



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Městský soud v Praze rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Ing. Viery Horčicové a soudců JUDr. Jaromíra Klepše a JUDr. Vladimíra Gabriela Navrátila v právní věci

žalobkyně: Krajská správa a údržba silnic Karlovarského kraje, příspěvková organizace,
IČ 70947023
sídlem Chebská 282, 356 01 Sokolov
zastoupená JUDr. Richardem Šenderou, advokátem,
sídlem Karla Havlíčka Borovského 63, 356 01 Sokolov

proti

žalovanému: Ministerstvo financí
sídlem Letenská 15
118 10 Praha 1

za účasti: Regionální rada regionu soudržnosti Severozápad
Berní 2261/1
400 01 Ústí nad Labem

o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 18. 5. 2018, č. j. MF-25644/2017/1203-26

takto:

- I. Žaloba **s e z a m í t á .**
- II. Žádný z účastníků **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení.
- III. Osoba zúčastněná na řízení **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení.

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

Odůvodnění:

I. Předmět sporu

1. Žalobkyně uzavřela s Regionální radou regionu soudržnosti Severozápad smlouvu o poskytnutí dotace z rozpočtových prostředků Regionální rady regionu soudržnosti Severozápad č. CZ.1.09./3.1.00/64.01004 o poskytnutí dotace z rozpočtových prostředků Regionální rady regionu soudržnosti Severozápad ze dne 2. 6. 2014 na projekt „II/214 Jihovýchodní obchvat Cheb“, reg. č. CZ.1.09./3.1.00/64.01004 (dále také jako „smlouva o poskytnutí dotace“ nebo „dotační smlouva“). Na základě dotační smlouvy měla být žalobkyni vyplacena částka v celkové výši 314.328.120,80 Kč představující 85 % způsobilých výdajů projektu, ovšem byla vyplacena pouze částka ve výši 283.253.402,72 Kč. Osoba zúčastněná na řízení žalobkyni krátila dotaci v celkové výši 31.074.718,08 Kč.
2. Žalobkyně v tomto krácení spatřuje porušení dotační (tj. veřejnoprávní) smlouvy, dne 8. 9. 2017 proto iniciovala u žalovaného sporné řízení. Žalovaný napadeným rozhodnutím ze dne 18. 5. 2018, č. j. MF-25644/2017/1203-26 návrh žalobkyně zamítl a rozhodl o nákladech řízení.

II. Žaloba

3. Žalobkyně trvá na tom, že se nedopustila porušení rozpočtové kázně, jelikož z její strany nedošlo k nedostatkům, které byly označeny jako Zjištění A1.
4. Žalobkyně uvedla, že dne 26. 11. 2012 zveřejnila Zadávací dokumentaci pro užší výběrové řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), na dodavatele zakázky „II/214 Jihovýchodní obchvat Cheb“ v níž byl jako jeden z technických kvalifikačních předpokladů uveden požadavek, že uchazeč musí vlastnit či jinak disponovat dvěma obalovnami asfaltových směsí, z nichž každá bude mít kapacitu výroby min. 160 t/h. Následně až dne 2. 6. 2014 byla uzavřená dotační smlouva mezi žalobkyní a osobou zúčastněnou na řízení. Ta si podle názoru žalobkyně již musela být vědoma, že zadávací dokumentace obsahuje shora uvedený požadavek.
5. Žalobkyně uvedla, že tento požadavek byl v době vyhlášení veřejné zakázky VŘ 001 v zadávacích řízeních na stavební práce poměrně běžný, dodavateli akceptovaný a Úřad pro ochranu hospodářské soutěže jeho stanovení ve své rozhodovací praxi nerozporoval - viz např. v rozhodnutí ÚOHS ze dne 21. 6. 2011, č. j. ÚOHS-S 82/2011/VZ-7654/2010/501/KČe, ve kterém ÚOHS shledal požadavek zadavatele v zadávacích podmínkách veřejné zakázky na smluvní zajištění obalovny živičných směsí jako zcela legitimní. Žalobkyně se poté tento požadavek uvedený v zadávací dokumentaci rozhodla stanovit z důvodu, že jej považovala za racionální a přiměřený vzhledem k rozsahu a charakteru stavby (bylo potřeba zajistit kontinuálnost pokládky), a současně, že neměla žádný důvod pochybovat o správnosti svého postupu při vymezení technických kvalifikačních předpokladů. Naopak, tehdejší praxe ÚOHS vedla žalobkyni k legitimnímu očekávání, že takovéto vymezení technických kvalifikačních předpokladů je v souladu se zákonem, tedy není diskriminační - toto ostatně žalovaný sám konstatoval v odst. 75 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Žalovaný tuto skutečnosti hodnotil pouze jako polehčující okolnost, ačkoliv dle žalobkyně mělo toto být posouzeno jako okolnost vylučující zavinění, na základě čehož není možné dané jednání žalobkyně posuzovat jako porušení zásady zákazu diskriminace. Následná změna výkladu zákona pak nemůže být

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

přičítána k tíži žalobkyně, když ta v dané době jednala v souladu s jí v té době známým výkladem tohoto zákona. I přes výše zmiňované žalovaný dovodil, že shora uvedený požadavek na dispozici se dvěma obalovkami asfaltových směsí s výrobní kapacitou 160 t/h byl v roce 2012 stanoven v rozporu se zásadou zákazu diskriminace zakotvenou v § 6 zákona o veřejných zakázkách. Takovéto posouzení ze strany žalovaného považuje žalobkyně za nesprávné, když navíc nerespektuje zásadu zákazu retroaktivity.

6. Žalobkyně uvedla, že žalovaný při posouzení otázky retroaktivity a její přípustnosti vycházel z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 5. 2015, č. j. 5 As 96/2014 - 37, jehož část v odst. 66 odůvodnění napadeného rozhodnutí žalovaný cituje. Žalovaný ovšem zcela pominul (přehlédl), že tento rozsudek současně hovoří o tom, že se soudní rozhodnutí, a tedy soudní nalézáni práva, zpětně vztahuje pouze na strany sporu. Žalobkyně je názoru, že žalovaný nesprávně aplikoval citovaný rozsudek. Z citovaného rozsudku podle ní vyplývá opačný závěr, než z něj učinil žalovaný – podle žalobkyně z rozsudku vyplývá, že výklad a zpřesňování právních předpisů prostřednictvím soudních rozhodnutí působí retroaktivně pouze mezi stranami, které se soudního řízení účastní, a dále že názory a argumenty obsažené v rozhodnutí nejvyšších soudních instancí je možné užít na další (jiné) případy vzniklé až v budoucnu, tedy nikoliv zpětně na všechny případy.
7. Žalobkyně je dále přesvědčena, že se žalovaný dostatečně nevypořádal s otázkou správnosti Zjištění A1, které je založeno na Odborném vyjádření ozn. 1004. V odborném vyjádření ozn. 1004 je stanoven procentní podíl asfaltové směsi na zakázce, a to ve výši 11,49 %. Žalobkyně poukázala na to, že žalovaný konstatoval, že odborné vyjádření ozn. 1004 není znaleckým posudkem, tedy listinou mající váhu důkazního prostředku, a dále že závěry tohoto vyjádření nejsou průkazné z důvodu absence odkazu na konkrétní metodiku a přesné procento včetně výpočtu, v důsledku čehož jsou odhady v něm uvedené nepřezkoumatelné. Ovšem i přes shora uvedené následně žalovaný (podle žalobkyně zcela nesprávně) uzavírá, že z důvodu, že procentní podíl asfaltové směsi nebyl žalobkyní přezkoumatelným způsobem zpochybněn, má žalovaný za to, že činil 11,49 %. Žalobkyně podle svého názoru toto odborné vyjádření ale relevantně zpochybnila, žalovaný proto z něj nemohl vycházet. O hodnotě procentního podílu asfaltové směsi podle žalobkyně zcela evidentně existují pochybnosti, které má ostatně i samotný žalovaný. Právě přesné stanovení procentního podílu může být v této věci zásadní pro posouzení, zda požadavek na dispozici dvěma obalovkami asfaltových směsí o výrobní kapacitě 160 t/h byl přiměřený. Postup žalovaného podle žalobkyně odporuje zásadě materiální pravdy podle § 3 správního řádu.
8. Nesprávnost napadeného rozhodnutí dovozuje žalobkyně dále i z toho, že se žalovaný dostatečně nevypořádal s dalším pro korekci způsobilých výdajů důležitým podkladem, a to s Protokolem o kontrole ze dne 1. 9. 2014. Protokol o kontrole ze dne 1. 9. 2014 podle názoru žalobkyně neobsahuje předepsané náležitosti dle § 12 odst. 1 zákona č. 255/2012 Sb., o kontrole. Není v něm specifikováno, jakým jednáním a kterou z povinností, resp. zásad stanovených v § 6 zákona o veřejných zakázkách měla žalobkyně porušit, odkazuje se na Odborné vyjádření ozn. 1004, které však podle žalobkyně nelze považovat za relevantní, naprosto postrádá úvahy o souvislosti mezi procentním podílem asfaltové směsi a technickým kvalifikačním předpokladem dispozice dvěma obalovkami s výrobní kapacitou 160 t/h, kdy toto nebylo odstraněno ani v rámci oznámení o krácení. Dle žalobkyně lze tak Protokol o kontrole ze dne 1. 9. 2014 považovat za nicotný akt.

