



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Hradci Králové – pobočka v Pardubicích rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Jana Dvořáka a soudců JUDr. Aleše Korejtky a JUDr. Petry Venclové, Ph.D., v právní věci **žalobce: Pardubický kraj**, se sídlem Komenského náměstí 125, 532 11 Pardubice, proti **žalovanému: Ministerstvo financí České republiky**, se sídlem Letenská 15, 118 10 Praha 1, v řízení o žalobě proti rozhodnutí Ministerstva financí České republiky ze dne 15.1.2016, č.j. MF-14848/2015/1203-3,

t a k t o :

- I. **Rozhodnutí Ministerstva financí České republiky ze dne 15.1.2016, MF-14848/2015/1203-3, se pro nezákonnost z r u š u j e a v ě c s e v r a c í žalovanému k dalšímu řízení.**
- II. **Žalovaný je povinen do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení ve výši 3.000 Kč.**

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce se včasnou žalobou domáhal soudního přezkumu v záhlaví tohoto rozsudku označeného rozhodnutí žalovaného, kterým byl změněn platební výměr č. 65/2014 na odvod za porušení rozpočtové kázně č.j. RRSV 15254/2014 ze dne 5.12.2014, vydaný Úřadem Regionální rady regionu soudržnosti Severovýchod, Pražská 320/8, 500 04 Hradec Králové, a to tak, že původní částka ve výši 139 687 534 Kč, uložená za porušení rozpočtové kázně, byla žalovaným rozhodnutím snížena na 6 984 377 Kč. Žalobu odůvodnil žalobce následujícím způsobem:

Žalobce předně uvedl, že poskytovatel dotace – Úřad Regionální rady regionu soudržnosti Severovýchod (dále v textu jen jako „poskytovatel dotace“ nebo „správce daně“) dospěl v závěru rozhodnutí o odvodu za porušení rozpočtové kázně, že žalobce v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Modernizace silnice II/357 Vysoké Mýto – Choceň“ stanovením technického kvalifikačního předpokladu porušil zásadu zákazu diskriminace podle § 6 zák. č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), čímž došlo k neoprávněnému použití prostředků poskytnutých z rozpočtu poskytovatele dotace na základě smlouvy o poskytnutí dotace č. PU/0432/S na financování projektu s názvem „*Modernizace silnice II/357 Vysoké Mýto – Choceň*“ (dále jen „poskytnutí dotace na financování projektu Modernizace silnice Vysoké Mýto – Choceň“) ve smyslu zák. č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů (dále jen „zákon o rozpočtových pravidlech“), čímž došlo i k porušení rozpočtové kázně. V rámci zadávacích podmínek žalobce použil technický kvalifikační požadavek na obalovnu živichých směsí, tj. že uchazeč musí disponovat nebo mít smluvně zajištěnou obalovnu živichých směsí, vybavenou minimálně pětikomorovým horkým tříděním o minimálním výkonu 100 t/hod. a uchazeč musí zejména prokázat, že disponuje takovým zařízením, aby doba skladování a dopravy asfaltové směsi na místo pokládky nepřesáhla 1,5 hod., anebo takovým zařízením, které zaručí udržení vlastností asfaltové směsi dle TKP i po delší dobu. Při posuzování otázky údajné diskriminace přihlédli správce daně a i žalovaný k judikatuře NSS, zejména k rozsudkům ze dne 27.6.2013, č.j. 1Afs 20/2013-47, ze dne 20.12.2012, č.j. 1Afs 66/2012-64 a ze dne 28.3.2013, č.j. 1Afs 69/2012-55, které se právě zabývaly diskriminací při stanovení technického kvalifikačního požadavku na obalovnu živichých směsí. Žalobce předně namítl, že NSS v uvedených rozhodnutích stanovení zmíněného technického požadavku zcela nevylučuje, pouze stanoví, že tento požadavek musí být náležitě odůvodněn povahou a předmětem veřejné zakázky, v daném případě se tak stalo, neboť z pohledu povahy veřejné zakázky se jednalo o zcela zásadní surovinu, kdy objem obalované směsi tvořil v rámci rozpočtu 30,2% z hodnoty realizované veřejné zakázky, tedy významný podíl. K této námitce, uvedené v bodu II. žaloby, se žalobce ještě v žalobě vrátil, a to v části IV. žaloby, kde tuto stěžejní námitku dále rozvinul tím, že porovnával případy posuzované ve zmíněných rozsudcích Nejvyšším správním soudem, které se týkaly však pouze případů, kde podíl hodnoty obalované směsi činil pouze 3% z celkové hodnoty zakázky, v daném případě však to byl zcela jiný podíl, tj. 26,85% z předpokládané hodnoty zakázky. V této souvislosti namítl, že ke kontrolnímu závěru dospěl žalovaný s přihlédnutím k uvedeným judikátům NSS, aniž by se však podrobněji zabýval tím, na základě jakých skutečností dospěl ke shodnému závěru, aniž se podrobněji zabýval otázkou, zda a kde v daném případě spatřuje limity přiměřenosti uvedeného technického požadavku. Žalobce k tomu ještě uvedl, že NSS v rozsudku č.j. 1Afs 69/2012-55 konstatoval, že požadavek na doložení dokladu o vlastnictví obalovny nebo smlouvy o smlouvě budoucí na dodávku obalovaných směsí by mohl být odůvodněným na základě objektivních okolností veřejné zakázky, resp. legitimními jako ekonomickými zájmy zadavatele např. v případě, kdy dodávka obalované směsi hraje dominantní roli v rámci dané zakázky. Jestliže v daném případě lze vyčíslit objem dodávky asfaltové balené směsi na

