



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Milana Podhrázkého a soudců Petra Mikeše a Jitky Zavřelové v právní věci žalobce: **Moravskoslezský kraj**, se sídlem 28. října 2771/117, Ostrava, proti žalovanému: **Ministerstvo financí**, se sídlem Letenská 15, Praha 1, proti rozhodnutí žalovaného ze dne 11. 8. 2017, čj. MF-66200/2014/1203-6, o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Ostravě ze dne 5. 6. 2019, čj. 22 Af 131/2017-77,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žalobce **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **s e** náhrada nákladů řízení **n e p ř i z n á v á .**

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Žalobce uzavřel dne 14. 6. 2010 s Regionální radou regionu soudržnosti Moravskoslezsko (dále „regionální rada“) Smlouvu o poskytnutí *ex post* dotace z rozpočtu regionální rady, která byla následně doplněna dodatkem č. 1 ze dne 15. 2. 2012. Dotace se týkala projektu „Silnice 2009-obchvat Opava“, jenž spočíval ve vybudování jižního obchvatu Opavy, pro nějž žalobce vypsál nadlimitní veřejnou zakázku. Auditní orgán žalovaného vyhotovil v návaznosti na auditní šetření u žalobce zprávu ze dne 7. 1. 2014, v níž konstatoval závažná pochybení spočívající v porušení zásady zákazu diskriminace plynoucí z § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, a to v souvislosti se stanovením technických kvalifikačních požadavků zakázky. Konkrétně se jednalo o požadavky, aby uchazeči o veřejnou zakázku v souvislosti s projektem disponovali dvěma

obalovnami živičných směsí, jejichž součet výkonu bude minimálně 350 t/h, a dále nejméně dvěma výrobnami betonových směsí ve vzdálenosti do 40 km od místa plnění veřejné zakázky. Těmito kvalifikačními požadavky porušil žalobce jak smlouvu o poskytnutí dotace a metodické pokyny pro zadávání veřejných zakázek, tak § 56 odst. 1 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, čímž se dopustil (skryté) diskriminace při zadávání této veřejné zakázky. Takto vymezené technické kvalifikační požadavky totiž byly nepřiměřené s ohledem na předmět zakázky.

[2] V návaznosti na tato zjištění uložil Úřad regionální rady rozhodnutím ze dne 17. 7. 2014, čj. RRRSM 11219/2014, žalobci odvod za porušení rozpočtové kázně ve výši 32 927 638 Kč. Odvod byl stanoven ve výši 25 % z částky, která byla žalobci poskytnuta v souvislosti s uvedenou zakázkou. Žalovaný shora uvedeným rozhodnutím prvostupňové rozhodnutí změnil tak, že částku uloženého odvodu zvýšil na 32 971 399 Kč, přičemž tato částka odpovídala 25 % dotace neoprávněně proplacené z odhadnuté hodnoty nenahlášených změn v projektu, k němuž byla dotace poskytnuta.

[3] Rozhodnutí žalovaného napadl žalobce žalobou u Krajského soudu v Ostravě. Namítal, že žalovaný se nedostatečně vypořádal s námitkou podjatosti Ing. M. M. Ph.D., který působí jak na pozici náměstka ministra financí, do jehož gesce spadal i auditní orgán, tak v odboru žalovaného, jehož jménem napadené rozhodnutí podepsal. Dále nesouhlasil s právními závěry správních orgánů co do nepřiměřenosti stanovených kvalifikačních předpokladů vypsané veřejné zakázky, a to i proto, že taková nepřiměřenost vyplynula zejména z pozdější judikatury (konkrétně rozsudku NSS ze dne 28. 3. 2013, čj. 1 Afs 69/2012-55, vydaného po uskutečnění výše specifikovaného projektu). Nejednalo se tedy o diskriminační postup, avšak o postup, který vycházel i z obecné praxe a rozhodování Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Žalobce měl tedy legitimní očekávání, že se nejedná o excesivní požadavek, a tedy že jde o zákonný postup. Nepřiměřenost kvalifikačních předpokladů je dána pouze tehdy, kdy pro ně zadavatel nemá legitimní ekonomickou úvahu a kdy jsou vskutku excesivní a vybočující z oprávněných potřeb konkrétní zakázky. Žalobce však byl při stanovení sporné podmínky veden snahou o zajištění kvality realizovaného díla při zajištění maximální přístupnosti zadávacího řízení, přičemž považoval asfaltovou vrstvu na stavbě komunikace za nejdůležitější. Na její kvalitě totiž nejvíce záleží budoucí užívání díla. Důležitost části předmětu veřejné zakázky tedy nelze dovozovat pouze matematicky podle procent z celkového rozpočtu, je vždy na rozhodnutí zadavatele, na jakou vlastnost poptávaného předmětu plnění bude klást důraz, pokud bude zachován princip nediskriminace. Těmito požadavkům žalobce dostál.