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

9. Žalobkyně namítla, že žalovaný stanovil, že žalobkyně porušila zásadu zákazu diskriminace vyjádřenou v § 6 zákona o veřejných zakázkách, ačkoliv to osoba zúčastněná na řízení nikterak neuvedla a dle žalobkyně toto ani z jednání osoby zúčastněné na řízení nevyplývá. Žalobkyně je názoru, že není možné, aby žalovaný v rámci sporného řízení napravoval chyby učiněné ze strany Regionální rady regionu soudržnosti Severozápad a nedostatky v jejím postupu, když žalovaný v rámci sporného řízení vystupuje (resp. má vystupovat) jako správní orgán řešící spor z veřejnoprávní smlouvy, tedy jinak řečeno žalovaný má vystupovat jako jakýsi rozhodce.
10. Žalovaný je podle žalobkyně nesprávného názoru, že došlo k porušení zásady zákazu diskriminace. Žalovaný se podle žalobkyně nezabýval materiální stránkou vytýkaného jednání, žalobkyně je přesvědčena, že se nemohla dopustit diskriminace uchazečů.
11. Žalobkyně nesouhlasí se žalovaným, že měla v zadávací dokumentaci vymezit technické kvalifikační předpoklady tak, aby odpovídaly druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky (tedy byly nezbytné a přiměřené), a že způsob zajištění kvality vozovky, včetně dodávky asfaltových směsí, měla žalobkyně ponechat na vybraném uchazeči, resp. žalobkyně měla možnost ve smlouvě o dílo sjednat požadovanou kvalitu díla a záruční dobu.
12. Žalobkyně uvedla, že jejím primárním zájmem jakožto správce silnic II. a III. třídy v Karlovarském kraji, je, aby spravované a udržované silnice a jejich vozovka byly v co nejvyšší kvalitě, a to po co nejdelší možnou dobu. V opačném případě je žalobkyně nucena přistoupit k opravám dané silnice či její vozovky a vynakládat další finanční prostředky z veřejných zdrojů. Z technického hlediska, aby byla zajištěna pokud možno co nejlepší kvalita vozovky, je nutné, aby asfaltová směs byla na podklad vozovky pokládána bez přerušení, kontinuálně, a to ve stavu k tomu určeném (při zachování určité teploty, přičemž dle technických norem nesmí doba dopravy asfaltové směsi při teplotě vzduchu 15 °C a nižší překročit 1 hodinu, v ostatních případech 1,5 hodiny). Pokud totiž asfaltová směs není pokládána kontinuálně či je při pokládce již vychladlá, tak nedojde ke správnému spojení asfaltové směsi s podkladem či jednotlivé vrstvy asfaltové směsi se spolu dostatečně nepropojí. Tím vzniká velmi vysoké riziko brzkého vzniku vad, které se ovšem projeví až s odstupem času. V krajním případě bude muset být vozovka rekonstruována.
13. Při předání hotového díla (silnice) je v podstatě nereálné zjistit kvalitu vozovky, když vady se v případě nekvalitního díla projeví až s odstupem času (typicky nejdříve po zimním období). Pokud je dílo v nižší než požadované kvalitě, a současně je sjednána záruka, pak dochází k tomu, že je nutné dílo min. opravit či předělat. Žalovaným naznačený postup tak považuje žalobkyně za zcela nevhodný, neekonomický a neúčelný.
14. Právě z důvodu zamezení vzniku nekvalitní vozovky považovala žalobkyně v době zveřejnění zadávací dokumentace jako efektivní mj. stanovení požadavku na dispozici se dvěma obalovnami asfaltových směsí o výrobní kapacitě 160 t/h, čímž se žalobkyně snažila zajistit, aby zhotovitel měl k dispozici v době pokládky dostatek asfaltové směsi pro kontinuální pokládku této směsi. Tímto požadavkem se současně žalobkyně snažila eliminovat situaci, kdy vybraný uchazeč nebude schopen předmět díla realizovat v požadované kvalitě, resp. v souladu s relevantními technickými normami. Žalobkyně poukázala na to, že tyto argumenty přednesla jak žalovanému, tak osobě zúčastněné na řízení ve Vyjádření ke stanovení technických kvalifikačních předpokladů v rámci zadávacího řízení „II/214 Jihovýchodní obchvat Cheb“ ze dne 21. 3. 2014 a ve Stanovisku

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

k výhradám kontroly.

15. Žalobkyně dále nesouhlasí se žalovaným v tom, že nepředložila žádný důkaz, ze kterého by bylo patrné, že se v daném čase a dané lokalitě jednalo o surovinu (myšlena asfaltová směs) nedostupnou, čímž žalobkyně neunesla důkazní břemeno a z uvedeného pak žalovaný vyvozuje, že daný požadavek nebyl nezbytný. Podle žalobkyně šlo naopak o poměrně dostupnou surovinu, a to jak v čase, tak v místě, což žalobkyně dokládala již v rámci kontrol. Dle žalobkyně nemohlo být pro jakéhokoliv potenciálního uchazeče překážkou, aby si dispozici v jakékoliv podobě s dvěma obalovnami o daném výkonu zajistil, když navíc většina obaloven disponuje (resp. tehdy disponovala) požadovaným minimálním výkonem. Každý potenciální uchazeč mohl takového obalovny tzv. nasmlouvat. Nezbytnost obaloven pak žalobkyně nedovozuje z jejich dostupnosti, resp. nedostupnosti, ale právě z důvodu nutnosti zajistit dostatečný výkon pro kontinuální pokládku a zamezení vzniku nekvalitní vozovky, která je v rámci posuzování kvality dané silnice a její užitnosti tím nejvýznamnějším a pro žalobkyni tak měla dodávka asfaltové směsi zásadní význam pro úspěšnou realizaci projektu.
16. Žalobkyně uvedla, že si je vědoma, že dle Technických kvalitativních podmínek staveb, vydaných ministerstvem dopravy, kapitoly 7, účinné od 1. 5. 2008, bodu 7.3.2.1, jež žalovaný cituje v odstavci 62 napadeného rozhodnutí, je minimální skutečný výkon obalovny vyrábějící asfaltové směsi pro dálnice a rychlostní silnice stanovený na 120 t/h. Žalobkyně uvedla, že se v tomto dokumentu hovoří o skutečném výkonu, nikoliv o výkonu uváděném danou obalovnou, kdy se skutečný výkon a výkon uváděný často diametrálně liší. V rámci veřejných zakázek se pak požadoval výkon uváděný obalovnou z důvodu, že právě tento bylo oproti skutečnému výkonu možné ze strany uchazečů doložit, a tedy prokázat. Z uvedených důvodů bylo dříve (i během roku 2012) ustáleným zvykem, že se požadavek na obalovny předdimenzoval tak, aby se skutečný výkon alespoň blížil potřebě zadavatele. Z uvedeného důvodu nelze reálně porovnávat požadavek stanovený v zadávací dokumentaci ve vztahu k silnici II. třídy a Ministerstvem dopravy ČR stanovený požadavek na skutečný výkon obalovny v případě pokládky vozovky na dálnici či silnici pro motorová vozidla, jak učinil žalovaný.
17. Žalobkyně uvedla, že žalovaný v odst. 62 napadeného rozhodnutí cituje rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2013, který má podpořit závěry žalovaného. Poukázala na to, že tento rozsudek byl vyhlášen až dne 27. 6. 2013, v době vyhlášení zadávací dokumentace jí tak nemohl být známý. I přesto však citovaný rozsudek podle žalobkyně připouští možnost, aby byl obdobný požadavek za jistých okolností považován za legitimní a přiměřený, a to nejen v případě nedostupnosti dané suroviny, kdy i s tímto se žalovaný dostatečně nevypořádal. Žalobkyně dále namítla, že se žalovaný dostatečně nevypořádal s námitkami týkajícími se nedostatku Protokolu o kontrole ze dne 1. 9. 2014, Vyřízení námitek, resp. dopisu č. j. RRSZ 22909/2014 ze dne 4. 11. 2014 a Oznámení o krácení. Žalovaný se sice s námitkami žalobkyně ztotožnil, i přesto napravil pochybení osoby zúčastněné na řízení, což v případě sporného řízení není přípustné. Jelikož na jedné straně žalovaný vytýká žalobkyni diskriminaci uchazečů a na straně druhé naopak toleruje porušení právních předpisů osoby zúčastněné na řízení, jedná se podle žalobkyně o nerovný přístup ke stranám v rozporu s § 141 správního řádu.
18. Žalobkyně dále namítla, že žalovaný pochybení osoby zúčastněné na řízení napravuje i Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

v částech, kdy osoba zúčastněná na řízení vůbec nepopsala, v čem spočívá porušení zásady diskriminace, neuvedla, jaké povinnosti žalobkyně porušila. To, že žalobkyně porušila zásadu diskriminace, navíc stanovil sám žalovaný, sám přitom neuvedl, v čem toto porušení vlastně spočívalo; naznačuje to pouze v odst. 75 napadeného rozhodnutí. Žalovaný v napadeném rozhodnutí označil jednání, ve kterém spatřuje porušení rozpočtové kázně. To je přitom obsahově shodné se skutkovou podstatou § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Nicméně z Oznámení výsledku šetření podnětu ze dne 15. 4. 2015, č.j. ÚOHS-P39/2015/VZ-7503/2015/551/SBe vyplývá, že ÚOHS v této věci neshledal důvody pro zahájení správního řízení z moci úřední, tedy o správním deliktu. Tento úřad tedy neshledal, že by se žalobkyně dopustila diskriminace.

III. Vyjádření žalovaného

19. Žalovaný ve vyjádření k žalobě shrnul obsah veřejnoprávní smlouvy, skutkový stav týkající se krácení dotace a průběh sporného řízení.
20. Konstatoval, že dospěl k závěru, že v zadávací dokumentaci uvedený technický kvalifikační předpoklad dispozice dvěma obalovnami s kapacitou min. 160 t/h byl diskriminační, neboť nebyl nezbytný ani přiměřený a přitom mohl od účasti v zadávacím řízení odradit zájemce o veřejnou zakázku, kteří v době zadávacího řízení neměli zajištěnou dispozici dvěma obalovnami s kapacitou min. 160 t/h. Tím došlo k porušení zásady zákazu diskriminace stanovené v § 6 zákona o veřejných zakázkách a potažmo čl. XI bodu 1 Smlouvy o dotaci, čímž byla naplněna skutková podstata neoprávněného použití peněžních prostředků a porušení rozpočtové kázně ve smyslu § 22 odst. 1 a 2 zákona č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů. Současně s konstatováním porušení rozpočtové kázně správní orgán posoudil také závažnost pochybení a přiměřenost výše korekce dotace a dospěl k závěru, že finanční korekce ve výši 10 % způsobilých výdajů je přiměřená závažnosti pochybení, návrh proto zamítl.
21. Žalovaný shrnul, že dle článku XI. Smlouvy o poskytnutí dotace vyplývala pro příjemce dotace povinnost dodržet při zadávání veřejné zakázky zákon o veřejných zakázkách. Poskytovatel dotace nikdy nepřevzal garanci za úplnost a správnost zadávací dokumentace při uzavírání smlouvy o dotaci. Z vyjádření Bc. J. D. ze dne 9. 3. 2012 vyplývá, že Úřad Regionální rady regionu soudržnosti Severozápad upozornil zadavatele, že za dodržení pravidel pro zadávání veřejných zakázek je odpovědný on sám. Úřad neposkytl žádné konkrétní ujištění, které by mohlo vyvolat u navrhovatele legitimní očekávání.
22. Žalovaný poukázal na judikaturu správních soudů. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 8. 2012, č. j. 1 Afs 15/2012 – 38, vyplývá, že za dodržení podmínek dotací jsou odpovědní příjemci podpor, a že dovolávat se zásady legitimního očekávání nemůže ten, kdo zjevně porušil právní předpisy. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 6. 2013, č. j. 1 Afs 20/2013 – 47 vyplývá, že stanovení technického kvalifikačního předpokladu zájemce o veřejnou zakázku pro účast v zadávacím řízení v podobě požadavku na prokázání dispozice obalovnou není nezbytné a tudíž je diskriminační, pokud není odůvodnitelné zvláštními okolnostmi. V posuzovaném případě podle žalovaného nebyly prokázány žádné okolnosti odůvodňující požadavek na prokázání dispozice obalovnou. Naopak, sám navrhovatel ve svém vyjádření ke stanovení technických kvalifikačních předpokladů argumentoval tím, že v okolí se nalézalo minimálně 15 výrobních zařízení, která splňovala požadované parametry, z čehož plyne, že se nejednalo o materiál obtížně opatřitelný, což by za určitých podmínek mohlo

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

odůvodnit požadavek na prokázání zajištění obalovny.

