



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Petra Mikeše a soudců Milana Podhrázkého 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. 9. 2017, čj. MF-66199/2014/1203-7, o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Ostravě ze dne 5. 6. 2019, čj. 22 Af 149/2017-82,

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 o kasační stížnosti.
- III. Žalovanému **s e** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti **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 (dále „stěžovatel“) uzavřel dne 7. 9. 2009 s Regionální radou regionu soudržnosti Moravskoslezsko (dále „regionální rada“) smlouvu o poskytnutí *ex post* dotace z rozpočtu regionální rady. Dotace se týkala projektu „Silnice 2009“, jenž spočíval v rekonstrukci a modernizaci silnice II/464 Studénka – Mošnov, včetně mostů 464-15 a 464-16. Pro tento projekt stěžovatel vypsal podlimitní veřejnou zakázku. Auditní orgán žalovaného vyhotovil v návaznosti na auditní šetření u stěžovatele zprávu o auditu operace ze dne 26. 9. 2013, v níž konstatoval, že stěžovatel porušil zásadu zákazu diskriminace podle § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 3. 2012 (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), tím, že požadoval, aby uchazeči o veřejnou

zakázku v souvislosti s projektem disponovali dvěma obalovnami živičných směsí, jejichž součet výkonu bude minimálně 280 t/h. Stanovením této minimální úrovně se stěžovatel dopustil skryté diskriminace v zadávacím řízení, čímž porušil smlouvu o poskytnutí dotace a metodické pokyny pro zadávání veřejných zakázek.

[2] V návaznosti na tato zjištění uložil Úřad regionální rady rozhodnutím ze dne 17. 7. 2014, čj. RRRSM 11212/2014, stěžovateli odvod za porušení rozpočtové kázně ve výši 6 362 385 Kč. Odvod byl stanoven ve výši 25 % způsobilých výdajů vztahujících se k dotčené veřejné zakázce. Proti tomuto rozhodnutí podal stěžovatel odvolání, které žalovaný shora uvedeným rozhodnutím zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

[3] Následně stěžovatel podal proti rozhodnutí žalovaného žalobu ke Krajskému soudu v Ostravě, který ji v záhlaví uvedeným rozsudkem jako nedůvodnou zamítl.

[4] Krajský soud se ztotožnil s námitkou, že stěžovatel měl určité legitimní očekávání co do existující praxe v době zadání veřejné zakázky. Nicméně zároveň seznal, že se rozhodnutí žalovaného a hodnocení auditního orgánu nezakládalo pouze na právních závěrech podpořených až pozdější judikaturou správních soudů. Odkaz na ni byl pouze podpůrným důvodem na základě primárního posouzení toho, zda stěžovatelem stanovený kvalifikační předpoklad byl ve vztahu k posuzované veřejné zakázce důvodný a účelný. Auditní orgán vyhodnotil, že vymezená kvalifikační kritéria představují skrytou diskriminaci v zadávacím řízení. Indikují totiž uchazeče, kteří je mohou splnit, a současně nemají povahu minimální úrovně, protože bylo možné s ohledem na existenci dalších obaloven v okolí kvalitně splnit předmět zakázky i bez vlastnictví či smluvního zajištění dvou obaloven o požadované kapacitě. Žalovaný k tomu dodal, že tento kvalifikační předpoklad není objektivně splnitelný pro všechny možné uchazeče, protože do značné míry závisí na vůli vlastníků obaloven. Nadto stěžovatel požadoval výkon obaloven více než dvojnásobný ve srovnání s tím, co plyne z doporučení Ministerstva dopravy jako požadovaný výkon obalovny vyrábějící asfaltovou směs pro dálnice a rychlostní silnice (120 t/h), ačkoliv se jednalo o rekonstrukci a modernizaci silnice II. třídy, dvou mostů a příslušenství komunikace.

[5] Ve vztahu k námitkám stěžovatele ohledně jeho ekonomické úvahy při stanovení kvalifikačního předpokladu a problematiky skryté diskriminace krajský soud ve zbytku plně odkázal na závěry plynoucí z rozsudku NSS ze dne 28. 3. 2013, čj. 1 Afs 69/2012-55, *FIRESTA - Fišer*. V projednávané věci nebyly objektivní okolnosti odůvodňující stanovení výše uvedeného technického kvalifikačního předpokladu prokázány. 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 nijak nepodílela v různých stupních, ani u ní nebyl shledán poměr k stěžovateli anebo k předmětu řízení.

