ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě, složeném z předsedy JUDr. Jaroslava Vlašína a soudců JUDr. Jana Vyklického a Mgr. Radovana Havelce, v právní věci žalobce: **Fyzikální ústav Akademie věd ČR, v.v.i.**, sídlem Praha 8, Na Slovance 1999/2, zastoupen Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem se sídlem Praha 1, Revoluční 724/7, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,** sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 1926/7, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 27. 1. 2016, č. j. 31 Af 14/2014 – 48,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení ve výši 4.114 Kč, a to do jednoho měsíce od právní moci rozsudku k rukám jeho právního zástupce Mgr. Tomáše Krutáka.

Odůvodnění:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) rozhodl dne 29. 1. 2013, č. j. ÚOHS-S567/2012/VZ-1850/2013/511/MFI (dále jen „rozhodnutí I. stupně“), o tom, že se žalobce dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“). Žalobce při stanovení požadavků na prokázání technických kvalifikačních předpokladů v zadávacích podmínkách veřejné zakázky „*Poradce pro získání dotace OP Výzkum a vývoj pro inovace na projekt ELI*“ (dále „veřejná zakázka“) nedodržel požadavky ustanovení § 56 odst. 2 písm. a) citovaného zákona, ve spojení s § 56 odst. 7 písm. c) a § 6 téhož zákona, a dále porušil podmínky § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, ve spojení s § 6 téhož zákona. Za spáchání správního deliktu byla žalobci uložena pokuta ve smyslu § 120 odst. 2 písm. a) citovaného zákona ve výši 70.000 Kč. Proti rozhodnutí I. stupně podal žalobce rozklad, který předseda Úřadu svým rozhodnutím ze dne 18. 12. 2013, č. j. ÚOHS-R41/2013/VZ-24782/2013/310/Pmo (dále jen „napadené rozhodnutí“), zamítl a rozhodnutí I. stupně potvrdil. Žalobce brojil proti předmětnému

rozhodnutí žalobou ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), který ji rozsudkem ze dne 27. 1. 2016, č. j. 31 Af 14/2014 – 48 (dále jen „napadený rozsudek“), vyhověl, napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.

Podstatou sporu před krajským soudem bylo posouzení technických kvalifikačních předpokladů v zadávací dokumentaci veřejné zakázky. Žalobce (zadavatel) v zadávací dokumentaci požadoval pro splnění technického kvalifikačního předpokladu předložení seznamu významných služeb, které uchazeč poskytl v posledních 3 letech, s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí. Přílohou seznamu muselo být osvědčení, nebo čestné prohlášení ve smyslu § 56 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Za významné služby byly dle zadávací dokumentace považovány mj. poradenské služby v oblasti „*A) kompletního zpravování žádosti o dotaci projektu ze strukturálních fondů EU, kterou uchazeč zpracovával pro subjekty z veřejné sféry*“. Úřad shledal požadavek v rozsahu, že musí jít o reference jen ve vztahu ke strukturálním fondům (a nikoli třeba z Fondu soudržnosti), a jen vůči subjektům z veřejné sféry, za diskriminační ve smyslu § 6 zákona o veřejných zakázkách.

Krajský soud poznamenal, že stanovení technických kvalifikačních předpokladů je tou částí zadávací dokumentace, kterou může zadavatel veřejné zakázky buď otevřeně, nebo skrytě využít k omezení přístupu potencionálních soutěžitelů k veřejné zakázce. Z hlediska skryté diskriminace poukázal na rozsudek zdejšího soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 – 152 (všechna rozhodnutí Nejvyššího správního soudu jsou veřejně dostupná na www.nssoud.cz), z něhož akcentoval, že klíčovým pojmem skryté diskriminace je „*zjevná nepřiměřenost*“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Zjevná nepřiměřenost „*není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno jí vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu*“. Úřad postavil svou argumentaci na skutečnosti, že z praktického hlediska se vypracování žádosti o dotaci projektu ze strukturálních fondů neliší od vypracování žádosti o dotaci projektu z Fondu soudržnosti. Krajský soud vyslovil, že ze správního spisu nevyplývá, jak Úřad, resp. předseda Úřadu, ke svým zjištěním ohledně srovnání žádostí zmíněných fondů dospěli. Totéž platí o závěrech ohledně Operačního programu Doprava, na němž rozhodnutí I. stupně demonstrovalo možnost financování určitého projektu jak ze strukturálních fondů, tak Fondu soudržnosti. Krajský soud dospěl k závěru, že srovnání žádostí představuje skutkový závěr, který ovšem musí být opřen o podklady pro rozhodnutí. Odmítl tvrzení Úřadu, že obsahové náležitosti žádostí o dotace jsou skutečností obecně známou. Z rozhodnutí Úřadu současně nevyplynulo, že by šlo o skutečnost známou z úřední činnosti.

Z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008 – 152 krajský soud dovodil možnou přítomnost skryté diskriminace tam, kde I) kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní, II) kvalifikační předpoklady jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, a III) v důsledku takto nastavených předpokladů mohou veřejnou zakázku splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, kteří by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Krajský soud dospěl k závěru, že existovala legitimní úvaha žalobce, který jako specifická instituce požadující dotační poradenství pro zcela specifický projekt ELI (Extreme Light Infrastructure), zabývající se budováním nejmodernějšího laserového zařízení na světě, hledá poradce se zkušenostmi s projekty obdobného typu, tedy v rámci subjektů poskytujících dotační poradenství v obdobných operačních programech. K technice zpracování žádostí poznamenal, že tato je jistě významná, avšak subjektivně pro konkrétního zadavatele nemusí být jediným kritériem při hodnocení, jakým způsobem si zajistit poradenství pro získání dotací. Požadavek, aby se jednotliví zadavatelé zabývali tím, jaké jsou podmínky pro podávání žádostí

o dotace z jiných evropských zdrojů financování, a zda se shodují s typem žádostí v jimi požadovaném operačním programu, zhodnotil krajský soud jako absurdní.