23. Žalovaný uvedl, že z dokumentu Ministerstva dopravy „Technické kvalitativní podmínky staveb“ účinného od 1. 5. 2008, kapitoly 7 (Hutněné asfaltové vrstvy), bodu 7.3.2.1 (Obalovna asfaltových směsí), vyplývá, že zajištění druhé obalovny mělo být v odůvodněném případě věcí dohody mezi dodavatelem a objednatelem obalované směsi (vybraným uchazečem) a otázkou jejich subdodavatelských vztahů. S ohledem na kvalitu pokládky, která dokument řeší v kontextu pro dálnice a rychlostní silnice, jsou obecné požadavky na výkon obalovny nižší, požadovaná kapacita tedy mohla být více než dvakrát menší, než požadovala zadávací dokumentace. Stanovení výkonu dvou obaloven tedy jednoznačně překračuje rozumné požadavky a činí z kvalifikačního předpokladu diskriminační překážku účasti ve veřejné zakázce. Vzhledem k tomu, že technický kvalifikační předpoklad dispozice dvěma obalovnami s kapacitou min. 160 t/h nebyl nezbytný a byl nepřiměřený a diskriminační, neboť mohl odradit od účasti v zadávacím řízení zájemce o veřejnou zakázku, kteří v době podávání nabídek neměli zajištěné dvě obalovny s kapacitou min. 160 t/h, byl diskriminační. K tomu lze dodat, že podle § 56 odst. 7 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zadávacího řízení, měla být v zadávací dokumentaci vymezena minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
24. Žalovaný uvedl, že co se týká zásady zákazu diskriminace stanovené v § 6 zákona o veřejných zakázkách, určující je znění zákona a jeho výklad soudy, nikoliv názor ÚOHS. Žalobkyně nesprávně hovoří o následné změně výkladu zákona, neboť zákon může závazně vykládat pouze soud, judikatura soudů týkající se obaloven je konsistentní. Žalovaný souhlasil s námitkou, že soudní nalézáni práva se v konkrétním případě vztahuje zpětně pouze na strany sporu. Je názoru, že v obdobných případech by měl správní orgán rozhodovat v intencích judikatury. Dále uvedl, že k šetření ÚOHS se žalovaný již vyjadřoval zejména v bodu 66 odůvodnění napadeného rozhodnutí, poukázal rovněž na závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 11. 2017, č. j. 10 Afs 86/2017 – 42, ze kterého plyne, že na dotaci není právní nárok, je dobrou vůlí státu, a že dle okolností může mít poskytovatel dotace vyšší nároky, než jiné orgány, které poskytovatele dotace kontrolují (např. právě ÚOHS).
25. K námitce a zpochybnění zjištění A1, které je založeno na Odborném vyjádření ozn. 1004, žalovaný uvedl, že zpochybnil Odborné vyjádření ozn. 1004, podle kterého se podíl dodávky asfaltových směsí na celkové ceně projektu odhadem pohyboval mezi 4,60 % až 9,19 %, nikoliv 11,49%, jak uvádí žalobkyně. Vzhledem k tomu, že procentní podíl asfaltové směsi nebyl v řízení zpochybněn přezkoumatelným způsobem, žalovaný měl za to, že činil 11,49 %, jak je uvedeno v rozpočtu projektanta před zahájením zadávacího řízení, což je ze strany žalovaného výklad ve prospěch žalobkyně.
26. Žalovaný nesouhlasí se žalobkyní, že by napravoval chyby poskytovatele dotace. Podle Protokolu o kontrole, ve znění Dodatku k Protokolu o kontrole, poskytovatel dotace v Zadávací dokumentaci uvedl technický kvalifikační předpoklad dispozice dvěma obalovnami s kapacitou min. 160 t/h, čímž porušil zásady uvedené v § 6 zákona o veřejných zakázkách. Z odkazu na Externí metodický pokyn č. 67 (Porušení rozpočtové kázně), Tabulku finančních oprav, Část I, oddíl 1.1 (Oznámení o zakázce a zadávací podmínky), řádek č. 10 (Diskriminační technické specifikace) lze zjistit, že se jednalo o porušení zásady zákazu diskriminace. Žalovaný tuto kvalifikaci jednání žalobkyně

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

nezávisle posoudil, přičemž vycházel z konstantní judikatury soudů a z dokumentu Ministerstva dopravy nazvaného „Technické kvalitativní podmínky staveb“.

27. Žalovaný je názoru, že požadavek, aby uchazeči již při podávání nabídky prokázali, že mají zajištěné dvě obalovny s kapacitou min. 160 t/h však nebyl ani nezbytný, ani přiměřený. Kvalitu vozovky (kterou argumentuje žalobkyně), nezajistí to, že uchazeč již při podávání nabídky prokáže dispozici dvěma obalovnami. Zárukou kvality jsou zejména dobré reference. Pokud je ve výběrovém řízení vybrán dodavatel, který referencemi prokázal realizaci obdobných staveb v požadované kvalitě, je možno ponechat způsob zajištění kvality stavby včetně dodávky asfaltové směsi na tomto dodavateli, který nepochybně má zkušenosti se zajišťováním materiálu a zná i příslušné technické předpisy. Stačí ve smlouvě o dílo sjednat požadovanou kvalitu stavby, sankce za její nedodržení a záruční dobu, případně další podmínky. Argumentace žalobkyně skutečným výkonem obaloven a jejich odlišným uváděným výkonem je nesrozumitelná a navíc irrelevantní, neboť pokud by to bylo nezbytné, měl být uveden v Zadávací dokumentaci minimální požadovaný výkon.
28. Žalobkyně k vyjádření žalovaného nepodala repliku.

IV. Osoba zúčastněná na řízení

29. Regionální rada regionu soudržnosti Severozápad v řízení uplatnila práva osoby zúčastněné na řízení. K žalobě ani k vyjádření žalovaného nepodala repliku.

V. Jednání ve věci

30. Při ústním jednání dne 22. 6. 2021 procesní strany setrvaly na svém dosavadním postoji.
31. Městský soud na jednání neprovedl důkazy, které navrhla žalobkyně: smlouva č. CZ 1.09./3.1.00/64.01004 o poskytnutí dotace z rozpočtových prostředků osoby zúčastněné na řízení ze dne 2. 6. 2014 na projekt „II/214 Jihovýchodní obchvat Cheb“, usnesení ministerstva financí ze dne 27. 1. 2017, č. j. MF-31279/2016/1203-23, oznámení o krácení způsobilých výdajů projektu ze dne 15. 12. 2016, č. j. RRSZ 13766/2016, návrh na zahájení sporu z veřejnoprávní smlouvy ze dne 8. 9. 2017, protokol o kontrole ze dne 1. 9. 2014, č. j. RRSZ 17950/2014, oznámení o výsledku šetření podnětu ze dne 15. 4. 2015, č. j. ÚOHS-P39/2015/VZ-7503/2015/551/SBe, žalované rozhodnutí ministerstva financí ze dne 18. 5. 2018, č. j. MF-25644/2017/1203-26 včetně dodacích údajů o doručení rozhodnutí žalobkyni, vyjádření ze dne 21. 3. 2014 ke stanovení technických kvalifikačních předpokladů v rámci zadávacího řízení „II/214 Jihovýchodní obchvat Cheb“, stanovisko k výhradám kontroly ze dne 13. 3. 2014. Tyto podklady jsou součástí správního spisu, jímž se dokazování neprovádí (rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 8/2008 - 117 ze dne 29. 1. 2009, č. 2383/2011 Sb. NSS).
32. Městský soud provedl navrhovaný důkaz rozsudkem Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 7. 6. 2017, č. j. 52 Af 16/2016 – 87.

VI. Posouzení věci Městským soudem v Praze

33. Městský soud přezkoumal napadené rozhodnutí v rozsahu žalobních bodů, kterými je vázán (srov. § 75 odst. 2 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů – dále jen „ř. s.“), včetně řízení, které jeho vydání předcházelo. Při přezkoumání tohoto rozhodnutí městský soud vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu (srov. § 75 odst. 1 s. ř. s.).

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

Právní východiska věci

34. Stěžejní výtkou žalobkyně vůči žalovanému bylo nesprávné právní posouzení jednání žalobkyně, která v Zadávací dokumentaci pro užší výběrové řízení na dodavatele zakázky „II/214 Jihovýchodní obchvat Cheb“ zakotvila jako jeden z technických kvalifikačních předpokladů požadavek, že uchazeč musí vlastnit nebo jinak disponovat dvěma obalovnami asfaltových směsí, z nichž každá bude mít kapacitu výroby min. 160 t/h, přičemž tento požadavek byl žalovaným shledán diskriminačním. V návaznosti na tento závěr bylo konstatováno porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách. Mezi žalobkyní a žalovaným je tedy především sporné to, zda lze technický kvalifikační předpoklad vlastnictví, potažmo obecně dispozici dvěma obalovnami asfaltových směsí ve vztahu k potenciálním dodavatelům, považovat za diskriminační, a dále, ve vztahu k obsahu judikatury citované žalovaným v napadeném rozhodnutí, zda lze tyto judikaturní závěry aplikovat na případ žalobkyně, která jednala v době, kdy předmětné názory Nejvyššího správního soudu ještě nebyly známy a rozhodovací praxe stran požadavku na dispozici obalovnou asfaltových směsí v zadávací dokumentaci veřejné zakázky ještě nebyla zcela jednotná.
35. Soud při posouzení věci vyšel z následující právní úpravy:
- Podle § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
 - Podle § 50 odst. 3, odst. 4 zákona o veřejných zakázkách je veřejný zadavatel povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Veřejný zadavatel není oprávněn stanovit takové kvalifikační předpoklady, které by vedly k podstatnému omezení hospodářské soutěže, a současně by kvalifikační předpoklady bylo vzhledem k potřebám zadavatele možné nahradit stanovením odpovídajících smluvních podmínek.
 - Podle § 56 odst. 3 písm. f) zákona o veřejných zakázkách je veřejný zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce požadovat přehled nástrojů či pomůcek, provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici.
36. Úvodem je nutno zmínit, že cílem technických kvalifikačních předpokladů je prokázat, že dodavatel disponuje pro plnění veřejné zakázky potřebnou technickou způsobilostí, resp. má k dispozici potřebné materiální a personální zázemí. Prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů má veřejnému zadavateli zajistit, že vybraný dodavatel disponuje potřebnou technickou kapacitou k plnění veřejné zakázky. Ruku v ruce s opodstatněným požadavkem na záruku adekvátní úrovně kvality vtěleným do technických kvalifikačních předpokladů jdou však v případě veřejného zadavatele při zohlednění jeho specifického charakteru také určitá omezení, která mají zamezit libovůli ze strany veřejného zadavatele, šití zakázek tzv. „na míru“, a která mají zajistit, že budou veřejné zakázky zadávány při respektování požadavků zakotvených v § 6 zákona o veřejných zakázkách. Proto je výčet možností, které může veřejný zadavatel požadovat za účelem prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů, taxativní, a proto veřejný zadavatel není oprávněn požadovat po dodavatelích prokázání technických kvalifikačních předpokladů způsobem odlišným od znění zákona o veřejných zakázkách.