[4] Krajský soud v záhlaví označeným rozsudkem žalobu zamítl. Ztotožnil se sice s námitkou, že žalobce měl určitá legitimní očekávání co do existující praxe v době zadání zakázky a realizace projektu. Nicméně zároveň soud zjistil, že rozhodnutí žalovaného (a jemu přecházející rozhodnutí Úřadu regionální rady) se nezakládalo pouze na právních závěrech podpořených až pozdější judikaturou správních soudů a odkaz na ni byl pouze podpůrným důvodem napadeného rozhodnutí. Z auditní zprávy a rozhodnutí žalovaného totiž vyplynulo, že kvalifikační požadavek žalobce na výkon obaloven je nadhodnocený, neboť namísto požadovaných 350 t/h by pro realizaci projektu měla postačovat obalovna o výkonu cca 160 t/h. Požadavek žalobce je téměř trojnásobně nadhodnocený i ve srovnání s tím, co plyne z doporučení Ministerstva dopravy jako požadovaný výkon obalovny

pokračování

vyrábějící asfaltovou směs pro dálnice a rychlostní silnice (120 t/h). Ve vztahu k námitkám žalobce ohledně jeho ekonomické úvahy při stanovení kvalifikačního předpokladu a problematiky skryté diskriminace krajský soud ve zbytku plně odkázal na závěry plynoucí z výše citovaného rozsudku NSS čj. 1 Afs 69/2012-55, neboť v projednávané věci neshledal existenci objektivních okolností odůvodňující stanovení výše uvedených technických kvalifikačních předpokladů. Krajský soud se neztotožnil ani s námitkou týkající se podjatosti úřední osoby, neboť se s touto argumentací již dostatečně vypořádal žalovaný a uvedená osoba se na daném řízení fakticky nijak nepodílela v různých stupních, ani u ní nebyl shledán poměr k žalobci anebo k předmětu řízení.

II. Obsah kasační stížnosti

[5] Proti rozsudku krajského soudu podal žalobce (dále „stěžovatel“) kasační stížnost z důvodu nesprávného posouzení právní otázky krajským soudem. Stěžovatel v kasační stížnosti setrval na tom, že Ing. M. M., Ph.D., byl podjatou úřední osobou, neboť ve věci existují důvodné pochybnosti, že nerozhodoval nestranně a mohl mít osobní zájem na potvrzení závěrů zprávy auditního orgánu. Pozice náměstka ministra financí je politickou funkcí, nelze vyloučit, že uvedená osoba mohla z této pozice (*do závěrů auditního orgánu, pozn. NSS*) zasáhnout. Daňový řád nevyžaduje pro založení podjatosti úřední osoby jistotu ani přiměřenou pravděpodobnost existence nežádoucího vztahu, postačí, jestliže lze o nepodjatosti pochybovat.

[6] Závěr krajského soudu o nadhodnocení kvalifikačního požadavku v době zadávání veřejné zakázky považuje stěžovatel za spekulativní, neboť se opírá pouze o doporučující dokument Ministerstva dopravy, nikoliv obecně závazný předpis. Tento dokument Ministerstva dopravy – Odboru infrastruktury s názvem „*Technické kvalitativní podmínky staveb pozemních komunikací*“, kapitola 7 „*Hutněné asfaltové vrstvy*“, bod 7.3.2.1. „*Obalovna asfaltových směsí*“, je třeba považovat za pouhou pracovní pomůcku. Požadavek stěžovatele byl však plně odůvodněn druhem, rozsahem a složitostí předmětu plnění veřejné zakázky (realizací projektu), což dokládá i skutečnost, že k této zakázce bylo přijato pět nabídek (resp. čtyři po vyřazení jedné z nich). Pokládka asfaltových vrstev je vysoce odbornou činností zhotovitele staveb, která vyžaduje speciální vybavení a odborné zkoušky asfaltové směsi. Stěžovatel dospěl před vypsáním veřejné zakázky k závěru, že právě asfaltová vrstva má při realizaci projektu (díla) nejvýznamnější charakter, přičemž podmínky zadávací dokumentace soustředil především na tuto část projektu. Proto se nepochybně jednalo o požadavek v souladu s jeho oprávněnými zájmy a potřebami. Tento požadavek byl zároveň technicky opodstatněný, proto stěžovatel postupoval v souladu s tehdejší ustálenou praxí a s legitimním očekáváním a důvěrou v ní. Žalovaný nepředložil odborný argument o nepřiměřenosti výše uvedeného kvalifikačního požadavku, živичné vrstvy však významně ovlivňují kvalitu a životnost celého díla (projektu).