hodnotu 26,85% předpokládané hodnoty veřejné zakázky, resp. 30,2% z hodnoty realizované veřejné zakázky, tak to zcela nepochybně představuje významný podíl při realizaci stavby oproti jiným stavebním materiálům a žalobce se tak domnívá, že legitimní ekonomický zájem zadavatele zde nepochybně byl dán. Ohledně významnosti podílu odkázal i na rozhodnutí Úřadu pro hospodářskou soutěž ze dne 19.12.2014, podle kterého pokládka obalovaných asfaltových směsí tvořila významnou část předmětu plnění veřejné zakázky (22,83%), stanovení takového technického požadavku neodporovalo právní úpravě. Navíc bylo třeba „vzpomenout“ na relevantní technické předpisy, které upravují otázky technických požadavků při výstavbě, opravách a údržbě pozemních komunikací, ze kterých vyplývají požadavky nejen na kvalitu vlastní balené směsi, tak i na podmínky dopravy, které jsou do značné míry limitující, kdy doprava asfaltové balené směsi nesmí překročit při teplotě vzduchu 15°C a nižší 1 hodinu, v ostatních případech 1,5 hodiny, doba skladování v silech smí být maximálně 2 hodiny atd. Zadavatel v zadávacích podmínkách zohlednil specifika dané stavby, kdy s ohledem na zásadní význam dodávek balené směsi při realizaci veřejné zakázky a předpokládaný objem dodávek stanovil požadavek, kterým chtěl eliminovat situaci, kdy vybraný uchazeč nebude schopen předmět realizovat v požadované kvalitě, resp. v souladu s relevantními technickými normami. Žalovaný zastává pouze kategorický názor, že samotným uvedením požadavku na vlastnictví obalovny či předchozí smluvní zajištění dodávek obalované směsi není možné spolehlivě zajistit požadovanou kvalitu díla či její soulad s relevantními technickými normami, za přiměřenou garanci kvality lze v tomto ohledu považovat dle názoru žalovaného spíše požadavek na uvedení referenčních zakázek, jimiž uchazeči mohou prokázat svoji způsobilost realizovat zakázku. S tím žalobce nesouhlasí, když doložení referenčních zakázek lze prokázat i prostřednictvím subdodavatele a ty jako takové nejsou zcela vypovídající o technických zařízeních, které má nebo bude mít dodavatel k dispozici a proto lze trvat na nezastupitelnosti požadavku na kapacitní obalovnu. Dále namítl, že žalobce byl povinen požadovat po dodavatelích prokázání splnění kvalifikace, v daném případě veřejné zakázky, jejímž předmětem je modernizace úseku vozovky stávající dopravně exponované silnice mezi Chocní a Vysokým Mýtem v délce 7,8 km, představuje stanovení požadavku na prokázání vlastnictví jedné blíže nespecifikované obalovny, případně spolupráce s blíže nespecifikovanou obalovnou, požadavek přiměřený ve vztahu k druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky a nejedná se o projev skryté diskriminace, jak tvrdí žalovaný. Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce, tato není vymezitelná žádnou obecnou „floskulí“, je třeba ji vždy vykládat se zřetelem na individuální kauzu, jak to plyne ostatně i z judikatury NSS (rozsudek NSS, č.j. 1Afs 20/2008-152). Shledání skryté diskriminace je podle této judikatury přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky, přičemž hlediska stanovená judikaturou NSS při posuzování přiměřenosti požadavku na obalovnu ze strany žalovaného bylo naplněno, když žalovaný učinil svůj závěr pouze na základě skutečnosti, že z celkového počtu 13 uchazečů o zadávací dokumentaci disponovali vlastní obalovnou v požadované vzdálenosti, tj. do 50 km, pouze 3 uchazeči, kteří skutečně předložili nabídku, ačkoliv je nesporné, že v dosahu stavby do 50 km bylo 5 obaloven a v dosahu stavby do 70 km dokonce 11 obaloven. Žalobce však k tomu uvádí, že dostupnost obaloven nezávisí pouze na jejich vzdálenosti, pokud zadavatel v zadávací dokumentaci připustil možnost disponovat se zařízením, které zaručí udržení vlastností asfaltové směsi dle technických předpisů i po delší dobu. Žalovaný to interpretuje tak, že v dosahu stavby bylo dostatečné množství obaloven, se kterými bylo možné uzavřít smlouvu o spolupráci, aniž by vzal v úvahu daná specifika, zejména skutečnost, že stavební trh mohl být v dané době velmi rozkolísaný, bylo obtížné předvídat další vývoj, což pro zadavatele představovalo značné riziko a jak vyplynulo

