V Praze dne 6.6.2016

Auditovaná osoba:	**IMOBA, a.s.** se sídlem Pyšelská 2327/2, 149 00 Praha 4 IČ 26124459
Číslo auditu:	**ROPSC/2016/MO/001**
Název auditu:	**Multifunkční kongresový areál Čapí hnízdo**

Stanovisko auditované osoby ke Zprávě o auditu operace ze dne 6. 5. 2016

1. Dne 10.5.2016 byla společnosti IMOBA, a.s. (dále jen „**IMOBA**"), jakožto auditovanému subjektu, doručena Zpráva o auditu operace ze dne 6.5.2016 (dále jen „**Zpráva o auditu**") ve věci mimořádného auditu ROPSC/2016/MO/001, Multifunkční kongresový areál Čapí hnízdo", č.j. MFISAO-146/2016/5203-7, provedeného Ministerstvem financí (dále jen „**auditní orgán**").

2. Cílem mimořádného auditu, který představoval v pořadí již čtvrtou kontrolu plnění podmínek a pravidel poskytování veřejné podpory na projekt Multifunkčního kongresového areálu Čapí hnízdo, bylo dle Zprávy o auditu:

   a) ověření způsobilosti příjemce dotace s ohledem na pravidla veřejné podpory dle čl. 87 – 89 Smlouvy o založení Evropského společenství, zákona č. 215/2004 Sb., o úpravě některých vztahů v oblasti veřejné podpory a o změně zákona o podpoře výzkumu a vývoje, a

   b) ověření podmínek stanoveným daným operačním programem ve Výzvě k předkládání projektů č. 4 pro oblast podpory 2. 1. Podnikatelská infrastruktura a služby cestovního ruchu ROP NUTS 2 Střední Čechy.

3. Žadatelem a příjemcem dotace byla společnost Farma Čapí hnízdo, a.s., IČ: 62508873 (dále jen „**FČH**"). Tato společnost zanikla ke dni 1. června 2014 sloučením s nástupnickou společností IMOBA. Společnost IMOBA, a.s. se stala právním nástupcem společnosti FČH.

4. Společnost IMOBA zásadně nesouhlasí se způsobem, jakým byla vypracována Zpráva o auditu, stejně jako s některými závěry a nepodloženými spekulacemi uvedenými ve Zprávě o auditu a její příloze č. 2 - Reakci na stanovisko auditované osoby (dále jen „**Reakce na stanovisko**"), a proto k nim tímto předkládá následující

stanovisko:

5. Auditní orgán v rámci Zprávy o auditu uzavřel, že

   a) celkové certifikované výdaje ve výši 203 382 225,52 Kč auditovaného projektu jsou v celém rozsahu způsobilé[1];

   b) auditovaná osoba, resp. FČH, neporušila podmínky Výzvy č. 4 k předkládání projektů v rámci prioritní osy 2. - Cestovní ruch, oblast podpory 2.1. - Podnikatelská infrastruktura a služby cestovního ruchu, Regionálního operačního programu Střední Čechy a Pokyny pro žadatele a příjemce pro výzvu č. 4 Regionálního operačního programu regionu soudržnosti Střední Čechy[2];

   c) auditovaná osoba, resp. FČH, splnila podmínku výkonu podnikatelské činnosti minimálně 2 roky a podmínku podnikání v oblasti cestovního ruchu[3];

---

[1] Strana 5, prvý odstavec, Zprávy o auditu.
[2] Strana 23, poslední odstavec, Zprávy o auditu.
[3] Strana 23, čtvrtý a pátý odstavec, Zprávy o auditu.

d) podmínka podnikatelské historie kratší než 2 roky není pro projekt Multifukční kongresový areál Čapí hnízdo relevantní[4];

e) že auditovaná osoba, resp. FČH, naplnila formální kritéria dle definice malého a středního podniku, kdy měla méně než 250 zaměstnanců, obrat nepřesahoval 50 miliónů EUR a ani bilanční suma nedosahovala více než 43 milionů EUR v době podání žádosti[5];

f) auditovaná osoba, resp. FČH, splnila podmínky nařízení Komise (ES) č. 1628/2006[6].

6. Tyto závěry společnost IMOBA nikterak nerozporuje a plně se s nimi ztotožňuje.

7. Společnost IMOBA se však naopak nemůže ztotožnit s nepodloženými spekulacemi auditního orgánu, založenými na nedostatečném a nesprávném hodnocení zjištěných skutečností a nesprávném právním posouzení věci, týkajícími se údajné propojenosti mezi auditovaným subjektem (v auditovaném období FČH) a společností AGROFERT HOLDING, a.s. či některou ze společností, která je propojeným podnikem se společností AGROFERT HOLDING, a.s., a potažmo naplnění znaků malého a středního podniku, když tyto spekulace, vydávané auditním orgánem za „*identifikovaná rizika*“ a „*uplatňování profesního skepticismu*“[7], jsou:

   (1) zcela nepřezkoumatelné z důvodu jejich neurčitosti, nesrozumitelnosti a rozporuplnosti, a

   (2) věcně nesprávné, neboť nemají oporu ve shromážděných podkladech, jsou založeny na pouhém subjektivním přesvědčení a taktéž zcela nesprávném právním posouzení věci.

8. Auditní orgán dále společnosti IMOBA vytkl nepředložení podkladů, přičemž se dopustil zcela nepodložené spekulace o tom, že tyto podklady nebyly předloženy záměrně.

I.
K nepředložení listin přítomných na valných hromadách a plných mocí

9. Společnost IMOBA by se v prvé řadě ráda vyjádřila k výtce auditního orgánu týkající se nepředložení listin přítomných na valných hromadách a plných mocí. Společnost IMOBA má za to, že se auditní orgán jednak dopustil zcela nepodložené spekulace o tom, že tyto podklady nebyly předloženy záměrně, jednak zcela zkreslil dopad neposkytnutí těchto dokumentů a naprosto zveličil jejich význam pro předmětný audit.

10. Společnost IMOBA auditnímu orgánu jasně sdělila, že tyto dokumenty nedohledala. Nejednalo se ostatně o dokumenty, které by byla povinna pro účely plnění povinností stanovených ve Smlouvě o poskytnutí dotace archivovat.

---

[4] Strana 23, odstavec 6 Zprávy o auditu.
[5] Strana17, odstavec 3 Zprávy o auditu.
[6] Strana 26, odstavec 4 Zprávy o auditu.
[7] Strana 5 Reakce na stanovisko

11. Namísto těchto dokumentů auditnímu orgánu zcela dobrovolně předložila zápisy z valných hromad a čestné prohlášení akcionáře, který byl majitelem 60 % akcií. Z těchto dokumentů, stejně jako z celé řady dalších dokumentů a informací shromážděných v rámci auditu, např. z účetních závěrek, přitom jasně vyplývá, že společnost FČH netvořila podnik propojený se společností AGROFERT HOLDING, a.s. ani jinou společností jí ovládanou. Z podkladů je totiž zcela evidentní, že:

a) **společnost měla v rozhodné době tři akcionáře** (viz kupříkladu návětí zápisu z valné hromady konané dne 17. ledna 2008), kteří se účastnili valných hromad buď prostřednictvím právních zástupců nebo osobně,

b) **akcionáři byli pan Martin Herodes, paní Adriana Bobeková a pan Andrej Babiš ml.**, přičemž majoritní podíl ve výši 60 % držel pan Martin Herodes, který tuto skutečnost čestně prohlásil,

c) dva z akcionářů, pan Martin Herodes a paní Adriana Bobeková, působili aktivně v dozorčí radě společnosti a později v jejím představenstvu, což zcela koresponduje s jejich postavením jako akcionářů,

d) na valné hromadě nebyla přítomna a ve statutárních orgánech nevystupovala žádná osoba, která by současně byla členem statutárního orgánu některé ze společností holdingu AGROFERT,

e) společnost FČH nebyla v rozhodném období prokazatelně vedena jako součást konsolidačního celku holdingu AGROFERT.