Při respektování nutnosti ochrany soutěže považuje krajský soud současně za nutné, aby kontrola zadávání veřejných zakázek byla smysluplná a nekladla na zadavatele nelogické a přehnané požadavky. Přiznal zároveň, že je prakticky jisté, že při připuštění více typů financování by se generovalo větší množství subjektů, které by mohly o zakázku soutěžit, avšak racionální úvaha zadavatele (žalobce), která nevyloučila soutěž a odpovídala jeho požadavkům, nemůže být sama o sobě projevem diskriminace.

Ohledně žalobci vytýkané nekonzistentnosti jeho vyjádření k omezení referencí na strukturální fondy EU krajský soud zdůraznil, že zatímco v rozhodnutí I. stupně Úřad předmětnou část uvedl návětím „*dlužno navíc podotknout*…“, pak v napadeném rozhodnutí již tato otázka představovala jeden z důvodů pro naplnění skutkové podstaty deliktu. Při neúplnosti správního spisu krajský soud poznamenal, že není zřejmý procesní režim vzniku prvního vyjádření ze dne 12. 6. 2012, tedy z doby před zahájením správního řízení. V této souvislosti krajský soud připomněl rozsudek zdejšího soudu ze dne 22. 1. 2009, č. j. 1 As 96/2008 – 115, který zdůraznil, že je na obviněném jakou procesní strategii zvolí a je věcí správního orgánu, aby se s aktivitou obviněného vypořádal, přičemž protichůdné postoje obviněného v různých fázích řízení úkol jistě neusnadňují, avšak nemůže jít o důvod pro omezení jeho práv v odvolacím řízení. Obsah vyjádření byl tedy zcela na žalobci. Věcí Úřadu bylo mu správní delikt dokázat, k čemuž nemohlo postačovat srovnání dvou vyjádření žalobce. Krajský soud poukázal i na § 137 odst. 4 správního řádu (dále „správní řád“), dle něhož záznam o podání vysvětlení nelze použít jako důkazní prostředek. Krajský soud proto zpochybnil postup Úřadu a použitelnost vyjádření ze dne 12. 6. 2012 v rámci správního řízení.

V souvislosti s omezením referencí na služby poskytované pro subjekty z veřejné sféry žalobce Úřadu vytýkal, že se v napadeném rozhodnutí nevypořádal s rozkladovými námitkami, že realizace zakázky pro subjekty z veřejné sféry vykazuje podstatné odlišnosti od zakázek realizovaných pro soukromé subjekty. Krajský soud uvedl, že vzhledem k tomu, že požadavek na reference od zadavatelů z veřejné sféry byl jedním ze znaků deliktního jednání, měl se předseda Úřadu zpochybněním závěrů rozhodnutí I. stupně zabývat. Z pohledu žalobce bylo dostačující, pokud zpochybnil předmětné závěry odkazem na rozdílnou rozhodovací praxi Úřadu. V této části tak krajský soud zhodnotil napadené rozhodnutí jako zcela nepřezkoumatelné.

Druhý správní delikt žalobce spočíval v porušení § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, ve spojení s § 6 tohoto zákona. Toho se měl žalobce dopustit tím, že stanovil jiné ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady pro nabídky podávané samostatnými zájemci a pro nabídky, jejichž plnění mělo být dodáno částečně subdodavatelsky ve smyslu odkazovaného § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Krajský soud v tomto bodě odmítl žalobní tvrzení, že se nejednalo o požadavek na kvalifikaci, ale o obchodní podmínky, směřující k zajištění závazků dodavatele. Ztotožnil se tak se závěrem Úřadu. Odmítl rovněž žalobní tvrzení, že se Úřad konstatováním neaplikovatelnosti závěrů učiněných v jiném jeho rozhodnutí (ze dne 10. 3. 2010, č. j. ÚOHS-S220/2009-16376/2009/530/RKr), dopustil mechanické aplikace zákona o veřejných zakázkách.

Poslední částí žaloby brojil žalobce proti odůvodnění uložené pokuty. Zde krajský soud označil za klíčové závěry, které učinil ve vztahu k prvnímu deliktu. Jelikož odůvodnění výše pokuty bylo vystavěno na skutečnosti spáchání dvou deliktů, z nichž u jednoho nebylo zčásti

prokázáno jeho spáchání, a v části se Úřad nezabýval rozkladovými námitkami, dospěl krajský soud k závěru, že rozhodnutí o pokutě nemůže věcně obstát. Zdůraznil však, že i při odhlédnutí od tohoto základního nedostatku, považuje rozhodnutí o pokutě za nedostatečně odůvodněné.

