



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Aleše Roztočila a soudců JUDr. Jiřího Pally a Mgr. Petry Weissové v právní věci žalobce: **Svazek vodovodů a kanalizací Ivančice**, IČ: 49458892, se sídlem Kounická 1598, Ivančice, zast. JUDr. Ing. Ivanem Rottem, advokátem, se sídlem Musílkova 1311/5e, Praha 5, proti žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**, se sídlem Masarykova 31, Brno, proti rozhodnutím žalovaného ze dne 22. 3. 2017, č. j. 13486/17/5000-10470-700938 a č. j. 13487/17/5000-10470-700938, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 12. 6. 2019, č. j. 30 Af 37/2017 - 80,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žádný z účastníků **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

O d ů v o d n ě n í :

I. Přehled dosavadního řízení

[1] Rozhodnutím ze dne 22. 3. 2017, č. j. 13486/17/5000-10470-700938, žalovaný změnil výrok rozhodnutí Finančního úřadu pro Jihomoravský kraj (dále jen „správce daně“) ze dne 4. 4. 2016, č. j. 1331023/16/3000-31471-708424, tak, že snížil odvod do Státního fondu životního prostředí (SFŽP) z částky 261.496 Kč na částku 166.510 Kč.

[2] Rozhodnutím ze dne 22. 3. 2017, č. j. 13487/17/5000-10470-700938, žalovaný zamítl odvolání žalobce a potvrdil rozhodnutí správce daně ze dne 4. 4. 2016, č. j. 1330952/16/3000-31471-708424, kterým vyměřil žalobci odvod do Národního fondu ve výši 4.445.417 Kč.

[3] V obou případech správce daně vyměřil odvod za porušení rozpočtové kázně podle § 44a odst. 4 písm. b) zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech (dále jen „zákon o rozpočtových pravidlech“), v souvislosti s dotací poskytnutou na projekt „*Zlepšení kvality vod v řekách Jihlava a Svatka nad nádrží Nové Mlýny*“, neboť shledal porušení podmínek dotace

v důsledku pochybení při zadávání veřejné zakázky na „Činnost správce stavby“, spočívající v porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti.

[4] Porušení zákazu diskriminace ve smyslu § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále též „ZVZ“), porušení oddílu B bodu 3 písm. a), f) a g) Rozhodnutí o poskytnutí dotace identifikační číslo EDS 115D112000242 na realizaci akce CZ.1.02/1.1.00/08.03387 „Zlepšení kvality vod v řekách Jihlava a Svatka nad nádrží Nové Mlýny“ (dále též „Rozhodnutí“) a porušení Smlouvy č. 09022821 o poskytnutí podpory ze Státního fondu životního prostředí ČR v rámci Operačního programu Životního prostředí ze dne 2. 11. 2011, ve znění pozdějších dodatků (dále též „Smlouva“), žalovaný ve shodě se správcem daně v obou rozhodnutích spatřoval v požadavku žalobce, jakožto zadavatele veřejné zakázky, který v rámci technických kvalifikačních předpokladů požadoval předložení seznamu významných služeb poskytnutých dodavateli v posledních 3 letech, z nichž alespoň jedna zakázka musela být ve výši nejméně 400 mil. Kč bez DPH a financována z fondů Evropské unie (EU). Podle správních orgánů však pro řádné splnění zakázky nebylo rozhodné, z jakých zdrojů byla zakázka financována; stanovením daného kritéria tak mohl žalobce omezit účast jiných dodavatelů, kteří by byli schopni předmětnou zakázku provést.

[5] Porušení rozpočtové kázně spatřoval žalovaný v nedostatečném věcném definování jednoho z dílčích hodnotících kritérií (smluvní pokuty za porušení povinností mandátáře), které mělo vliv na hodnocení nabídek a byl jím ovlivněn výběr ekonomicky nejvhodnější nabídky. Podle žalovaného tímto postupem žalobce porušil oddíl B, bod 3, písm. a), f) a g) Rozhodnutí, bod 6, odst. C, písm. a), f) a g) Smlouvy a § 6 ZVZ.

[6] Proti oběma výše uvedeným rozhodnutím žalovaného podal žalobce žalobu. Krajský soud usnesením ze dne 17. 4. 2019, č. j. 30 Af 37/2017 - 64, rozhodl o spojení řízení ve věcech těchto žalob.

[7] V obou podaných žalobách žalobce shodně brojil proti závěrům žalovaného týkajícím se popsanych zjištění. S odkazem na komentářovou literaturu i judikaturu Nejvyššího správního soudu nastínil teoretická východiska zásady zákazu diskriminace a vysvětlil rozdělení na diskriminaci zjevnou a skrytou.