12. V této situaci neexistuje naprosto žádný důvod spekulovat o tom, že by akcionářem měl být někdo jiný či že by tyto listiny nebyly předloženy záměrně. Veškeré dostupné dokumenty a informace vzájemně korespondují a je zcela neopodstatněné o jejich obsahu pochybovat. Auditovaná osoba se nemůže ubránit dojmu, že auditní orgán se namísto toho, aby vycházel z informací a podkladů shromážděných v rámci auditu, nechal ovlivnit mediální kampaní, jejímž cílem bylo diskreditovat akcionáře společnosti AGROFERT, a.s.

II.

K věcné nesprávnosti závěrů o naplnění některých znaků propojení

13. Společnost IMOBA předně považuje za zcela neakceptovatelné veškeré spekulace auditního orgánu stran údajného naplnění znaku propojení spočívajícího ve společném jednání akcionářů společností FČH a AGROFERT HOLDING, a.s. Kupříkladu v odst. 4 Reakce na stanovisko auditní orgán uvádí, že *„[n]aplnění specifikovaných znaků propojení (vyjma prokázání vazby tohoto propojení na relevantní trhy nebo na sousední trhy)* ***považuje auditorský tým za prokázané*** *ve vztahu mezi auditovaným subjektem Farma Čapí Hnízdo a.s. a společností AGROFERT HOLDING, a.s.“*

14. Aby bylo možno hovořit o tom, že má auditní orgán naplnění daného znaku propojení za prokázané, musel by mít k dispozici přímé důkazy či ucelený soubor nepřímých

důkazů, které by o propojení s konkrétním subjektem svědčily. Tak tomu nicméně v posuzovaném případě není, v důsledku čehož je zřejmé, že se jedná o tvrzení ryze účelové a zavádějící. Auditní orgán se tak dopustil zjevného porušení ustanovení § 9 písm. a) zákona č. 255/2012 Sb., o kontrole (kontrolní řád), stejně jako porušení mezinárodních standardů auditu.[8]

15. Způsob, jakým auditní orgán posoudil otázku, zda existovalo společné jednání akcionářů společnosti FČH a akcionáře společnosti AGROFERT HOLDING, a.s., které by zakládalo propojenost mezi těmito dvěma entitami, **zcela postrádá oporu v právních předpisech a podmínkách, na jejichž základě byla dotace poskytnuta. V důsledku zcela nesprávné aplikace práva a sjednaných podmínek pak auditní orgán nesprávně identifikoval rizika.**

16. Auditní orgán opřel svůj závěr o propojenosti auditovaného subjektu o tvrzení, že byla prokázána rodinná vazby mezi Ing. Andrejem Babišem, jediným akcionářem společnosti AGROFERT HOLDING, a.s. a Martinem Herodesem, 60 % akcionářem společnosti FČH (ačkoliv rodinná vazba mezi těmito osobami neexistuje) a dále o tvrzení, že rodinná vazba se údajně pokládá za dostatečnou pro konstatování, že fyzické osoby jednají společně ve smyslu čl. 3 odst. 3 přílohy Doporučení Komise 2003/361/ES (dále jen „**Doporučení Komise**") (ačkoliv žádné takové pravidlo není obsaženo ani v právních předpisech, nelze je dovodit výkladem a nebylo obsaženo ani v podmínkách, za nichž byla poskytnuta dotace).

- *Kritéria pro identifikaci propojených podniků dle Doporučení Komise a dotačních podmínek*

17. Podmínky, za nichž společnost Farma Čapí hnízdo, a.s. čerpala dotaci, byly upraveny ve Smlouvě o poskytnutí dotace č. S/0500/RRSC/2008 ze dne 22. října 2008 (dále jen „**Smlouva o poskytnutí dotace**"), která mimo jiné odkazovala na Pokyny pro žadatele a příjemce pro Výzvu č. 4 ze dne 20. 12. 2007 (dále jen „**Pokyny pro žadatele**"). V tomto dokumentu pak bylo jasně uvedeno, podle jakých kritérií má být posuzováno, zda je příjemce malým či středním podnikem.

18. V Pokynech pro žadatele se v této souvislosti uvádí:

(i) V bodě A (Definice pojmů):

„Definice malého podniku je uvedena v doporučení Komise ze dne 6. května 2003 o definici mikropodniků, malých a středních podniků [...]. Za malý podnik se považuje podnik, který splňuje tato kritéria:

- *zaměstnává méně než 50 zaměstnanců,*

[8] Např. Mezinárodní auditorský standard ISA 500 (Důkazní informace) uvádí, že „[v]*ýrok a zpráva auditora musí být podloženy důkazními informacemi" a dále že „auditor získá přiměřenou jistotu, pokud shromáždí dostatečné a vhodné důkazní informace ke snížení auditorského rizika.*" Tyto standardy zjevně nebyly naplněny.

- *jeho roční obrat nebo bilanční suma jeho roční rozvahy nepřesahují 10 milionů EUR.*
- *při stanovení počtu zaměstnanců a výpočtu ročního obratu nebo bilanční sumy rozvahy je nutné zohlednit údaje partnerských či propojených podniků (existují-li), a to způsobem, který stanoví výše uvedené právní předpisy EU.*"

„Definice středního podniku je uvedena v doporučení Komise ze dne 6. května 2003 o definici mikropodniků, malých a středních podniků [...]. Za střední podnik se považuje podnik, který splňuje tato kritéria:

- *zaměstnává méně než 250 zaměstnanců,*
- *jeho roční obrat nepřesahuje 50 milionů EUR nebo bilanční suma jeho roční rozvahy nepřesahují 43 milionů EUR.*

Při stanovení počtu zaměstnanců a výpočtu ročního obratu nebo bilanční sumy rozvahy je nutné zohlednit údaje partnerských či propojených podniků (existují-li), a to způsobem, který stanoví výše uvedené právní předpisy EU."

(ii) Na str. 62 se uvádí:

„Žadatel/příjemce je povinen doložit, zda je malým či středním podnikem. Pokud tak neučiní, bude automaticky považován za velký podnik. Malý a střední podnik se definuje prostřednictvím splnění dvou znaků, tj. počet zaměstnanců + roční obrat nebo bilanční suma rozvahy. Současně je podnik povinen k těmto údajům připočítat v příslušném poměru i údaje partnerských a propojených podniků. ***Podrobnější informace obsahuje Doporučení Komise ze dne 6. května 2003 o definici mikropodniků, malých a středních podniků, výňatek z tohoto doporučení je uveden v Příloze I nařízení Komise (ES) č. 364/2004 ze dne 25. února 2004.***"

19. Doporučení Komise ze dne 6. května 2003 o definici mikropodniků, malých a středních podniků (2003/361/ES) (dále jen „**Doporučení Komise**") pak stanoví, že podnikem se rozumí každý subjekt vykonávající hospodářskou činnost, bez ohledu na jeho právní formu.

20. Pro účely výpočtu počtu zaměstnanců a finančních hodnot, na základě kterých je možné podnik případně zařadit do kategorie malého podniku, rozeznává Doporučení Komise (v rámci článku 3 přílohy) tři druhy podniků:

    a) nezávislé podniky;

    b) partnerské podniky; a

    c) propojené podniky.

21. Za tzv. „*nezávislé podniky*" jsou považovány všechny podniky, které nejsou zařazeny mezi partnerské podniky ani mezi propojené podniky.

22. „*Partnerské podniky*" jsou všechny podniky, které nejsou zařazeny mezi propojené podniky a u nichž podnik (mateřský podnik) vlastní sám nebo společně s jedním či více

propojenými podniky 25 % nebo více procent základního kapitálu nebo hlasovacích práv jiného podniku (dceřiný podnik).