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

Za předpokladu, že budou požadavky veřejného zadavatele na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů přiměřené ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, je veřejný zadavatel oprávněn požadovat prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů jednou či všemi možnostmi, které zákon o veřejných zakázkách připouští. Přiměřenost požadavků veřejného zadavatele na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů úzce souvisí se zásadou zákazu diskriminace v zadávacím řízení, neboť právě vybočení z mezí toho, co je ještě vnímáno v daném kontextu jako přiměřené, v konečném důsledku může mít za následek, že budou podmínky pro potenciální dodavatele nastaveny diskriminačním způsobem, přinejmenším v tom ohledu, že budou ze zadávacího řízení předem vyloučeni dodavatelé, v jejichž silách by jinak plnění veřejné zakázky bylo.

37. Co se týče konkrétního požadavku na vlastnictví či jinou formu dispozičního oprávnění dodavatele ve vztahu k obalovně asfaltových směsí v rámci veřejné zakázky na stavební práce, byla již v rozhodovací praxi soudů opakovaně řešena [vizte např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 21. 6. 2012, č. j. 62 Af 74/2010-61 (dále jen „rozsudek č. j. 62 Af 74/2010-61“), přičemž právní závěry v něm uvedené byly dále potvrzeny rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 12. 2012, č. j. 1 Afs 66/2012-71 (dále jen „rozsudek č. j. 1 Afs 66/2012-71“), rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 19. 7. 2012, č. j. 62 Af 1/2011-83 (dále jen „rozsudek č. j. 62 Af 1/2011-83“), přičemž právní závěry v něm uvedené byly dále potvrzeny rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 3. 2013, č. j. 1 Afs 69/2012-57 (dále jen „rozsudek č. j. 1 Afs 69/2012-57“), rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 7. 3. 2013, č. j. 62 Af 47/2011-70 (dále jen „rozsudek č. j. 62 Af 47/2011-70“), přičemž právní závěry v tomto rozsudku uvedené byly dále potvrzeny rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 6. 2013, č. j. 1 Afs 20/2013-47 (dále jen „rozsudek č. j. 1 Afs 20/2013-47“)].
38. Ve výše uváděných případech rozhodovací praxe použily správní soudy jako východisko závěry, k nimž dospěl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, v němž bylo zakotveno rozlišení na diskriminaci zjevnou a diskriminaci skrytou. Bylo vysloveno, že *„za skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba považovat i takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením technických kvalifikačních předpokladů zjevně nepřiměřených ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku nemohou splnit někteří z 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.“* V tomto duchu vedly soudy úvahu dále, zaměřeny na kritérium zjevné nepřiměřenosti technického kvalifikačního předpokladu dispozice obalovnou asfaltové směsí ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti veřejné zakázky. Ve všech zmiňovaných případech pak soudy uzavřely, že nebyla nalezena žádná souvislost mezi vlastnictvím (smluvním zajištěním) obalovny ve fázi zadávacího řízení a kvalitou poskytnuté asfaltové směsi, resp. řádným splněním veřejné zakázky vybraným uchazečem.

Legitimní očekávání, okolnost vylučující zavinění žalobkyně, námitka retroaktivní aplikace judikatury

39. Na výše uvedené závěry poukazoval také žalovaný v odůvodnění napadeného rozhodnutí Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

a rozhodl obdobně jako v uváděných případech. Tyto závěry mu byly známy, oprávněně mohl tedy na hodnocení stavu, jak byl zjištěn v případě žalobkyně, nahlížet jejich optikou.

40. Proti tomuto postupu žalobkyně brojila a namítala, že jí následná změna výkladu zákona, tedy změna výkladu zákona, k níž došlo až poté, co žalobkyně zveřejnila zadávací dokumentaci, nemůže být přičítána k tíži. Žalobkyně zdůraznila, že v době, kdy byla zadávací dokumentace vypracovávána a zveřejněna, byl předmětný technický kvalifikační předpoklad dispozice obalovnou asfaltové směsi poměrně běžný a v rámci rozhodovací praxe ÚOHS také nebyl zpochybněn. Tehdejší rozhodovací praxe ÚOHS vedla žalobkyni k legitimnímu očekávání, že takovéto vymezení technických kvalifikačních předpokladů je v souladu se zákonem a diskriminační tedy být nemůže. Žalobkyně zastává názor, že v daném čase a místě jednala v souladu s tehdejším výkladem zákona.
41. Co se týče poukazu žalobkyně na její legitimní očekávání vzhledem k tehdejší rozhodovací praxi ÚOHS, je třeba upozornit na dvě skutečnosti. Žalobkyně dle tvrzení v žalobě zveřejnila zadávací dokumentaci dne 26. 11. 2012, tedy téměř půl roku poté, co již byly vydány rozsudky Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 74/2010-61, a č. j. 62 Af 1/2011-83, kterými byla zrušena rozhodnutí ÚOHS týkající se hodnocení postupů jiných zadavatelů, kteří v rámci zadávací dokumentace také uplatnili technický kvalifikační předpoklad dispozice obalovnou asfaltových směsí, přičemž soudem bylo vysloveno, že se v projednávaných případech jednalo o požadavek diskriminační. Soud obecně zastává názor, že není možné se domáhat legitimního očekávání ve vztahu k ustálené rozhodovací praxi ÚOHS a současně opomíjet, že v předmětné době se již vyvíjela rozhodovací praxe soudní, která byla zcela opačná a tato rozhodnutí opakovaně rušila. V nejlepším případě by bylo v dané době možno hovořit o značné míře nejistoty, neboť závěry, k nimž v obou zmiňovaných věcech dospěl Krajský soud v Brně, ještě čekaly na potvrzení či vyvrácení k podané kasační stížnosti ze strany Nejvyššího správního soudu.
42. K námitce legitimního očekávání žalobkyně je dále třeba zmínit závěr vyslovený v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 8. 2012, č. j. 1 Afs 15/2012-38, dle něž za dodržení podmínek, které se vážou k udělené dotaci, odpovídá příjemce dotace. Skutečnost, že jej poskytovatel peněžních prostředků neupozornil na nesrovnalosti při provádění projektu, na nějž je dotace poskytována, ač v době rozhodování o poskytnutí dotace o nich nemohl nevědět, nevylučuje ani neomezuje takovou odpovědnost. S těmito závěry se lze plně ztotožnit i v projednávané věci. Legitimního očekávání se dle citovaného rozsudku navíc lze domáhat jen tehdy, pokud 1) příslušný orgán poskytl konkrétní ujištění, která u příjemce dotace mohla vzbudit legitimní očekávání; 2) tato ujištění jsou v souladu s použitelnými právními předpisy, resp. postup podle těchto ujištění nepředstavuje „zjevné porušení platné právní úpravy“.
43. Ani ujištění se však žalobkyni od Rady nedostalo – žalobkyni bylo toliko stručným emailem ze dne 9. 3. 2012 sděleno, že proti zadávací dokumentaci nemá osoba zúčastněná na řízení žádný námět a to s výhradou, že toto stanovisko nenahrazuje povinnost dodržovat zákon či nenahrazuje stanovisko orgánu dohledu. Osoba zúčastněná na řízení takto sice akceptovala, že žalobkyně zadávací dokumentaci vyhotovila a předložila a z pohledu požadavků osoby zúčastněné na řízení ji nebylo třeba dále modifikovat, avšak je zřejmé, že takto nijak autoritativně nepřezkoumávala (neověřovala), zda zadávací dokumentace splnila ve všech detailech zákonné podmínky. Žalobkyně ani netvrdí, že by např. na základě podmínek dotace byla osoba zúčastněná na řízení povinna před poskytnutím dotace zadávací dokumentaci závazně schválit a dotaci poskytnout až po

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

tomto schválení.