z šetření samotného auditního orgánu, existovalo zcela konkurenční prostředí, které nebránilo žádnému z uchazečů zajistit si dodávku materiálu smluvně. Naopak ze strany žalobce se jednalo zcela nepochybně o požadavek v souladu s jeho oprávněnými zájmy a potřebami, a to s ohledem na potřebu ověřit schopnost dodavatele zajistit si obalovanou směs v dostatečné kvalitě. Žalovaný vycházel pouze z úvahy, jaké hypotetické dopady na okruh potencionálních uchazečů o zakázku mohl mít tento požadavek zadavatele. Žalobce opětovně odkázal i na rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19.11.2014 (viz výše). Žalobce tak vymezil požadavek na dispozici obalovnou ze zcela logického důvodu, aby prověřil schopnost uchazeče dostát požadované kvalitě asfaltové směsi před zahájením samotných stavebních prací a „*nešlo o nic víc*“, než o promítnutí obsahu Technických kvalitativních podmínek staveb pozemních komunikací – kapitola 7 Hutnění asfaltové vrstvy a další navazující technické podmínky, kdy právě uvedená podmínka má úzkou souvislost se zajištěním řádné kvality při provádění díla. Další námitkou žalobce bylo jeho tvrzení o tom, že v době provedení auditu, na jehož základě právě byl zmíněný odvod žalobci uložen, se jednalo ze strany poskytovatele dotace již o ukončený projekt, že pokud na projekt poskytovatel poskytl dotaci a proplatil žadateli výdaje, nutně musel napřed v souladu s postupy vyplývajícími z příručky pro příjemce dotace zkontrolovat jejich způsobilost, čili zkontrolovat správnost zadávacího řízení. Pochybení žalobce konstatovala až ex post kontrola provedená v roce 2014, inspirovaná auditní zprávou. Poskytovatel dotace byl povinen nejpozději se závěrečnou žádostí o platbu zkontrolovat, zda příjemce dotace postupoval v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, vzhledem k tomu, že přislíbené finanční prostředky byly ze strany poskytovatele vyplaceny v požadované výši, musela kontrola nutně shledat, že žalobce nijak neporušil své povinnosti vyplývající z dotační smlouvy, čili že žalobce při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem (srov. k uvedeným námitkám - bod II. žaloby).

V části III. pak žalobce uplatnil další námitku, tj. že byl porušen princip legitimního očekávání, protože v době rozhodování zadavatele o zadání veřejné zakázky platila daná konstantní rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže týkající se uplatňování požadavků na vlastnictví či disponování obalovnou živičných směsí v rámci prokazování kvalifikace (viz výše uvedené rozhodnutí ze dne 19.12.2014), byla narušena právní jistota žalobce ohledně správnosti postupu spočívajícího v zadání veřejné zakázky a předvídatost možného dalšího postupu poskytovatele dotace. Žalobce shledává minimálně za „*překvapivé*“, pokud nejprve poskytovatel dotace považuje postup žalobce za správný, aby jej následně kontrola provedená stejným orgánem posoudila zcela rozdílně a naopak konstatovala porušení zákona (srov. bod II., poslední odstavec a bod III. žaloby).

Žalobce navrhl, aby soud žalované rozhodnutí zrušil.

Žalovaný ve vyjádření k žalobě uvedl argumentaci z žalovaného rozhodnutí a setrval na svých závěrech v něm uvedených. Navrhl, aby žaloba byla zamítnuta.

Žalovaný ještě podal repliku k vyjádření žalobce, v níž polemizoval s názory žalovaného.