23. „*Propojenými podniky*“ se rozumějí podniky, mezi nimiž existuje některý z následujících vztahů:

a) podnik vlastní většinu hlasovacích práv, která náležejí akcionářům nebo společníkům, v jiném podniku;

b) podnik má právo jmenovat nebo odvolat většinu členů správního, řídícího nebo dozorčího orgánu jiného podniku;

c) podnik má právo uplatňovat rozhodující vliv v jiném podniku podle smlouvy uzavřené s daným podnikem nebo dle ustanovení v zakladatelské (společenské) smlouvě (listině) nebo ve stanovách tohoto podniku;

d) **podnik, který je akcionářem nebo společníkem jiného podniku, ovládá sám, v souladu s dohodou uzavřenou s jinými akcionáři nebo společníky daného podniku, většinu hlasovacích práv, náležejících akcionářům nebo společníkům, v daném podniku.**

24. Podniky, mezi nimiž a jedním či více dalšími podniky existuje některý ze vztahů popsaných výše, jsou rovněž považovány za propojené. Podniky, které mají jeden či více takových vztahů s (v anglické verzi „přes“) **fyzickou osobou nebo se skupinou fyzických osob**, které jednají společně, jsou taktéž považovány za propojené podniky, pokud svou činnost nebo část své činnosti vykonávají na stejném relevantním trhu nebo na sousedních trzích.

25. **Žádná jiná pravidla definující propojené podniky nebyla obsažena ani ve Smlouvě o poskytnutí dotace, ani v dokumentech, na které tato smlouva odkazovala.**

26. **O tom, že by se měl pojem „fyzických osob, které jednají společně“ považovat automaticky za splněný v případech, ve kterých existuje mezi akcionáři různých podniků rodinná vazba, není v doporučení Komise ani v žádném jiném dokumentu dostupném v auditovaném období ani zmínky.**

27. Naopak, ze systematiky Doporučení Komise jednoznačně vyplývalo a koneckonců stále vyplývá, že o společně jednající osoby jde v případě uvedeném v písm. d) čl. 3 odst. 2 přílohy Doporučení Komise, tj. v případě, že jedna osoba, která je akcionářem či společníkem jiného podniku, ovládá v souladu s dohodou uzavřenou s jinou osobou či osobami, které jsou akcionářem či společníkem daného podniku, většinu hlasovacích práv v daném podniku.

K nepoužitelnosti uživatelské příručky z roku 2015

28. Informace, že pro to, aby se jednalo o společně jednající osoby, postačí rodinná vazba (a není tedy potřeba ani dohody ani jiné formy slaďování mezi akcionáři či společníky), se **poprvé objevuje v uživatelské příručce, kterou vydala Komise v roce 2015 a v české verzi v únoru 2016, tj. 8 (!) let poté, co byla poskytnuta veřejná podpora** ve

vztahu k auditovanému projektu.[9] **Tento dokument není ani právním předpisem, ani nebyl součástí podmínek poskytnutí dotace, a především je v této otázce v příkrém rozporu s judikaturou Soudního dvora EU, pročež z něj pochopitelně nelze vůbec vycházet.**

29. Auditní orgán na straně 6 Reakce na stanovisko uvádí: „*Revidovaná příručka z roku 2015 představuje aktualizovanou verzi původní příručky, avšak nedošlo ke změně právních předpisů, které by se dalo posuzovat za retrospektivní úpravu.* [...] *Komise prostřednictvím revidované příručky pouze shrnula výkladovou praxi týkající se norem v oblasti definice malých a středních podniků, respektive tento výklad vtělila do komplexního dokumentu ve vazbě na dosavadní rozhodovací praxi Komise a soudních institucí EU.*" Nutno ovšem konstatovat, že auditní orgán zcela pominul, že žádná rozhodovací praxe, ze které by vyplývalo, že rodinné vazby jsou dostatečné pro konstatování, že fyzické osoby jednají společně ve smyslu čl. 3 odst. 3 přílohy Doporučení Komise, natož ustálená, **neexistuje**.

30. Z konstatování auditního orgánu, citovaného v předchozí větě, navíc plyne, že **auditní orgán zcela opomíjí, že obecně nepřípustný je nejen retroaktivní účinek právních předpisů, ale rovněž jejich retroaktivní výklad**. Společnost IMOBA již ve stanovisku auditované osoby k návrhu zprávy o auditu operace ze dne 14. dubna 2016 uvedla, aniž by na to auditní orgán jakkoli reagoval, že v rámci českého právního řádu Ústavní soud ČR již v nálezu sp. zn. IV. ÚS 215/94 zdůraznil, že součástí principu právní jistoty a ochrany **legitimního očekávání** je obecná **nepřípustnost retroaktivity a retroaktivního výkladu právních norem**: „*Ke znakům právního státu neoddělitelně patří princip právní jistoty a ochrany důvěry občanů v právo. Tento postup zahrnuje zákaz retroaktivity právních norem, resp. jejich retroaktivního výkladu. Jestliže tedy někdo jedná v důvěře v nějaký zákon, nemá být v této své důvěře zklamán.*"

31. Obdobně konstatoval i Nejvyšší správní soud v usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č. j. 6 Ads 88/2006 – 132 ze dne 21. 7. 2009, že: „*[s]právní praxe zakládající legitimní očekávání je ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost (příp. i nečinnost) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů. Takovou praxí je správní orgán vázán.* **Lze ji změnit, pokud je změna činěna do budoucna**, *dotčené subjekty mají možnost se s ní seznámit a je řádně odůvodněna závažnými okolnostmi.*"

32. Cituje-li auditní orgán na podporu svých tvrzení ohledně retroaktivního výkladu rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č.j. 1 Afs 60/2012 – 37, je nezbytné uvést na pravou míru, že v bodě 28 tohoto rozhodnutí Nejvyšší správní soud jasně uvedl: „[...] *právní normy, aby mohly plnit svou regulatorní funkci, musí být často formulovány jen velmi obecným způsobem.* ***Tak je tomu i v případě ustanovení § 25 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, které z povahy věci nemůže kazuisticky vyjmenovat všechny případy, na které dopadá porušení zásady transparentnosti.*** *Pojem „zásada transparentnosti" spadá do kategorie tzv. neurčitých právních pojmů; jejich definování obecně v právních předpisech pro jejich povahu samu nemusí být vhodné, dokonce ani*

---

[9] Sama uživatelská příručka pak dle prohlášení o vyloučení odpovědnosti obsaženého na vnitřní straně její obálky pouze „*slouží jako obecné vodítko pro podnikatele a jiné zúčastněné strany při uplatňování definice malých a středních podniků (dále jen „MSP"). Příručka nemá právní účinek a Komisi nijak nezavazuje.*" Je zjevné, že slouží jako značně zjednodušené shrnutí určené pro širokou laickou veřejnost, a neměla by proto být nekriticky užívána jako výchozí podklad pro odbornou auditní činnost ve veřejné správě.

možné. To platí tím spíše o právních zásadách, jejichž obecnost a abstraktnost je již samotným klasifikačním znakem právních zásad jako specifického druhu právních pravidel. ***Neurčité právní pojmy zahrnují jevy nebo skutečnosti, které nelze úspěšně zcela přesně právně definovat****; jejich obsah a rozsah se může měnit, často bývá podmíněn časem a místem aplikace normy.* " Je tedy evidentní, že v posuzovaném případě se Nejvyšší správní soud vyjadřoval k možnostem výkladu neurčitých právních pojmů, jejichž definování obecně v právních předpisech pro jejich povahu nemusí být vhodné, dokonce ani možné.

33. K problematice výkladu neurčitého právního pojmu v rozhodnutí č.j. 1 Afs 45/2010 - 170 Nejvyšší správní soud v bodě 51 uvedl: ***„Pokud snad má stěžovatel za to, že zákon má kazuisticky vyjmenovat všechny případy, na které dopadá porušení zásady transparentnosti, je zřejmé, že požaduje něco nemožného. Pojem „zásada transparentnosti" spadá do kategorie tzv. neurčitých právních pojmů****; jejich definování obecně v právních předpisech pro jejich povahu samu nemusí být vhodné, dokonce ani možné. To platí tím spíše o právních zásadách, jejichž obecnost a abstraktnost je již samotným klasifikačním znakem právních zásad jako specifického druhu právních pravidel.* "

34. Z výše uvedeného je tak jasně patrné, že **auditním orgánem citovaný závěr Nejvyššího správního soudu** z rozhodnutí č.j. 1 Afs 60/2012 – 37 („*Jestliže v nynějším případě správní orgány vyložily pojem „zásada transparentnosti" výše popsaným způsobem a krajský soud jejich výklad následně aproboval, nejedná se o retroaktivní uložení nějaké „nové" povinnosti, ale o zcela standardní výklad zákonem daných práv a povinností. Ty stěžovatele vázaly od momentu účinnosti zákona.*") **je zcela neaplikovatelný na věc, jež byla předmětem auditu, neboť se v jejím případě nejedná o standardní výklad zákonem daných práv a povinností plynoucích z neurčitého právního pojmu, ale o <u>zásadní rozšíření kritérií, podle nichž má být posuzováno, zda je příjemce malým či středním podnikem.</u>**