Krajský soud předestřel, že v obecné rovině by měl Úřad při stanovení sankce vycházet z podpůrné aplikace trestněprávních předpisů (srovnej rozsudek zdejšího soudu ze dne 31. 8. 2009, č. j. 8 Afs 74/2007 – 140), přičemž zdůraznil § 39 odst. 2 trestního zákona, který se zaobírá „*povahou a závažností trestného činu*“ [poznámka zdejšího soudu: krajský soud zřejmým omylem nesprávně uvádí „*trestního zákona*“ (zákon č. 140/1961 Sb.), namísto svým obsahem odpovídajícího „*trestního zákoníku*“ (zákon č. 40/2009 Sb.)]. V kontextu kritérií ustanovení § 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách krajský soud poznamenal, že ze správního rozhodnutí I. stupně není vůbec patrné hodnocení těchto minimálních kritérií. Z bodu 57 téhož rozhodnutí nevyplývá, zda je hodnocen způsob spáchání, nebo okolnosti, za kterých byl delikt spáchán. Krajský soud Úřadu rovněž vytkl, že v bodě 59 citovaného rozhodnutí nevyvodil z konstatování, že otevřená nediskriminační soutěž o veřejnou zakázku je základním principem zadávání veřejných zakázek, žádný konkrétní dopad ve vztahu k pokutě.

Jako přitěžující okolnost Úřad zhodnotil, že stanovení jednoho z kvalifikačních předpokladů nebylo od počátku vedeno racionální úvahou, což mělo vyplývat z nekonzistentnosti vyjádření žalobce. Krajský soud připomněl, že tento závěr jednak již zhodnotil jako nesprávný, a současně se jedná o porušení zásady zákazu dvojího přičítání. Kladně krajský soud zhodnotil naopak úvahu Úřadu, že došlo pouze k omezení soutěže, nikoli jejímu vyloučení, stejně jako zohlednění hospodářských výsledků žalobce vzhledem k možnému likvidačnímu dopadu pokuty. Ve výsledku ale krajský soud uvedl, že pouhé konstatování skutečností, které Úřad hodnotil, aniž však uvedl, jaký význam uvedeným skutečnostem přiznal, a jaký konkrétní vliv měly na výši pokuty, je zcela nedostatečné (srovnej rozsudek zdejšího soudu ze dne 27. 3. 2008, č. j. 4 As 51/2007 – 68).

Proti rozsudku krajského soudu podal Úřad (dále jen „stěžovatel“) kasační stížnost. V ní rozporoval závěr krajského soudu, že otázky obsahových náležitostí žádostí o dotace nejsou skutečností obecně známou ani známou z úřední činnosti. Zdůraznil, že žalobce, krajský soud i stěžovatel se od počátku odvolávají na pojem „*strukturální fondy*“, jak jej chápou profesionálové v dotačním poradenství, přičemž to, jak jsou operační programy financovány, je v dotačním poradenství skutečností obecně známou. Informace o strukturálních fondech jsou veřejně dostupné na internetových stránkách www.strukturalni-fondy.cz. Stěžovatel navíc již několik let přezkoumává veřejné zakázky, které byly dotovány z různých evropských fondů a operačních programů. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 4. 2011, č. j. 1 As 33/2011 – 58, vyplývá, že správní orgán nemusí uvádět zdroj, z něhož se dozvěděl o existenci obecně známé skutečnosti ve smyslu § 50 odst. 1 správního řádu. Srovnávání žádostí nevyžadovalo dokazování, neboť se jedná o notoriety, „*tedy skutečnosti známé stěžovateli z úřední činnosti*“. Správní spis obsahuje veškeré podklady nezbytné pro zjištění skutkového stavu věci – zadávací dokumentaci, vyjádření žalobce v rámci správního řízení i vyjádření k podnětu. Stěžovatel dodal, že to, jak je financován konkrétní operační program, je nezávislé na tom, jak je z technického hlediska zpracovávána žádost o dotaci toho kterého projektu.

Stěžovatel souhlasil s tím, že veřejná zakázka mířila k realizaci dotace z jednoho operačního programu realizovaného v rámci jednoho ze strukturálních fondů EU. Dodal, že z veřejně dostupných informací je zřejmé, že strukturální fondy jsou dva a to Evropský fond pro regionální rozvoj a Evropský sociální fond. Fond soudržnosti je na rozdíl od „*klasických* “

strukturálních fondů EU určen na podporu rozvoje nejchudších států. Stěžovatel také připustil, že existují rozdíly mezi Fondem soudržnosti a strukturálními fondy, a to do určité míry v podporovaných aktivitách. Navíc u Fondu soudržnosti je předmětná pomoc určena k přímému financování jednotlivých projektů. V obou případech se nicméně jedná o hlavní nástroje realizace evropské politiky hospodářské a sociální soudržnosti. Obecně tedy platí, že jednotlivé projekty mohou být realizovány z různých fondů, a to v závislosti na zaměření konkrétního projektu, a na tom, zda projekt bude realizován například na regionální či národní úrovni. Předmětný projekt ELI je sice dle stěžovatele specifický, ale to je každý projekt v rámci operačních programů, respektive jednotlivých fondů. Jisté rozdíly mezi žádostmi o dotaci na projekt financovaný ze strukturálních fondů a Fondu soudržnosti, či dalších fondů, lze najít, ale nejde o výrazné rozlišení, které by zpracování žádosti změnilo co do charakteru. Z pohledu žadatele není patrný žádný rozdíl. Krajský soud aspekt minimální rozdílnosti žádostí nedůvodně bagatelizoval, přičemž neuvedl důvod, proč by žalobcem učiněné omezení na strukturální fondy bylo v zájmu oprávněných potřeb veřejné zakázky.