[8] Žalobce zdůraznil, že celý projekt byl plně závislý na správném výkonu činností správce stavby, který má ve smlouvě jednoznačně stanoveny povinnosti k administraci prováděného díla ve všech složitostech, jež financování z fondů EU přináší. Na činnosti správce stavby tedy byly kladeny nadstandardní požadavky vyžadující koordinační, organizační a zejména administrativní a dokumentační činnosti. Žalobce poukázal na skutečnost, že v zadávací dokumentaci, konkrétně v mandátní smlouvě, byly taxativně vymezeny úkony správce stavby, jež bezprostředně souvisí s financováním z fondů EU. Navíc, podle implementačního dokumentu operačního programu ŽP měla být u projektů přesahujících 300 mil. Kč vykonávána činnost správce stavby v rozsahu podmínek FIDIC, jež v dané době u jiných projektů než financovaných z EU nebyly běžné, a proto bylo vhodné, aby vybraný správce stavby tyto zkušenosti měl.

[9] Žalobce neomezil okruh dodavatelů tím, že by požadoval zkušenosti s daným operačním programem, ale stanovil pouze požadavek jediné referenční zakázky obdobného charakteru s finančním limitem nižším než předpokládaný rozsah projektu. Tím se jen v minimálním rozsahu měla zajistit schopnost vybraného uchazeče provést všechny služby s ohledem na rozdílnost a administrativní náročnost u projektů financovaných z EU. Žalobce dále poukázal na to, že předmětný kvalifikační předpoklad splnilo 7 zájemců, což je okruh zcela dostačující

pokračování

i proto, že v souladu se zákonem o veřejných zakázkách byl pro účely zvoleného užšího řízení počet zájemců losem omezen na 5. Uvedené skutečnosti podle žalobce svědčí o tom, že předmětný kvalifikační předpoklad nebyl diskriminujícím prvkem. Žalobce vyjádřil nesouhlas se způsobem, jímž se žalovaný vypořádal s uvedenou argumentací.

[10] Žalobce dále vyjádřil nesouhlas také s tím, že sankční pokuta za porušení povinnosti mandátáře nebyla věcně definována. Nic takového ostatně nebylo tvrzeno ze strany žádného z uchazečů ani nebylo žalobci vytýkáno v rámci kontroly projektu ze strany Nejvyššího kontrolního úřadu (dále též „NKÚ“), veřejnoprávní kontroly Ministerstva životního prostředí či auditu operace Ministerstva financí. NKÚ nadto do protokolu o kontrole č. 13/21 výslovně uvedl, že zadávací podmínky byly stanoveny jednoznačně, aby byla zajištěna porovnatelnost nabídek. Žalobce rovněž připomněl, že sankce za nesplnění povinností jsou pevnou součástí smluvních vztahů. Podle žalobce je význam pojmů „činnost mandátáře“ či „povinnosti při činnosti mandátáře“ zřejmý a jednoznačně určuje, k jakým porušením se smluvní pokuta váže. Smluvní pokuta byla jasně definována a byla jí přiřazena konkrétní váha 10 %. V době vyhlášení předmětné zakázky nebylo zakázáno užít smluvní pokuty jako dílčího kritéria (zákaz byl do ZVZ zakotven až 1. 4. 2012). V této souvislosti žalobce odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 19. 7. 2011, č. j. 62 Af 25/2010 - 94, a dodal, že nedošlo k porušení zásady transparentnosti ani jiných zásad zakotvených v ZVZ. Vzhledem k tomu, že zákaz užití smluvní pokuty jako dílčího kritéria byl do ZVZ vložen až po vyhlášení zakázky, porušují napadená rozhodnutí zákaz retroaktivity.

[11] V žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 22. 3. 2017, č. j. 13486/17/5000-10470-700938, žalobce nad rámec uvedeného namítal, že za identická pochybení byl již sankcionován právě druhým napadeným rozhodnutím (resp. platebním výměrem), jímž mu byl uložen odvod do Národního fondu. Tím byl v rozporu se zásadami správního trestání dvakrát potrestán za totéž pochybení.

[12] Krajský soud v Brně nadepsaným rozsudkem žaloby zamítl. S ohledem na obsah rozhodnutí žalovaného krajský soud nepřisvědčil námitce žalobce, že žalovaný se dostatečně nevypořádal s jeho argumenty. Také správce daně v platebních výměrech přesně specifikoval, v čem spatřuje porušení zákazu diskriminace.