- *Nepravdivost tvrzení auditního orgánu o obsahu rozhodnutí Nordbrandenburger UmesterungsWerke*

35. Auditní orgán, vědom si evidentní správnosti námitky auditované osoby, že podle uživatelské příručky z roku 2015 nelze posuzovat případ z roku 2008 (nemluvě o příkrém rozporu tohoto právně nezávazného dokumentu s judikaturou Soudního dvora EU), se dodatečně pokusil v Reakci na stanovisko zdůvodnit svůj závěr o dostatečnosti rodinných vazeb tím, že má tento závěr vyplývat z rozhodnutí Komise ze dne 7. června 2006 o státní podpoře č. C 8/2005 (ex N 451/2004), ve věci *Nordbrandenburger UmesterungsWerke.*

36. To je však zcela nepravdivé, účelové a zavádějící tvrzení auditního orgánu. Z citace uvedené ve Zprávě o auditu žádný takový závěr předně nevyplývá, resp. z ní vyplývá pravý opak. Při podrobnějším studiu předmětného rozhodnutí by auditnímu orgánu navíc nemohlo uniknout, že spojení mezi členy rodiny Sauterových se neodehrávalo pouze v rovině příbuzenské, nýbrž též ve formě podílů a působení ve statutárních orgánech společností, což se týkalo mimo jiné i Daniely Sauterové jako majoritní akcionářky příjemce dotace, která se podílela i na jiných společnostech a působila

v jejich statutárních orgánech (viz tabulka, která je součástí rozhodnutí Komise). V daném případě, na rozdíl od posuzovaného případu, bylo společné jednání dovozeno na základě intenzívních hospodářských, organizačních a personálních vazeb v rámci rodiny a mezi jejími členy ovládanými subjekty, z nichž byla evidentní koordinace mezi členy rodiny i existence jedné podnikatelské skupiny. Komise v dotčeném případě na základě konkrétních skutkových okolností, které se **diametrálně odlišovaly** od posuzovaného případu, došla k závěru, že členové rodiny Sauterových tvoří skupinu společně jednajících osob ve smyslu čl. 3 odst. 3 přílohy Doporučení Komise. **Komise však v žádném případě neuvedla, že by rodinné vazby postačovaly.** Z rozhodnutí lze naopak dovodit naprostý opak. Je naprosto nepochopitelné, proč na toto rozhodnutí uživatelská příručka na str. 33, natož auditní orgán ve Zprávě o auditu odkazuje a zavírá oči před skutečným obsahem předmětného rozhodnutí. Zdá se, že se jedná pouze o zoufalý pokus odůvodnit nějak právně ničím nepodložené smyšlenky.

- *Závěr o dostatečnosti rodinných vazeb je v rozporu se závěry Soudního dvora EU v rozsudku HaTeFo*

37. Nepřípadná je koneckonců i aplikace rozhodnutí Soudního dvora EU ve věci C-110/13, *HaTeFo GmbH v. Finanzamt Haldensleben* (dále jen „**HaTeFo**"). Toto rozhodnutí bylo vydáno dne 27. února 2014, tedy **téměř 6 let po poskytnutí předmětné podpory**, a tudíž do té míry, pokud popírá znění Doporučení Komise, nemůže být aplikováno na případy, které se staly před jeho vydáním, neboť by tím byl porušen ústavně garantovaný princip ochrany legitimních očekávání i princip zákazu retroaktivity. **Je nicméně třeba současně zdůraznit, že Soudní dvůr EU v žádném případě nekonstatoval, že by rodinné vazby byly dostatečné** pro závěr, že jde o společně jednající osoby.[10] Právě naopak uvedl, že podmínka, aby fyzické osoby jednaly společně, je splněna, **pokud tyto osoby slaďují své jednání s cílem uplatňovat vliv na obchodní rozhodnutí dotyčných podniků**. Auditní orgán se tedy sice v rozporu se základními zásadami právního státu odvolává na pravidla definovaná Soudním dvorem EU dávno poté, co byla podpora získána a projekt ukončen, avšak současně činí závěr o existenci společně jednajících fyzických osob bez toho, že by požadavky tohoto rozhodnutí naplnil. Auditní orgán nepoukazuje **na žádné podklady**, z nichž by vyplývalo, že by Ing. Andrej Babiš, jako jediný akcionář AGROFERT HOLDING, a.s.[11], a akcionáři Farmy Čapí hnízdo, a.s. jakkoliv **slaďovali své jednání s cílem uplatňovat vliv na obchodní rozhodnutí dotyčných podniků**. K žádnému takovému slaďování totiž nedocházelo.

- *Auditní orgán se nevypořádal s námitkami společnosti IMOBA*

38. V této souvislosti je třeba poukázat též na skutečnost, že auditní orgán fakticky přímo odmítá adekvátně vypořádat námitky společnosti IMOBA ohledně nemožnosti aplikovat retroaktivní výklad právních norem (zejména v případě Doporučení Komise). To je mimo jiné patrné z konstatování auditního orgánu, že *„[v] otázce skutečnosti, zda se rodinné vazby pokládají za dostatečné pro konstatování, že fyzické osoby jednají*

---

[10] V tomto ohledu je ostatně Uživatelská příručka k definici malých a středních podniků v rozporu s judikaturou Soudního dvora EU.

[11] Jinou společnost, se kterou by existovalo propojení, nelze s ohledem na nepřezkoumatelnost Návrhu zprávy identifikovat.

společně, nedošlo k narušení žádné ustálené rozhodovací praxe (excesivní odchylce od založené rozhodovací praxe) je třeba nechat na rozhodnutí Komise a její interpretaci." Pomineme-li, že auditnímu orgánu by mělo být známo či zřejmé, že (1) žádná ustálená rozhodovací praxe o tom, že by rodinné vazby byly dostačující pro konstatování propojení mezi podniky, neexistuje, a že (2) Komise je povinna respektovat rozhodovací praxi Soudního dvora EU, zůstává zcela nejasné, proč auditní orgán, necítí-li se dostatečně povolaný k vypořádání námitek auditovaného subjektu, se naopak cítí povolaný k posouzení téže právní otázky, má-li v auditní zprávě identifikovat rizika, resp. dokonce tvrdit, že má znak spočívající ve společném jednání akcionářů za prokázaný.

39. V této souvislosti společnost IMOBA poukazuje na ustálenou rozhodovací praxi Nejvyššího správního soudu týkající se problematiky nepřezkoumatelnosti správních rozhodnutí pro nedostatek důvodů, zejména na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21.12.2005, čj. 1 As 39/2004-75, ve kterém Nejvyšší správní soud uvedl následující: „*Rozhodnutí odvolacího správního orgánu musí být opatřeno rozhodovacími důvody, aby správní soud mohl přezkoumat skutkové i právní premisy, na nichž bylo rozhodnutí založeno. Z odůvodnění rozhodnutí musí být seznatelné, jakými úvahami byl správní orgán veden při posuzování jednotlivých odvolacích důvodů, a to jak z hlediska skutkového, tak právního, tedy které konkrétní skutečnosti vzal za podklad svého rozhodnutí, zda a proč přihlédl či nepřihlédl k tvrzením a důkazům navrženým či předloženým odvolatelem, pod kterou právní normu zjištěný skutkový stav subsumoval.* ***Pokud však rozhodnutí nevyčerpává obsah obrany, tedy nevypořádá-li se vyčerpávajícím způsobem s námitkami odvolatele uvedenými v odvolání, pak tento požadavek nesplňuje. Takové rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.***"

