, Olomouc, proti žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**, se sídlem Masarykova 427/31, Brno, o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 11. 4. 2017, č. j. 17455/17/5000-10470-703359, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Ostravě - pobočky v Olomouci ze dne 17. 7. 2018, č. j. 65 Af 34/2017 – 33,

takto:

I. Rozsudek Krajského soudu v Ostravě - pobočky v Olomouci ze dne 17. 7. 2018, č. j. 65 Af 34/2017 – 33, **se zrušuje.**

II. Rozhodnutí Odvolacího finančního ředitelství ze dne 11. 4. 2017, č. j. 17455/17/5000-10470-703359, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.

III. Žalovaný **je povinen** nahradit žalobci náklady soudního řízení ve výši 20 342 Kč ve lhůtě 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám zástupce žalobce JUDr. Petra Rittera.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Finanční úřad pro Olomoucký kraj platebním výměrem ze dne 11. 8. 2016 vyměřil žalobci odvod do Národního fondu za porušení rozpočtové kázně ve výši 7 326 303 Kč. Podle finančního úřadu žalobce porušil rozpočtovou kázeň tím, že nepostupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu se zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. V důsledku toho neoprávněně použil prostředky poskytnuté ze státního rozpočtu na předfinancování výdajů, které měly být kryty prostředky z Národního fondu Ministerstvem vnitra podle rozhodnutí o poskytnutí dotace ze dne 21. 7. 2011 (změněného rozhodnutími ze dne 26. 10. 2011 a 3. 10. 2012) a Ministerstvem pro místní rozvoj na základě rozhodnutí o poskytnutí dotace ze dne 4. 10. 2012 (změněného rozhodnutími ze dne 29. 3. 2013, 30. 9. 2013 a 28. 3. 2014) v rámci Integrovaného operačního programu na projekt „Rozvoj služeb e-Governmentu v Olomouckém kraji“. V podrobnostech odkázal finanční úřad na zprávu o daňové kontrole. Podle této zprávy žalobce nedodržel zásadu rovného zacházení zakotvenou v § 6 zákona o veřejných zakázkách, neboť vůči jednomu z uchazečů využil postup podle § 59 odst. 4 téhož zákona a umožnil mu doplnit předložené doklady, zatímco jinému uchazeči takovou možnost neposkytl.

[2] Žalovaný v záhlaví označeným rozhodnutím odvolání žalobce zamítl.

[3] Žalobce napadl rozhodnutí žalovaného žalobou u Krajského soudu v Ostravě - pobočky v Olomouci, který ji shora uvedeným rozsudkem zamítl. Ztotožnil se s žalovaným, že žalobce porušil zásadu rovného zacházení, neboť jednal s jednotlivými uchazeči odlišným způsobem. Komise pro posouzení kvalifikace zjistila, že dva uchazeči o veřejnou zakázku nesplnili kvalifikační předpoklady v potřebném rozsahu, a to společnost K-net Technical International Group, s. r. o., (dále jen „K-net“) a společnost K2 atmitec s. r. o. (dále jen „K2“). Žalobce vyzval pouze společnost K2, aby doplnila jeden z kvalifikačních předpokladů (výpis z evidence rejstříku trestů právnických osob). Zcela odlišně žalobce postupoval vůči společnosti K-net, neboť ji k doplnění chybějících náležitostí nabídky nevyzval. Komise pro posouzení kvalifikace ji pak vyřadila ze zadávacího řízení z důvodu nesplnění požadavků podle zadávací dokumentace.

[4] Zákon o veřejných zakázkách nezakazoval vydání výzvy k doplnění (§ 59 odst. 4). Krajský soud souhlasil se správními orgány, že pokud žalobce využil tohoto postupu, měl tak učinit vůči všem uchazečům. Jednal-li s jednotlivými uchazeči různě, lze jeho postup hodnotit jako diskriminační. Žalobce mě povinnost zacházet se všemi uchazeči shodně a nebyl oprávněn učinit jakoukoliv úvahu o tom, které kvalifikační kritérium je pouhou formalitou a které by mohlo mít vliv na výběrové řízení. Pro odlišný postup neexistoval objektivní důvod, úvaha žalobce byla založena na domněnkách, protože výsledek výběrového řízení nelze předem předjímat.

[5] Argumentace neuhrazením jistoty nebyla podle soudu případná. Pokud společnost K-net neuhradila jistotu, měl žalobce tuto skutečnost zohlednit již ve fázi kontroly úplnosti nabídek a vyloučit tohoto uchazeče z výběrového řízení podle § 71 odst. 10 zákona o veřejných zakázkách ve znění do 31. 3. 2012. Pokud však žalobce připustil společnost K-net do fáze posuzování kvalifikace (v protokolu o otevírání obálek ze dne 30. 4. 2012 uvedl, že všechny nabídky byly podány jako úplné podle § 71 odst. 8 citovaného zákona) a o neuhrazení jistoty se nezmínil, nelze neuhrazením jistoty

argumentovat zpětně či touto skutečností zdůvodňovat nerovný přístup k jednotlivým uchazečům.