[13] Krajský soud konstatoval, že skrytá forma diskriminace může spočívat v nastavení neadekvátních kvalifikačních předpokladů (na první pohled stejných pro všechny dodavatele), jež neodůvodněně vedou k faktickému omezení účasti některých dodavatelů, kteří by byli schopni danou zakázku realizovat. Nepřiměřeně přísné požadavky na kvalifikaci neplní jakoukoliv rozumnou ekonomickou funkci, ale v rozporu s cílem zákona o veřejných zakázkách brání konkurenčnímu prostředí mezi dodavateli.

[14] Krajský soud dále shledal, že žalobce ani příkladmo nespecifikoval, v čem konkrétně spočívá vyšší administrativní náročnost výkonu činností správce stavby. Podle krajského soudu přitom nelze přistoupit na premisu, že administrativní náročnost je dána už jen samotným faktem (spolu)financování projektu z fondů EU, tj. že evropské projekty jsou *a priori* komplikovanější, a proto by činnost správce stavby nemohl zvládnout subjekt bez dřívějších zkušeností s fondy EU. Ve výčtu povinností mandátáře (správce stavby) obsažených v mandátní smlouvě, nenalezl krajský soud takové povinnosti, jež by *prima facie* vyžadovaly zkušenost s fondy EU a které by nemohl řádně plnit i jiný dodavatel, který má zkušenosti s rozsáhlými projekty, byť nefinancovanými z fondů EU. Vzhledem k tomu, že žalobce v projednávané věci – mimo obecnou představu o složitosti evropských projektů – neuvedl žádný relevantní a rozumný důvod pro omezení dodavatelů, kteří nemají zkušenosti s projekty financovanými z fondů EU,

lze tento požadavek shledat zjevně nepřiměřeným a svévolným. Pro žalobce jako zadavatele dané zakázky by jistě mohlo být vhodnější, aby správce stavby měl s „eurofondy“ své zkušenosti, kvalifikační požadavky se však nemohou odvrátit od přání zadavatele, ale od povahy a složitosti veřejné zakázky. Z tohoto pohledu je podle soudu nerozhodné, z jakého zdroje je zakázka financována.

[15] Takto nedůvodné omezení okruhu možných dodavatelů mohlo reálně vést k omezení soutěže, a tím ohrožení hlavního účelu zákona o veřejných zakázkách, jímž je účelné a hospodárné vynakládání veřejných prostředků. Krajský soud nepřisvědčil námitce žalobce, že daný požadavek splňovalo dokonce více uchazečů, než bylo pro účely užšího řízení potřeba (a k zúžení okruhu dodavatelů tak nedošlo), neboť nelze vyloučit, že by se mohli přihlásit i další uchazeči, kteří by nabídli ekonomicky výhodnější nabídky. Výše uvedené hodnocení podle krajského soudu nevyvrací ani závěry NKÚ zachycené v protokolu č. 13/21, neboť nejsou pro posouzení zákonnosti vyměřeného odvodu závazné ani rozhodující. Již žalovaný v napadených rozhodnutích vysvětlil, že porušení rozpočtové kázně je prověřováno ve vyměřovacím řízení správce daně, v němž bez dalšího nelze přejímat závěry jiných subjektů. Závěry NKÚ, jakožto nezávislé kontrolní autority, mají svou relevanci, nicméně nepředstavují závazný podklad pro správní či daňová řízení. Na rozdíl od NKÚ se správce daně zaměřil výhradně na splnění podmínek dotace z pohledu zákona o veřejných zakázkách. Žalobce navíc zcela pomíjí, že správce daně vycházel ze zjištění dalších dvou kontrolních subjektů – Ministerstva životního prostředí a Auditního orgánu MF, které stály proti závěru NKÚ.

[16] Vytýkal-li žalobce při jednání žalovanému, že v době rozhodování nebyl protokol NKÚ součástí správního spisu, soud k tomu uvedl, že jeho závěry žalovanému nepochybně známy byly, neboť byly reprodukovány žalobcem v podaném odvolání. Konstatoval-li žalovaný, že závěry NKÚ o porušení zákona o veřejných zakázkách pro něj nejsou závazné a v rozhodnutích z nich nevycházel, nebylo nutné, aby si předmětný protokol NKÚ opatřil a založil jej do správního spisu.