Krajský soud přezkoumal v řízení vedeném podle ust. § 65 a násl. zák. č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, v platném znění (dále jen „s.ř.s.“), žalované rozhodnutí v mezích žalobních bodů, přičemž dospěl k následujícím skutkovým a právním závěrům:

Ze správního spisu vyplývá a mezi účastníky není sporné, že žalobci byl uložen zmíněným platebním výměrem odvod za porušení rozpočtové kázně na základě zprávy o auditu (kontrolní nález ze dne 28.8.2014), který se týkal porušení rozpočtové kázně z důvodu údajného pochybení žalobce při zadání veřejné zakázky na stavební práce, přičemž dotace byla poskytnuta na základě smlouvy o poskytnutí dotace ze dne 5.8.2009, uzavřené mezi poskytovatelem dotace a žalobcem na akci s názvem „Modernizace silnice II/357 Vysoké Mýto – Choceň“ (dále v textu i jen jako „Modernizace silnice“). Správce daně a žalovaný spatřovali pochybení žalobce mající za následek porušení rozpočtové kázně (§ 22 zákona o rozpočtových pravidlech) v postupu žalobce, který v rámci veřejné zakázky na stavební práce, jakožto zadavatel oznámení o zakázce, nastavil k prokázání technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona o veřejných zakázkách pro potencionální uchazeče mj. tento požadavek:

„Uchazeč musí disponovat nebo mít smluvně zajištěnou obalovnu živičných směsí, vybavenou min. pětikomorovým horkým tříděním o min. výkonu 100 t/hod. a uchazeč musí zejména prokázat, že disponuje takovým zařízením, aby doba skladování a dopravy asfaltové směsi na místo pokládky nepřesáhla 1,5 hod. nebo takovým zařízením, které zaručí udržení vlastností asfaltové směsi dle TKP i po delší dobu.“

Tento požadavek považovaly správní orgány, resp. vyhodnotily jej, jako projev „skryté formy diskriminace, tedy jako porušení § 6 zák. č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách“. Toto pochybení pak bylo kvalifikováno jako neoprávněné použití poskytnutých finančních prostředků ve smyslu ust. § 22 odst. 2 zákona o rozpočtových pravidlech a žalobci byla uložena k odvodu celá částka dotace, přičemž na základě odvolání žalobce byla tato částka žalovaným rozhodnutím snížena z 139 687 534 Kč na 6 984 377 Kč. Při vyhodnocení zmíněného požadavku jako projevu skryté formy diskriminace, tedy následné kvalifikace tohoto pochybení jako neoprávněného použití poskytnutých finančních prostředků, vycházely oba správní orgány zejména z již výše citovaných rozsudků NSS, tedy ze dne 27.6.2013, č.j. 1Afs 20/2013-47 (dále jen „č.j. 1Afs 20/2013-47“), dále z rozsudku NSS ze dne 20.12.2012, č.j. 1Afs 66/2012-64 (dále jen „č.j. 1Afs 66/2012-64“) a z rozsudku NSS ze dne 28.3.2013, č.j. 1Afs 69/2012-55 (dále jen „č.j. 1Afs 69/2012-55“). K tomu je třeba již na tomto místě uvést, že tyto rozsudky se týkaly případů, kdy rovněž byl hodnocen požadavek zadavatele v podobě stanovení technických kvalifikačních kritérií, přičemž v těchto rozhodnutích byla rozebrána problematika nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních v souvislosti s nastavením kvalifikačních předpokladů zadavateli veřejných zakázek. V dané věci je tedy stěžejní, zda tato judikatura byla v dané věci aplikována správně, přičemž se jedná zejména o zodpovězení základní sporné otázky mezi účastníky tohoto soudního řízení, tj. zda v dané věci, vzhledem k jejím konkrétním skutkovým okolnostem, mělo či nemělo stanovení výše zmíněného technického kvalifikačního požadavku na obalovnu živičných směsí pro realizaci veřejné zakázky „Modernizace silnice“ diskriminační charakter ve smyslu ust. § 6 zákona o veřejných zakázkách, a zda tedy došlo či nedošlo k neoprávněnému použití prostředků poskytnutých z rozpočtu zmíněného poskytovatele dotace v případě předmetné smlouvy o poskytnutí dotace na financování uvedeného projektu ve smyslu zákona o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, zda tedy došlo či nedošlo v daném případě k porušení rozpočtové kázně.