40. Přitom tato rozhodovací praxe je analogicky aplikovatelná i na vypořádání námitek obsažených ve stanovisku k návrhu auditní zprávy. Ustanovení § 28 zákona č. 255/2012 Sb., o kontrole (kontrolní řád), ve znění pozdějších předpisů, stanoví, že nestanoví-li zákon jinak, postupuje se při kontrole podle správního řádu. Vzhledem k tomu, že výkon kontrolní činnosti představuje jednu z forem výkonu veřejné správy, a přiměřeně tak spadá do působnosti správního řádu, je při něm povinností dodržovat i základní zásady ovládající správní řízení. V této souvislosti Nejvyšší správní soud, v rozhodnutí č. j. 6 A 113/2002 - 51 ze dne 13. července 2005, konstatoval: „***Ze základních zásad, ovládajících správní řízení plyne povinnost*** *odvolacího orgánu (orgánu rozhodujícího o rozkladu),* ***aby své rozhodnutí odůvodnil jasným a určitým způsobem*** *do té míry, že z něho musí být patrno, z jakých podkladů vycházel, které podklady byly použity pro jeho rozhodnutí, které nikoli a proč.* ***Je vadou*** *žalobou* ***napadeného rozhodnutí, pokud se v něm rozhodující orgán nevypořádal se všemi žalobcem namítanými skutečnostmi.***"

41. Odmítl-li tedy auditní orgán vypořádat námitku společnosti IMOBA ohledně retroaktivního výkladu, zatížil Zprávu o auditu vadou nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů.

42. V poznámce pod čarou č. 2 Reakce na stanovisko k tomu navíc auditní orgán uvádí: „*Nehledě na to, že problematika definice malého a středního podniku úzce souvisí s oblastí veřejné podpory. Komise má přitom výlučnou pravomoc rozhodovat o slučitelnosti veřejné podpory s vnitřním trhem a podléhá přezkumu ze strany soudů EU (k posuzování slučitelnosti státních podpor s právem ES, resp. unijím právem, je tedy*

příslušná pouze a výhradně Evropská komise, viz NS 23 Cdo 1341/2012)". V tomto ohledu je potom ale zcela nepochopitelné, jak si mohl auditní orgán ve Zprávě o auditu operace stanovit jako jeden z cílů „*ověření způsobilosti příjemce dotace s ohledem na pravidla veřejné podpory dle čl. 87 - 89 Smlouvy o založení Evropského společenství*".

43. Podle názoru společnosti IMOBA v této věci auditní orgán pouze podtrhuje své celkové nepochopení problematiky a neochotu se zevrubně zabývat vznesenými námitkami. Ve svém sdělení auditní orgán totiž nepřípustně směšuje posouzení slučitelnosti veřejné podpory s vnitřním trhem podle čl. 107 odst. 2 a 3 SFEU, jíž musí posoudit výhradně Komise, s výkladem pojmu veřejná podpora podle čl. 107 odst. 1 SFEU (tedy s otázkou posouzení, zda dotčená podpora naplňuje znaky veřejné podpory), který musí uplatňovat Komise i vnitrostátní orgány (včetně vnitrostátních soudů) ve spojení s oznamovací povinností a povinností zdržet se jednání stanovenými v čl. 108 odst. 3 SFEU.[12]

- *Nepřípadnost analogické aplikace ustanovení § 66b obchodního zákoníku*

44. Vzhledem k očividným nedostatkům v podkladech a argumentaci jako celku, se auditní orgán dále pokusil uchýlit až k nesmyslnému a nedovolenému užití analogie.

45. Ve Zprávě o auditu sice zohlednil připomínku auditované osoby, že na posuzování propojenosti akcionářů společnosti FČH a AGROFERT HOLDING, a.s. nelze přímo aplikovat ustanovení § 66b zákona č. 513/1991Sb., obchodní zákoník, ve znění platném v auditovaném období, neboť předmětná právní úprava obsažená v obchodním zákoníku se týká jednání více akcionářů téže obchodní společnosti a na předmětnou věc je zcela nepoužitelná. Přesto se však této myšlenky zcela nevzdal a pokusil se předmětné ustanovení použít alespoň analogicky.

46. V otázce možnosti použití analogie ve správním právu ve vztahu k předpisům soukromého práva soudy obvykle vycházejí z toho, že vymezení konkrétních institutů je v každé oblasti samostatné, a definici, resp. explikaci v tom kterém odvětví nelze používat analogicky, vzhledem k tomu, že jde o dvě odlišné sféry, kde je zcela jinak vymezeno postavení stran právního vztahu. Výjimkou by mohla představovat jen situace, kdy by možnost analogie z toho kterého předpisu výslovně plynula, čemuž tak ovšem v právě posuzovaném případě není.[13] Tyto závěry jasně plynou například z usnesení Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 120/2005 – 42 ze dne 18. července 2006: „*Určité pojmy mohou být stejné a mají stejnou právní relevanci jak pro právo veřejné tak soukromé, bez zřetele na to, ve kterém právním odvětví se o ně jedná (např. technické normy).* ***V řadě případů však obsah jednoho pojmu může mít zcela jiný význam, a to právě dle jeho smyslu a účelu. Je potom nepřípustné pojmy definované pro účely jednoho zákona užít při výkladu v jiném právním předpise, nepřipouští-li tento předpis možnost užití analogie legis, resp. analogie iuris.*** "

---

[12] Srov. Sdělení Komise - Návrh sdělení Komise o pojmu státní podpora podle čl. 107 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie, odst. 2.

[13] Srov. Pavel Mates, Analogie ve správním právu, 2011, dostupné na: http://www.mvcr.cz/clanek/analogie-ve-spravnim-pravu.aspx.

- *Martin Herodes není osobou blízkou ani osobou s rodinnými vazbami ve vztahu k Ing. Andreji Babišovi*

47. Společnost IMOBA má dále za to, že zcela nepodložené je konstatování auditního orgánu, že Martin Herodes (tehdejší majitel 60 % akcií Farmy Čapí hnízdo, a.s.) je osobou blízkou ve vztahu k Ing. Andreji Babišovi. Martin Herodes byl pouze bratrem družky Ing. Andreje Babiše a nikoliv osobou blízkou ve smyslu § 116 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů. Stejně tak jej k Ing. Andreji Babišovi nepojí rodinná vazba

48. Auditní orgán své závěry o existenci relevantních rodinných vztahů staví na analogii s tím, že ve věci Nordbrandenburger UmesterungsWerke byla mezi osoby, jež mají rodinné vztahy zařazena i Marion Suaterová, jakožto švagrová (viz. poznámka pod čarou č. 3 Reakce na stanovisko).

49. Samotný zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů pojem švagrovství nijak nedefinoval. Jeho definici nicméně poskytuje ustanovení § 774 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, jež uvádí: *„**Vznikem manželství vznikne švagrovství** mezi jedním manželem a příbuznými druhého manžela; v jaké linii a v jakém stupni je někdo příbuzný s jedním manželem, v takové linii a v takovém stupni je sešvagřen s druhým manželem. Zanikne-li manželství smrtí jednoho z manželů, švagrovství tím nezaniká.“*

50. V této souvislosti je z hlediska možnosti analogické aplikace nutné odkázat na nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 21/04, podle něhož, **pokud je vůbec připuštěna analogie** v oboru správního řízení, **pak toliko** za omezujících podmínek, že se tak děje v omezeném rámci za účelem vyplňování mezer procesní úpravy a dále toliko **ve prospěch ochrany práv účastníků** správního řízení. Podobně judikoval i Nejvyšší správní soud v rozhodnutí č. j. 2 Afs 24/2005 – 48 ze dne 14. července 2005: *„Krajský soud přitom neopomene dbát některých **základních principů** daňového práva (a **veřejného práva obecně**), které jsou v daných souvislostech relevantní, zejména principu legální licence a enumerativnosti státních pretenzí, **principu právní jistoty a principu předvídatelnosti právní regulace, z nichž plyne zákaz analogie v neprospěch** daňového subjektu a zásada, že v případě, že daňový zákon z důvodu své nejasnosti, nesrozumitelnosti či nepřesnosti nebo „mezery v zákoně“ umožňujte vícero rovnocenně přesvědčivých výkladů, je nutno použít takový z nich, který je vůči daňovému subjektu mírnější (neboť je věcí státu, aby formuloval své daňové zákony natolik jednoznačně, srozumitelně, přesně a úplně, aby minimalizoval výkladové nejasnosti; v opačném případě by se jednalo o nepřípustnou libovůli zákonodárce).“*