[17] Ve vztahu k dílčímu hodnotícímu kritériu *smluvní pokuta za porušení povinností při činnosti mandátáře* krajský soud uvedl, že nesplňuje požadavky zásady transparentnosti zadávání veřejných zakázek podle § 6 ZVZ. Oproti ostatním kritériím – smluvním pokutám – totiž nespecifikuje konkrétní povinnosti, jejichž porušení bude sankcionováno a ani na určitý a jednoznačný soubor povinností neodkazuje. Krajský soud nepřisvědčil argumentaci žalobce, že povinnosti mandátáře musely být všem uchazečům zřejmé. Z mandátní smlouvy nelze jednoznačně určit, co vše lze považovat za povinnosti mandátáře sankcionovatelné danou smluvní pokutou. Pokud by sem měly spadat všechny povinnosti obsažené v bodě 1. písm. a) – d) smlouvy, v nichž jsou uvedeny desítky činností (povinností) mandátáře různého druhu a významu, je nutno uvést, že ne všechny tyto povinnosti jsou natolik jednoznačné a konkrétní, aby bylo možné objektivně říci, v jakém případě či momentě by mandátáři hrozila předmětná smluvní pokuta. Problematickým krajský soud dále shledal, aby za porušení desítek významově odlišných povinností byli uchazeči nuceni nabídnout jedinou výši smluvní pokuty a nestanovení maximální výše pokuty žalobcem. Krajský soud se ztotožnil se žalovaným, že uvedenou interpretační nejistotu potvrzuje také rozptýl v jednotlivých nabídkách, který se pohyboval v rozmezí 5.000 Kč až 1.000.000 Kč a který ve svém důsledku vedl k reálnému ovlivnění pořadí uchazečů. Nelze také samozřejmě vyloučit, že uvedené kritérium mohlo odradit i další případné uchazeče.

[18] K námitce, že v době vyhlášení zadávacího řízení nebylo užití smluvní pokuty jako hodnotícího kritéria zakázáno, soud uvedl, že se zcela mýlí s důvody a argumentací daňových orgánů, neboť žalobci nebylo vytýkáno, že smluvní pokutu použil jako hodnotící

pokračování

kritérium, ale že jedna ze smluvních pokut užitá jako hodnotící kritérium nebyla dostatečně určitě vymezena.

[19] Důvodnou krajský soud neshledal ani námitku žalobce, že byl dvakrát potrestán za totéž pochybení, neboť porušení rozpočtové kázně není sankcí trestní povahy, proto v jeho případě není na místě aplikovat principy trestního práva. Zejména však žalobci nebyly uloženy dva různé, na sobě nezávislé odvody za porušení rozpočtové kázně, ale fakticky odvod jediný. Pouze z důvodu, že žalobce čerpal prostředky z více zdrojů, byl tento odvod rozdělen na část odpovídající výši dotace ze SFŽP a část odpovídající dotaci z Fondu soudržnosti (odvod do Národního fondu). Proto došlo k vydání dvou platebních výměrů.

[20] Námitkou nepřiměřenosti výše odvodu uplatněnou při jednání se krajský soud nezabýval, neboť byla uplatněna opožděně. Pro úplnost krajský soud nicméně doplnil, že z odůvodnění platebních výměrů i napadených rozhodnutí je zřejmé, že se správní orgány přiměřeností výše odvodu zabývaly a své závěry v tomto směru řádně odůvodnily. Požadavky vyplývající z usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 30. 10. 2018, č. j. 1 Afs 291/2017 - 33, tak byly v dané věci naplněny.

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření žalovaného

[21] Proti tomuto rozsudku krajského soudu podal žalobce (dále též „stěžovatel“) kasační stížnost, v níž poukázal na Metodiku zadávání veřejných zakázek Ministerstva pro místní rozvoj dostupnou na webových stránkách ministerstva a namítal, že závěr žalovaného o nedodržení zásady zákazu diskriminace ze strany stěžovatele, když požadoval v rámci technických kvalifikačních předpokladů, aby minimálně jedna referenční zakázka byla financována z fondů EU, je v rozporu s touto metodikou a argumentace žalovaného je v tomto směru zcela nedostatečná. Podle stěžovatele nebylo prokázáno, že žalovaný se řádně a vyčerpávajícím způsobem vypořádal se všemi námitkami žalobce týkajícími se údajné diskriminace. Rozhodnutí žalovaného tak je nepřezkoumatelné.

[22] S ohledem na existenci značných rozdílů mezi čerpáním dotací z fondů EU a dotací v intencích orgánů ČR a všeobecně známou skutečností složitosti otázek s čerpáním z fondů EU má stěžovatel za to, že postupoval v souladu s výše citovanou metodikou a při zadávání veřejné zakázky se diskriminace nedopustil.

[23] S ohledem na závěr NKÚ, který shledal, že zadávací podmínky byly stanoveny jednoznačně tak, aby byla zajištěna porovnatelnost nabídek, nemůže podle stěžovatele obstat argumentace žalovaného týkající se porušení zásad transparentnosti a zákazu diskriminace. Závěry NKÚ nelze podle stěžovatele zpochybnit jiným kontrolním orgánem. NKÚ má totiž nezávislé postavení a je vrcholným kontrolním orgánem.