Ještě před zodpovězením této základní otázky se soud bude zabývat námitkou porušení principu legitimního očekávání a námitky týkající se zákonnosti postupu týkajícího se přijetí závěru o porušení rozpočtové kázně. Zároveň je nesporné, že žalované rozhodnutí

vychází z rozsudků NSS, které se týkají dané problematiky, přičemž tyto v době stanovení zmíněného technického kvalifikačního požadavku v rámci zadávacích podmínek neexistovaly, což nepopírá ani žalovaný ve svém vyjádření k žalobě. V případě výkladů zásady legitimního očekávání ve vztahu k danému případu je aktuální judikatura Soudního dvora, která se týká zpětného vymáhání finančních prostředků čerpaných z rozpočtu EU (srov. i rozsudek NSS ze dne 19.9.2012, č.j. 1Afs 59/2012-34). Z judikatury Soudního dvora vyplývá, že za dodržení všech podmínek dotací jsou výlučně odpovědní příjemci podpor a skutečnost, že poskytovatel finančních prostředků opomněl upozornit na nesrovnalosti při provádění dané akce, nevylučuje ani neomezuje takovou odpovědnost. Opačný výklad by vedl ke stavu, kdy by byl příjemce dotace zbaven veškeré odpovědnosti za nesrovnalosti, které nebyly oznámeny poskytovatelem. Předpokladem práva dovolávat se legitimního očekávání je v takovém případě poskytnutí konkrétních ujištění ze strany příslušného orgánu, která mohou budít legitimní očekávání u toho, komu jsou určena, a dále skutečnost, že tato ujištění jsou v souladu s použitelnými právními předpisy (Rozsudek Soudního dvora ze dne 25.3.2010, *Sviluppo Italia Basilicata*, C – 414/08), přičemž zásady legitimního očekávání se tak nemůže dovolávat příjemce, který se dopustil zjevného porušení platné právní úpravy (srov. rozsudek Soudního dvora ze dne 13.3.2008, spojené věci C – 383/06 – C – 385/06).

K porušení zásady legitimního očekávání nedochází ani v případě, v němž příslušný vnitrostátní orgán nemohl v okamžiku, kdy rozhodl o poskytnutí pomoci, nevědět, že příjemce nedodržel pravidla pro zadávání veřejných zakázek, neboť vybral poskytovatele pověřeného uskutečněním operace financované z této pomoci ještě předtím, než mu byla pomoc poskytnuta (srov. rozsudek Soudního dvora ze dne 21.12.2011, C – 465/10). Závěr o porušení rozpočtové kázně (soud předesílá, že však podle jeho názoru správný nebyl) tak mohly učinit správní orgány i ex post. V případě aplikace zmíněné judikatury je třeba připomenout závěry uvedené v nálezu Ústavního soudu ze dne 12.12.2013, sp.zn. III. ÚS 3221/11, podle něhož *„soudní nalézání práva oproti tomu nelze (zpravidla) považovat za tvorbu právních předpisů, ale jen za jejich výklad a zpřesňování, s účinky inter partes, především pak toto z povahy věci působí retroaktivně, neboť soud posuzuje (zpravidla) jednání, k němuž došlo v minulosti“*. Uvedený závěr lze nepochybně aplikovat i na postup správních orgánů při aplikaci zmíněné judikatury. Argumentace žalobce zahrnující námitku porušení principu legitimního očekávání tak nebyla správná. Aplikovaná judikatura se týkala problematiky důsledků porušení rozpočtové kázně, zjištěného ex post v důsledku nedodržení, resp. porušení právních předpisů, proto žalobce jako příjemce dotace se nemohl zbavit své odpovědnosti za porušení právních předpisů (v daném případě pravidel rozpočtové kázně stanovené platnou právní úpravou) tvrzením o porušení principu legitimního očekávání, když nemohl v době kontroly správnosti zadávacího řízení v době poskytování dotace spoléhat na to, že pokud v té době nebude porušení právních předpisů zjištěno, tak že může legitimně očekávat, že k takovému zjištění nemůže dojít ex post, tedy v rámci zmíněného auditu. Zásada legitimního očekávání nemůže logicky, bez dalšího, zahrnovat jakoukoliv zákonnou garanci zákonnosti nabytých práv, bez ohledu na pozdější, nové zjištění o porušení právních předpisů, přičemž zachování právní jistoty nabyvatele práv a dodržení principu legitimního očekávání nemůže principiálně kalkulovat dopředu s porušením právních předpisů ze strany tohoto subjektu. K porušení principu legitimního očekávání či k nezákonnému postupu ze strany správních orgánů, v daném případě ve vztahu k dodatečnému zjišťování odpovědnosti žalobce za porušení rozpočtové kázně ex post, nedošlo, přičemž správní orgány mohly aplikovat zmíněnou judikaturu na daný případ, otázkou však bylo, zda tak učinily v dané věci správně.