[6] Byť Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) ve „výsledku šetření podnětu“ ze dne 23. 3. 2016 sdělil, že neshledal důvody pro zahájení správního řízení z moci úřední, nevyslovil žádný závěr o tom, že by postup žalobce nebyl diskriminační nebo že by byl správný. Správce daně je oprávněn samostatně kontrolovat dodržování podmínek poskytnutí dotace.

[7] Krajský soud nepřisvědčil ani námitce neodůvodnění výše odvodu, neboť ta byla upravena již v rozhodnutí o poskytnutí dotace. V posuzované věci byl odvod stanoven podle části IV bodu 3. 4. 8. rozhodnutí o poskytnutí dotace, podle kterého „*za použití jiných kvalifikačních a hodnotících kritérií, než byla stanovena v zadávacích podmínkách, bude odvod za porušení rozpočtové kázně činit 25-30 %, v méně závažných případech 5-10 % částky dotace použité na financování předmětné zakázky* [...]“. Konkrétní výši pak finanční úřad vysvětlil ve zprávě o daňové kontrole tak, že vyhodnotil porušení jako méně závažné, proto zvolil rozmezí 5-10 %. Při stanovení horní hranice ve výši 10 % vzal v úvahu skutečnost, že porušením zásady rovného zacházení mohlo dojít k ovlivnění výsledku zadávacího řízení a k omezení okruhu možných uchazečů. Postup žalobce však nepovažoval za vědomý záměr vyloučit některého dodavatele. Podle krajského soudu bylo toto zdůvodnění dostatečné a přezkoumatelné.

[8] Nedůvodná byla také námitka vztahující se k § 14f odst. 1 zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), neboť toto ustanovení se podle krajského soudu vztahuje pouze na poskytovatele dotace, nikoliv na správce daně. Nadto odkazované ustanovení nelze v posuzované věci použít ani v důsledku skutečnosti, že bylo včleněno do rozpočtových pravidel teprve s účinností od 20. 2. 2015.

[9] Dále krajský soud neshledal pochybení žalovaného v neprovedení důkazu výslechem navrhovaných svědků a nevyhověl ani návrhu na moderaci odvodu, neboť odvod není sankcí, kterou by byl soud oprávněn moderovat.

II. Obsah kasační stížnosti

[10] Žalobce (dále jen „stěžovatel“) brojil proti rozsudku krajského soudu kasační stížností z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s“).

[11] Stěžovatel nesouhlasil s formalistickým závěrem krajského soudu o porušení zásady rovného zacházení. Diskriminační je postup, v rámci kterého se za stejné nebo obdobné situace postupuje vůči různým subjektům nedůvodně rozdílným způsobem. V posuzované věci byl ale důvod pro rozdílný přístup dán.

[12] Jeden z uchazečů nedoložil splnění jednoho marginálního kvalifikačního kritéria (trestní bezúhonnost právnické osoby v době, kdy zákon upravující tuto problematiku byl účinný teprve velmi krátkou dobu) a zároveň tento uchazeč nabídl nejnižší nabídkovou

cenu. Druhý z uchazečů nedoložil splnění celé řady kvalifikačních kritérií (zejm. nedoložil uzavření pojistné smlouvy o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě, seznam statutárních orgánů z posledních 3 let, závěrku za poslední účetní období, kompletní seznam významných dodávek a služeb, profesní životopisy a osvědčení o vzdělání členů realizačního týmu). Za této situace je obhajitelný postup, kdy stěžovatel prvnímu ze zmíněných uchazečů zaslal výzvu k doplnění, zatímco druhému nikoliv. Vyloučení prvního uchazeče by z materiálního pohledu bylo přepjatým formalismem a zbytečným omezováním hospodářské soutěže v rámci veřejné zakázky. Jeho nedostatek byl materiálně odstranitelný, zatímco celá řada nedostatků na straně druhého z uchazečů by byla i při případném oslovení neodstranitelná. Nedostatky na straně druhého uchazeče byly kvalitativně i kvantitativně úplně jiného řádu, a tedy nesrovnatelné s nedostatkem na straně prvního ze zmíněných uchazečů.

[13] Důvod pro rozdílný přístup byl proto dán rozdílnou povahou a rozsahem nedostatků. Ostatně, podnět k zahájení řízení vyhodnotil ÚOHS jako nedůvodný.

[14] Krajský soud se nevypořádal s argumentací týkající se posouzení úplnosti nabídky ve vztahu ke složení jistoty. Samotné posuzování splnění jakéhokoliv požadavku zadavatele uvedeného v zadávací dokumentaci je třeba z procesního hlediska řadit do fáze posouzení nabídek, nikoliv do fáze kontroly úplnosti nabídek při otevírání obálek s nabídkami. Požadavek složení jistoty je totiž typickým příkladem zadávací podmínky, resp. požadavku zadavatele obsaženého v zadávací dokumentaci, jehož (ne)splnění musí posuzovat hodnotící komise.

[15] Obdobně jako u předložených dokladů prokazujících splnění kvalifikace, není komise pro otevírání obálek objektivně schopna zkontrolovat při otevírání všech obálek ani to, zda uchazeči skutečně složili zadavatelem požadovanou jistotu. Zákon o veřejných zakázkách tyto úkoly (obdobně jako v případě posouzení kvalifikace) přenechává buď zadavateli, nebo jím jmenované komisi. Otevírání obálek s nabídkami je první filtr kontroly nabídek, jejich úplnosti, nekontroluje se např. kvalifikace (viz Jurčík, R. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, str. 373).