[24] S touto námitkou se žalovaný ani krajský soud nevypořádaly. Stěžovatel navázal, že hodnocení zadávacích podmínek provedené NKÚ v protokolu o kontrole č. 13/21, je pro posouzení věci relevantní. Žalovaný navíc ve svých závěrech nevychází z vlastního právního názoru, ale pouze bez dalšího přebírá závěry z kontroly provedené nikoli finančním úřadem, ale orgány Ministerstva životního prostředí. Stěžovatel dále vyjádřil přesvědčení, že zadávací podmínky byly stanoveny jednoznačně tak, aby byla zajištěna porovnatelnost nabídek. Během lhůty pro podání nabídek nedošlo ke změnám zadávací dokumentace. Hodnotící kritéria byla založena na aplikaci nákladově – výstupových metod. U dílčích kritérií – smluvních pokut – zadavatel stanovil horní a dolní hranici nebo limit součtu výše jednotlivých smluvních

pokut. Kontrolou bylo ověřeno, že předmět zadávací dokumentace byl v souladu s předmětem projektu. Oznámení o zakázce i výzva k podání nabídek obsahovala všechny povinné informace.

[25] Závěrem stěžovatel namítl, že v případě námitky nepřiměřenosti výše odvodu se nejednalo o novou námitku uplatněnou až po uplynutí lhůty pro podání žaloby dle § 72 odst. 1 s. ř. s., ale o odkaz na zcela novou judikaturu Nejvyššího správního soudu. Lhůta pro podání žaloby uplynula dne 22. 5. 2017, zatímco krajským soudem citovaný judikát je ze dne 30. 10. 2018. Bylo tedy zcela nemožné, aby odkaz na tento judikát byl použit před tímto datem. Krajský soud měl podle stěžovatele k tomuto judikátu přihlídnout a posoudit otázku přiměřenosti odvodu za porušení rozpočtové kázně.

[26] Žalovaný se ve svém vyjádření plně ztotožnil se závěry krajského soudu. Poznamenal, že stěžovatel v textu kasační stížnosti několikrát poukazuje na nedostatečnost vyjádření žalovaného k žalobě ve vztahu k jím vzneseným námitkám. Vyjádření k žalobě však není rozhodnutím podléhajícím soudnímu přezkumu. Ve vztahu k porušení zásady zákazu diskriminace konstatoval, že správní orgány ani krajský soud nezpochybnily oprávnění stěžovatele stanovit kvalifikační předpoklady, přestože stěžovatel tento svůj právní názor opětovně uvádí. Diskriminační nebylo stanovení kvalifikačních požadavků jako takových, ale vyjádření konkrétního požadavku stěžovatele na činnost správce stavby jako kvalifikačního kritéria. Stěžovatel po celé daňové řízení ani v řízení před krajským soudem přesvědčivým způsobem nevysvětlil, v čem se má konkrétně lišit činnost správce stavby v případě, že je financován z fondů EU. Neurčitost hodnotícího kritéria „*smluvní pokuta za porušení povinností při činnosti mandátáře*“ vedla k porušení zásady transparentnosti. Výsledky kontroly provedené NKÚ nejsou pro řízení o porušení rozpočtové kázně pro správce daně závazné. Nejvyšší kontrolní úřad není ani tím, v jehož působnosti je rozhodování o porušení či neporušení zákona o veřejných zakázkách ve smyslu spáchání správního deliktu – tím je Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. NKÚ navíc nevydal o porušení či neporušení zákona o veřejných zakázkách žádné rozhodnutí, stěžovatel se dovolává pouze protokolu. Kontrolu dodržení podmínek dotace provádí pouze orgány finanční správy. Nepřiměřenou výši odvodu žalobce až do soudního jednání nenamítal, jedná se proto o pozdě uplatněnou námitku. Žalovaný se k principu přiměřenosti odvodu vyjádřil ve svých rozhodnutích. Obě rozhodnutí byla vydána v souladu s tímto principem. Pro úplnost žalovaný uvedl, že stěžovatel podal v květnu 2017 žádost o prominutí uloženého odvodu, o které Generální finanční ředitelství dosud nerozhodlo.

[27] Stěžovatel v replice k vyjádření žalovaného uvedl, že pokud poukazuje na nedostatečnost vyjádření žalovaného k žalobě, pak nekritizuje obsah samotného vyjádření žalovaného k žalobě, ale jeho kasační námitka směřuje proti odůvodnění správních rozhodnutí. V tomto smyslu stěžovatel v celém dosavadním řízení namítal nedostatečné zdůvodnění rozhodnutí správních orgánů. Stěžovatel znovu zdůraznil, že odlišná/přísnější pravidla při čerpání zdrojů z EU oproti pravidlům upravujícím čerpání zdrojů z tuzemských fondů považuje za notoriету, kterou netřeba soudu ani orgánům finanční správy podrobně popisovat.