51. Trvá-li tedy auditní orgán na aplikaci analogických ustanovení, což v případě aplikace analogie ve prospěch ochrany práv účastníků obecně možné je, **je nutné uzavřít, že mezi p. Martinem Herodesem a Ing. Andrejem Babišem nikdy poměr švagrovství nevznikl, a tedy nemohou být považováni ani za osoby blízké či osoby mající vůči sobě rodinné vazby.**

- *Závěr*

52. Na základě výše uvedeného tak lze shrnout, že nebylo skutečností, a nebylo také ani prokázáno, že by akcionáři Farmy Čapí hnízdo, a.s. byly osobami společně jednajícími s Ing. Andrejem Babišem ve smyslu čl. 3 odst. 3 přílohy Doporučení Komise. Za této situace je zcela nepotřebné zkoumat naplnění další podmínky spočívající v působení na stejných či sousedních trzích, neboť při nedostatku naplnění prvního ze znaků nelze o propojených podnicích ve vztahu ke společnostem Farma Čapí hnízdo, a.s. a AGROFERT HOLDING, a.s. hovořit. Tudíž i veškeré úvahy o nemožnosti provést analýzu relevantních trhů považuje společnost IMOBA za zcela bezpředmětné.

IV.

K relevantním trhům

53. Auditní orgán ve Zprávě o auditu operace podrobně zdůvodňuje, proč nemohl provést posouzení znaku spočívajícího v působení společností na stejných či sousedních trzích. Skutečností ovšem je, že auditní orgán se tímto konstatováním pouze pokouší zamlžit skutečnost, že nevymezil řádně ani relevantní trh, na němž působila Farma Čapí hnízdo, a.s., k čemuž si mohl opatřit dostatečné množství informací a informace o skupině AGROFERT k tomu nepotřeboval vůbec. V rámci Zprávy o auditu je přímo uvedeno: *„auditorský tým není schopen posoudit, zda společnost AGROFERT HOLDING, a.s. či nějaká z propojených společností nepůsobily na stejném relevantním trhu či sousedním trhu.“* K námitce společnosti IMOBA, že auditorský tým se nezabýval ani definicí trhu, na kterém působila společnost FČH, se auditní orgán opětovně vyjádřil v tom smyslu, že nemůže sbírat data potřebná k vymezení relevantního trhu u třetích osob.

54. Přesto, že auditní orgán vehementně obhajuje, proč nemůže provést vymezení relevantního trhu, neváhá zpochybňovat vymezení relevantního trhu, které učinila společnost IMOBA ve stanovisku k návrhu auditní zprávy a které se opírá o letitou rozhodovací praxi Evropské komise.

55. Jak společnosti IMOBA uváděla, společnost FČH po dokončení projektu začala působit na trhu ubytovacích služeb v kategorii čtyřhvězdičkových hotelů a s tím neoddělitelně spojených hostinských služeb v restauracích vyšší kategorie. Jak předmětné ubytovací služby, tak hostinská činnost byly primárně zaměřeny na zákazníky vyhledávající kongresové prostory a ubytovací a hostinské služby nejvyšší kvality. S FČH v žádném případě nesoutěžila, a do téhož relevantního trhu tudíž nespadala, ubytovací zařízení nižší kategorie, ubytovací zařízení, která nejsou schopna nabídnout kongresové služby či odpovídající úroveň stravování.

56. S ohledem na rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže[14] platí, že *„[p]okud se jedná o oblast provozování hotelů, je možno s přihlédnutím k rozhodovací praxi Evropské komise při vymezování relevantních trhů z pohledu věcného rozdělit jednotlivé hotely do několika úrovní, například podle počtu hvězdiček (2, 3, 4 či 5 hvězdičkové hotely). Uvedené označení hotelu obecně odráží určité standardy a očekávání klientů s různými potřebami a preferencemi, a to například s ohledem na*

[14] Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26. 8. 2014, č.j. ÚOHS-S591/2014/KS-17901/2014/840/ASM.

velikost a vybavení pokojů, možnosti stravování a nabídku doplňkových služeb. Evropská komise dle specifik posuzovaného případu (s ohledem na překryv činností spojujících se soutěžitelů) používá dva přístupy k vymezení trhu, a to členění na (i) dílčí trhy podle počtu hvězdiček (např. trh tříhvězdičkových hotelů či trh čtyřhvězdičkových hotelů)[15] *a (ii) dílčí trhy prolínajících se dvou či více kategorií dle počtu hvězdiček (např. trh 2 a 3 hvězdičkových hotelů, trh 3 a 4 hvězdičkových hotelů či trh 2, 3 a 4 hvězdičkových hotelů).*"[16] Shodně se k vymezení relevantního výrobkového trhu ve vztahu k provozování hotelů staví i rozhodovací praxe Komise. Neexistuje proto jeden relevantní trh ubytovacích služeb, obecný trh s ubytovacími službami je pro účely definování relevantního trhu nezbytné dále segmentovat z hlediska kvality a účelu poskytovaných služeb.

57. Obdobné závěry jako u ubytovacích služeb platí i pro hostinskou činnost, tedy provozování restauračních zařízení. Dle rozhodovací praxe Komise je z hlediska vymezení relevantního trhu nezbytné rozlišovat minimálně mezi restauracemi s rychlým občerstvením na jedné straně, a dražšími a sofistikovanějšími restauracemi na straně druhé.[17]

58. K tvrzení auditního orgánu, že tato specifikace je příliš úzká (s odkazem na vybrané pasáže přílohy žádosti o dotaci), svědčí o tom, že auditní orgán nemá naprosto žádnou představu o tom, co je obsahem pojmu relevantní trh a jakým způsobem se vymezuje. Mimochodem téměř každý hotel vyšší kategorie poskytuje svým zákazníkům i doplňkové služby, které však nejsou službami samostatnými, oddělitelnými od poskytování služeb ubytovacích a hostinských, a jejichž cílem je primárně propagace vlastních ubytovacích a hostinských služeb. Navíc i kdyby tyto služby byly považovány za samostatné, svědčilo by to nanejvýš o potřebě definovat další relevantní trh takových služeb, nikoliv o úzkém vymezení již definovaného trhu.

59. Po stránce geografické je relevantním trhem oblast **odpovídající maximálně středočeskému regionu**. Komise ve své rozhodovací praxi opakovaně potvrdila, že zákazníci si ubytovací zařízení vybírají na základě toho, kam se rozhodli cestovat (vymezila tak například relevantní trh jako trh hotelů v Paříži). Rovněž služby restaurací poptávají zákazníci s ohledem na místo svého pobytu a tedy lokálně (např. v jednom městě). Pojem relevantního trhu je pojmem objektivním a obsah žádosti o dotaci nemůže na geografických aspektech jeho vymezení naprosto ničeho změnit.

---

[15] Viz např. totožné závěry v rozhodnutích M.6058 Bank of Scotland/Barclays bank/Kew green hotels a M.6738 Goldman Sachs/KKR/QMH: *„In its previous decisions concerning the hotel accommodation sector, the Commission has left open the exact product market definition. Previously, the Commission considered that the market could be segmented (i) by price / comfort level based on the grading or stars awarded to a particular hotel which indicates the standard and facilities the customer may expect, and (ii) by ownership, distinguishing between chain hotels and independent hotels."*

[16] Rozhodnutí Komise COMP/M.2940 – TPG Advisors III/Goldman Sachs/Bain Capital Investors/Burger King, odst. 17: *„... restaurants with quick service format, even if they are focused on different types of meals, are regarded as belonging to the same product market. The main features that are consistently identified as particular characteristics of this field are convenience, speed of service and inexpensive prices. Competitors tend to consider that restaurants offering these standards target the same group of clients. This configuration of the market would exclude other segments within the field of restaurants, not offering analogous meal services (e.g. more sophisticated or more expensive restaurants)."*

[17] Rozhodnutí Komise ve věci COMP/M.2490-*TPG Advisors/Goldman Sachs/Bain Capital Investors/Burger King,*

60. Ze způsobu, jakým se auditní orgán vypořádal s připomínkami společnosti IMOBA, je zjevné, že základním problémem není skutečnost, že auditní orgán nemá dostatečnou pravomoc ke sběru dat, nýbrž naprosto nedostatečná odbornost k tomu, aby mohl relevantní trh vymezit.

