

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Filipa Dienstbiera, soudce JUDr. Josefa Baxy a soudkyně JUDr. Lenky Kaniové v právní věci žalobce: **město Jablonné v Podještědí**, se sídlem nám. Míru 22, Jablonné v Podještědí, zastoupeného Mgr. Petrem Sigmundem, advokátem se sídlem Jiráskova 614, Česká Lípa, proti žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**, se sídlem Masarykova 31, Brno, o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 19. 10. 2016, č. j. 45754/16/5000-10610-703694, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Ústí nad Labem - pobočka v Liberci, ze dne 16. 1. 2018, č. j. 59 Af 35/2016 – 54,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Žalobce **nemá právo** na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti **nepřiznává.**

Odůvodnění:

I. Vymezení věci a řízení před krajským soudem

[1] Ministerstvo vnitra udělilo rozhodnutím ze dne 20. 9. 2010, č. 43/57 žalobci dotaci z Operačního programu Lidské zdroje a zaměstnanost na realizaci projektu Optimalizace a zefektivnění řízení rozvoje lidských zdrojů v Jablonném v Podještědí (dále jen „rozhodnutí o udělení dotace“).

[2] Rozhodnutím ze dne 22. 3. 2016 vyměřil Finanční úřad pro Liberecký kraj dle § 44a odst. 4 písm. b) zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla) žalobci odvod do Národního fondu za porušení rozpočtové kázně ve výši 126.581 Kč (5% z celkové částky dotace).

[3] Odvolání žalobce žalovaný zamítl. Žalobce dle žalovaného formulací kritérií v bodě 7. 4. 3. zadávací dokumentace k zakázce malého rozsahu „Poradenská společnost pro řízení a rozvoj lidských zdrojů“ porušil zásadu nediskriminace stanovenou Metodickým pokynem pro zadávání veřejných zakázek OP LZZ: D9, verze 1.3 ze dne 15. 10. 2009, který byl nedílnou součástí rozhodnutí o poskytnutí dotace, potažmo § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. V zadávací dokumentaci bylo jako kvalifikační předpoklad uvedeno splnění celkového limitu obratu dodavatele za plnění z obdobných služeb za předcházející tři účetní období, případně za všechna období od vzniku uchazeče či zahájení příslušné činnosti, ve výši minimálně 10.000.000 Kč. Z toho vyplynulo, že daného výběrového řízení se mohou účastnit i dodavatelé, kteří působí v oblasti předmětu zakázky kratší dobu než tři účetní období. V zadávací dokumentaci však nebyla této okolnosti přizpůsobena výše limitu požadovaného obratu. Takto zadaným kvalifikačním předpokladem mohlo dojít k omezení podání nabídek uchazečů, kteří v oblasti předmětu zakázky působí kratší dobu a nedosahují obratu, který by neklesl pod 10.000.000 Kč.

[4] Rozhodnutí žalovaného napadl žalobce u Krajského soudu v Ústí nad Labem – pobočka v Liberci. Krajský soud žalobu neshledal důvodnou a zamítl ji.

[5] K námitce žalobce, že formulace bodu 7. 4. 3. zadávací dokumentace měla za cíl stanovit povinnost uchazeče doložit roční obrat ve výši 3 300 000 Kč, krajský soud konstatoval, že takový záměr z gramatického výkladu bodu 7. 4. 3. nevyplývá. Naopak, gramatickým výkladem tohoto ustanovení je třeba dojít k závěru, že pokud dodavatel vznikl nebo prokazatelně zahájil činnost vztahující se k předmětu veřejné zakázky později, postačí sice, předloží-li údaje o svém obratu za všechna účetní období od svého vzniku nebo od zahájení příslušné činnosti, součet obratů za plnění dosažená z obdobných služeb za všechna období od vzniku uchazeče či zahájení příslušné činnosti však u něj nesmí klesnout pod limit 10.000.000 Kč.

[6] Krajský soud nepřisvědčil ani námitce, že nebyly naplněny všechny podmínky části IV. bodu 2. 3. rozhodnutí o udělení dotace (podmínky pro uložení sankce). Odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012 - 28, a uvedl, že v případě druhé podmínky postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění nejvhodnější nabídky, což bylo splněno již tím, že kritérium formulované v bodu 7. 4. 3. zadávací dokumentace mohlo uchazeče působící v oblasti předmětu veřejné zakázky kratší dobu než tři účetní období a nedosahující stanoveného limitu součtu obratů 10.000.000 Kč od účasti ve výběrovém řízení odradit.

II. Kasační stížnost a vyjádření žalovaného

[7] Proti rozsudku krajského soudu brojí žalobce (stěžovatel) kasační stížností.

[8] Zaprvé stěžovatel namítá, že výklad formulace článku 7. 4. 3. zadávací dokumentace, který použil žalovaný a potvrdil krajský soud, není jediným možným. Text tohoto kritéria dle stěžovatele současně nevylučuje ani závěr odpovídající jeho úmyslu, t.j. že v případě těch uchazečů, kteří vznikli nebo zahájili rozhodnou činnost v době kratší tří let před vyhlášením soutěže by postačovalo doložení alespoň ročního obratu ve výši 3,3 milionu Kč.