[7] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti zdůraznil, že stěžovatel z velké míry nerozporuje přímo závěry krajského soudu, který se s přednesenými námitkami již vypořádal. Ve vztahu k námitce podjatosti úřední osoby neuvedl stěžovatel žádné konkrétní argumenty, tato osoba do činnosti auditního orgánu žalovaného z funkce

náměstka ministra nijak nezasahuje. Stěžovatel dále redukuje rozhodné závěry žalovaného na pouhý nesouhlas s požadovaným minimálním celkovým výkonem obaloven 350 t/h, zcela však opomíjí, že žalovaný považoval za diskriminační i samotný požadavek dvou obaloven a zároveň dvou výroben betonových směsí. Podíl obalované směsi na hodnotě zakázky nicméně činil pouze 10,7 % předpokládané ceny zakázky a objem dodávek betonových směsí činil cca 10,8 % předpokládané ceny. Z již citovaného rozsudku NSS čj. 1 Afs 69/2012-55 vyplývá, že požadavek na vlastnictví obalovny (či uzavření smlouvy s takovým vlastníkem či provozovatelem) lze akceptovat pouze tehdy, pokud je odůvodněn legitimními ekonomickými zájmy zadavatele, např. velmi obtížnou možností opatření materiálu nebo jeho dominantní rolí v rámci dané zakázky. Avšak ani jeden z těchto předpokladů nebyl v případě stěžovatele splněn. Proto byly technické kvalifikační požadavky nastaveny výrazně přísněji, než odpovídalo povaze a rozsahu této konkrétní veřejné zakázky.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[8] Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek v mezích rozsahu kasační stížnosti a v ní uplatněných důvodů (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[9] Kasační stížnost není důvodná.

[10] Nejvyšší správní soud zkraje předeseílá, že téměř totožnou věcí téhož stěžovatele se již zabýval v rozsudku ze dne 13. 4. 2021, čj. 6 Afs 143/2019-29. V daném rozsudku se věnoval obdobným vytýkaným pochybením stěžovatele ve vztahu k jinému projektu realizovanému rovněž v roce 2010. Jelikož se závěry krajského soudu v obou věcech i argumentace stěžovatele uplatněná v kasačních stížnostech se ve své podstatě nikterak neliší, kasační soud neshledal v nyní projednávané věci důvod se od svých dřívějších závěrů odchýlit.

[11] Pokud jde o námitku podjatosti úřední osoby (Ing. M. M., Ph.D.), zdejší soud již ve zmíněném rozsudku čj. 6 Afs 143/2019-29 připomněl, že danou námitkou se podrobně zabýval již krajský soud a v rozhodnutí o odvolání i žalovaný, přičemž stěžovatel v kasační stížnosti neuvádí nic, co by jejich vypořádání nyní vyvracelo. Krajský soud podrobně popsal, proč nejsou u výše jmenované úřední osoby naplněny předpoklady pro její podjatost z pouhého zdání souběhu funkcí souvisejících s činností auditního orgánu (jehož zpráva vedla Úřad regionální rady k vydání rozhodnutí o uložení odvodu v prvním stupni) a žalovaného. Dospěl k závěru, že se daná osoba nijak nepodílela na vypracování nebo schvalování či podpisu auditní zpráv. Lze dodat, že nyní vznesené námitky stěžovatele jsou ryze spekulativní, nepodložené a samy o sobě pochybnost o nepodjatosti této osoby nezavdávají. Ve vztahu k podjatosti dané osoby pak zdejší soud v citovaném rozsudku čj. 6 Afs 143/2019-29 (body 12 až 17) výslovně uzavřel, že aby byly pochybnosti o nepodjatosti dány, musí existovat okolnosti, které pochybnosti u dané osoby skutečně vzbuzují, tedy okolnosti konkrétní a reálné, které by mohly vést k tomu, že rozhodování ve věci nebude vedeno striktně zákonnými hledisky, nikoliv pouze okolnosti hypotetické. Takové okolnosti však stěžovatel nepředestřel a ve správním řízení ani v řízení před soudy najevo nevyšly. Pokud stěžovatel apeloval na nezávislost rozhodování správních orgánů, tu pak nelze ztotožňovat s nestranností. Daná kasační námitka proto není důvodná.

pokračování

[12] Další, stěžejní okruh kasačních námitek se týkal závěru, že stěžovatel jako zadavatel porušil zákaz (skryté) diskriminace zakotvený v § 6 zákona o veřejných zakázkách tím, že pro uchazeče stanovil nepřiměřené technické kvalifikační požadavky. Podle stěžovatele byly tyto požadavky oprávněné a založené na jeho legitimní důvěře v jejich opodstatněnost.