[16] Jinými slovy, zadavatel s ohledem na procesní ekonomii neměl důvod vyzývat k doplnění dokladů prokazujících splnění kvalifikace uchazeče, který nesložil jistotu, neboť tento uchazeč by nepochybně musel být v další fázi zadávacího řízení vyloučen pro nesplnění požadavku zadavatele uvedeného v zadávací dokumentaci podle § 76 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Nejednalo se o porušení zásady rovného zacházení, příp. zásady zákazu diskriminace, neboť uchazeč, který nesplnil požadavek zadavatele na složení jistoty, a nebyl tak způsobilý splnit předmět veřejné zakázky, nemůže být ve stejném postavení jako uchazeč, který veškeré požadavky zadavatele uvedené v zadávací dokumentaci splnil.

[17] Postatou zásady rovného zacházení je *„pravidlo, že žádný z dodavatelů, zájemců nebo uchazečů nesmí být přímo nebo nepřímo, vědomě nebo nevědomě zvýhodněn nebo znevýhodněn oproti jiným subjektům ve stejném postavení“* (Raus, D., Neruda, R. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář.* 1. vyd. Praha: Linde, 2007, str. 64). Také Nejvyšší správní soud uvedl v rozsudku ze dne 12. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007 – 131: *„Porušení zásady nediskriminace zadávacího řízení by nesporně nastalo, pokud by zadavatel v téže situaci a v*

týchž otázkách přistupoval k některým uchazečům o veřejnou zakázku procedurálně nebo obsahově jinak než ke zbylým, popř. pokud by v důsledku zadavatelova postupu bylo některým uchazečům objektivně znemožněno nebo ztíženo ucházet se o veřejnou zakázku za podmínek, za nichž se o ni mohou ucházet jiní uchazeči." Obdobně Ústavní soud poukázal na to, že „*ne každé nerovné zacházení s různými subjekty lze kvalifikovat jako porušení principu rovnosti, tedy jako protiprávní diskriminaci jedněch subjektů ve srovnání s jinými. Aby k porušení došlo, musí být splněno několik podmínek: S různými subjekty, které se nacházejí ve stejné nebo srovnatelné situaci, se zachází rozdílným způsobem, aniž by existovaly objektivní a rozumné důvody pro uplatněný rozdílný přístup*" (nález ze dne 21. 1. 2003, sp. zn. Pl. ÚS 15/02).

[18] Situaci, kdy zadavatel nevyzval k doplnění dokladů prokazujících splnění kvalifikace uchazeče, který nesložil jistotu, nelze srovnávat s postupem, kdy vyzval k doplnění těchto dokladů uchazeče, který jistotu složil. Oba uchazeči se nacházeli ve zcela odlišné situaci. K porušení zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace tedy nemohlo dojít. Nesložení jistoty představuje závažné a nezhojitelné pochybení, které samo o sobě musí obstát jako důvod pro uplatnění rozdílného přístupu k výše zmíněným dvěma uchazečům.

[19] Stěžovatel odkázal také na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 9. 7. 2014, č. j. 62 Af 36/2013 – 65, který v obdobné situaci konstatoval: „[...] *zadavatel skutečně nepostupoval zcela v souladu ZVZ, jestliže prokázání splnění předmětných kvalifikačních předpokladů neposoudil již ve fázi posuzování prokázání splnění kvalifikace a žalobce (ve vztahu k části důvodů vyloučení) nevyloučil podle § 60 odst. 1 ZVZ. Tím se však žádné újmy žalobci nedostalo, ani to nemělo a nemohlo mít vliv na hodnocení nabídek, tedy na ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Hodnotící komise totiž (tu již v režimu § 76 ZVZ) posuzovala všech šest podaných nabídek (včetně nabídky žalobce) a navrhla zadavateli vyloučit žalobce z dalšího hodnocení (tu formálně nesprávně podle § 76 odst. 6 ZVZ), což se také dne 4. 4. 2012 stalo. Žalobcova nabídka tak nebyla hodnocena – a jde tedy o týž důsledek, který by nastal po jeho vyloučení podle § 60 odst. 1 ZVZ.*"

[20] Dále stěžovatel nesouhlasil s tím, jak krajský soud vyhodnotil postoj ÚOHS k posuzované věci. V podnětu byly popsány skutečnosti, z nichž správce daně vyvodil závěr o diskriminačním přístupu zadavatele, přesto ÚOHS po seznámení se s těmito skutečnostmi neshledal důvod pro zahájení řízení z moci úřední. Pokud by ÚOHS shledal postup zadavatele diskriminačním nebo nesprávným, musel by zahájit správní řízení. Odůvodnění krajského soudu je proto právně nesprávné.