III. Posouzení kasační stížnosti

[28] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil zákonné náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že kasační stížnost byla podána včas, osobou oprávněnou, proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná, a stěžovatel je v souladu s § 105 odst. 2 s. ř. s. zastoupen advokátem. Poté Nejvyšší správní soud 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 přihlídnout z úřední povinnosti.

pokračování

[29] Kasační stížnost není důvodná.

[30] Z provedené rekapitulace je zřejmé, že v posuzované věci se jedná o posouzení, zda stěžovatel, jakožto zadavatel veřejné zakázky porušil zásady zákazu diskriminace a transparentnosti zakotvené v § 6 ZVZ, podle kterého, *[z]adavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.*

[31] Pro přehlednost Nejvyšší správní soud uvádí, že správní orgány porušení zásady zákazu diskriminace spatřovaly v požadavku stěžovatele v rámci technických kvalifikačních předpokladů na předložení seznamu významných služeb poskytnutých dodavateli v posledních 3 letech, z nichž alespoň jedna zakázka musela být v objemu nejméně 400 mil. Kč bez DPH a financována z fondů EU. Porušení zásady transparentnosti správní orgány spatřovaly v nedostatečném věcném definování jednoho z dílčích hodnotících kritérií (smluvní pokuty za porušení povinností mandátáře).

[32] Stěžovatel v kasační stížnosti v první řadě namítal nepřezkoumatelnost rozhodnutí žalovaného spočívající v tom, že žalovaný se řádně a vyčerpávajícím způsobem nevypořádal se všemi námitkami žalobce týkajícími se údajné diskriminace.

[33] K této námitce Nejvyšší správní soud v první řadě konstatuje, že stěžovatel v odvolání poukázal na složitost činnosti správce stavby spojenou se spolufinancováním z fondů EU a namítal, že smluvní pokuta za porušení povinnosti při činnosti mandátáře byla zcela jasně definována.

[34] Žalovaný v odůvodnění svého rozhodnutí mimo jiné konstatoval, že zadavatel (stěžovatel) poptával takového dodavatele, který je schopen vykonávat činnost správce stavby pro realizaci projektu. Tato činnost spočívala ve výkonu inženýrských činností, činnosti koordinátora bezpečnosti práce, v přípravě, organizaci a zajištění zadávacích řízení (aktualizace smluvních vztahů v průběhu realizace) a v činnosti spočívající v uplatňování práva zadavatele z odpovědnosti za vady vůči zhotoviteli díla po celou záruční dobu. Z uvedeného žalovaný dovodil, že k řádné realizaci takto stěžovatelem stanoveného předmětu veřejné zakázky zjevně dostačují zkušenosti možných uchazečů, kteří již dříve podobné činnosti v podobném rozsahu prováděli, přičemž není rozhodující, z jakých zdrojů byly takové služby financovány, neboť specifická a kvalita stěžovatelem požadovaných služeb není závislá na zdroji financování. Podle žalovaného bylo zcela bezdůvodné, aby stěžovatel omezoval okruh potenciálních dodavatelů, kteří by mohli shora uvedenému stěžovatelem poptávané plnění realizovat, tím, že stanovil kvalifikační předpoklad, aby poptávaná služba měla vztah k projektům financovaným z fondů EU. Na základě výše uvedeného žalovaný shledal, že stěžovatel vymezil úroveň předmětného kvalifikačního předpokladu tak, že neodpovídala druhu, rozsahu ani složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Žalovaný dále zmínil, že stěžovatel v odvolání neuvedl, v čem jsou činnosti uvedené v předmětu mandátní smlouvy natolik specifické, aby je nebyl schopen splnit dodavatel nemající zkušenosti s financováním zakázek z fondů EU.

[35] Ve vztahu k hodnoticímu kritériu smluvní pokuty žalovaný poukázal na skutečnost, že v mandátní smlouvě je k výkonu inženýrských činností a činností správce stavby v jednom článku uvedeno celkem 45 činností, a uchazeč tak při návrhu výše pokuty ve své nabídce nemohl s jistotou nabídnout přiměřenou výši pokuty, když nevěděl, zda např. pokud nebude moci zastupovat mandanta při všech externích kontrolách díla, či bude proveden neúplný zápis ve stavebním deníku, přistoupí mandant (stěžovatel) k uložení pokuty v celé jím navržené výši. Žalovaný se ztotožnil se správcem daně, že předmětné hodnotící kritérium nebylo dostatečně věcně specifikováno tak, aby každý uchazeč měl najisto postaveno, zda každé, byť i formální

porušení povinnosti činnost mandátáře vyplývající z mandátní smlouvy bude postihováno s možností opakovatelnosti pokut.