61. Společnost IMOBA opětovně uvádí, že žádný ze subjektů koncernu ovládaného AGROFERT HOLDING, a.s. nepůsobil v auditovaném období na relevantních trzích stejných či sousedních ve vztahu k trhům, na kterých působila společnost FČH.

IV.

K tvrzeným hospodářským vazbám

62. Auditní orgán se dále ve Zprávě o auditu snaží svoje spekulace o existenci propojení mezi společností FČH a AGROFERT HOLDING, a.s. podpořit tvrzeními o tom, že *„[b]ylo prokázáno zázemí silné skupiny, díky které měla auditovaná osoba přístup ke kapitálu za výhodných podmínek, které by bez ručení společností AGROFERT HOLDING, a.s. a IMOBA, a.s. nemohla získat vůbec nebo za tak nízkou cenu, cena za toto ručení byla pod cenou běžnou na trhu či dokonce bezplatná, což auditovanou osobu zvýhodňovalo oproti jiným MSP.“* Přitom však mezi společností FČH a holdingem AGROFERT neexistovaly naprosto žádné vztahy, které by se vymykaly vztahům, které běžně vznikají mezi nezávislými podniky a z nichž by bylo možno dovozovat propojení.

- *Ručení společnosti AGROFERT HOLDING a.s.*

63. První z tvrzených vazeb měla spočívat v poskytnutí ručení společnosti AGROFERT HOLDING a.s. za úvěr poskytnutý bankou HSBC, a.s. a zřízení zástavního práva ve prospěch této banky k nemovitostem pronajatým společností IMOBA společnosti FČH.

64. Na poskytnutí zajištění však nebylo vůbec nic nestandardního. Společnost AGROFERT HOLDING, a.s. poskytla ručení úplatně, přičemž tvrzení, že odměna byla nízká je ničím nepodloženou spekulací auditního orgánu, která zcela postrádá odůvodnění opřené o řádnou analýzu obvyklých cen. Naopak dle informací společnosti IMOBA se v dané době poskytovalo zajištění za ceny ještě nižší. Navíc v případě, že by společnost AGROFERT HOLDING, a.s. byla nucena plnit namísto dlužníka, měla jistotu, že by jí v souladu s obchodním zákoníkem vznikla regresní pohledávka, jejíž dobytnost byla vzhledem k realizaci dotovaného projektu a možnosti uspokojit se z takto nabytého majetku, poměrně jistou záležitostí. Zřízení zástavního práva společností IMOBA pak představovalo v zásadě pouze formální krok, neboť vzhledem k ručitelskému závazku společnosti AGROFERT HOLDING, a.s. nešlo o žádnou další finanční expozici skupiny.

65. Společnost IMOBA má za to, že je nepřípustné a s ustanovením § 9 písm. a) in fine kontrolního řádu, stejně jako základními principy finančního auditu zcela neslučitelné, aby auditní orgán ve zprávě o auditu operace vyjadřoval ničím nepodložené domněnky, které nejsou podloženy důkazy a které navíc ani nejsou relevantní z hlediska právní úpravy na věc aplikovatelné, ani z hlediska příslušné Smlouvy o poskytnutí dotace.

66. Mezi tyto patří zejména tvrzení auditního orgánu ohledně úrokové sazby (srov. Zpráva o auditu na straně 15): *„Auditorský tým má na základě **provedené analýzy** za to, že tato sazba neodpovídá rizikovosti projektům zkušenosti žadatele v podnikání v oblasti cestovního ruchu a ubytovacích služeb a absenci jakýchkoli garancí ze strany žadatele.“*

67. Společnost IMOBA v této souvislosti upozorňuje na to, že žádná taková analýza (pokud vůbec byla provedena) není součástí Zprávy o auditu, společnost IMOBA tak neměla možnost se k ní vyjádřit, a proto taková analýza nemůže být ani podkladem pro jakékoli závěry auditního orgánu.

68. Účelem finančního auditu není, aby auditorský tým vyjádřil své domněnky, nýbrž shromáždit podklady a ověřit, zda byly splněny stanovené podmínky pro poskytnutí dotace. Uvedení nepodloženého přesvědčení v auditní zprávě považujeme za zjevné porušení povinností auditního orgánu, vyplývajících z kontrolního řádu.

69. Dále si dovolujeme upozornit, že s ohledem na kritéria uvedená v Doporučení Komise, podle něhož měla být otázka propojenosti podniků posuzována, nemůže případná výhodnost úvěrových podmínek (a to včetně názoru příslušné úvěrující banky ohledně finančního postavení subjektu, jemuž je úvěr nabízen) hrát naprosto žádnou roli. Podstatné je z hlediska prověřovaných otázek pouze to, zda akcionáři jednali společně. Akcionáři společnosti AGROFERT HOLDING, a.s. a společnosti Farma Čapí hnízdo, a.s. byli zcela odlišní, Ing. Andrej Babiš neměl ve společnosti Farma Čapí hnízdo, a.s. žádná práva ovlivňovat její řízení ani obchodní vedení a nedocházelo k žádné koordinaci mezi řízením AGROFERT HOLDING, a.s. a Farmy Čapí hnízdo, a.s. na úrovni akcionářů ani na úrovni obchodního vedení. **Ať by byly úvěrové podmínky jakékoli, společné jednání založit nemohou.**

70. V tomto ohledu je konečně nezbytné zdůraznit, že bylo povinností příjemce dotace doložit odpovídajícími doklady finanční krytí projektu (a to např. úvěrovou smlouvou); a současně financovat z jiných finančních zdrojů hodnotu projektu, kterou není možné v souladu s pravidly ROP a relevantními právními předpisy ČR a EU hradit z finančních prostředků udělené dotace. Pokyny pro žadatele totiž stanoví na straně 41 v bodě IV.4, že: *„nejpozději před uzavřením Smlouvy o poskytnutí dotace **je budoucí příjemce povinen doložit odpovídajícími doklady finanční krytí** (resp. finanční prostředky na předfinancování projektu) ve výši 25 % celkových způsobilých výdajů projektu.“*

71. Na straně 58 Pokynů pro žadatele je pak stanoveno, že: *„**Hodnotu projektu, kterou není možné v souladu s pravidly ROP a relevantními právními předpisy ČR a EU hradit z finančních prostředků udělené dotace, musí příjemce financovat z jiných finančních zdrojů.** Tyto finanční zdroje nesmí pocházet z jiných operačních programů financovaných z finančních prostředků Evropské unie. Zakládá-li dotace veřejnou podporu, nesmí být finančními zdroji rovněž finanční prostředky udělené příjemci na realizaci projektu z jakýchkoliv jiných veřejných rozpočtů v rámci ČR, EU nebo jiného členského státu EU, ani úvěry, které by byly zvýhodněny prostřednictvím finančních prostředků ze zmíněných veřejných rozpočtů (např. úvěr Českomoravské záruční a rozvojové banky, a.s.).“*

72. Konečně na straně 88 Pokynů pro žadatele je stanoveno, že v rámci povinné přílohy č. 5 (Doklad o zajištění finančního krytí projektu) je v případě podnikatelů finanční krytí v požadované výši prokázáno *„buď výpisem z účtu žadatele (ne starší 30 kalendářních dní*

před odevzdáním přílohy), ***úvěrovou smlouvou, závazným úvěrovým příslibem nebo dodavatelským úvěrem*** *(v takovém případě žadatel dokládá Smlouvu s dodavatelem, která obsahuje ustanovení týkající se dodavatelského úvěru). V případě výpisu z účtu doloží žadatel zároveň čestné prohlášení o vázanosti deklarovaných prostředků na daný projekt.*"

73. Dotační pravidla tedy výslovně předpokládala, že žadatel o dotaci bude (při nedostatku vlastních finančních prostředků) čerpat úvěr, a to jednak na předfinancování, jednak krytí nákladů, které nebudou hrazeny z dotace. S ohledem na skutečnost, že banky standardně úvěry bez zajištění neposkytují, dotační podmínky implicitně musely předpokládat i to, že malé a střední podniky si za účelem získání úvěru budou muset obstarat i příslušné zajištění.