Z uvedené judikatury bylo možné nepochybně aplikovat obecné závěry týkající se pojmu „diskriminace“ podle § 6 zákona o veřejných zakázkách. Tento pojem v první řadě implikuje „rozdílný, jiný přístup k jednotlivci, než k celku“, tedy odlišné zacházení s jednotlivcem ve srovnání s ostatními členy srovnávané skupiny, jak to vyplývá i již ze samotného pojmu „diskriminace“ (srov. Raus, D., Rozhodování českých soudů ve věcech OHS a veřejných zakázek, Právní rozhledy č. 9/2006, strana 12-16, rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 28.3.2006, sp.zn. 31Ca 118/2005). Smysl a cíl zákazu diskriminace zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právem zakázaným důsledkům (srov. rozsudek NSS ze dne 5.6.2008, č.j. 1Afs 20/2008-152). Samotná podstata zákazu tzv. skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci, přičemž klíčovým problémem skryté diskriminace je „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato „zjevná nepřiměřenost“ není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno ji vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. Nelze „předem a obecně stanovit s matematickou přesností, kdy je naplněna podmínka „zjevné nepřiměřenosti“ kvalifikačních předpokladů“ ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Samotný pojem „zjevné nepřiměřenosti“ se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat (srov. rozsudek NSS ze dne 10.11.2005, č.j. 1Afs 107/2004-48). Při aplikaci kritéria „zjevné nepřiměřenosti“ je třeba poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky (srov. rozsudek NSS ze dne 5.6.2008, č.j. 1Afs 20/2008-152). Konkrétními případy, které si vzaly oba správní orgány v podstatě „za vzor“ pro své rozhodnutí, se pak zabývaly rozsudky NSS ze dne 27.6.2013, č.j. 1Afs 20/2013-47 a č.j. 1Afs 66/2012-64 ze dne 20.12.2012). Právě tyto rozsudky vycházejí z výše zmíněných obecných závěrů, které v podstatě stanovily „mantinely“ úvah týkajících se zmíněné problematiky diskriminace v souvislosti se stanovením kvalifikačních předpokladů při zadávání veřejných zakázek a dospěly ve vztahu ke konkrétním případům k závěru o tom, že se jednalo o skrytou formu nepřipustné diskriminace. V případě řešeném rozsudkem NSS č.j. 1Afs 20/2013-47 se jednalo sice obdobně jako v projednávané věci o stanovení požadavku spočívajícího v předložení dokladů o vlastnictví obalovny nebo smlouvy o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí, avšak v této věci, jak konstatoval NSS, „nebylo bez významu, že dodávka obalované směsi tvořila relativně malou část hodnoty zakázky (předmětem veřejné zakázky byla rekonstrukce dvou mostů a nahrazení dvou stávajících mostních objektů novými, včetně souvisejících prací a činností), přičemž je třeba zdůraznit, že na rozdíl od projednávané věci, kdy předmětem zakázky byla modernizace silnice, tak v případě řešeném NSS byla předmětem zakázky rekonstrukce mostů. K obdobným závěrům ohledně nepřiměřenosti zmíněného technického kvalifikačního předpokladu a závěru o existenci skryté diskriminace dospěl NSS v rozsudku sp.zn. 1Afs 66/2012, přičemž předmětem veřejné zakázky byla od daného případu odlišná „Rekonstrukce čtyř mostních objektů“, přičemž „Dodávka obalované asfaltové směsi tvořila pouze 3% hodnoty zakázky a požadované množství směsi byla průměrná obalovna schopna vyrobit cca za 1 hodinu.“ V takovém případě „Přiměřenost požadavku na vlastnictví obalovny nebo její smluvní zajištění v době zadávacího řízení je v takovém případě dosti pochybná, neboť jde o požadavek ve vztahu k poměrně malé dodávce materiálu v rámci velké zakázky. Takový požadavek by proto musel být odůvodněn objektivními okolnostmi veřejné zakázky.“ (srov. rozsudek NSS ze dne 20.12.2012, č.j. 1Afs 66/2012-64). Správní orgány však nevzaly v úvahu, že v dané věci je předmět zakázky diametrálně odlišný od zmíněných případů, kdy