[21] Další vadou napadeného rozsudku je nevypořádání námitky nesouhlasu s kvalifikací vytčeného jednání jako „*použití jiných kvalifikačních a hodnotících kritérií, než byla stanovena v zadávacích podmínkách*", tedy podřazení pod bod 3.4.8. části IV rozhodnutí o poskytnutí dotace. Stěžovatel byl přesvědčen, že jeho jednání nelze takto kvalifikovat, neboť nepoužil jiná kvalifikační kritéria, než byla stanovena v zadávacích podmínkách. Byť by stěžovatel akademicky připustil, že bylo diskriminační, v žádném případě nemohlo naplnit citovanou skutkovou podstatu. Proto odvod neměl být stanoven podle jedné ze sazeb uvedených v bodu 3.4.8. Krajský soud nezaujal k této námitce jakýkoliv postoj, napadený rozsudek je proto v této části nepřezkoumatelný.

[22] Pro případ, že by se stěžovatel mýlil a že jeho jednání bylo diskriminační a zároveň naplnilo skutkovou podstatu podle bodu 3.4.8. části IV rozhodnutí o poskytnutí dotace, doplnil ke krajským soudem provedenému zdůvodnění výše procentuální sazby odvodu, že odůvodnění ve zprávě o daňové kontrole je nepřezkoumatelné. Je z něj seznatelná pouze volba sazby 5-10 % (a nikoliv 25-30 %), ale není zřejmé, proč finanční úřad přistoupil k stanovení odvodu na samotné horní hranici dané sazby, přestože uvedl, že se nepodařilo prokázat výrazné ovlivnění výsledku výběrového řízení a tvrzená diskriminace nebyla posouzena jako vědomý záměr.

[23] Stěžovatel zdůraznil, že výsledek výběrového řízení nebyl a nemohl být jeho postupem jakkoliv ovlivněn. Druhý z výše zmíněných uchazečů by totiž musel být vyloučen nejen pro nedoložení kvalifikačních kritérií (což nemohl např. u pojistné smlouvy napravit ani zpětně, tedy ani v případě, že by byl vyzván), ale také pro nesložení jistoty v rozhodné lhůtě (ani později). Je sice pravou, že tento důvod nebyl uveden v oznámení o vyloučení uchazeče, ale objektivně již v době rozhodování o vyloučení (ale i dříve) existoval. Tato skutečnost by se měla promítnout přinejmenším do úvah, zda (pokud vůbec k nějaké diskriminaci došlo) byl zvolený postup způsobilý ovlivnit výsledek výběrového řízení.

[24] V rozhodné době bylo zaužívanou praxí, že nesložení jistoty bylo důvodem vyloučení až v pozdějším stádiu výběrového řízení, nežli již ve fázi otevírání obálek. Komise pro otevírání obálek neměla odbornost pro posouzení naplnění tohoto kritéria v dané fázi, proto pro jeho nenaplnění nemohl být uchazeč ani vyloučen. Komise pro otevírání obálek kontrolovala pouze to, zda je nabídka zpracována v požadovaném jazyku, zda je v nabídce smlouva podepsána oprávněnou osobou a zda nabídka obsahuje všechny součásti požadované zákonem či zadavatelem v zadávacích podmínkách. Obsah jednotlivých dokumentů a jejich úplnost posuzovaly až komise pro posouzení kvalifikace a hodnotící komise. Proto je také v protokolu o otevírání obálek ze dne 30. 4. 2012 konstatováno, že všechny nabídky byly podány jako úplné ve smyslu § 71 odst. 8 zákona o veřejných zakázkách. K názoru žalovaného, že měl stěžovatel postupovat podle § 71 zákona o veřejných zakázkách ve znění účinném do 31. 3. 2012 a měl vyloučit uchazeče nesplňujícího kritérium složení jistoty již při otevírání obálek, stěžovatel dodal, že v rozhodné době šlo o sporný názor a praxe se přiklonila k témuž postupu, který zvolil stěžovatel, což následně potvrdil i zákonodárce, neboť s účinností od 1. 4. 2012 citované ustanovení novelizoval.

[25] U uchazeče, který nesložil jistotu, by bylo nehospodárné žádat o doplnění jen té části podkladů, které byly k doplnění byť i jen potenciálně způsobilé, za současného vědomí, že další podklady doplnit již nemůže. Nesložení jistoty, byť formálně nebyla uvedena mezi důvody v oznámení o vyloučení uchazeče, je nutno přiznat významný materiální vliv na posouzení celého postupu a na jeho potencialitu ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a omezit okruh možných uchazečů. Ze správních rozhodnutí není zřejmé, jaký vliv měly tyto skutečnosti na konkrétní výměru odvodu.

[26] Krajský soud pochybil také tím, že nesprávně posoudil otázku, zda bylo možné postupovat podle § 14f odst. 2 rozpočtových pravidel ve znění ke dni předání podnětu k správnímu orgánu prvního stupně, tj. k 1. 8. 2015. V posuzované věci nebyl naplněn

předpoklad, podle kterého finanční úřad vymáhá odvody za porušení rozpočtové kázně až poté, kdy příjemce dotace promarnil prokazatelnou možnost zjištěné pochybení napravit dobrovolně. Pokud nebyla vydána výzva podle citovaného ustanovení, nemohl finanční úřad stanovit penále, jak se stalo platebním výměrem ze dne 9. 5. 2017. Je přitom nerozhodné, zda k vadnému postupu došlo chybou poskytovatele dotace nebo finančního úřadu. Finanční úřad zahájil vyměřovací řízení oznámením ze dne 17. 12. 2015, tedy již za účinnosti novely, která § 14f začlenila do rozpočtových pravidel.