Současně stěžovatel namítl, že vzhledem ke zjištěnému nastavení technických kvalifikačních předpokladů pouze ve vztahu k subjektům z veřejné sféry a strukturálním fondům EU již dále nebylo nezbytné, aby posuzoval i to, zda velikosti, složitosti a technické náročnosti předmětné veřejné zakázky odpovídá rovněž i rozsah referencí požadovaných žalobcem. Žalobce u těchto podmínek nepostupoval dle stěžovatele logicky, když uvedl „*z hlediska techniky zpracování žádosti o dotaci a rovněž i z praktického hlediska není pro žadatele patrný žádný rozdíl*“. Nebylo přitom nutné, aby žalobce musel vyhodnocovat, které fondy EU jsou si natolik podobné, aby na některý z nich nezapomněl. Postačovalo by, aby žalobce nedůvodně neomezil soutěž o veřejnou zakázku tím, že předmětný technický kvalifikační předpoklad vymezil v rozporu se zákonem. Krajský soud přitom v napadeném rozsudku sám uznal, že při připuštění více typů financování by generovalo větší množství subjektů, které by mohly o zakázku soutěžit.

Z hlediska nevypořádání rozkladových námitek o specifické povaze dotací pro subjekty veřejné sféry (oproti soukromoprávním subjektům) stěžovatel odkázal na rozsudky zdejšího soudu ze dne 28. 8. 2014, č. j. 7 Afs 57/2011 – 1255, a ze dne 15. 12. 2015, č. j. 9 As 135/2015 – 39. V souladu s nimi nemusí soudy (platí pak i pro správní orgány) vypořádat každou dílčí námitku, pokud proti námitkám postaví ucelený argumentační aparát. Napadené rozhodnutí tak není nepřezkoumatelné, neboť daná námitka byla vypořádána implicitně, neboť za situace, kdy z hlediska techniky zpracování žádosti není patrný žádný rozdíl, je evidentní, že stěžovatel měl za to, že byl postaven najisto jeho závěr týkající se porušení relevantních ustanovení zákona o veřejných zakázkách.

V souvislosti s nekonzistentností vyjádření žalobce stěžovatel uvedl, že tato sloužila „*pouze*“ jako podpůrný argument. Není proto pravdou, že nekonzistentnost posloužila pro závěr o spáchání správního deliktu a současně byla žalobci přičítána k tíži jako přitěžující okolnost. Tento závěr krajský soud dle stěžovatele navíc dostatečně neodůvodnil a předmětná pasáž napadeného rozsudku je proto nepřezkoumatelná. Z hlediska použitelnosti vyjádření ze dne 12. 6. 2012 stěžovatel doplnil, že není vyloučeno, aby některé jiné listiny či podklady, jež stěžovatel shromáždil ještě ve fázi před zahájením správního řízení, následně založil do spisu jako podklad pro vydání rozhodnutí ve věci.

Ohledně výše pokuty stěžovatel namítl, že § 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách jako hlavní kritérium rozhodné pro určení výměry pokuty uvádí závažnost spáchaného správního deliktu. Zákonodárce toto kritérium vymezuje demonstrativním výčtem, což ve smyslu rozsudku

zdejšího soudu ze dne 30. 4. 2009, č. j. 6 As 34/2008 – 54, znamená, že právě těmito zákonnými hledisky se správní orgán musí zabývat vždy. Uvedené stěžovatel podpořil odkazem na rozsudek krajského soudu ze dne 26. 6. 2014, č. j. 29 Af 43/2012 – 108, a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 6. 2013, 1 Afs 106/2012 – 45. Dodal, že přihlédnutí k dalším kritériím spadá do rámce správního uvážení.

K jednotlivým kritériím § 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách stěžovatel uvedl následující. U způsobu spáchání správního deliktu zdůraznil, že z bodu 57 správního rozhodnutí I. stupně plyne, že stanovení zadávacích podmínek žalobcem považoval za rozporné s principem zákazu skryté diskriminace, ergo zohlednil konkrétní způsob provedení správního deliktu. U druhého a třetího kritéria (následky a okolnosti správního deliktu) v bodě 60 téhož rozhodnutí stěžovatel zohlednil, že postupem žalobce nebyla soutěž vyloučena, ale pouze omezena, přičemž na druhou stranu při absenci excesivních požadavků na kvalifikaci by žalobce obdržel více nabídek, kdy nelze vyloučit, že by obsahovaly výhodnější podmínky plnění. „*Jako další okolnost, za níž byl správní delikt spáchán, stěžovatel správně jako přitěžující okolnost zohlednil fakt, že stanovení přinejmenším jednoho ze sporných kvalifikačních předpokladů nebylo od počátku vedeno racionální úvahou ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.*“ Stěžovatel zdůraznil i zohlednění dalších okolností případu, jako zda odpovědnost žalobce vlivem času nezanikla, či přiměřenost sankce z hlediska ekonomické situace žalobce.