například ve srovnání s případem řešeným rozsudkem NSS č.j. 1Afs 66/2012-64 tvoří dodávka obalované směsi cca 10x vyšší podíl (z předpokládané hodnoty zakázky ve výši bezmála 158,5 milionů Kč představovala hodnota obalované směsi 42,5 milionů Kč), což ostatně lze vyvodit i z odlišného předmětu zakázky, když logicky již označení zakázky („Modernizace silnice“) zahrnuje nepochybně nepoměrně vyšší podíl dodávky obalované asfaltové směsi než v případě rekonstrukce mostních objektů. Tím spíše proto bylo třeba přihlédnout ke zmíněným odlišnostem týkajících se předmětů veřejných zakázek posuzovaných v projednávané věci a ve zmíněné judikatuře a bylo třeba přistoupit k výkladu skryté diskriminace z důvodu zjevné nepřiměřenosti zmíněných kvalifikačních předpokladů „se zřetelem na individuální kauzu“ (srov. rozsudek NSS ze dne 5.6.2008, č.j. 1Afs 20/2008-152) a bylo třeba tak zohlednit nejen zmíněné odlišnosti, ale také přihlédnout k důvodům, proč právě v projednávané věci žalobce stanovil zmíněný technický kvalifikační požadavek na obalovnu živičných směsí. Tento důvod nebyl podle názoru krajského soudu v daném případě excesivní a stanovení zmíněného požadavku nebylo zjevně nepřiměřené právě vzhledem jednak k předmětu veřejné zakázky a dále i k rozsahu, resp. podílu dodávky obalovaných asfaltových směsí na celkové hodnotě zakázky. Krajský soud nepovažuje za nesprávný závěr žalobce, že důvodem pro stanovení zmíněného technického požadavku byla skutečnost, že zadavatel v zadávacích podmínkách zohlednil specifika dané stavby, když „s ohledem na zásadní význam dodávek balené směsi pro realizaci veřejné zakázky a předpokládaný objem dodávek stanovil požadavek, kterým chtěl eliminovat situaci, kdy vybraný uchazeč nebude schopen předmět realizovat v požadované kvalitě, resp. v souladu s relevantními technickými normami“. A právě v dané věci, vzhledem k tomuto důvodu, který musí přece zohlednit skutečnost, že na rozdíl od zmíněné judikatury je podíl dodávky obalované směsi téměř 10x větší a že tomu odpovídá i rozdíl v samotném předmětu veřejné zakázky, tak tím spíše nabývá na významu potřeba dodržení technických kvalitativních podmínek, podle nichž doprava asfaltové balené směsi nesmí překročit při teplotě vzduchu 15°C a nižší 1 hodinu, v ostatních případech 1,5 hodiny, při použití homogenizátoru lze tyto doby prodloužit na 2 hodiny, že doba skladování v silech smí být maximálně 2 hodiny, přičemž ale celková doba od výroby do pokládky nesmí překročit 3,5 hodiny. Pokud správní orgány byly názoru, že dodržení těchto technických podmínek by bylo zajištěno z hlediska kvality a rozsahu dodávek obalované směsi i jinými dodavateli, kteří by nedisponovali obalovnou živičných směsí či ji neměli smluvně zajištěnou atd., jak stanovil tento technický kvalifikační požadavek, tak měli konkrétně uvést, případně označit tyto konkrétní dodavatele a uvést bližší okolnosti, že by právě tito jiní dodavatelé byli schopni i bez stanovení tohoto technického kvalifikačního požadavku včas, v požadované kvalitě a zejména v souladu s uvedenými technickými podmínkami v souladu s požadavky na dodržení kvality dodávky obalované asfaltové směsi v potřebném rozsahu zajistit.

To však správní orgány neučinily a vycházely jen z uvedené judikatury, aniž zohlednily zmíněné konkrétní okolnosti projednávané věci, přičemž nesprávně dospěly k závěru, že v souvislosti se stanovením zmíněného požadavku se jednalo o zjevnou nepřiměřenost, když závěr o schopnosti zajistit dodávku obalované směsi v daném rozsahu by byli schopni zajistit i jiní dodavatelé, kteří by nesplnili zmíněný technický kvalifikační požadavek, a to jen z důvodu, že „tato surovina byla velmi dobře dostupná, neboť v přijatelné vzdálenosti od místa realizace stavby bylo k dispozici 11 obaloven“ (srov. strana 5 žalovaného rozhodnutí). Nesprávný je i názor žalovaného, že „Z rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č.j. 69/2012 ze dne 28.3.2013 (jedná se o rozsudek 1Afs 69/2012-55, nikoliv 69/2012 – pozn. krajského soudu) lze dovodit dvě zásadní kritéria pro posouzení, zda požadavek zadavatele na prokázání technických kvalifikačních předpokladů pro zajištění dostupnosti obalované směsi

má či nemá diskriminační charakter. Jednak je vždy nutné vzít v úvahu, jaký podíl tvoří tato surovina na celkovém objemu zakázky, avšak současně třeba posoudit, zda se skutečně jedná o surovinu nesnadno dostupnou nebo vzácnou.“

Naproti tomu v citovaném rozsudku NSS je uvedeno, že *„Požadavek na doložení dokladů o vlastnictví obalovny nebo smlouvy o smlouvě budoucí na dodávku obalovaných směsí by tak mohl být odůvodněn jen na základě objektivních okolností veřejné zakázky, resp. legitimními ekonomickými zájmy zadavatele (např. velmi obtížnou opatřitelností materiálu nebo jeho dominantní rolí v rámci dané zakázky).“* Zároveň NSS v tomto rozsudku uvedl, že *„V nyní posuzované věci se však jednalo o zcela běžný stavební materiál, který je dostupný u velkého množství dodavatelů nacházejících se přímo v dané oblasti. Navíc z nerozporovaného vyjádření žalobce vyplývá, že v případě tohoto materiálu jednalo se o zanedbatelný objem v poměru k objemu celkovému. Nebyl tak dán žádný objektivní důvod na odlišný přístup právě v případě obalovaných směsí a tento požadavek byl tedy nepřiměřený.“* (srov. rozsudek NSS ze dne 28.3.2013, č.j. 1Afs 69/2012-55, bod 33).