III. Vyjádření žalovaného

[27] Žalovaný se ve vyjádřené ke kasační stížnosti ztotožnil s napadeným rozsudkem. Stěžovatelova argumentace poukazující na míru závažnosti nedoložených kvalifikačních předpokladů a na neuhrazení jistoty ze strany vyloučeného uchazeče vyznívá podle žalovaného účelově. Stěžovatel si protiřečí, pokud na jedné straně tvrdí, že posuzování požadavku na složení jistoty je třeba zařadit až do fáze posouzení nabídek, ale na druhé straně obhajuje svůj postup s tím, že s ohledem na zásadu procesní ekonomie neměl důvod ve fázi kontroly úplnosti nabídek vyzvat druhého uchazeče k doplnění chybějících informací či dokladů prokazujících kvalifikaci.

[28] K námitce odlišného posouzení věci ze strany ÚOHS žalovaný zdůraznil, že kontrolu dodržování podmínek dotace provádí pouze orgány finanční správy. Skutečnost, že ÚOHS nezahájil řízení o správním deliktu, ještě neznamená, že stěžovatel neporušil zákon o veřejných zakázkách. Při zjištění porušení rozpočtové kázně jsou finanční orgány povinny odvod uložit. Nejedná se přitom o sankci. K určení procentního rozmezí odvodu žalovaný odkázal na rozhodnutí o poskytnutí dotace. Krajský soud v této souvislosti správně odkázal na zprávu o daňové kontrole. Námitka nepoužití § 14f rozpočtových pravidel není důvodná, protože vzhledem k pochybení stěžovatele, které spočívalo v porušení zásady rovného zacházení při zadání veřejné zakázky, je zřejmé, že by nápravu provést nešlo a poskytovatel by výzvu vydat ani nemohl. Žalovaný se také ztotožnil se závěrem krajského soudu, že citované ustanovení dopadá pouze na poskytovatele dotace, nikoliv na orgány finanční správy.

IV. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[29] Kasační stížnost je přípustná. Důvodnost kasační stížnosti soud posoudil v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal přitom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž je povinen přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[30] Kasační stížnost je důvodná.

[31] Nejvyšší správní soud přisvědčil námitce, že krajský soud i finanční orgány nesprávně posoudily porušení zásady rovného zacházení, resp. zákazu diskriminace podle § 6 zákona o veřejných zakázkách.

[32] Správní orgány a krajský soud spatřovaly porušení uvedených zásad v postupu stěžovatele, který v rámci výběrového řízení na veřejnou zakázku „Rozvoj služeb e-Governmentu v Olomouckém kraji“ vyzval uchazeče K2 k doplnění podkladů podle §

59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách („*Veřejný zadavatel může požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další informace či doklady prokazující splnění kvalifikace.*“), zatímco uchazeče K-net k doplnění nevyzval.

[33] Je třeba předeslat, že postup podle § 59 odst. 4 je fakultativní a není povinností zadavatele napravovat pochybení či nedůslednost uchazečů (viz např. Jurčík, R. *Zadávání veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a v EU.* Praha: C. H. Beck, 2007, str. 617). Stěžovateli nebyl finančními orgány vytknut samotný fakt, že uchazeče K-net k doplnění nevyzval, resp. že jej bez takové výzvy vyloučil ze soutěže o veřejnou zakázku. Jak vyplývá ze zprávy o daňové kontrole, na niž odkazuje rozhodnutí správce daně, podstata porušení zákona spočívala podle správce daně v odlišném přístupu stěžovatele k uchazečům K-net a K2. Jádro sporu tedy spočívá v posouzení otázky, zda odlišný postup vůči uchazečům K-net a K2 byl nerovným zacházením a diskriminací ve smyslu § 6 zákona o veřejných zakázkách.

[34] Podle § 6 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Důvodová zpráva k návrhu zákona je řadí k hlavním principům zákona (sněmovní tisk č. 1076/0, přístupný v digitálním repozitáři Poslanecké sněmovny na adrese www.psp.cz). S tím se shoduje také právní doktrína (viz např. Jurčík, R. *Zadávání veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a v EU.* Praha: C. H. Beck, 2007, str. 53 násl.).

[35] Význam zásady zákazu diskriminace a zásady rovného zacházení je určován s ohledem na účel, který tyto zásady v daném právním odvětví plní. Zatímco klasické zásady zákazu diskriminace a rovného zacházení vyjádřené v ústavních dokumentech plní funkci zajištění rovnosti všech lidí v důstojnosti i právech (srov. čl. 1 Listiny základních práv a svobod), a v jistém slova smyslu je tedy rovnost v oblasti lidskoprávní hodnotou sama o sobě, smysl zákazu diskriminace vyjádřený v § 6 zákona o veřejných zakázkách je ve své podstatě instrumentální. Toto ustanovení totiž v prvé řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (srov. shora citovanou důvodovou zprávu). Právě k zajištění konkurence mezi dodavateli slouží zmíněné zásady (viz rozsudek ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152, č. 1771/2009 Sb. NSS).