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření žalovaného

[6] Stěžovatel napadl rozsudek krajského soudu kasační stížností, podle jejího obsahu z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.

pokračování

[7] Namítá, že Ing. M. M., Ph.D., byl podjatou úřední osobou, neboť ve věci existují důvodné pochybnosti, že nerozhodoval nestranně a že mohl mít osobní zájem na potvrzení závěrů auditního orgánu. Pozice náměstka ministra financí je politickou funkcí. Nelze vyloučit, že uvedená osoba mohla z této pozice do závěrů auditního orgánu zasáhnout. Daňový řád nevyžaduje pro založení podjatosti úřední osoby jistotu ani přiměřenou pravděpodobnost existence nežádoucího vztahu, postačí, jestliže lze o nepodjatosti pochybovat (rozsudek NSS ze dne 27. 11. 2012, čj. 1 As 19/2010 - 106, č. 2801/2013 Sb. NSS).

[8] Auditní orgán a žalovaný neodborně hodnotili kvalifikační předpoklady nastavené stěžovatelem z pohledu druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Závěr žalovaného o nadhodnocení kvalifikačního předpokladu je spekulativní, neboť se opírá pouze o doporučující dokument Ministerstva dopravy, nikoliv o obecně závazný předpis. Tento dokument s názvem „*Technické kvalitaivní podmínky staveb pozemních komunikací*“ je třeba považovat za pouhou pracovní pomůcku. Normy ČSN neurčují přesný výkon obaloven. Požadavky na obalovny by proto měly vycházet z odborných technických požadavků zadavatele na kvalitu díla. Požadované kvalifikační předpoklady mohli účastníci naplnit prostřednictvím 13 dostupných obaloven. Stěžovatel v průběhu lhůty pro podání nabídek k veřejné zakázce původní kvalifikační předpoklad rozvolnil tím, že se obalovny nemusely nacházet pouze v určené vzdálenosti 50 km.

[9] 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 nejvýznamnější charakter, protože na její kvalitě nejvíce závisí budoucí užívání díla. Podmínky zadávací dokumentace proto soustředil především na tuto část projektu. Jednalo se tak o požadavek v souladu s jeho oprávněnými zájmy a potřebami. Tento požadavek byl zároveň technicky opodstatněný, proto stěžovatel postupoval v souladu s tehdejší rozhodovací praxí a s legitimním očekáváním v ní. Žalovaný nepředložil odborný argument o nepřiměřenosti výše uvedeného kvalifikačního požadavku, živice vrstvy však významně ovlivňují kvalitu a životnost celého díla.

[10] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že se krajský soud s argumenty uvedenými v kasační stížnosti vypořádal již v řízení o žalobě. Stěžovatel neuvedl žádné konkrétní argumenty, z nichž by byl patrný zájem zmíněné úřední osoby na ovlivnění výsledku daňového řízení. Stěžovatel redukuje rozhodné závěry žalovaného na pouhé konstatování nepřiměřenosti daného požadavku. Zcela však opomíjí, že žalovaný také zdůraznil, že podíl obalované směsi na hodnotě veřejné zakázky činil pouze 10 % předpokládané ceny. Z rozsudku *FIRESTA - Fišer* 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. Předmětem projektu byla nejen rekonstrukce a modernizace vozovky, nýbrž také mostů. Nelze proto předpokládat, že obalovaná asfaltová směs byla stěžejní částí zakázky. Technické kvalifikační předpoklady byly nastaveny výrazně přísněji, než odpovídalo povaze a rozsahu této veřejné zakázky. Tento závěr podporuje i fakt, že 3 z 6 účastníků

soutěže technické kvalifikační předpoklady nesplnili. Závěrem žalovaný navrhl, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[11] Nejvyšší správní soud posoudil kasační stížnost a dospěl k závěru, že není důvodná.