[9] Možnost dvojího výkladu kritéria v bodě 7. 4. 3. zadávacích podmínek vyplývá i z vyjádření žalovaného k podané žalobě ze dne 31. 1. 2017. Jeho navazující závěr, že tuto nejasnost lze vykládat jen k tíži stěžovatele, však stěžovatel nesdílí. Stěžovatel tedy trvá na tom, že text zadávacích podmínek 7. 4. 3. připouští výklad, který není diskriminační, a za této situace pak nelze k výkladu úmyslu stěžovatele dospět jinak, než zkoumáním vůle stěžovatele v pozici zadavatele.

[10] Stěžovatel dále nesouhlasí se závěrem krajského soudu týkajícím se posouzení naplnění podmínek části IV. bodu 2. 3. rozhodnutí o poskytnutí dotace. Stěžovatel nezpochybňuje závěr krajského soudu, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Je však přesvědčen, že tvrzeným pochybením v jeho případě nebylo možno výběr jakkoliv ovlivnit, neboť stěžovatel řádně vysvětlil, proč považoval zkušenost uchazeče za důležitou, a také žádný uchazeč nebyl z důvodu nesprávného výkladu použitého kritéria ze soutěže vyloučen.

[11] Stěžovatel je přesvědčen, že k ovlivnění výběru fakticky vůbec nemohlo dojít. Pokud by žalovaný chtěl uzavřít, že text kritéria v bodě 7. 4. 3. zadávacích podmínek mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, pak by musel tvrdit a doložit, že existoval byť jen jediný subjekt (bez ohledu na to, zda se do výběru přihlásil či nikoliv), který by vznikl nebo zahájil příslušnou činnost v době kratší než tři roky před vyhlášením soutěže a přesto dosáhl alespoň v jednom roce obrat 3,3 milionu Kč. Takovýto uchazeč totiž dle přesvědčení stěžovatele v době vydání zadávacích podmínek neexistoval.

[12] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti k první námitce stěžovatele odkázal na argumentaci uvedenou v rozsudku krajského soudu. Dále uvedl, že trvá na výkladu, že kvalifikační kritéria musí být dostatečně jasná a srozumitelná tak, aby nebylo pochyb o tom, co jimi měl zadavatel na mysli. K druhé a třetí námitce žalovaný konstatuje, že předmětem posouzení ve věci stěžovatele je, zda došlo k porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách, tedy zásady zákazu diskriminace. K porušení této zásady postačí pouhá potencialita ovlivnění výběru nejvhodnějšího uchazeče (viz rozsudek NSS ze dne 15. 10. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, nebo ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152). V řízení o porušení rozpočtové kázně nejde o správní trestání, žalovaný tedy neprokazuje zavinění stěžovatele.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[13] Nejvyšší správní soud při posuzování kasační stížnosti hodnotil, zda jsou splněny podmínky řízení, přičemž dospěl k závěru, že má požadované náležitosti, byla podána včas a osobou oprávněnou, a je tedy projednatelná.

[14] Poté přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů, ověřil při tom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.), a dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

[15] Podstatou první kasační námitky je sporný výklad článku 7. 4. 3. zadávací dokumentace. Ten stanoví:

„Uchazeč předloží údaje o celkovém ročním obratu a ročním obratu dosaženém za obdobné služby za předcházející 3 účetní období. Za obdobné služby se považují služby v oblastech poradenství, zaměstnanosti a školení. Údaje budou předloženy formou tabulkového přehledu, potvrzeného čestným prohlášením o pravdivosti údajů. Jestliže dodavatel vznikl později nebo prokazatelně zahájil činnost vztahující se k předmětu veřejné zakázky později, postačí, předloží-li údaje o svém obratu za všechna účetní období do svého vzniku nebo od zahájení příslušné činnosti.
Tento kvalifikační předpoklad splní dodavatel, jehož součet obratů za plnění dosažená z obdobných služeb za předcházející 3 účetní období, případně za všechna období od vzniku uchazeče nebo zahájení příslušné činnosti, neklesl pod limit 10 mil. Kč.“

[16] Krajský soud přisvědčil žalovanému, že takto zadané kritérium neumožňuje výklad předestřený stěžovatelem, že zadávací dokumentace měla za cíl stanovit povinnost uchazeče doložit roční obrat ve výši 3.300.000 Kč. Nejvyšší správní soud se s takovým posouzením ztotožňuje. Ať už byl úmysl stěžovatele jakýkoliv, z gramatického výkladu je zřejmé, že i dodavatel, který vznikl později, než 3 roky před zadáním zakázky, je povinen ke splnění kvalifikačního předpokladu prokázat, že součet jeho obratů za toto (kratší než tříleté) období neklesl pod 10 milionů Kč. Kvalifikační kritérium, tak jak je popsáno v bodě 7.4.3. zadávací dokumentace a citováno výše, přitom nelze považovat za nejasné, či umožňující více různých výkladů. Je pravdou, že odpovědnost za nejasné formulace při zadávání veřejných zakázek musí jít k tíži zadavatele, nikoliv účastníků výběrového řízení, pro nyní projednávanou věc se však vzhledem k uvedenému nejedná o relevantní argumentaci.