44. Žalovaný rozhodoval ve sporu z veřejnoprávní smlouvy, jimiž smluvní strany upravily vzájemná práva a povinnosti v daném veřejnoprávním (dotačním) vztahu. Žalovaný posuzoval tedy, zda osoba zúčastněná na řízení jakožto odpůrce porušila danou veřejnoprávní smlouvu o poskytnutí dotace či ji nesprávně vykládala, jak tvrdila žalobkyně. Aby bylo možné dospět k závěru, že v jednání žalobkyně (za těchto skutkových okolností) byla naplněna „*okolnost vylučující zavinění*“ za porušení smlouvy, tj. že by snad žalobkyni nemohlo být vůbec přičítáno porušení příslušného ustanovení smlouvy, musela by veřejnoprávní smlouva obsahovat takové ujednání. Tak tomu však v tomto případě není a v tomto smyslu je tedy rozhodné, že žalobkyně svým jednáním smlouvu porušila. Jaký byl vnitřní vztah žalobkyně k následkům svého jednání (tj. otázka zavinění) při porušení smlouvy tak mohlo být rozhodné ve výši krácení dotace, kterou osoba zúčastněná na řízení mohla zohlednit v rámci předepsaného rozpětí – zde, jak již bylo výše uvedeno, osoba zúčastněná na řízení posuzovala rozpětí 5 – 25 % dle závažnosti stanovené jako korekce pro použití nezákonných kritérií pro udělení zakázky v zadávací dokumentaci (viz bod 8 Příloha 3 Smlouvy o dotaci, Tabulka snížených odvodů). Zvolila 10 %, přičemž žalovaný dospěl ke správnému závěru, že okolnosti související s vývojem judikatury, jsou svou podstatou „polehčující“, avšak přesto nemohou sejmout ze žalobkyně odpovědnost za dodržení podmínek, které se k dotaci vážou, tj. základní zásadu zákazu diskriminace podle § 6 zákona o veřejných zakázkách.
45. Za poměrně zásadní okolnost věci považuje žalobkyně „retroaktivní“ aplikaci soudní judikatury, k níž prvně přistoupila osoba zúčastněná na řízení v dokumentu nazvaném „*Vyřízení námitek*“ ze dne 4. 11. 2014, přičemž o tytéž závěry týchž soudních rozhodnutí (zejm. rozsudek č. j. 1 Afs 69/2012-57, rozsudek č. j. 1 Afs 66/2012-71 a rozsudek č. j. 1 Afs 20/2013-47) se následně argumentačně opřel také žalovaný. Žalobkyni lze dát částečně za pravdu v tom ohledu, že se žalovaný s retrospektivou judikatury vypořádal pouze stručným odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 5. 2015, č. j. 5 As 96/2014-37, z nějž pouze citoval pasáž, dle které je soudní nalézání práva výkladem a zpřesňováním právních předpisů s účinky *inter partes* a z povahy věci působí „retroaktivně“.
46. Citace žalovaného uvedená výše je však pouze krátkým výňatkem z nálezu Ústavního soudu ze dne 12. 12. 2013, sp. zn. III. ÚS 3221/11, v němž se Ústavní soud zabýval otázkou temporálních účinků judikatury a jejich změn podstatně podrobněji (cit. výňatek z odůvodnění): „*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. Justice jakožto "nalézací" instituce tedy provádí výklad zákona (v jeho mezích), který platí "od začátku" a své uplatnění (coby právo v materiálním smyslu) zpravidla nalezne i u dalších případů, jejichž skutkový základ leží rovněž v minulosti (k tomu podrobněji níže). [...] Jestliže tedy soudní rozhodnutí z podstaty věci působí zpětně (retrospektivně), nemůže se na ně uplatnit ani obecný zákaz retroaktivity. [...] Pokud v rámci soudního rozhodování dochází ke změně judikatury, kdy stávající výklad zákona je odmítnut a nahrazen výkladem novým, není situace v zásadě jiná. I zde "správný výklad" dopadá na souzený případ zpravidla bezprostředně (tj. bez "přechodných ustanovení"), s účinky ex tunc, a své uplatnění nalezne - s ohledem na svou "presumptivní závaznost", založenou na přesvědčivosti argumentace, autoritě a kompetencích nejvyšších soudních instancí, a v tom rámci na tom, že tato závaznost*

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

představuje právní mechanismus sjednocování práva - (zpravidla) na všechny budoucí případy, jejichž skutkový základ spočívá rovněž v minulosti. [...] Současně však v případě, kdy odmítnutý právní výklad představoval ustálenou judikaturu především nejvyšších soudních instancí, její změna vykazuje (materiálně) zpětný účinek, jenž stojí proti principu právní jistoty a důvěry jednotlivce v právo. Z ústavního hlediska je tedy třeba řešit, zda a případně jakým způsobem lze poskytnout ochranu oprávněné důvěře dotčeného účastníka v právo, přičemž nutno brát v úvahu, že na straně jedné stojí zmíněný princip důvěry v právo, na straně druhé pak princip rovnosti v právech (čl. 1 Listiny) a soudcovské nezávislosti a vázanosti soudce zákonem (čl. 82 a čl. 95 odst. 1 Ústavy). [...] V obecné rovině lze vycházet především z toho, že změna judikatury obecných soudů - primárně s ohledem na princip rovnosti v právech (konkrétně v podobě zásady rovného použití práva) - nesmí být svévolná, což by bylo v případě, že by výklad a aplikace práva, představující odklon od dosavadní judikatury, postrádal racionální zdůvodnění (tzn. nebyl by postaven na věcně přiléhavých důvodech, přičemž daná změna by se jevila jako náhlá, překvapivá, bez určité myšlenkové linie, a dané rozhodování by tak neslo známky nahodilosti) a současně by se ocital mimo rámec tzv. podústavního práva v důsledku toho, že by nerespektoval požadavky plynoucí z ochrany základních práv a svobod. [...] Na straně druhé neexistuje a nemůže existovat žádná garance proti změně judikatury jako takové; i když nenastane změna společenských poměrů, v právní oblasti dochází k neustálému vývoji a justiční orgány musí mít možnost, jež přímo plyne z čl. 95 odst. 1 Ústavy, zakotvujícího vázanost soudce zákonem, dosavadní, na základě nově získaných poznatků nesprávný právní názor zvrátit, resp. překonat.“

47. Z uvedeného vyplývá, že řešení konkrétních sporů je z povahy věci vždy zaměřeno do minulosti a ke konkrétní kauze. V případě činnosti vrcholných soudů však k této základní charakteristice přistupuje další aspekt, kterým je sjednocování judikatury soudů obecných. Nejvyšší správní soud k tomuto např. v rozsudku ze dne 21. 10. 2008, č. j. 8 As 47/2005-98, nebo dále v rozsudku z téhož dne, č. j. 6 As 7/2005-97, uvádí: „Zatímco požadavek zákonnosti rozhodovací činnosti směřuje k případné korekci rozhodnutí jednotlivé kauzy, zajištění jednoty rozhodující činnosti (obě § 12 odst. 1 s. ř. s.) je svojí povahou aktivitou zaměřenou spíše do budoucna.“ Když tedy žalobkyně namítá, že výklad a zpřesňování právních předpisů prostřednictvím soudních rozhodnutí působí retroaktivně pouze mezi stranami, které se soudního řízení účastní, a dále, že názory a argumenty obsažené v rozhodnutí nejvyšších soudních instancí je možné užít na další (jiné) případy vzniklé až v budoucnu, tedy nikoliv zpětně na všechny případy, lze jí dát v obecné rovině za pravdu. Citované rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 10. 2008, č. j. 8 As 47/2005-98, však rovněž konstatuje: „Ustálená judikatura vrcholných soudů představuje ve svém materiálním rozměru právní normu. Změnu či zpřesnění této judikatury pak lze ve funkčním smyslu považovat za novelu právního předpisu s temporálními účinky, které změna právního předpisu tradičně má. Tato skutečnost má tedy v projednávané věci následující účinky: 1) Změna či zpřesnění judikatury není dostatečným důvodem pro využití mimořádných opravných prostředků ve věcech týkajících se stejného právního problému, které však byly před vydáním usnesení rozšířeného senátu pravomocně skončeny ve správním řízení a proti kterým nebyla v odpovídající lhůtě podána správní žaloba [...]. 2) Soudy rozhodující ve správním soudnictví však mají povinnost od okamžiku vyhlášení rozhodnutí rozšířeného senátu podle tam zaujatého právního názoru postupovat ve všech probíhajících a v budoucnu zahájených řízeních.“ Z výše uvedeného vyplývá, že rozhodovací činnost soudů mezi stranami fakticky působí retrospektivně. „Nový“ právní názor se však uplatní i pro budoucí, jakož i na všechna probíhající řízení.

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

48. V posuzovaném případě je poté třeba zohlednit několik zásadních okamžiků, k nimž lze na projednávanou věc vztahovat pozdější výklad § 6 zákona o veřejných zakázkách týkající se technického kvalifikačního požadavku dispozice obalovnou asfaltových směsí – v první řadě jde o časový úsek vyhotovování zadávací dokumentace, okamžik jejího zveřejnění dne 26. 11. 2012, okamžik uzavření veřejnoprávní smlouvy dne 2. 6. 2014 a návrh na zahájení sporného řízení z veřejnoprávní smlouvy podaný dne 13. 3. 2018.
49. Je pravdou, že v době, kdy byla vypracovávána zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce, stran technického kvalifikačního požadavku na dispozici obalovnou asfaltových směsí ještě nebylo zcela jasno. Žalobkyně hojně poukazovala na rozhodovací praxi ÚOHS, která tento požadavek tolerovala. Zároveň však není možné ignorovat skutečnost, že již dne 21. 6. 2012 spatřilo světlo světa první rozhodnutí (rozsudek) Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 74/2010-61, které se ohledně požadavku na dispozici obalovnou asfaltových směsí vyjádřilo jako o diskriminačním. Následně vydaná soudní rozhodnutí, která tuto praxi posléze v krátkém časovém sledu v letech 2012 a 2013 potvrzovala, pak v tomto ohledu již nelze vnímat jako překvapivá či jako nabourávající ustálenou judikaturu. Ohledně dané problematiky v dané době tedy fakticky žádná ustálená judikatura neexistovala, rozhodnutí ÚOHS, na která poukazovala žalobkyně, byla soudy již v době zadávací dokumentace postupně rušena, lze si tedy pouze obtížně představit, že u žalobkyně došlo k porušení principu legitimního očekávání. Nadto veřejnoprávní smlouva, z níž žalobkyni jakožto příjemci dotace vyplývala povinnost uskutečňovat zadávání veřejných zakázek v souladu s podmínkami stanovenými zákonem o veřejných zakázkách, byla uzavřena až dne 2. 6. 2014, tedy na sebe žalobkyně tuto povinnost převzala v době, kdy již rozhodovací praxe dovodila, že technický kvalifikační předpoklad dispozice obalovnou asfaltových směsí je (za splnění dalších předpokladů) diskriminační a porušuje příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách. Vzhledem k tomuto vývoji pak nemohla judikaturu týkající se obaloven asfaltových směsí opomíjet ani osoba zúčastněná na řízení při vyřizování námitek proti kontrolním zjištěním, ani žalovaný, u kterého byl podán návrh na zahájení řízení dne 13. 3. 2018. Při zohlednění výše uvedeného tedy žalovaný nepochybil, když v době, kdy u něj bylo vedeno sporné řízení, vycházel z právního názoru zformovaného na sklonku roku 2012 a v průběhu roku 2013, jak byl uveden výše.
50. Závěr o užití diskriminačního požadavku a z něj pramenící závěr o porušení rozpočtové kázně lze učinit i *ex post* (k tomu obdobně vizte rozsudek Soudního dvora ze dne 21. 12. 2011, věc C – 465/10, dostupný na www.curia.eu) a tedy i zpětně vymáhat již poskytnutou dotaci, či analogicky dotaci krátit, dojde-li ke zjištění o porušení pravidel pro zadávání veřejných zakázek.
51. Městský soud výše uvedené shrnuje tak, že žádná z nastalých okolností věci nemohla v žalobkyni vyvolat oprávněné legitimní očekávání, že v zadávacím řízení jednala v souladu s § 6 zákona o veřejných zakázkách a tedy v souladu s dotační smlouvou. Soud je toho názoru, že k porušení legitimního očekávání postupem osoby zúčastněné na řízení nedošlo.
52. Již bylo výše uvedeno, že okolnost, že v mezidobí došlo k vývoji judikatury, nicméně žalovaný v napadeném rozhodnutí zohlednil alespoň jako polehčující okolnost. Žalovaný v napadeném rozhodnutí konstatoval, že v době zpracování zadávací dokumentace ještě nebylo, resp. nemuselo být obecně v povědomí, že technický kvalifikační předpoklad na dispozici obalovnou asfaltových směsí je diskriminační, a že ani kontrolní orgány odpůrce, tj. osoby zúčastněné na řízení, jakožto poskytovatele dotace si nebyly v době kontroly

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

projektu jisté tím, zda se jedná o technický kvalifikační předpoklad nezbytný a přiměřený. Vzhledem k tomu žalovaný neshledal, že by bylo vzhledem i k těmto okolnostem na místě uložit korekci ve vyšší procentní míře než 10 %, jak prvně učinila osoba zúčastněná na řízení (viz bod X. Závěr napadeného rozhodnutí). Městský soud se poté právě s tímto postupem a hodnocením žalovaného ztotožnil.