[36] Z výše uvedeného je zřejmé, že žalovaný se řádně a vyčerpávajícím způsobem vypořádal s námitkami žalobce týkajícími se posuzované diskriminace. Rozhodnutí žalovaného proto není nepřezkoumatelné. Závěry žalovaného ani nejsou rozporné s Metodikou zadávání veřejných zakázek Ministerstva pro místní rozvoj, z níž stěžovatel v kasační stížnosti ocitoval část týkající se stanovení kvalifikačních požadavků na technickou způsobilost dodavatele. Nejvyšší správní soud proto nepřisvědčil ani námitce stěžovatele, v níž tvrdil opak.

[37] Stěžovatel dále namítl, že při zadávání veřejné zakázky nepochybil s ohledem na existenci značných rozdílů mezi čerpáním dotací z fondů EU a dotací v intencích orgánů ČR a všeobecně známou skutečností složitosti otázek s čerpáním z fondů EU. K této námitce Nejvyšší správní soud ve shodě s krajským soudem konstatuje, že stěžovatel ani příkladmo nespécifikoval, v čem konkrétně tato vyšší administrativní náročnost konkrétně spočívá. Přílehlavý je rovněž poukaz krajského soudu na skutečnost, že ve výčtu povinností mandátáře (správce stavby), obsažených v mandátní smlouvě, se nenachází povinnosti vyžadující zkušenost s fondy EU, které by nemohl řádně plnit jiný dodavatel. Nejvyšší správní soud tak má stejně jako krajský soud za to, že nelze dovodit, že by administraci projektu (stavby) nedokázal realizovat subjekt, který má zkušenosti s rozsáhlými projekty, byť nefinancovanými z fondů EU. Z ničeho nevyplývá, že předmětná zakázka je natolik specifická, že by její úspěšná realizace závisela na zkušenosti dodavatele s projekty financovanými z fondů EU.

[38] Nejvyšší správní soud má pochopení pro přesvědčení stěžovatele, že čerpání dotací z fondů EU je komplikovaná záležitost, a jeho snahu, jakožto zadavatele veřejné zakázky, vybrat kvalifikovaného, a tudíž vhodného dodavatele. Tento požadavek však nemůže způsobit porušení zákazu diskriminace a požadavku rovného zacházení. Uvedený požadavek však ve svém důsledku právě k porušení zákazu diskriminace vedl, neboť nepřipustně zúžil okruh potenciálních uchazečů plnících kvalifikační předpoklady. Jednalo se tak o skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacím řízení, tj. postup, kdy 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, přitom je zřejmé, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilí (viz rozsudek NSS ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152).

[39] Stěžovateli lze přisvědčit, že NKÚ má nezávislé postavení a je vrcholným kontrolním orgánem. Od závěrů NKÚ nelze zajisté zcela odhlédnout, zároveň však platí, že nejsou pro správní orgány rozhodující v této věci závazné. Pro posouzení věci jsou totiž rozhodující skutečnosti zjištěné při veřejnoprávní kontrole Ministerstva životního prostředí a jejich právní posouzení z hlediska porušení rozpočtové kázně k tomu příslušnými správními orgány. Ostatně obecně platí, že správní orgány jsou povinny primárně si samy obstarat podklady pro své rozhodnutí tak, aby byly co nejuplněji zjištěny okolnosti rozhodné pro správné stanovení daně (§ 92 odst. 2 daňového řádu). Odlišné hodnocení způsobu stanovení kvalifikačních předpokladů ze strany NKÚ nemá za následek nesprávnost skutkových zjištění či právních závěrů v posuzované věci. Nelze proto stěžovateli přisvědčit, že hodnocení zadávacích podmínek provedené NKÚ v protokolu o kontrole č. 13/21, je pro posouzení věci závazné.

[40] Námitka stěžovatele, že žalovaný ani krajský soud se poukazem stěžovatele na závěry NKÚ nezabývaly, Nejvyšší správní soud neshledal důvodnou, neboť jak žalovaný, tak i krajský soud se ke kontrolnímu protokolu NKÚ vyjádřili. Žalovaný uvedl, že není oprávněn hodnotit

pokračování

průběh a výsledky kontrol projektu provedených ze strany jiných orgánů. Krajský soud pak uvedl, že závěry NKÚ nepředstavují závazný podklad pro správní či daňová řízení.