[13] I v této věci je třeba připomenout, že ze zákona o veřejných zakázkách vyplývá, že je na uvážení zadavatele, jaké podmínky účasti na veřejné zakázce nastaví; zadavatel je pak za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovědný (§ 44 odst. 1). Požadavky k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů musí být přípustné (§ 56 odst. 3), stanovení minimální úrovně předpokladů musí odpovídat druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky [§ 56 odst. 7 písm. c)] a ve svém rozsahu musí s tímto předmětem souviset (§ 50 odst. 3). Při postupu podle zákona o veřejných zakázkách, tj. i při stanovení zadávacích podmínek, je zadavatel zároveň povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace (§ 6). Užití uvedených zásad má vést k naplnění cíle práva veřejných zakázek, tj. zajištění hospodárnosti, efektivity a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Tohoto cíle bude dosaženo především tím, že smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, budou zadavatelé uzavírat při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (viz rozsudky NSS ze dne 15. 10. 2010, čj. 1 Afs 45/2010-159, č. 2189/2011 Sb. NSS, zde podrobněji ve vztahu k zásadě transparentnosti, či ze dne 5. 6. 2008, čj. 1 Afs 20/2008-152, č. 1771/2009 Sb. NSS, zde podrobněji ve vztahu k zásadě rovnosti a zásadě zákazu diskriminace). V naposled uvedeném rozsudku zdejší soud konstatoval, že „za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových technických kvalifikačních předpokladů, které jsou zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Někteří z dodavatelů totiž mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní. Tím se znemožňuje dosažení cíle zákona o veřejných zakázkách, tedy zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli.“ Zjevnou nepřiměřenost přitom nelze předem a obecně stanovit, je nutno ji vždy vykládat se zřetelem ke konkrétnímu případu.

[14] Ani v nyní projednávané věci nelze odhlédnout od závěrů výše citovaného rozsudku NSS čj. 1 Afs 69/2012-55, na něž krajský soud i účastníci řízení poukázali. Z něj především vyplývá, že požadavek na doložení vlastnictví obalovny (obaloven) anebo smlouvu o jejich užití je nepřiměřený, nejsou-li pro něj dány objektivní důvody, tedy legitimní ekonomické zájmy zadavatele. Obdobně lze hodnotit i nyní posuzovaný případ. Dodávaný materiál (asfaltové směsi), u něhož stěžovatel jako zadavatel veřejné zakázky požadoval zajištění ze zdroje (nadto o určitém stanoveném výkonu), bylo možné snadno opatřit. Stěžovatel nerozporoval tvrzení žalovaného, že se v dané oblasti nacházelo množství dodavatelů tohoto materiálu (podle závěrů auditní zprávy celkem 11 ve vzdálenosti 40 km, ve vzdálenosti 80 km dalších 9), a nezpochybňoval ani skutečnost, že hodnota obalované směsi činila pouze 10,7 % z předpokládané ceny zakázky. Nejednalo se tedy ani o materiál, který měl při realizaci veřejné zakázky dominantní podíl. Jakkoli jistě

nelze zpochybňovat tvrzení stěžovatele, že asfaltová vrstva, resp. její kvalita, je pro budoucí užívání díla (komunikace) důležitá, lze přisvědčit argumentaci, že požadavek na vlastnictví obalovny nebo předchozí smluvní zajištění dodávek obalované směsi z obalovny o určitém výkonu nemůže zajistit požadovanou kvalitu tohoto materiálu (shodně bod 34 výše citovaného rozsudku NSS čj. 1 Afs 69/2012-55).