Otázka správnosti zjištění A1, odborného vyjádření, námitky vůči protokolu o kontrole

53. Žalobkyně dále namítala, že se žalovaný dostatečně nevypořádal s otázkou správnosti Zjištění A1, které je založeno na Odborném vyjádření ozn. 1004 (dále jen „Odborné vyjádření“). Účelem Odborného vyjádření bylo dle definice zadání v čl. 1.1. Odborného vyjádření „*stanovení procentního podílu dodávky asfaltových směsí jako výrobků obaloven živičných směsí z celkové ceny veřejné zakázky – konkrétně projektu „II/214 Jihovýchodní obchvat Cheb“ (registrační číslo projektu CZ.1.09/3.1.00/64.01004), a to podle předloženého rozpočtu projektu.*“ Podkladem, ze kterého zpracovatelka Odborného vyjádření vycházela, byl rozpočet stavby předaný zadavatelem na základě předávacího protokolu č.j. RRSZ 10816/2014 ke dni 18. 6. 2014. Zpracovatelka Odborného vyjádření nejprve jednoduchým výpočtem zjistila celkovou částku za asfalt u jednotlivých stavebních objektů, přičemž tyto částky získala součtem jednotlivých položek obsahujících asfaltové směsi dle popisu u jednotlivých stavebních objektů dle dodaného rozpočtu (vizte Příloha č. 1 Odborného vyjádření). Tuto početní operaci provedla u všech stavebních objektů, přičemž následně sečetla takto zjištěné částky za všechny stavební objekty dané zakázky dohromady a uvedla jejich procentní vyjádření z celkových nákladů veřejné zakázky, tj. celková částka za jednotlivé části stavby obsahující asfaltové směsi ve výši 36 529 693,54 Kč představuje 11,49 % z celkové nákladové částky ve výši 318 009 615,64 Kč. Tedy závěr Odborného vyjádření, dle něž z celkové ceny projektu „II/214 Jihovýchodní obchvat Cheb“ tvoří položky obsahující asfaltové směsi a výrobky z nich, které jsou v předloženém rozpočtu projektu zahrnuty, procentní podíl ve výši 11,49 %, je objektivně zjevně srozumitelný a přezkoumatelný, složený z několika málo jednoduchých početních operací.
54. Problematická však byla druhá část závěru Odborného vyjádření, dle níž jsou podle rozpočtové metodiky dotčené položky rozpočtující náklady na jednotlivé výrobky asfaltových směsí „nákladem sdruženým“, což mělo dle zpracovatelky Odborného vyjádření znamenat, že „*v jednotkové ceně za m² jsou zároveň rozpočtovány jak náklady na materiál (asfaltové směsi), tak i na práce s tím spojené*“. V návaznosti na toto konstatování dospěla zpracovatelka vyjádření k závěru, že není možné objektivně určit podíl dodávky asfaltové směsi oproti ostatním nákladům zahrnutým v jednotkové ceně jednotlivých položek rozpočtu. Závěrem zpracovatelky tedy bylo, že „*lze pouze konstatovat, že procentní podíl dodávky asfaltových směsí jako výrobků obaloven živičných směsí z celkové ceny projektu je menší procentnímu podílu ve výši 11,49 %*. Odhadem je možné stanovit, že podíl materiálu (asfaltových směsí) se může pohybovat od 40 % do 80 % z jednotkové ceny, tedy procentní podíl dodávky asfaltových směsí jako výrobků obaloven živičných směsí z celkové ceny projektu se odhadem pohybuje mezi 4,60 % a ž 9,19 %.“
55. Právě tato část závěru zpracovatelky Odborného vyjádření nebyla ze strany žalovaného již akceptována a to jako zcela spekulativní, neodůvodněná, metodicky nepodepřená, fakticky nepřezkoumatelná; proto z ní žalovaný při svém rozhodování vůbec nevycházel, což ostatně i srozumitelně formuloval v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Naopak žalovaný vycházel z jediného objektivně zjištěného údaje, kterým bylo procentní stanovení podílu ceny asfaltových směsí ve výši 11,49 % dle předloženého rozpočtu. Lze

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

tedy shrnout, že žalovaný v tomto ohledu postupoval naprosto správně, když nevzal za své závěry Odborného vyjádření stanovující procentní podíl asfaltových směsí na celkové ceně projektu odhadem mezi 4,60 % až 9,19 %, neboť tyto nebyly přesvědčivým způsobem zdůvodněny a prokázány.

56. Další námitkou uplatněnou žalobkyní je poukaz na nedostatky protokolu o kontrole ze dne 1. 9. 2014, č. j. RRSZ 17950/2014 (dále jen „*Protokol o kontrole*“), s nimiž se dle mínění žalobkyně žalovaný dostatečně nevypořádal. Městský soud uvádí, že samotná kontrola je ve vztahu k příjemci veřejné finanční podpory uskutečňována na podkladě zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „*zákon o finanční kontrole*“), přičemž podle § 13 odst. 1 zákona o finanční kontrole se vzájemné vztahy mezi kontrolními orgány a kontrolovanými osobami při výkonu veřejnosprávní kontroly na místě řídí zákonem č. 255/2012 Sb., kontrolní řád (dále jen „*kontrolní řád*“), nestanoví-li zákon o finanční kontrole jinak. Ustanovení kontrolního řádu se tak použijí i na náležitosti protokolu o kontrole.
57. Porovnáním obsahu Protokolu o kontrole se zákonnými požadavky, které jsou na něj kladeny kontrolním řádem, městský soud zjistil, že Protokol o kontrole neobsahoval veškeré náležitosti dle § 12 odst. 1 písm. h) kontrolního řádu, neboť v něm nebyly označeny právní předpisy, které byly porušeny, a podklady, z nichž tato kontrolní zjištění vycházejí. Pod bodem 64.3. napadeného rozhodnutí se těmito skutečnostmi zabýval také žalovaný, který se s námitkami žalobkyně proti nedostatkům Protokolu o kontrole ztotožnil, stejně jako s tím, že se osoba zúčastněná na řízení nevypořádala řádně s námitkami proti tomuto protokolu ve vyřízení námitek ze dne 4. 11. 2014, č. j. RRSZ22909/2014 (dále jen „*Vyřízení námitek*“).
58. Žalovaný však podle názoru městského soudu ve Vyřízení námitek patrně zaměnil pasáž, která je fakticky pouze kopií námitek proti protokolu, a která byla zcela převzata z podání žalobkyně, a jinou pasáž, v níž jsou tyto námitky skutečně vypořádány. Na str. 10 Vyřízení námitek osoba zúčastněná na řízení dala za pravdu námitce, dle níž Protokol o kontrole vykazuje nedostatky v náležitostech dle § 12 odst. 1 písm. h) kontrolního řádu, když v něm není uvedeno, jakého porušení zákona o veřejných zakázkách se příjemce dotace dopustil. Osoba zúčastněná na řízení vypořádání námitek uzavřela konstatováním, že i přes tyto nedostatky bylo příjemci zřejmé, že se dopustil porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách, když tomu obsahově odpovídá argumentace použitá v námitkách.
59. Následně došlo k vyhotovení Dodatku k protokolu č. j. RRSZ 17950/2014 (dále jen „*Dodatek k protokolu*“), v němž bylo upraveno Zjištění A1, k němuž bylo doplněno, že bylo identifikováno pochybení, jímž došlo k porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách, který upravuje zásady postupu zadavatele. Stejně tak bylo ze Zjištění A1 patrné, že toto porušení spočívá ve stanovení technického kvalifikačního předpokladu dispozice obalovanou asfaltových směsí, přičemž tato nepřiměřenost je dovozována z poměru rozpočtových nákladů na asfaltové směsi vůči celkovým nákladům realizované zakázky, přičemž osoba zúčastněná na řízení ve Zjištění A1 vycházela z Odborného vyjádření a procentního rozpětí tam uváděného. Dále pak Zjištění A1 obsahuje odkazy na příslušná ustanovení dokumentů, dle nichž byla stanovena finanční oprava. Ačkoliv lze uznat, že kontrolní Zjištění A1 mohlo být formulováno komplexněji a více určitě, není možné dát za pravdu žalobkyni, že by z něj nebylo seznatelné, jaké pochybení bylo zjištěno, ani v čem dle osoby zúčastněné na řízení jednání žalobkyně porušovalo zásady § 6 zákona o veřejných zakázkách.

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

60. Souvislost mezi odkazem na Odborné vyjádření stanovující procentuální poměr ceny asfaltových směsí vůči ostatním nákladům projektu a výslovně uvedeným posuzováním přiměřenosti stanovení technického kvalifikačního požadavku na dispozici obalovnou asfaltových směsí je zde navíc podle názoru městského soudu zcela zjevná. Poukazem na vcelku nízký poměr celkové ceny asfaltových směsí vůči ceně ostatních komponent projektu se totiž zdůvodňuje nepřiměřenost řečeného technického kvalifikačního předpokladu. Nadto byla skutečnost, že bylo konstatováno porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách spočívající v porušení zákazu diskriminace, zřejmá z odkazu na Externí metodický pokyn č. 67 (Porušení rozpočtové kázně), Tabulka finančních oprav, Část I, oddíl 1.1 (Oznámení o zakázce a zadávací podmínky), řádek č. 10 (Diskriminační technické specifikace), který byl uveden nejprve v Protokolu o kontrole ve znění Dodatku k protokolu o kontrole, a následně byl odůvodněn v rámci odůvodnění oznámení o krácení způsobilých výdajů projektu. Námitka žalobkyně tedy fakticky směřuje proti slovním formulacím uvedených podkladů, avšak nemůže zpochybnit jejich rozhodný obsah.
61. To, že žalobkyně považuje Protokol o kontrole za „nicotný akt“ je zcela nepřipadné, neboť nicotnost je vlastností vyhrazenou správnímu aktu. Ani protokol, ani rozhodnutí o námitkách proti němu nepředstavují úkon, který by stanovil práva nebo ukládal povinnosti, případně by autoritativně deklaroval jejich existenci, a ani podle judikatury nejde o úkon, který by byl napadnutelný samostatnou žalobou ve správním soudnictví (vizte např. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 2. 2004, č. j. 5 A 55/2001-68, dostupný na www.nssoud.cz). Protokol o kontrole představuje zachycení výsledku kontrolní činnosti a je pouze podkladem pro případné následující správní procesy, v rámci nichž se projednávají porušení právních předpisů a v návaznosti na to se ukládají nápravná či sankční opatření. Podkladem pro rozhodnutí v navazujícím právním procesu mohou být přitom nanejvýš zachycená zjištění skutková, neboť jejich právní hodnocení ze strany kontrolních pracovníků může být pro orgán rozhodující v navazujícím právním procesu prvotní či orientační.