[36] Smysl a cíl zákazu diskriminace uvedeného v § 6 zákona o veřejných zakázkách vede k závěru, že tento zákaz zahrnuje zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, ale také zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům, tj. v oblasti práva veřejných zakázek k poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (viz tamtéž).

[37] Uvedené zásady musí zadavatel dodržovat v každé fázi procesu zadávání veřejné zakázky. Vyžadují rovnost příležitostí všech uchazečů, tzn. ukládají, aby všichni uchazeči měli při vypracování znění jejich nabídek stejné příležitosti a aby nabídky všech uchazečů

podléhaly stejným podmínkám (viz rozsudek ze dne 12. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007 - 131, č. 2535/2012 Sb. NSS).

[38] I přes jistá specifika v oblasti veřejných zakázek nelze odhlédnout od základního pravidla, které je společné pro všechny právní oblasti, tedy, že k nerovnosti a diskriminaci může dojít jen tehdy, je-li zacházeno odlišně se srovnatelnými subjekty ve srovnatelných situacích. V této souvislosti lze odkázat především na judikaturu Ústavního soudu (viz zejm. nález ze dne 15. 5. 2012, sp. zn. Pl. ÚS 17/11 a judikaturu citovanou v bodě 74 tohoto nálezu), podle níž je rovnost relativní kategorií, která vyžaduje odstranění nedůvodných rozdílů. Právní rozlišování v přístupu k určitým právům nesmí být projevem libovůle, ze zásady rovnosti však neplyne závěr, že by každému muselo být přiznáno jakékoliv právo. Jinými slovy, ne každé nerovné zacházení s různými subjekty lze hodnotit jako porušení principu rovnosti, tedy jako protiprávní diskriminaci jedněch subjektů ve srovnání s jinými subjekty. V případě tvrzeného nerovného zacházení je proto nutné zabývat se otázkou, zda se jedná o rozdílné zacházení se subjekty nacházejícími se ve srovnatelných situacích a zda je toto rozdílné zacházení ospravedlnitelné, a tedy souladné s ústavním pořádkem.

[39] Obdobně se vyjádřil i Nejvyšší správní soud přímo v oblasti veřejných zakázek: „*Porušení zásady nediskriminace zadávacího řízení by nesporně nastalo, pokud by zadavatel v téže situaci a v týchž otázkách přistupoval k některým uchazečům o veřejnou zakázku procedurálně nebo obsahově jinak než ke zbylým, popř. pokud by v důsledku zadavatelova postupu bylo některým uchazečům objektivně znemožněno nebo ztíženo ucházet se o veřejnou zakázku za podmínek, za nichž se o ni mohou ucházet jiní uchazeči*“ (rozsudek č. j. 5 Afs 131/2007 – 131, zdůraznění doplněno).

[40] Srovnatelnost situace, v níž se nacházeli uchazeč K-net a uchazeč K2 je proto pro posouzení porušení zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace klíčová. Žalovaný vyšel z předpokladu, že pokud stěžovatel postupoval podle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách vůči jednomu z uchazečů a vyzval jej k doplnění podkladů, musel bez dalšího vyzvat i všechny další uchazeče, kteří nedoložili některé podklady. Krajský soud se plně ztotožnil s žalovaným a dodal, že pro odlišný postup neexistoval objektivní důvod.

[41] S tímto závěrem Nejvyšší správní soud nesouhlasí. Je sice pravdou, že zadávání veřejných zakázek je velmi formalizovaným procesem a zadavatel by měl aplikovat postup podle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, pokud se jej rozhodne využít, ve vztahu ke všem uchazečům v rámci jednoho zadávacího řízení za rovných podmínek. Nesmí tedy libovolně určovat, kterého z uchazečů k doplnění podkladů vyzve a kterého nikoliv. Na druhé straně, absolutizace postupu podle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, tedy povinnost vyzvat za všech okolností všechny uchazeče, kteří nedoložili některý podklad, by byla v rozporu se základním smyslem zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace, které zakazují odlišné zacházení pouze ve srovnatelných situacích. Mohou nastat situace, byť budou výjimečné, kdy bude již před samotným hodnocením nabídek bez důvodných pochybností zřejmé, že uchazeči z hlediska vad nabídek ve srovnatelné situaci nejsou. Tak tomu bylo i v nyní posuzované věci.

[42] V protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 7. 5. 2012 komise pro posouzení kvalifikace uvedla u nabídky č. 1 podané uchazečem K-net následující zjištěné nedostatky:

(1) Nepředložení seznamu statutárních orgánů nebo členů statutárních orgánů, kteří v posledních 3 letech pracovali u zadavatele podle § 53 odst. 1 písm. l) zákona o veřejných zakázkách.

(2) Nepředložení pojistné smlouvy o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě v minimální výši pojistné částky 100 mil. Kč podle bodu 9.9.1 zadávací dokumentace. Uchazeč K-net se pokusil prokázat splnění tohoto předpokladu prostřednictvím subdodavatele, a to předložením pojistné smlouvy s pojistnou částkou 50 mil Kč a čestného prohlášení subdodavatele, že v případě výběru pojistnou částku navýší. Zadavatel však požadoval předložení pojistné smlouvy nebo pojistného certifikátu, možnost čestného prohlášení nebo jiného dokumentu nepřipouštěl.