[41] Pokud stěžovatel žalovanému vytýká, že bez dalšího přebírá závěry z kontroly provedené nikoli finančním úřadem, ale orgány Ministerstva životního prostředí, nejedná se pochybení žalovaného, ale o postup v souladu s rozpočtovými pravidly, která v § 44a odst. 1 větě první a druhé stanoví, že správu odvodů za porušení rozpočtové kázně a penále vykonávají finanční úřady podle daňového řádu a porušitel rozpočtové kázně má při správě odvodů za porušení rozpočtové kázně postavení daňového subjektu. Nejvyšší správní soud dodává, že Ministerstvo životního prostředí bylo v posuzované věci orgánem, který v souladu s § 25 odst. 4 zákona č. 255/2012 Sb., o kontrole (kontrolní řád), předal svá zjištění o nedostatcích příslušnému orgánu (správci daně), který je oprávněn ve své působnosti činit opatření k nápravě zjištěného stavu nebo ukládat sankce za zjištěné nedostatky.

[42] Pokud se stěžovatel dovolává toho, že u dílčích hodnotících kritérií – smluvních pokut – stanovil horní a dolní hranici nebo limit součtu výše jednotlivých smluvních pokut, tak mu také nelze přisvědčit, neboť z protokolu o výsledku kontroly provedené Ministerstvem životního prostředí ze dne 3. 10. 2014 vyplývá, že rozmezí smluvních pokut nebylo omezeno v maximální výši. Ostatně také v protokolu NKÚ č. 13/21, kterého se stěžovatel dovolává, je uvedeno, že zadavatel nestanovil horní a dolní hranici nebo limit součtu výše jednotlivých smluvních pokut. Nestanovení maximální výše pokuty u dílčího kritéria „*smluvní pokuta za porušení povinností při činnosti mandátáře*“ považuje Nejvyšší správní soud ve shodě s krajským soudem za porušení zásady transparentnosti uvedené v § 6 odst. 1 ZVZ, neboť obsah tohoto dílčího kritéria je v důsledku nestanovení maximální výše pokuty nejasný.

[43] K závěrečné námitce stěžovatele, že v případě žalobní námitky nepřiměřenosti výše odvodu vznesené zástupcem stěžovatele u jednání před krajským soudem dne 12. 6. 2019, se nejednalo o novou námitku uplatněnou až po uplynutí lhůty pro podání žaloby dle § 72 odst. 1 s. ř. s., Nejvyšší správní soud uvádí, že stěžovatel námitku nepřiměřenosti výše odvodu ve lhůtě pro podání žaloby, tj. do 22. 5. 2017 nevznesl, a jedná se tudíž vskutku o námitku podanou opožděně. Na tomto závěru o opožděnosti uplatnění této námitky nic nemění, že usnesení rozšířeného senátu ze dne 30. 10. 2018., č. j. 1 Afs 291/2017 - 33, bylo vydáno po uplynutí lhůty pro podání žaloby, a stěžovatel tudíž na něj nemohl v žalobě odkázat. Toto rozhodnutí rozšířeného senátu totiž nepředstavuje změnu do té doby odlišné judikatury, nýbrž pouze sjednocení ne zcela jednotné judikatury NSS, přičemž již z odůvodnění citovaného usnesení rozšířeného senátu mj. vyplývá, že požadavek na proporcionalitu uloženého odvodu vyplýval z celé řady dřívějších rozhodnutí NSS, např. z rozsudku ze dne 10. 10. 2014, č. j. 4 As 117/2014 - 39. Stěžovateli tak v uplatnění této žalobní námitky nic nebránilo. Pro úplnost je ovšem možno uvést, že krajský soud se ve skutečnosti i s touto námitkou vypořádal, když k námitce stěžovatele uvedl, že se ztotožňuje s posouzením této otázky v odůvodnění rozhodnutí správních orgánů, které se otázkou přiměřenosti uloženého odvodu za porušení rozpočtové kázně obsáhle zabývaly.

IV. Závěr a rozhodnutí o nákladech řízení

[44] Nejvyšší správní soud shledal nedůvodnými všechny stěžovatelem uplatněné námitky, kasační stížnost je proto nedůvodná. Nejvyšší správní soud tedy dle § 110 odst. 1 věty druhé s. ř. s. kasační stížnost zamítl.

[45] Zároveň Nejvyšší správní soud rozhodl o nákladech řízení o kasační stížnosti podle § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl v řízení úspěch, a právo na náhradu

nákladů řízení proto nemá. Procesně úspěšnému žalovanému pak nevznikly v řízení náklady přesahující rámec nákladů jeho běžné úřední činnosti.

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

V Brně dne 3. prosince 2019

Mgr. Aleš Roztočil
předseda senátu