Námitka nesprávného hodnocení porušení § 6 zákona o veřejných zakázkách

62. Další námitkou žalobkyně bylo tvrzení, že žalovaný chybně dovodil porušení zásady zákazu diskriminace dle § 6 zákona o veřejných zakázkách, ačkoliv to osoba zúčastněná na řízení nikterak neuvedla a dle žalobkyně toto ani z jednání osoby zúčastněné na řízení nevyplývá. Podstatou návrhu na zahájení sporného řízení podaného žalobkyní byl nesouhlas s postupem osoby zúčastněné na řízení jakožto poskytovatele dotace, která žalobkyni výši poskytnuté dotace zkrátila. Důvodem tohoto zkrácení bylo právě porušení zákazu diskriminace stanoveného v § 6 zákona o veřejných zakázkách, který shledala osoba zúčastněná na řízení na základě vyhodnocení Protokolu o kontrole a jeho následného dodatku. Za situace, kdy měl žalovaný řešit spor spočívající v tom, zda osoba zúčastněná na řízení postupovala správně, když z výše uvedeného důvodu žalobkyni výši poskytnuté dotace zkrátila, bylo nutno zabývat se skutečností, zda osoba zúčastněná na řízení postupovala v souladu s uzavřenou veřejnoprávní smlouvou, dále pak tím, zda k vytýkanému porušení ustanovení zákona o veřejných zakázkách ze strany žalobkyně došlo, aby bylo možno uvážit, zda byla příslušná smluvní ustanovení aplikována v přílehlavé situaci.
63. Tyto okolnosti žalovaný taktéž hodnotil - dospěl k závěru, že dle čl. XI. bodu 1. byla žalobkyně povinna uskutečňovat zadávání veřejných zakázek v souladu se zákonem o

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

veřejných zakázkách, neboť je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. c) tohoto zákona, zabýval se dále tím, jak je porušení rozpočtové kázně definováno pro účely smlouvy o poskytnutí dotace v čl. XXI. bodě 1. této smlouvy a dále poukázal na čl. XXI. bod 10., který zakládá poskytovateli dotace, tj. osobě zúčastněné na řízení oprávnění provést finanční korekci dotace za předpokladu, že poskytovatel zjistí porušení podmínek, za kterých byla dotace poskytnuta ještě před proplacením dotace.

64. Není taktéž zřejmé, z čeho žalobkyně dovozuje, že žalovaný napravoval chyby učiněné ze strany osoby zúčastněné na řízení. Předně - ta vystupovala vůči žalobkyni jako rovnocenný smluvní partner, nikoliv jako správní orgán ve vrchnostenském postavení. Akt, proti kterému brojila žalobkyně, a kterým bylo oznámení o krácení způsobilých výdajů projektu ze dne 15. 12. 2016, nemá v této věci charakter rozhodnutí správního orgánu I. stupně. Náležitosti oznámení o krácení způsobilých výdajů jsou stručně uvedeny v již zmiňovaném čl. XXI. bodě 10 věta poslední smlouvy o dotaci, v němž je pouze stanoveno, že o krácení způsobilých výdajů bude příjemce dotace písemně informován, včetně důvodů, které poskytovatele dotace ke krácení vedly. Tyto náležitosti oznámení podle názoru městského soudu splňuje. Žalovaný byl poté jako arbitr veřejnoprávního sporu v roli, kdy na jeho rozhodnutí jsou kladeny podstatně vyšší nároky a jako takové musí být přezkoumatelné ve správním soudnictví. Žalovaný poté ve svém odůvodnění napadeného rozhodnutí podrobně odůvodnil veškeré dílčí aspekty, které k jeho vydání vedly a detailněji své důvody vyložil. Městský soud zastává názor, že v této pečlivosti a precizaci nelze spatřovat postup přičítací se zákonu; ze strany žalovaného se jednalo o vyličení zjištěného, nikoliv o dotváření, skutkového stavu, nejednalo se ani o nápravu chyb osoby zúčastněné na řízení.
65. Zásadní námitka žalobkyně je to, že žalovaný se nezabýval materiální stránkou vytýkaného jednání, přičemž žalobkyně sama je přesvědčena o tom, že se diskriminace uchazečů nemohla dopustit. Skutečnost, že technický kvalifikační předpoklad dispozice se dvěma obalovnami asfaltových směsí nebyl diskriminační, ani v žádném ohledu neopodstatněný či nepřiměřený, odůvodnila žalobkyně zájmem na vyhotovení stavby v co nejvyšší kvalitě, k čemuž je nutno mít zajištěn dostatečný přísun dostatečně kvalitní asfaltové směsi, která bude moci být dovážena na místo realizace stavby v takovém časovém intervalu, který je pro kvalitu převážného asfaltu za daných klimatických podmínek nezávadný, dále tím, že se v daném čase a místě jednalo o relativně dostupnou surovinu, tedy potenciálním uchazečům nic nebránilo si dvě z obaloven tzv. „nasmlouvat“ předem. Požadavek na výkon obaloven nejméně 160 t/h byl dle žalobkyně záměrně předimenzovaný, aby se skutečný výkon alespoň přiblížil potřebě zadavatele, což byl v dané době dle žalobkyně ustálený zvyk.
66. Již bylo výše uvedeno, že dosavadní judikatura hodnotící diskriminační charakter technického kvalifikačního předpokladu dispozice obalovnou asfaltových směsí je přiléhavá i pro projednávanou věc. Proto z ní bude soud vycházet i dále.
67. Samotná námitka žalobkyně tvrdící, že se žalovaný nezabýval materiální stránkou vytýkaného jednání, je lichá. Materiální stránkou vytýkaného jednání, totiž posouzením, zda stanovení technického kvalifikačního předpokladu dispozice dvěma obalovnami asfaltových směsí má fakticky diskriminační charakter, se žalovaný zabývá v odstavcích 61., 62. a 66. napadeného rozhodnutí, kde se dle názoru soudu řádně vypořádal s námitkami žalobkyně, které byly obsahově obdobné, jako argumentace uvedená v žalobě.

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

68. Pod bodem 61. napadeného rozhodnutí žalovaný vyložil, že technické kvalifikační předpoklady je třeba vymezit tak, aby odpovídaly druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, zjevně tedy myšlenkově vycházel z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, dle něž je třeba přiměřenost technických kvalifikačních předpokladů hodnotit ve vztahu k velikosti, složitosti a náročnosti konkrétní veřejné zakázky.
69. Citovaná judikatura zabývající se obalovnami asfaltových směsí ve veřejných zakázkách na stavební práce nestanovuje paušálně, že je takovýto technický kvalifikační předpoklad v zakázkách na stavební práce vždy diskriminační, nýbrž připouští, že za určitých podmínek může být opodstatněný. Správní soudy se obecně shodují, že by požadavek na dispozici obalovnou asfaltových směsí 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 veřejné zakázky). V projednávané věci je zřejmé, že se jedná o zcela obvyklý stavební materiál, který je dle informací poskytnutých samotnou žalobkyní dobře dostupný u poměrně vysokého počtu dodavatelů nacházejících se v dané oblasti (vizte bod 62. napadeného rozhodnutí: *„Navíc navrhovatel ve svém Vyjádření ke stanovení technických kvalifikačních předpokladů uvedl příkladný výčet min. 15 výrobních zařízení, která se nalézala v okolí a splňovala požadované parametry, z čehož plyne, že se nejednalo o materiál obtížně opatřitelný, což by za určitých podmínek mohlo odůvodnit použití tohoto sporného požadavku.“*).
70. Soud, stejně jako v napadeném rozhodnutí žalovaný, neshledává zásadní souvislost mezi výslednou kvalitou vozovky a vlastnictvím či jinou dispozicí obalovnou asfaltové směsi u potenciálního uchazeče. Skutečnost, že uchazeč obalovnou asfaltových směsí disponuje, může být nanejvýš zárukou toho, že bude mít k tomuto materiálu snadný přístup a bude jej schopen dodat, o samotné kvalitě tohoto materiálu či posléze kvalitě provedené pokládky tato skutečnost nic nesevďčí. Žalobkyně zdůrazňovala, že v případě dopravy asfaltové směsi z obalovny na místo plnění nesmí překročit určitou časovou hranici stanovenou v závislosti na aktuálních klimatických podmínkách. Tomuto tvrzení lze obecně přisvědčit, neboť se jedná o objektivně daný předpoklad zachování kvality vycházející z fyzikálních vlastností daného materiálu. Rozporuplným se však již jeví tvrzení, že dispozice obalovnou asfaltových směsí u uchazeče o plnění veřejné zakázky může sama o sobě zajistit dodržení časových intervalů nutných pro dopravu asfaltové směsi na místo plnění. Z tohoto hlediska se soudu spíš než vlastní dispozice obalovnou jeví důležitějším spolupráce s obalovnou nacházející se v takové vzdálenosti od místa plnění, která bude zaručovat dopravu asfaltové směsi v takovém čase, aby nedošlo k jejímu znehodnocení. Fakticky je tedy po uchazečích požadována nikoliv pouze dispozice „jakýmkoliv“ dvěma obalovnami asfaltových směsí, nýbrž obalovnami v určité vzdálenosti od místa plnění, což okruh potenciálních uchazečů ještě více zužuje. Soud je tedy názoru, že pouhé vlastnictví obalovny či jiná dispozice s ní negarantuje, že bude zakázka řádně splněna.
71. Žalovaný dále dospěl, obdobně jako správní soudy, k závěru, že dostatečnou zárukou kvality díla a splnění veřejné zakázky ve fázi zadávacího řízení jsou zejména referenční zakázky vybraného uchazeče. S tímto názorem se lze plně ztotožnit - navíc zadavatel sám v čl. 7.1 Seznam nejvýznamnějších stavebních prací v zadávací dokumentaci (vizte str. 6 zadávací dokumentace) tyto podklady požadoval. Tento názor zastávaný žalovaným plně koresponduje také s judikaturou správních soudů, dle níž: *„Garance řádného splnění veřejné*

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

zakázky by ve fázi zadávacího řízení naopak měla plynout ze zadavatelem též požadovaného seznamu obdobných prací uskutečněných uchazečem v posledních letech. Na jeho základě by měl zadavatel bez obtíží uzavřít, zda je ten který uchazeč technicky způsobilý požadovanou zakázku řádně splnit.“ (vizte rozsudek č. j. 1 Afs 66/2012-64, obdobně dále rozsudek č. j. 62 Af 47/2011-70, rozsudek č. j. 62 Af 1/2011-83, rozsudek č. j. 1 Afs 69/2012-55). Nadto, vzhledem ke skutečnosti, že je výroba asfaltových směsí oblastí podléhající technickým normám, je možné kvalitu jednotlivých výrobků od různých dodavatelů požadovat právě na základě dodržování technických norem (např. ČSN EN) a důslednou kontrolou kvality směsí na staveništi. Vlastnictví obalovny či jiná dispozice s ní bez dalšího nemá na kvalitu asfaltové směsi dle názoru soudu žádný vliv.