[15] Stěžovatel považoval za spekulativní závěry, k nimž žalovaný dospěl na základě požadavků vyplývajících z doporučujícího dokumentu ministerstva dopravy. V něm se uvádí, že obalovna asfaltových směsí musí mít takovou hodinovou kapacitu výroby, aby byla umožněna nepřerušovaná, plynulá pokládka, přičemž minimální skutečný výkon obalovny vyrábějící asfaltovou směs pro dálnice a rychlostní silnice musí být 120 tun/hod. Stěžovatel nicméně své pochybnosti o odbornosti tohoto požadavku neopřel o žádnou relevantní argumentaci, pouze tuto odbornost negoval, čímž ovšem odborné závěry vyslovené z pozice autority ústředního orgánu státní správy nezpochybnil. I v nynější věci Nejvyšší správní soud přitom považuje za logický závěr žalovaného, že pokud je pro stavbu dálnic a rychlostních silnic dostatečný výkon obalovny 120 tun/hod a v posuzované věci se jednalo o vybudování jižního obchvatu Opavy, bylo možné považovat požadavek stěžovatele na minimální výkon obalovny 350 t/hod za nadhodnocený. Soud v tomto směru dodává, že podle závěrů auditní zprávy (resp. v ní citovaného specialisty ze stavební firmy) by byla pro realizaci projektu dostačující obalovna s výkonem 160 t/hod, tedy s výkonem vyšším, než uvádí doporučující dokument ministerstva dopravy. Tato skutečnost však nic nemění na nepřiměřenosti kvalifikačního požadavku stěžovatele, tím spíše, pokud se k ní stěžovatel sám nijak nevyjadřuje.

[16] Nejvyšší správní soud proto mohl aprobovat závěry krajského soudu, resp. žalovaného jako souladné s požadavky plynoucími ze zákona o veřejných zakázkách a z judikatury NSS. Skutečnost, že požadované podmínky splnilo celkem pět uchazečů, nemůže být důkazem o tom, že zadávací dokumentace nebyla v uvedeném ohledu diskriminační, a to ve vztahu k dalším potenciálním uchazečům, jimž vytýkané nastavení kvalifikačních předpokladů mohlo zabránit podat přihlášku do výběrového řízení, přestože by jinak mohli být schopni zakázku – případně i za nižší cenu – úspěšně realizovat.

[17] Stěžovatel v žalobě argumentoval nezákonností rozhodnutí žalovaného v důsledku porušení zásady legitimního očekávání v dosavadní správní praxi, tu však krajský soud neshledal důvodnou. V kasační stížnosti stěžovatel pouze zopakoval, že „*postupoval v legitimní oprávněné důvěře v právo potvrzené rozhodovací praxí a judikaturou*“. I touto otázkou se již Nejvyšší správní soud zabýval v již opakovaně uváděném rozsudku čj. 6 Afs 143/2019-29, resp. aktuálně též v rozsudku ze dne 24. 6. 2021, čj. 1 Afs 480/2020-38. V posledním uvedeném rozsudku zdejší soud zrušil rozsudek Krajského soudu v Českých Budějovicích, který dal přednost principu legitimního očekávání založeného správní praxí před aplikací pozdější judikatury správních soudů, která tuto praxi vyvrátila. V nynější věci však především nelze přehlédnout, že stěžovatel v této rovině kasační argumentace pouze uvedl, že daná veřejná zakázka byla vypsána před vydáním rozsudku NSS čj. 1 Afs 69/2012-55. Jelikož je Nejvyšší správní soud vázán rozsahem a důvody kasační stížnosti, nemohl se shodně jako ve věci sp. zn. 6 Afs 143/2019 takto obecně koncipovaným tvrzením stěžovatele zabývat. Ten se v kasační stížnosti nijak nevyjádřil ke způsobu, jakým krajský soud vypořádal žalobní námitky týkající se legitimního očekávání v dosavadní správní praxi, a zejména nijak neoponoval závěrům

pokračování

krajského soudu, že odkaz na pozdější judikaturu správních soudů byl užit pouze podpůrně a že ani v době vypsání veřejné zakázky nebyly v případě stěžovatele dány důvody pro stanovení předmětného kvalifikačního předpokladu, a to mj. i s ohledem na zmiňovaný doporučující dokument ministerstva dopravy. Pro úplnost lze na tomto místě dále odkázat i na citovaný rozsudek NSS čj. 1 Afs 480/2020-38 a v něm uvedené závěry ve vztahu k existenci legitimního očekávání s ohledem na relevantní judikaturu správních soudů (vztahující se k nyní posuzované právní otázce).

IV. Závěr a náklady řízení

[18] Nejvyšší správní soud s ohledem na výše uvedené neshledal žádnou z uplatněných kasačních námitek důvodnou, a proto kasační stížnost podle § 110 odst. 1 *in fine* s. ř. s. zamítl.

[19] O nákladech řízení o kasační stížnosti rozhodl soud v souladu s § 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel nebyl ve věci úspěšný, nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému nevznikly žádné náklady nad rámec jeho běžné úřední činnosti, proto mu soud náhradu nákladů řízení nepřiznal.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně 27. července 2021

Milan Podhrázký
předseda senátu