Stěžovatel ke stanovení výše pokuty rovněž doplnil, že žalobce svým postupem spáchal dva správní delikty téže skutkové podstaty. Rozhodnutí I. stupně sankci zdůvodňovalo, avšak pominulo výslovně uplatnit absorpční zásadu. Předseda stěžovatele toto pochybení napravil, přičemž stěžovatel má za to, že napadené rozhodnutí netrpí v této části takovými nedostatky, které by byly způsobilé zapříčinit nepřezkoumatelnost rozhodnutí o uložení pokuty. Je tomu tak rovněž proto, že ve smyslu rozsudků zdejšího soudu ze dne 26. 1. 2011, č. j. 2 Afs 132/2009 – 275, a ze dne 29. 8. 2012, č. j. 4 Ads 114/2011 – 105, platí, že rozhodnutí I. a II. stupně tvoří jeden celek. Závěrem stěžovatel odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 51/2007 – 68, jehož požadavky na odůvodnění uložení pokuty rozhodnutí I. stupně dle stěžovatele splňuje. Stěžovatel navrhl napadený rozsudek krajského soudu zrušit a věc mu vrátit k dalšímu řízení.

Nejvyšší správní soud nejprve posoudil otázku splnění podmínek řízení. Zjistil, že kasační stížnost byla podána včas, osobou oprávněnou, proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná, stěžovatelka je v řízení zastoupena advokátem a jsou splněny i obsahové náležitosti dle § 106 s. ř. s. Následně přezkoumal důvodnost kasační stížnosti v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů. Neshledal přitom vady podle § 109 odst. 4 s. ř. s., k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti.

Zdejší soud se nejprve zaměřil na kasační námitku spočívající v otázce, zda srovnání žádostí o dotace má oporu ve spise, nebo jde o skutečnost obecně známou, či známou z úřední činnosti. Nejvyšší správní soud se plně ztotožňuje se závěrem krajského soudu, že srovnávání žádostí o dotace představuje zkoumání skutkové podstaty. Jakýkoliv skutkový závěr proto musí být opřen o podklady pro rozhodnutí. Stěžovatel v kasační stížnosti nerozporuje, že předmětné srovnání žádostí oporu ve spise nemá, namítá však, že jde o skutečnosti obecně známé, resp. známé mu z úřední činnosti, přičemž krajský soud tento argument měl odmítnout, aniž by tento krok náležitě odůvodnil. Zdejší soud v rozsudku ze dne 12. 4. 2011, č. j. 1 As 33/2011 – 58, uvedl, že „[s]*kutečnosti obecně známé (tzv. notoriety) obdobně jako skutečnosti známé správnímu orgánu z úřední činnosti (§ 50 odst. 1 správního řádu) jsou objektivizované, do značné míry nesporné skutečnosti, které*

se v soudním či správním řízení zásadně nedokazují.“ Pod takto vymezený pojem notoriet ovšem nelze dle názoru tohoto soudu podřadit natolik specifické údaje, jako jsou obsahové náležitosti žádostí o dotace ze zmíněných fondů EU. Na této skutečnosti nemůže nic změnit ani námitka stěžovatele, že „*informace o strukturálních fondech* […] *lze jednoduše vyhledat na internetových stránkách dostupných na http://www.strukturalni-fondy.cz*“. Sama skutečnost, že určité údaje jsou veřejně dostupné, v dnešní době typicky právě na internetových stránkách, nemůže bezesporu založit její charakter obecně známé skutečnosti. Přijetí řečeného argumentu by konečně vedlo k absurdním důsledkům, kdy by za notorietu bylo možné označit fakticky téměř jakoukoliv informaci, veřejně dostupnou z elektronických zdrojů.

Nepřijatelnost uvedeného přístupu dokladuje konečně i výše citovaný rozsudek zdejšího soudu, který vyslovil, že „[p]*okud správní orgán nezachytí stav internetové stránky, kterou vzal v potaz pro své rozhodování, ať již tiskem nebo uložením na elektronický nosič dat, znemožní tak správnímu soudu úkol vycházet při přezkumu rozhodnutí ze skutkového stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu (§ 75 odst. 1 s. ř. s.). Je proto nezbytné, aby důkazy z internetu, které správní orgán nashromáždí, byly přezkoumatelně označeny datem svého pořízení.*“ Jinými slovy, ve správním spisu musí být vždy řádně zachyceny a specifikovány ty informace umístěné na internetu, ze kterých míní správní orgán vycházet; k tomu v nynějším případě nedošlo. Krajskému soudu je třeba rovněž dát za pravdu v tom, že z rozhodnutí I. ani II. stupně nevyplývá, že by dané skutečnosti byly stěžovateli známé z jeho úřední činnosti. Opět lze přitom odkázat na rozsudek č. j. 1 As 33/2011 – 58 a jeho závěr, že „[s]*právní orgán nemusí uvádět zdroj, z něhož se dozvěděl o existenci obecně známé skutečnosti. Naproti tomu musí uvést, ze které jeho konkrétní úřední činnosti či postupu jsou mu známé tzv. úřední skutečnosti*“.

Nedostatek opory pro skutkové závěry ve správním spise přitom nelze zhojit ani tvrzením, že dané informace jsou v dotačním poradenství skutečností obecně známou. Nejvyšší správní soud nemůže přehlédnout ani to, že argument, že informace o strukturálních fondech jsou veřejně dostupné na internetu, stejně jako že stěžovatel již několik let přezkoumává veřejné zakázky, které byly dotovány z různých evropských fondů a operačních programů, uplatnil stěžovatel poprvé až ve své kasační stížnosti. Nejvyšší správní soud se proto neztotožňuje s názorem stěžovatele, že veškeré podklady nezbytné ke zjištění skutkového stavu jsou součástí správního spisu. Zdejší soud naopak dává za pravdu krajskému soudu, že již pro nedostatečné zjištění skutkového stavu nemohlo rozhodnutí stěžovatele obstát v soudním přezkumu, resp. neshledal kasační námitky stěžovatele v tomto směru důvodnými. Pro účely navazujícího řízení však považuje Nejvyšší správní soud za vhodné vyslovit se i k dalším závěrům učiněným krajským soudem.