72. Při posuzování eventuální zjevné nepřiměřenosti daného technického kvalifikačního předpokladu se žalovaný zabýval také procentuálním objemem nákladů na asfaltové směsi v poměru k celkovým nákladům zakázky, přičemž vzhledem ke kvalitativním nedostatkům Odborného vyjádření nevycházel ze spekulativního, ničím nepodloženého stanovení procentuálního podílu nákladů na asfaltové směsi v něm uvedeného, tj. v rozpětí mezi 4,60 % až 9,19 %, nýbrž z původně stanoveného, v Odborném vyjádření pouze matematicky vyjádřeného a plně prokazaného podílu „pouze“ 11,49 %. Nižší podíl celkových výdajů na asfaltové směsi vůči celkovým předpokládaným výdajům je poté výchozí skutečností pro hodnocení potřeby dodávek asfaltu a s tím také souvisí hodnocení otázky dostupnosti daného materiálu, a to jak fyzické, tak ekonomické, jakož i jeho exkluzivita.
73. Chtěla-li žalobkyně legitimizovat svůj požadavek na dispozici dvěma obalovnami asfaltových směsí, mohlo se jí toto rovněž podařit prokázáním obtížné dostupnosti této suroviny, která je uvedeno výše, tedy prokázáním významného ekonomického zájmu zadavatele. Vzhledem k tomu, že žalobkyně naopak uvedla, že takovýchto obaloven je v okolí přinejmenším patnáct, nebyl tento významný ekonomický zájem prokázán, jak správně dovodil žalovaný. Pakliže samotný požadavek na dispozici dvěma obalovnami asfaltových směsí nebyl přiměřený, neobstojí ani argumentace žalobkyně, že pokud bylo vhodných obaloven v okolí dostatek, pro případné uchazeče nemohl být problém uzavřít se dvěma z nich dohodu. Toto vědomí mohlo sice v žalobkyni vzbudit přesvědčení, že uchazečům nebude činit potíže uzavřít s některými z dostupných obaloven příslušnou smlouvu na dodávky potřebné asfaltové směsi. Podstatné je však to, že žalobkyně takto stanovila vzhledem k předmětu zakázky nepřiměřený požadavek, jenž mohl ovlivnit ekonomické (a např. právní) uvažování uchazečů o zakázku. Ti se pak mohli rozhodnout obalovny ve vyžadovaném množství nezajišťovat a zakázky se neúčastnit; jednalo se proto nepochybně o požadavek s eliminačními účinky na počet uchazečů.
74. Ani námitka, že se žalovaný nevypořádal dostatečně s hodnocením individuálních okolností, které by obdobný požadavek mohly legitimizovat, se nezakládá na skutečném stavu věci. Žalovaný v odst. 66. odůvodnění napadeného rozhodnutí konkrétně uvedl: „V nyní posuzované věci se však jednalo o materiál dostupný u poměrně velkého množství dodavatelů nacházejících se v dané oblasti a jeho podíl na celkových předpokládaných výdajích spojených se zakázkou nebyl dominantní, když činil pouze 11,49 %. K argumentaci navrhovatele, že na kvalitě asfaltového krytu závisela celková kvalita silniční komunikace a možnost jejího užívání, správní orgán uvádí, že to, zda dodavatel disponoval již v době zadávacího řízení dvěma obalovnami s kapacitou min. 160 t/hod. nemohlo samo o sobě zajistit kvalitu povrchu vozovky.“

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

75. Jak už bylo výše uváděno, dosavadní judikatura nevyklučuje technický kvalifikační předpoklad dispozice obalovnou asfaltových směsí u zakázek na provedení stavebních prací paušálně, zdůrazňuje však nutnost, aby bylo užití takového předpokladu objektivně odůvodněné, mimo jiné např. dominantní rolí daného materiálu v rámci dané zakázky. Z výše uvedeného je zřejmé, že se žalovaný zaobíral také procentuálním podílem nákladů na asfaltové směsi vůči celkovým nákladům projektu, a vyhodnotil, že podíl 11,49 % tvoří ještě relativně malou část z celkových nákladů na to, aby mohl legitimně odůvodnit požadavek na dispozici dvěma obalovnami asfaltových směsí. Obdobně např. v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 21. 6. 2012, č. j. 62 Af 74/2010-61 a v navazujícím rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 12. 2012, č. j. 1 Afs 66/2012-64, dodávka asfaltové směsi tvořila pouze 3 % hodnoty zakázky. Naopak Krajský soud v Hradci Králové v rozsudku ze dne 7. 6. 2017, č. j. 52 Af 16/2016-87, dospěl v daném případě k opačnému závěru, totiž že požadavek na dispozici obalovnou asfaltových směsí je přiměřený a odůvodněný vzhledem k předmětu zakázky, kterým byla rekonstrukce pozemní komunikace, a dále především vzhledem k celkovému podílu nákladů na dodávku obalované směsi, který tvořil 30 % z celé zakázky.
76. Tato předchozí soudní rozhodnutí mohou pro účely nyní projednávané věci představovat jisté mantinely, v jejichž rámci je třeba uvažovat. Byl-li požadavek na dispozici „pouze“ jednou obalovnou asfaltových směsí považován v případě 3% podílu z celkového objemu zakázky za nepřiměřený, a naopak v případě 30% podílu z celkového objemu zakázky za přijatelný, je současný 11,49% podíl na pomyslné škále blíže spíše její „dolní hranici“, přičemž v daném případě se nejedná o požadavek na dispozici nikoliv jednou, nýbrž rovnou dvěma obalovnami asfaltových směsí. Ačkoliv se i v tomto případě jednalo o zakázku, jejímž předmětem byla rekonstrukce a modernizace silnice, stále se jednalo o zakázku na provedení stavebních prací, nikoliv na dodávku stavebního materiálu. Soud se tedy ztotožnil se závěry, k nimž dospěl žalovaný.

Namítaný rozpor se závěry Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

77. Posledním žalobním bodem uplatněným žalobkyní je poukaz na skutečnost, že jednání, v němž žalovaný spatřuje porušení rozpočtové kázně, svým obsahem odpovídá správnímu deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, avšak dle Oznámení výsledku šetření podnětu ze dne 15. 4. 2015, č. j. ÚOHS-P39/2015/VZ-7503/2015/551/SBe, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže neshledal důvody pro zahájení správního řízení z moci úřední, tedy o správním deliktu. Žalobkyně je tedy toho názoru, že se nemohla dopustit diskriminace. Této žalobní námitce žalobkyně nelze přisvědčit.
78. Žalovaný posuzoval porušení či nesprávný výklad veřejnoprávní smlouvy o poskytnutí dotace, nikoliv posuzování toho, zda žalobkyně spáchala správní delikt. V této souvislosti soud poukazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 12. 2016, č. j. 4 Afs 167/2016-47, v němž se Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že „...závěr jednoho orgánu veřejné moci, že nedošlo k naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle zákona o veřejných zakázkách, proto není na překážku závěru jiného orgánu veřejné moci, že došlo k porušení rozpočtové kázně [...] Nejvyšší správní soud proto konstatuje, že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže nezaujal žádné stanovisko k otázce, zda stěžovatel porušil zákon o veřejných zakázkách, avšak toliko k otázce, zda v daném okamžiku nabyt důvodné podezření, že se dopustil správního deliktu. Stanovisko úřadu tak podle Nejvyššího správního soudu nemohlo mít žádný význam pro rozhodnutí správce daně, žalovaného nebo krajského soudu“.

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

79. Je tedy zřejmé, že ani pokud ÚOHS neshledal důvod k vedení řízení o správně-trestním postihu žalobkyně na úseku veřejných zakázek, neznamená to, že by žalovaný byl bez dalšího a bez ohledu na vylíčená specifika obou řízení povinen akceptovat názor ÚOHS a aplikovat jej při rozhodování ve sporném řízení, tzn. že by žalovaný byl tímto právním názorem vázán, musel jej bezvýhradně akceptovat a musel v souladu s ním rozhodnout i o merituu věci. Závěr ÚOHS o tom, že jednáním žalobkyně nedošlo ke spáchání správního deliktu, tak bez dalšího neovlivňuje závěr o porušení zákona o veřejných zakázkách. Krom toho žalobkyní zmiňované Oznámení o výsledku šetření podnětu ze dne 15. 4. 2015, č. j. ÚOHS-P39/2015/VZ-7503/2015/551/SB, ani neobsahuje žádné odůvodnění, z něž by byly úvahy, které Úřad pro ochranu hospodářské soutěže k tomuto závěru vedly, seznatelné. Tím spíše jím žalovaný nemohl být vázán.

VI. Závěr a rozhodnutí o nákladech řízení

80. Na základě všech shora uvedených skutečností se městský soud se žádnou žalobní námitkou neztotožnil, žalobu neshledal důvodnou, a proto ji podle § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl.
81. Výrok o náhradě nákladů řízení je odůvodněn podle § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalobkyně neměla ve věci úspěch, proto jí právo na náhradu nákladů řízení nenáleží. Žalovanému pak žádné náklady v souvislosti s vedením předmětného řízení nevznikly.
82. Osoba zúčastněná na řízení má podle § 60 odst. 5 s. ř. s. právo jen na náhradu nákladů, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti uložené soudem. Neboť soud osobě zúčastněné na řízení žádnou povinnost neuložil, nemohly jí takové náklady vzniknout.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno, a to v tolika vyhotoveních (podává-li se v listinné podobě), aby jedno zůstalo soudu a každý účastník dostal jeden stejnopis. 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). Případně-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.

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.

V Praze 22. června 2021

JUDr. Ing. Viera Horčicová v. r.
předsedkyně senátu

Shodu s prvopisem potvrzuje K. Š.