(3) Nepředložení závěrky za poslední účetní období podle § 55 odst. 1 písm. c) téhož zákona a bodu 9.2.2 zadávací dokumentace.

(4) Podle bodu 9.10.1 zadávací dokumentace bylo povinností předložit seznam významných dodávek a služeb a společně s ním i osvědčení, příp. čestná prohlášení prokazující údaje uvedené v seznamu. Uchazeč K-net splnil tento požadavek pouze částečně – součástí nabídky nebyl komplexní seznam. Dále uchazeč K-net nepředložil osvědčení, příp. čestná prohlášení prokazující splnění technických kvalifikačních předpokladů v rozsahu požadovaném v bodech 9.10.1.2 a 9.10.1.3 zadávací dokumentace. Z 11 předložených čestných prohlášení a osvědčení nevyplývá splnění kvalifikačních předpokladů podle požadavků zadavatele v souladu s § 56 odst. 1 a 2 zákona o veřejných zakázkách.

(5) Podle bodu 9.10.2 zadávací dokumentace byl povinnou součástí nabídky seznam členů řešitelského týmu s jejich profesním životopisem, osvědčením o vzdělání a u některých ze členů týmu doklad o absolvování kurzů. V nabídce uchazeče K-net byl předložen životopis a osvědčení o vzdělání pouze u vedoucího týmu. Dále nebyl předložen žádný dokument prokazující absolvování příslušných školení, příp. certifikací.

[43] Totéž odůvodnění bylo následně promítnuto do rozhodnutí o vyloučení uchazeče K-net ze dne 6. 6. 2012, nedostatky uvedené výše pod body (2),(4) a (5) byly označeny za zásadní [k nedostatku pod bodem (4) bylo doplněno, že komise nebyla schopna z předložených dokumentů přiřadit jednotlivá osvědčení k jednotlivým požadavkům podle bodu 9.10.1 zadávací dokumentace. Uchazeč K-net předložil pouze 11 ze 16 osvědčení, resp. čestných prohlášení, přičemž ani z předložených dokumentů nebylo možné stanovit rozsah poskytnutých dodávek a služeb v souladu se zadávací dokumentací (osvědčení obsahově neodpovídala požadavkům zadavatele)].

[44] Ve vztahu k nabídce č. 3 podané společně spolčenostmi K2 a společnosti Aquasoft spol. s. r. o komise pro posouzení kvalifikace uvedla v protokolu ze dne 7. 5. 2012, že ke splnění kvalifikačních předpokladů podle § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách je třeba předložit výpis z evidence rejstříku trestů. Společnost K2 doložila pouze výpis z rejstříků trestů svých statutárních orgánů, ale nepředložila výpis z rejstříku právnických osob. Komise k tomu poznamenala, že rejstřík je veden v souvislosti se vstupem v účinnost zákona č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a

řízení proti nim (dále jen „zákon o trestní odpovědnosti právnických osob“). Doporučila proto, aby byla společnost K2 k doplnění tohoto výpisu vyzvána.

[45] Z protokolu z jednání ze dne 16. 5. 2012 vyplývá, že hodnotící komise byla seznámena s doporučením komise pro posouzení kvalifikace, aby byla vyloučena nabídka č. 1 podaná společností K-net, neboť neobsahovala dokumenty prokazující ekonomické a finanční předpoklady (pojistnou smlouvu), ani technické kvalifikační předpoklady (požadovaná osvědčení, příp. čestná prohlášení, dokumenty týkající se vzdělání). Ve vztahu k nabídce č. 3 je uvedeno, že vyloučení uchazeče K2 pro nedoložení výpisu z rejstříku trestů právnických osob by bylo velice formalistické, neboť zákon o trestní odpovědnosti právnických osob je v účinnosti cca 6 měsíců a je všeobecně známo, že žádná společnost nebyla podle něj dosud odsouzena. V dalších částech byla kvalifikace uchazeče č. 3 splněna. Dále hodnotící komise poznamenala, že uchazeč č. 3 splnil požadavek komise pro posouzení kvalifikace a doplnil výpis v 5denní lhůtě.

[46] Z výše uvedeného je zřejmé, rozdílnost situací uchazeče K-net a uchazeče K2 spočívala především v tom, že s ohledem na specifickou situaci související s nabytím účinnosti zákona o trestní odpovědnosti právnických osob krátce před podáním nabídek (zákona nabyl účinnosti 1. 1. 2012, lhůta pro podání nabídek skončila 30. 4. 2012), považovaly obě výše zmíněné komise za nepochybné, že požadavek na bezúhonnost právnické osoby byl splněn, neboť v rozhodné době nebyla žádná právnická osoba podle tehdy nového zákona odsouzena. Takovýto nesporný předpoklad, že kvalifikační podmínky byly materiálně splněny, nebylo možné učinit u některých nedostatků, jimiž trpěla nabídka společnosti K-net. Z doložených dokladů bylo naopak zřejmé, že některé požadavky k datu podání nabídky nesporně nesplňovala – pokud předložila pojistnou smlouvu pouze na pojistnou částku 50 mil. Kč s čestným prohlášením, že v případě výběru pojistnou částku navýší, bylo nepochybné, že ke dni podání nabídky (resp. ke dni uplynutí lhůty pro podání nabídek) pojistnou smlouvou podle požadavků zadavatele uvedeného v bodu 9.9.1. zadávací dokumentace nedisponovala.