Předně je třeba se zaobírat otázkou, zda i v případě, že by tvrzení o obdobné povaze žádostí o dotace z různých fondů EU mělo oporu ve správním spise, byla by tato skutečnost sama o sobě dostačující k prokázání nedodržení požadavků § 56 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, ve spojení s § 56 odst. 7 písm. c) a § 6 téhož zákona. Krajský soud v odůvodnění svého rozhodnutí obsáhle cituje z rozsudku zdejšího soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 – 152. V něm Nejvyšší správní soud vyslovil, že „*za skrytou formu nepřípustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je „zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky“, přičemž je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak (bez takto nastavených předpokladů) byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.*“ Zdejší soud současně akcentoval jako klíčový význam požadavku „*zjevné nepřiměřenosti*“, který má „*poskytnout prostor*

pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele“. Doplnil rovněž, že je třeba v souvislosti se skrytou diskriminací volit restriktivní výklad.

Tyto přístupy je nepochybně třeba vztáhnout i na nyní projednávaný případ. V kontextu prvního namítaného „*omezení*“ pouze na strukturální fondy, uvedl žalobce relevantní argumenty pro obhajobu svého postupu. Usiloval o dotaci z jednoho operačního programu (Výzkum a vývoj pro inovace) realizovaného ze strukturálních fondů, pročež požadoval odborníka na poradenství právě v oblasti strukturálních fondů. Namítl dále, že Fond soudržnosti je zaměřen primárně na velké investiční projekty v sektorech životního prostředí a dopravy. Stěžovatel uvedenému oponoval tím, že z hlediska zpracování žádostí jsou rozdíly minimální. Krajský soud k uvedenému konstatoval, že „*technika zpracování žádostí je jistě významná, nicméně subjektivně pro konkrétního zadavatele nemusí být jediným kritériem pro hodnocení úvahy, jakým způsobem si zajistit poradenství pro získání dotací. … V případě žalobce mohla existovat logická úvaha, že jestliže chce zajistit dotační poradenství pro operační program realizovaný v rámci … strukturálního fondu, bude hledat dotační poradenství se specializací na strukturální fondy EU*“. Krajský soud správně považoval za „*absurdní požadavek*“, aby se zadavatel musel zabývat tím, jaké jsou podmínky pro podávání žádostí o dotace z jiných evropských zdrojů financování, a zda se shodují s typem žádostí v jím požadovaném operačním programu, jestliže totiž neměl žádný důvod tímto směrem postupovat.

Nejvyšší správní soud tedy považuje postoj krajského soudu k argumentaci žalobce na obhajobu jím stanoveného omezení za přiléhavý. Nelze přitom přehlédnou, že sám stěžovatel, a to i v kasační stížnosti, připouští existenci rozdílů mezi strukturálními fondy a Fondem soudržnosti (srov. str. 5-6 kasační stížnosti). Jedná se například o skutečnost, že Fond soudržnosti je určen na podporu rozvoje nejchudších států, dále jde o rozdíly v podporovaných aktivitách, přímost financování oproti financování prostřednictvím operačních programů. Nejvyšší správní soud přitom nehodnotí míru rozdílnosti fondů, nemá však důvod přehlížet, že určité rozdíly existují a ospravedlňují úvahy zadavatele, že vzhledem k specifičnosti projektu, je správné žádat odborníka s určitou specifickou kompetencí. Stěžovatel proti těmto námitkám postavil pouze nanejvýš obecné tvrzení, že každý projekt v rámci operačních programů, resp. jednotlivých fondů, je specifický, přičemž zopakoval, že z hlediska zpracování žádostí nevyvstávají významné rozdíly. Tím ovšem nezpochybnil relevantním způsobem úvahy žalobce, ani závěr krajského soudu, že „*technika zpracování žádostí je jistě významná, nicméně subjektivně pro konkrétního zadavatele nemusí být jediným kritériem*“. Citovaný závěr krajského soudu přitom v žádném případě nelze vnímat jako nedůvodné bagatelizování minimální rozdílnosti žádostí, jak tvrdí stěžovatel. Krajský soud pouze důvodně zpochybnil „*absolutnost*“ daného kritéria, jak ji prosazoval stěžovatel.

Ve spojení s kritériem „*subjekt veřejné sféry*“ krajský soud vyhodnotil rozhodnutí stěžovatele v dané části jako nepřezkoumatelné, neboť stěžovatel se nevypořádal s rozkladovými námitkami žalobce. Nejvyšší správní soud ověřil, že žalobce v podaném rozkladu (str. 6-7) vznesl relevantní námitky vůči předmětným závěrům stěžovatele. Jednalo se mj. o poukaz na konkrétní rozhodovací praxi stěžovatele a na specifičnost realizace dotací pro veřejnoprávní subjekty oproti soukromoprávním. Stěžovatel v napadeném rozhodnutí na námitky nijak nereagoval. V kasační stížnosti pak uvedl, že vzhledem k rozsudkům zdejšího soudu č. j. 7 Afs 57/2011 – 1255 a č. j. 9 As 135/2015 – 39, nebylo třeba, aby námitku vypořádal explicitně, neboť „*z hlediska techniky zpracování žádosti není patrný žádný rozdíl, je evidentní, že stěžovatel měl za to, že byl postaven najisto jeho závěr týkající se porušení relevantních ustanovení zákona o veřejných zakázkách*“.