Z uvedeného závěru nevyplývá to, k čemu dospěl žalovaný, že totiž lze dovodit dvě zásadní zmíněná kritéria, která v podstatě musí být splněna současně. Z citované části zmíněného rozsudku NSS vyplývá, že zmíněný požadavek na doložení dokladů o vlastnictví obalovny nebo smlouvy o smlouvě budoucí na dodávku obalovaných směsí může být odůvodněn na základě objektivních okolností veřejné zakázky (těmi lze nepochybně rozumět i nezanedbatelný objem dodávky zmíněného materiálu v poměru k objemu celkovému a potřeba dodržet právě z tohoto důvodu zmíněné technické podmínky, jak tomu bylo v projednávané věci, takové konkrétní okolnosti jako v projednávané věci nebyly předmětem posouzení ve zmíněném rozsudku), „respektive“ může být tento požadavek odůvodněn ekonomickými zájmy dodavatele (např. velmi obtížnou opatřitelností materiálu nebo jeho dominantní rolí v rámci dané zakázky), tedy když by nebyly dány zmíněné objektivní okolnosti veřejné zakázky, tak je možné i přihlídnout k dalším okolnostem, například k obtížné opatřitelnosti materiálu nebo jeho dominantní roli v rámci dané zakázky. Vzhledem k rozdílným okolnostem uvedených případů je třeba nahlížet i na „dosavadní rozhodovací praxi“ ÚOHS, Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, která nemusí být právě z důvodů potřeby zohlednění odlišností jednotlivých případů ve srovnání se zmíněnou judikaturou NSS již aktuální, naopak žalobcem zmíněné rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19.12.2014 není v rozporu s touto judikaturou, když naopak v případě jím řešeném, tj. kdy podíl dodávky asfaltových směsí činil 22,83%, což představovalo 2 254 772 Kč z celkové ceny veřejné zakázky, bylo hodnoceno v tomto rozhodnutí tak, že zmíněný požadavek na dispozici obalovnou asfaltových směsí byl stanoven s ohledem na předmět veřejné zakázky, což lze jistě považovat za onu objektivní okolnost veřejné zakázky ve smyslu závěru uvedeného v odstavci 33 rozsudku NSS, č.j. 1Afs 69/2012-55, kterou může být odůvodněn požadavek na doložení dokladů o vlastnictví obalovny nebo smlouvy o smlouvě budoucí na dodávku obalovaných směsí.

Další tvrzení žalovaného, že v dosahu stavby bylo dostatečné množství obaloven, se kterými bylo možné uzavřít smlouvu o spolupráci, je obecného charakteru a neuvádí konkrétní údaje, jak by tyto subjekty byly schopny i bez stanovení zmíněného požadavku bez rizika pro zadavatele ve vztahu k zajištění množství a kvality dodávky obalovaných směsí zajistit zmíněné technické podmínky. Tento závěr žalovaného považuje krajský soud za pouhou spekulativní úvahu.

Lze se tak v dané věci ztotožnit se názorem žalobce o tom, že „ze strany žalobce se jednalo zcela nepochybně o požadavek v souladu s jeho oprávněnými zájmy a potřebami, a to s ohledem na potřebu ověřit schopnost dodavatele zajistit si obalovanou směs v dostatečné kvalitě“, a to právě s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem dané věci.

Protože žaloba byla důvodná, soud zrušil napadené rozhodnutí pro nezákonnost a současně vyslovil, že se věc vrací žalovanému k dalšímu řízení (§ 78 odst. 1 a 4 s.ř.s.).

Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o ustanovení § 60 odst. 1 s.ř.s., když úspěšnému žalobci vzniklo právo na náhradu nákladů řízení vůči žalovanému, ty zahrnují jen zaplacený soudní poplatek ve výši 3.000 Kč.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Soudní poplatek za kasační stížnost vybírá Nejvyšší správní soud. Variabilní symbol pro zaplacení soudního poplatku na účet Nejvyššího správního soudu lze získat na jeho internetových stránkách: www.nssoud.cz.

V Pardubicích dne 7. června 2017

JUDr. Jan Dvořák v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Mgr. Lucie Marešová