[17] Stěžovatel dále namítá, že tvrzené pochybení v projednávané věci nebylo způsobilé ovlivnit výběr nejlepší nabídky. Pokud by tomu tak bylo, měl by žalovaný povinnost takovou možnost prokázat na konkrétním subjektu.

[18] Ani tyto námitky nejsou důvodné. Předně je třeba odmítnout stěžovatelovu argumentaci, že k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky nemohlo dojít, neboť žádný z uchazečů nebyl na základě zadaného kritéria vyloučen.

[19] Bod 2. 3. v části IV. rozhodnutí o poskytnutí dotace stanoví: *„V případě, že:*

- *dojde k porušení povinností stanovených v části II bodě 8.1 po vyplacení jakékoliv částky dotace, resp. bylo rozhodnuto o porušení rozpočtové kázně příslušným územním finančním orgánem podle § 44 odst. 1 písm. b) rozpočtových pravidel,*

- *porušením těchto povinností byl podstatně ovlivněn nebo mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky a*

- *se nejedná o porušení povinností stanovených zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,*

bude odvod za porušení rozpočtové kázně vyměřen ...“

[20] Z uvedené citace, resp. druhého bodu podmínek pro vyměření odvodu za porušení rozpočtové kázně plyne, že podmínkou pro vyměření odvodu není pouze případ, kdy na základě porušení metodiky pro zadávání veřejných zakázek došlo k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, ale též případ, kdy k takovému ovlivnění dojít mohlo. Tedy jak již správně vyložil krajský soud, k naplnění této podmínky postačí potencialita ovlivnění. Krajský soud odkázal na judikaturu Nejvyššího správního soudu, jež se sice vztahuje k § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, tedy správnímu deliktu zadavatele (*„Zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku“*), kritérium možného ovlivnění veřejné zakázky je v něm však stanoveno totožně jako v rozhodnutí o udělení dotace v nyní projednávané věci.

[21] Ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) definuje delikt ohrožovací, tedy takový, kdy k účinku daného jednání nemusí dojít (srov. rozsudek ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012 – 28). Znakem skutkové podstaty takového deliktu je toliko následek spočívající v ohrožení chráněného zájmu (viz rozsudek ze dne 13. 10. 2015, č. j. 8 As 50/2015 – 39). Z těchto předpokladů vycházel kasační soud též v rozsudku ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012 - 28, v němž uzavřel: *„... nelze přisvědčit požadavku krajského soudu, aby stěžovatel zevrubně prokazoval, že v inkriminované době existoval konkrétní dodavatel, který se předmětného výběrového řízení nemohl zúčastnit jen proto, že žalobce jako zadavatel předmětné veřejné zakázky v rozporu se zněním § 56 odst. 3 ZVZ zkrátil dobu, ve vztahu k níž měl takový dodavatel předložit příslušné reference. V takovém případě by totiž stěžovatel fakticky neprokazoval ohrožení výběru nejvhodnější nabídky, ale již samotné v reálu skutečné porušení povinnosti vybrat nejvhodnější nabídku.“* Dále konstatoval, že *„takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území“*.

[22] Uvedený závěr lze bez dalšího vztáhnout i na nyní projednávanou situaci. Nejvyšší správní soud proto uzavírá, že nebylo povinností žalovaného vyhledávat konkrétní subjekty, které by se za jiného nastavení podmínek mohly účastnit vypsané veřejné zakázky. Žalovaný možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky dostatečně popsal, když uvedl, že způsobem, jakým bylo zadáno kvalifikační kritérium, mohl stěžovatel znemožnit nebo omezit podání nabídek uchazečů, jež v oblasti předmětu výběrového řízení působí kratší dobu a nedosahují za tuto dobu požadovaného obratu.

IV. Závěr a náklady řízení

[23] Stěžovatel se svými námitkami neuspěl. Jelikož Nejvyšší správní soud neshledal důvod pro zrušení napadeného rozhodnutí ani z úřední povinnosti (§ 109 odst. 4 s. ř. s.), zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou (§ 110 odst. 1 s. ř. s.).

[24] O náhradě nákladů řízení Nejvyšší správní soud rozhodl v souladu s § 60 odst. 1 s. ř. s. za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatel ve věci neměl úspěch, a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti. Žalovanému, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníkovi právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, pak v řízení o kasační stížnosti žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti nevznikly.

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

V Brně dne 25. dubna 2019

JUDr. Filip Dienstbier
předseda senátu