[47] S ohledem na všechny výše uvedené okolnosti Nejvyšší správní soud přisvědčil stěžovateli, že se uchazeči K-net a K2 nenacházeli ve srovnatelných situacích. Odlišný postup vůči nim byl objektivně odůvodněn a toto odůvodnění bylo zachyceno v doporučeních komise pro posouzení kvalifikace a hodnotící komise. Výzvou adresovanou pouze společnosti K2 proto stěžovatel neporušil zásadu rovného zacházení, ani zákaz diskriminace. Naopak, pokud by za výše popsaných skutkových okolností stěžovatel vyzval uchazeče K-net k odstranění nedostatků, zvýhodnil by jej oproti ostatním uchazečům (včetně uchazeče K2), neboť by mu poskytl dodatečnou lhůtu pro splnění přinejmenším některých požadavků, které v době podání nabídky, (resp. uplynutí lhůty pro podání nabídek) prokazatelně nesplňoval. To se týká především pojistné smlouvy na pojistnou částku 100 mil. Kč, u níž je s ohledem na vyjádření samotného uchazeče K-net v jeho nabídce zřejmé, je takovou smlouvou nedisponoval.

[48] Na tyto relevantní rozdíly mezi uchazeči K2 a K-net stěžovatel přitom upozorňoval již v průběhu daňové kontroly, následně v odvolání a v žalobě. Krajský soud i finanční orgány pochybily, když odmítly tyto skutečnosti zohlednit, a proto dospěly k nesprávnému závěru o porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách.

[49] S ohledem na výše uvedený závěr, že se stěžovatel nedopustil vytýkaným jednáním (které mělo spočívat v nedůvodném nerovném zacházení s uchazeči) porušení zákona o veřejných zakázkách, a tedy ani tvrzeného porušení rozpočtové kázně, se soud již nezabýval dalšími námitkami. Ostatně, na námitku týkající se postupu podle § 14f rozpočtových pravidel Nejvyšší správní soud již odpověděl v rozsudku ze dne 21. 3. 2019, č. j. 1 Afs 293/2018 – 28, týkajícím se týchž účastníků.

V. Závěr a náklady řízení o kasační stížnosti

[50] Nejvyšší správní soud shledal kasační stížnost důvodnou, proto rozsudek krajského soudu zrušil. Současně podle § 110 odst. 2 písm. a) s. ř. s. ve spojení s § 78 odst. 3 s. ř. s., zrušil i rozhodnutí žalovaného, protože již v řízení před krajským soudem byly dány důvody pro takový postup. V souladu s § 78 odst. 4 s. ř. s. pak Nejvyšší správní soud vrátil věc žalovanému k dalšímu řízení, v něm bude žalovaný vázán právním názorem vysloveným v tomto rozsudku (§ 78 odst. 5 s. ř. s.).

[51] Tímto rozsudkem je řízení před správními soudy skončeno, Nejvyšší správní soud proto rozhodl rovněž o celkových nákladech soudního řízení (§ 110 odst. 3 věta druhá s. ř. s.). Podle § 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s., má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Procesně úspěšným byl v dané věci stěžovatel, neboť výsledkem řízení před správními soudy bylo zrušení správního rozhodnutí, které napadl žalobou.

[52] Pokud jde o jejich výši v průběhu řízení o nyní posuzované kasační stížnosti, ta je představována soudním poplatkem ve výši 5.000 Kč, náklady spojenými se zastoupením za 1 úkon právní služby v částce 3.100 Kč (podání kasační stížnosti) a paušální náhradou hotových výdajů ve výši 300 Kč [§ 7, § 9 odst. 4 písm. d), § 11 odst. 1 písm. d) a § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif)]. Částku 3.400 Kč soud zvýšil o 714 Kč připadající na daň z přidané hodnoty, kterou je advokát jako plátce povinen odvést. Celková výše náhrady nákladů za řízení o kasační stížnosti (včetně soudního poplatku) činí 9.114 Kč.

[53] Náhrada nákladů za řízení před krajským soudem zahrnuje soudní poplatek ve výši 3.000 Kč a náklady spojené se zastoupením za dva úkony právní služby (převzetí a příprava zastoupení, podání žaloby), tedy odměnu ve výši 3.100 Kč za každý z těchto úkonů a paušální náhradu hotových výdajů ve výši 300 Kč za každý z těchto úkonů [§ 7, § 9 odst. 4 písm. d), § 11 odst. 1 písm. a) a d) a § 13 odst. 3 advokátního tarifu]. Částku 6.800 Kč soud zvýšil o 1.428 Kč připadající na daň z přidané hodnoty, kterou je advokát jako plátce povinen odvést. Celková výše náhrady nákladů za řízení před krajským soudem (včetně soudního poplatku) činí 11 228 Kč.

[54] Žalovaný je tedy povinen nahradit stěžovateli náklady soudního řízení ve výši celkem 20 342 Kč, a to ve lhůtě 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám zástupce stěžovatele JUDr. Petra Rittera.

pokračování

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 24. října 2019

JUDr. Filip Dienstbier
předseda senátu