74. S ohledem na to se společnost IMOBA domnívá, že poskytnutí ručení ze strany společnosti AGROFERT, a.s. za úvěr bankou HSBC Bank plc – pobočka Praha ve výši 350 mil. Kč společnosti Farma Čapí hnízdo, a.s. nejenže nebylo v rozporu s dotačními pravidly, ale je do značné míry samotnými Pokyny pro žadatele předvídané (neboť žadatel o dotaci, který nedoloží finanční krytí projektu, nemůže dotaci získat). Ve skutečnosti, že se malému či střednímu podniku podaří získat zajištění od třetí osoby, což s ohledem na charakter a obvyklé majetkové poměry malých a středních podniků může být jediné v úvahu přicházející zajištění, nelze automaticky spatřovat propojení s podnikem, který zajištění poskytuje, natož ztrátu charakteru malého či středního podniku. To by do značné míry zpochybňovalo samotný systém poskytování podpor malých a středních podniků, a to nejen v daném operačním programu.

75. Zcela liché jsou rovněž úvahy o tom, že by Farma Čapí hnízdo, a.s. netrpěla problémy malých a středních podniků, a závěrem auditního orgánu, že bylo prokázáno zázemí silné skupiny. Skutečnost, že získala ručení od společnosti AGROFERT HOLDING, a.s., doplněné zřízením zástavního práva ze strany společnosti IMOBA, ji problémů, kterými obvykle trpí malé a střední podniky, nejenže zbavit nemohlo, ale ani nezbavilo. Předně není pravdou, že každý malý a střední podnik má problém získat úvěr. Některým z těchto podniků se, podobně jako Farmě Čapí hnízdo, a.s., podaří úvěr získat díky tomu, že se jim podaří obstarat zajištění. To z nich však ještě nemůže činit podnik propojený s poskytovatelem zajištění. Pokud by platilo, že by získání ručení třetího subjektu zbavovalo podnik charakteru podniku nezávislého, pak by něco takového muselo vyplývat z kritérií uvedených v Doporučení Komise, avšak v Doporučení Komise nic takového najít nelze. O tom, že ručení Farmě Čapí hnízdo, a.s. příliš nepomohlo, svědčí i skutečnost, že se nakonec potýkala s problémy spojenými se splácením předmětného úvěru.

76. Pro podporu svých tvrzení auditní orgán odkazuje na bod 14 rozhodnutí HaTeFo, v němž se uvádí: „*Z předkládacího rozhodnutí vyplývá,* ***že společnost X byla ručitelkou*** *společnosti HaTeFo při jejím založení* ***a se společností HaTeFo rovněž uzavřela*** *„Geschäftsbesorgungsvertrag" (dále jen „****mandátní smlouva****"),* ***podle které měly být všechny objednávky společnosti HaTeFo plněny společností X, a pouze ta měla působit na relevantním trhu****. Tato mandátní smlouva rovněž stanovila, že zástupce společnosti X byl pověřen technickým řízením společnosti HaTeFo. Společnost HaTeFo navíc na společnost X převedla své činnosti v oblasti výzkumu a vývoje, jakož i správu informačních technologií, a pro potřeby své činnosti využívala jeden z bankovních účtů společnosti X.*"

77. Společnost IMOBA je toho názoru, že již ze samotného znění odkazovaného bodu rozhodnutí HaTeFo (a to bez ohledu na to, že z důvodu zákazu retroaktivního výkladu se závěry z rozhodnutí HaTeFo použít nemohou) je jasné, že je naprosto neaplikovatelné na situaci, jež je předmětem Zprávy o auditu. V té totiž vůbec nedošlo k žádnému uzavření jakékoli smlouvy o zastoupení, natožpak smlouvy o zastoupení výhradním.

78. V bodě 67 rozhodnutí Nordbrandenburger UmesterungsWerke, na něž auditní orgán rovněž odkazuje, se pak uvádí: „***Vzhledem ke struktuře skupiny Sauter, ke vztahům mezi společníky jednotlivých podniků a vzhledem k hospodářským propojením mezi jednotlivými společnostmi skupiny*** *se kromě toho zdá, že ani skupina jako celek, ani společnost NUW jako člen této skupiny nejsou konfrontovány s typickými potížemi malého a středního podniku: s ohledem na obrat a na roční bilanční sumu skupiny je nutno vycházet z toho, že společnost NUW má neomezený přístup k finančním trhům a plánovanou investici může financovat za podobných podmínek jako každý velký podnik.*"

79. Jak již společnost IMOBA uvedla dříve, v daném případě však, na rozdíl od posuzovaného případu, bylo společné jednání dovozeno na základě intenzívních hospodářských, organizačních a personálních vazeb v rámci rodiny a mezi jejími členy ovládanými subjekty, z nichž byla evidentní koordinace mezi členy rodiny i existence jedné podnikatelské skupiny. Proto jsou rovněž závěry z rozhodnutí Nordbrandenburger UmesterungsWerke v posuzované věci nepoužitelné.

- *Pronájem vozu, internetová doména*

80. Auditní orgán ve Zprávě o auditu na straně 20 rovněž uvádí, že: „*Auditovaná osoba využívala služeb holdingu u určitých služeb, jako je pronájem vozidla a služeb spojených s webovými stránkami.*" V této souvislosti auditní orgán odkazuje na bod 53 rozhodnutí Nordbrandenburger UmesterungsWerke: „***Obchodní vztahy, jako například spojení na úrovni vedení podniku, překrývání ve vztazích k dodavatelům a k zákazníkům, společné používání logistiky*** *(například dopravní prostředky, budovy a kancelářské prostory), se v tomto případě rovněž považují za kritéria pro spojení mezi podniky. Na základě těchto indikátorů lze prověřit, zda spojení přes fyzické osoby není jen neformální, nýbrž také formálně vede ke spojením u jednotlivých obchodních oblastí a obchodních činností.*"

81. Vzhledem k tomu, že v posuzované věci auditní orgán nebyl schopen prokázat jakékoli obchodní vztahy, překrývání ve vztazích k dodavatelům a k zákazníkům, či používání logistiky, dospívá společnost IMOBA k závěru, že pouhý pronájem vozidla a využívání služeb spojených s webovými stránkami není dostatečné k prokázání jakýchkoli vazeb. Právě naopak skutečnost, že docházelo k pronájmu, a nikoli ke sdílenému užívání, vozidla, svědčí o tom, že žádné relevantní vazby mezi společnostmi nebyly.

V.

Závěr

1. Společnost IMOBA má za to, že spekulace o existenci propojení mezi společností FČH a AGROFERT HOLDING, a.s. jsou zcela neodůvodněné. Pokud by auditní orgán respektoval své zákonné povinnosti, postupoval by v souladu s právem a věc posuzoval dle podmínek, které se k poskytnutí dotace vázaly, k žádné identifikaci rizika a potažmo spekulacím o naplnění znaků propojení mezi danými subjekty by se nikdy nemohl uchýlit. Identifikované riziko nemá oporu ve shromážděných podkladech, dotačních podmínkách ani právních předpisech. Zpráva o auditu je z výše uvedených důvodů věcně zcela nesprávná.

2. S ohledem na výše uvedené má společnost IMOBA za prokázané splnění způsobilosti příjemce dotace s ohledem na

   i) pravidla veřejné podpory dle čl. 107-109 Smlouvy o fungování Evropské unie (dříve čl. 87-89 Smlouvy ES), zákona č. 215/2004 Sb., o úpravě některých vztahů v oblasti veřejné podpory a o změně zákona o podpoře výzkumu a vývoje, a

   ii) podmínek stanoveným daným operačním programem dle Výzvy k předkládání projektů č. 4 pro oblast podpory 2. 1. Podnikatelská infrastruktura a služby cestovního ruchu ROP NUTS 2 Střední Čechy.

IMOBA, a.s.
Mgr. Václav Knotek
předseda představenstva

IMOBA, a.s.
Ing. Petra Procházková
místopředseda představenstva