[12] Nejvyšší správní soud úvodem předeseílá, že téměř totožnými věcmi téhož stěžovatele se již zabýval v rozsudcích ze dne 13. 4. 2021, čj. 6 Afs 143/2019-29, a ze dne 27. 7. 2021, čj. 8 Afs 244/2019 - 34. V těchto rozsudcích se soud věnoval obdobným vytýkaným pochybením stěžovatele ve vztahu k projektům „Mosty 2010“ a „Silnice 2009 – obchvat Opava“. Jelikož se závěry krajského soudu v těchto věcech i argumentace stěžovatele uplatněná v kasačních stížnostech ve své podstatě nikterak neliší, Nejvyšší správní soud neshledal v nyní projednávané věci důvod se od svých dřívějších závěrů odchýlit.

[13] Pokud jde o námitku podjatosti úřední osoby (Ing. M. M., Ph.D.), Nejvyšší správní soud podotýká, že se touto námitkou podrobně zabýval krajský soud a v rozhodnutí o odvolání i žalovaný, přičemž stěžovatel v kasační stížnosti neuvádí nic, co by jejich vypořádání nyní vyvracelo. Krajský soud v bodě 9 napadeného rozsudku 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 zprávy. 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 sp. zn. 6 Afs 143/2019 (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.

[14] 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 požadoval v rámci technických kvalifikačních předpokladů, aby uchazeči o veřejnou zakázku v souvislosti s projektem disponovali dvěma obalovnami živičných směsí, jejichž součet výkonu bude minimálně 280 t/h. Podle stěžovatele byl tento požadavek oprávněný a založený na jeho legitimní důvěře v jeho opodstatněnost.

[15] 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

pokračování

a složitosti předmětu plnění 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, efektivita 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. 9. 2010, čj. 1 Afs 45/2010-159, č. 2189/2011 Sb. NSS, *Karlovarská losovačka*, zde podrobněji ve vztahu k zásadě transparentnosti, či ze dne 5. 6. 2008, čj. 1 Afs 20/2008-152, č. 1771/2009 Sb. NSS, *Lumius*, 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.

[16] Ani v nyní projednávané věci nelze odhlédnout od závěrů rozsudku *FIRESTA - Fišer*, na nějž 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 13 ve vzdálenosti do 50 km, ve vzdálenosti do 85 km dalších 7), a nezpochybňoval ani skutečnost, že hodnota obalované směsi činila pouze 10 % 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 důležitá, lze přisvědčit argumentaci žalovaného, 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 rozsudku *FIRESTA - Fišer*).

[17] Stěžovatel považuje 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 pouze o rekonstrukci a modernizaci silnice II. třídy a dvou mostů, byl požadavek stěžovatele, aby dodavatel disponoval nejméně 2 obalovnami o výkonu v součtu minimálně 280 t/hod, zjevně nepřiměřený.

[18] Nejvyšší správní soud proto shledal závěry krajského soudu, resp. žalovaného za souladné s požadavky vyplývajícími ze zákona o veřejných zakázkách, tak i s dosavadní judikaturní praxí.

[19] 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 rozsudku sp. zn. 6 Afs 143/2019, resp. také 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 *FIRESTA - Fišer*. Jelikož je Nejvyšší správní soud vázán rozsahem a důvody kasační stížnosti, nemohl se shodně jako ve věci sp. zn. 6 Afs 143/2019 a sp. zn. 8 Afs 244/2019 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 krajského soudu, že odkaz na pozdější judikaturu správních soudů byl užit pouze podpůrně až na základě primárního posouzení, zda stěžovatelem stanovený kvalifikační předpoklad byl ve vztahu k veřejné zakázce důvodný a účelný. Pouze nad rámec rozhodovacích důvodů lze proto odkázat i na zmíněný rozsudek NSS sp. zn. 1 Afs 480/2020 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

[20] Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná. Ze shora uvedených důvodů proto kasační stížnost podle § 110 odst. 1 věty poslední s. ř. s. zamítl.

[21] Nejvyšší správní soud rozhodl o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti podle § 60 odst. 1 věty první s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel nebyl v řízení o kasační stížnosti úspěšný, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému, kterému by jinak právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti příslušelo, soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, neboť mu v řízení o kasační stížnosti žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly.

pokračování

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

V Brně 2. prosince 2021

Petr Mikeš
předseda senátu