Uvedenému postupu nemůže zdejší soud přisvědčit. Citovaná judikatura bezesporu umožňuje uplatnit ucelenou a logicky provázanou argumentaci oproti nutnosti vypořádat explicitně každou dílčí námitku. Naprosté opomenutí rozkladových námitek, zpochybňující naplnění jednoho ze znaků skutkové podstaty vytýkaného deliktního jednání, však uvedené judikatuře neodpovídá. Nejvyšší správní soud současně nemůže přehlédnout, že i v případě tohoto kritéria považoval stěžovatel argumentaci žalobce za (implicitně) vypořádanou na základě shodnosti techniky zpracování žádostí. Tento skutkový závěr však nejenže nemá oporu ve správním spise (srovnej výše), ale při zohlednění odkazů žalobce na konkrétní rozhodnutí stěžovatele, a s tím související proklamovanou specifičnost dotací pro veřejnoprávní subjekty, nemůže sám o sobě dostačovat k vypořádání námitek žalobce vznesených v rozkladu. I zde lze totiž uplatnit závěr krajského soudu, že technika zpracování nemusí být subjektivně pro zadavatele jediným kritériem pro hodnocení úvahy, jakým způsobem si zajistit poradenství pro získání dotací.

Nejvyšší správní soud ve světle výše uvedeného zdůrazňuje, že na tomto místě nijak nepředjímá dostatečnost žalobcovy argumentace v případě odstranění vytýkaných nedostatků napadeného rozhodnutí. Není však možné, aby stěžovatel postavil závěr o deliktní povaze jednání žalobce jen na závěru o podobnosti techniky zpracování žádostí z různých fondů EU, při současném nevypořádání protiargumentů vznesených žalobcem. To platí tím spíše v kontextu výše citované judikatury Nejvyššího správního soudu (viz rozsudek č. j. 1 Afs 20/2008 – 152) zdůrazňující klíčovost „*zjevné nepřiměřenosti*“ požadované úrovně technické způsobilosti a restriktivní přístup k výkladu skryté diskriminace.

Stěžovatel opřel svůj závěr rovněž o tvrzení, že argumentace žalobce nebyla v průběhu celého přezkoumávání veřejné zakázky konzistentní. Ve vyjádření ze dne 12. 6. 2012 žalobce vyslovil, že pod výrazem „*strukturální fondy*“ měl na mysli obecné fondy, jejichž prostřednictvím jsou naplňovány cíle uvedené v čl. 174 Smlouvy o fungování EU, zatímco ve vyjádření ze dne 17. 10. 2012 již hovoří o odlišném charakteru strukturálních fondů a Fondu soudržnosti. Krajský soud k těmto vyjádřením správně uvedl, že zatímco na základě rozhodnutí I. stupně lze ještě tento argument stěžovatele vnímat jako pouze podpůrný (srovnej znění bodu 30 „*dlužno navíc podotknout*…“), pak napadené rozhodnutí v bodě 24 *in fine* již z nekonzistence vyjádření výslovně vyvozuje naplnění znaku skutkové podstaty („*předmětné nastavení kvalifikace tedy evidentně nebylo od samého počátku uvedeno racionální úvahou zadavatele ve vztahu k předmětu veřejné zakázky*“). Nejvyšší správní soud proto nemůže přisvědčit stěžovateli, že šlo pouze o podpůrný argument.

Přiléhavý byl též odkaz krajského soudu na judikaturu zdejšího soudu, konkrétně rozsudek ze dne 22. 1. 2009, č. j. 1 As 96/2008 – 115, který explicitně vyslovuje, že je pouze věcí obviněného v přestupkovém řízení jakou procesní strategii zvolí a je naopak na správním orgánu, aby se s danou aktivitou obviněného vypořádal. Obsah vyjádření byl tak věcí žalobce, zatímco na stěžovateli bylo, aby správní delikt žalobci dokázal, přičemž zdejší soud dává krajskému soudu za pravdu, že k prokázání nepostačuje pouhé srovnání dvou vyjádření.

Konečně Nejvyšší správní soud nemůže než aprobovat i poslední výtku učiněnou krajským soudem ve vztahu k argumentu nekonzistence vyjádření žalobce. Zdejší soud ověřil, že součástí správního spisu, jak uvedl krajský soud, není výzva správního orgánu I. stupně žalobci k vyjádření se k podnětu, jehož obsahem bylo podezření na porušení zákona o veřejných zakázkách. Je tak správný závěr krajského soudu, že není zcela zřejmý procesní režim, v němž bylo podání žalobce ze dne 12. 6. 2012 realizováno. Vzhledem k dataci vyjádření (12. 6. 2012), v porovnání s oznámením o zahájení správního řízení ze dne 3. 10. 2012 (doručeno do datové

schránky žalobce dne 4. 10. 2012), je nicméně zřejmé, že toto podání bylo pořízeno před zahájením správního řízení. To stěžovatel ostatně nerozporuje. Současně však vyslovil, že tato skutečnost nevylučuje, aby vyjádření uplatnil jako podklad pro rozhodnutí ve věci. Krajský soud tuto možnost zpochybnil s odkazem na ustanovení § 137 odst. 1 a 4 správního řádu a neúplný obsah správního spisu, zakládající zásadní pochybnosti o procesním postupu stěžovatele. Nejvyšší správní soud za této konstelace nemůže než dodat, že neúplnost spisu nemůže jít k tíži žalobce, neboť to byl stěžovatel, jehož stíhala povinnost ve smyslu § 17 správního řádu vést správní spis řádně.

Poslední část kasačních námitek směřovala proti posouzení podmínek uložené pokuty. Vzhledem k vypořádání předešlých námitek týkajících se míry zjištění skutkového stavu a jeho opory ve správním spise, respektive nevypořádání rozkladových námitek, dává zdejší soud krajskému soudu za pravdu, že rozhodnutí o pokutě nemůže za dané konstelace obstát pro absenci sankcionovaného deliktního jednání. Pro účely navazujícího řízení, však Nejvyšší správní soud uvádí následující.

Stěžovatelův výklad § 121 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, v kontextu rozsudku zdejšího soudu č. j. 6 As 34/2008 – 54, lze zčásti považovat za správný. Kritérii demonstrativně vyčtenými ve zmíněném ustanovení se správní orgán musí skutečně zaobírat vždy, přičemž přihlédnutí k dalším kritériím spadá do rámce jeho správního uvážení. Jak dále potvrzuje například rozsudek zdejšího soudu ze dne 22. 7. 2008, č. j. 2 As 20/2008 – 73, platí, že správní řízení tvoří v zásadě jeden celek od jeho zahájení až do právní moci konečného rozhodnutí, a že tedy v zásadě není vyloučeno, aby odvolací správní orgán napravil vady řízení před správním orgánem I. stupně, stejně jako vady rozhodnutí v tomto řízení vydaném. Ustanovení § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu rovněž pamatuje i na možnost změny (pouze) odůvodnění rozhodnutí I. stupně.

V dalších bodech se však již zdejší soud s námitkami stěžovatele nemůže ztotožnit. Krajský soud stěžovateli po právu vytkl neurčitost jeho závěrů, když z bodů 57 a násl. rozhodnutí I. stupně nevyplývá, jaké úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v určité výši. Bod 57 zcela nerozlišitelně hovoří o „*způsobu, resp. okolnostech*“, za kterých byl správní delikt spáchán. Rovněž bod 60 rozhodnutí I. stupně pouze zmiňuje, že došlo toliko k omezení, nikoli vyloučení soutěže o veřejnou zakázku, a to opět bez zdůvodnění konkrétního vlivu této skutečnosti na výši ukládané pokuty. Zdejší soud tak nemůže dát za pravdu stěžovateli, který v napadeném rozhodnutí uvedl, že z rozhodnutí I. stupně je jednoznačně patrno, k čemu správní orgán přihlédl a jakou váhu zákonným kritériím přiznal. Nejvyšší správní soud naopak předmětné odůvodnění shledal nedostatečným ve smyslu závěrů svého rozsudku č. j. 4 As 51/2007 – 68, kde vyslovil, že „[r]*ozhodnutí o uložení pokuty je nepřezkoumatelné, je-li výše pokuty odůvodněna pouhou rekapitulací skutkových zjištění a konstatováním zákonných kritérií pro uložení pokuty, aniž by bylo zřejmé, zda a jakým způsobem byla tato kritéria hodnocena*“.

V napadeném rozhodnutí stěžovatel v bodě 24 *in fine* vyvozuje z nekonzistence vyjádření žalobce (viz výše) naplnění znaku skutkové podstaty deliktního jednání. V bodě 36 tamtéž pak stejnou skutečnost hodnotí jako přitěžující okolnost. Nejvyšší správní soud proto souhlasí s krajským soudem, že došlo k porušení zásady zákazu dvojího přičítání, pročež shledal kasační námitku brojící proti tomuto závěru za nedůvodnou.

Nejvyšší správní soud v důsledku výše uvedené argumentace nepovažuje kasační námitky za důvodné. Kasační stížnost proto podle § 110 odst. 1 věta druhá s. ř. s. zamítl.

O nákladech řízení o kasační stížnosti rozhodl Nejvyšší správní soud dle ustanovení § 60 odst. 1 s. ř. s., ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl ve věci úspěch, proto mu právo na náhradu nákladů nenáleží. V řízení úspěšný žalobce má podle zásady procesního úspěchu právo na náhradu těch nákladů řízení před Nejvyšším správním soudem, které důvodně vynaložil, proto mu soud přiznal náhradu nákladů za právní zastoupení advokátem. Podle obsahu spisu zástupce žalobce učinil ve věci jedno podání (vyjádření ke kasační stížnosti ze dne 25. 5. 2016). Za tento úkon náleží dle § 9 odst. 4 písm. d), § 7 bod 5, § 6 odst. 1 vyhlášky č. 177/1996 Sb. (dále „advokátní tarif“) odměna ve výši 3.100 Kč a dále náhrada hotových výdajů ve výši 300 Kč dle ustanovení § 13 odst. 3 advokátního tarifu. Ze spisu krajského soudu též zdejší soud ověřil, že zástupce žalobce je plátcem DPH, proto přiznal též náhradu za DPH ve výši 21 %. Celkově je stěžovatel povinen zaplatit žalobci na náhradě nákladů řízení 4114 Kč k rukám Mgr. Tomáše Krutáka (srovnej § 149 odst. 1 zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 64 s. ř. s.).

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

V Brně dne 28. prosince 2016

JUDr. Jaroslav Vlašín
předseda senátu