



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Ostravě - pobočka v Olomouci rozhodl v senátě složeném z předsedkyně senátu Mgr. Barbory Berkové a soudců JUDr. Markéty Fialové a JUDr. Michala Jantoše ve věci

žalobkyně: **obec B.**, IČO: X
sídlem B. 2, X B.
zastoupená advokátem JUDr. Josefem Jansou
sídlem Riegrova 11, 779 00 Olomouc

proti
žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**
sídlem Masarykova 427/31, 602 00 Brno

o žalobě proti rozhodnutí Ministerstva financí ze dne 7. 10. 2021, č. j. MF-5312/2017/1203-12, ve věci odvodu za porušení rozpočtové kázně,

takto:

- I. Žaloba se **zamítá**.
- II. Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

A. Vymezení věci a obsahu podání účastníků

1. Žalobkyně uzavřela s Regionální radou regionu soudržnosti Střední Morava dne 9. 10. 2012 veřejnoprávní smlouvu o poskytnutí dotace na projekt *Přístupová komunikace k bradu B.* (dále jen „první smlouva“), ve které se poskytovatel dotace zavázal *ex post* uhradit žalobkyni nanejvýš 85 % z celkových způsobilých výdajů projektu, tj. 6 150 973,82 Kč.
2. Dále žalobkyně uzavřela s tímž subjektem dne 1. 2. 2013 veřejnoprávní smlouvu o poskytnutí dotace na projekt *B. – rekonstrukce náměstí* (dále jen „druhá smlouva“), ve které

se poskytovatel dotace zavázal *ex post* uhradit žalobkyni nanejvýš 85 % z celkových způsobilých výdajů projektu, tj. 20 879 400 Kč.

3. Žalobkyně zadala dne 16. 3. 2012 veřejnou zakázku na stavební práce s názvem *B. – rekonstrukce náměstí a přístupové komunikace k hradu B.* S vítězným uchazečem uzavřela dne 19. 9. 2012 smlouvu o dílo, projekt realizovala a posléze požádala o proplacení výdajů. Na základě první smlouvy bylo žalobkyni dne 20. 11. 2013 vyplaceno 5 729 490,49 Kč. Na základě druhé smlouvy jí bylo téhož dne vyplaceno 20 744 449,53 Kč.
4. Ve věci následně proběhl audit operace ve smyslu čl. 62 odst. 1 písm. b) nařízení č. 1083/2006 a dále veřejnosprávní kontrola podle zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě. Na základě výstupů z těchto kontrol zahájil dne 8. 8. 2016 Úřad regionální rady regionu soudržnosti Střední Morava (dále jen „správce daně“) daňovou kontrolu. Po jejím ukončení vydal platební výměr ze dne 3. 11. 2016, č. j. OKN-PRK 27/2015, kterým žalobkyni uložil podle § 22 zákona č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění účinném do 19. 2. 2015 (dále jen „zákon o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů“) odvod za porušení rozpočtové kázně v celkové výši 3 366 513 Kč, přičemž první smlouvy se týká odvod ve výši 1 389 263,23 Kč a druhé odvod ve výši 1 977 249,24 Kč. Důvodem pro stanovení odvodu byla následující zjištění:
 - žalobkyně v rámci technických kvalifikačních předpokladů (TKP) při zadávání veřejné zakázky stanovila pro uchazeče podmínku spočívající v prokázání dispozice s obalovnou asfaltových směsí (postačilo doložení závazného příslibu vlastníka obalovny), přičemž tento požadavek neodpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky podle § 56 odst. 5 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), čímž žalobkyně porušila zákaz diskriminace uvedený v § 6 téhož zákona a současně čl. 7 odst. 4 a čl. 8 odst. 2 první i druhé smlouvy. Za to jí byl uložen odvod ve výši 10 % způsobilých výdajů vztahujících se ke každé smlouvě, tj. 469 206,37 Kč ve vztahu k první smlouvě a 1 945 374,24 Kč ve vztahu k druhé smlouvě;
 - žalobkyně uplatnila k první smlouvě nezpůsobilé výdaje ve výši 904 826,86 Kč bez DPH, které se týkaly provedené sanace zemní pláně z důvodu zjištění nevhodného povrchu pro výstavbu parkoviště. Tyto náklady dle správce daně nesplnily kritéria pro vícepráce uvedené v § 23 odst. 7 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, protože potřeba jejich provedení nevznikla v důsledku objektivně nepředvídatelných okolností. Tuto částku uložil správce daně žalobkyni jako odvod za porušení rozpočtové kázně;
 - žalobkyně uměle rozdělila veřejnou zakázku na zajištění technického dozoru na dvě samostatné zakázky *B. – rekonstrukce náměstí a B. – přístupová komunikace k hradu B.* Tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, v důsledku čehož byly obě zakázky vyhlášeny ve II. kategorii ve smyslu metodického pokynu *Zadávání veřejných zakázek v programovém období 2007–2013 verze 8.1* (dále jen „MPZZ“), namísto III. kategorie. Pro zadání zakázek ve II. kategorii jsou stanoveny méně transparentní podmínky než ve III. kategorii, v jejímž rámci měly být zadány. Tím žalobkyně porušila čl. 5 MPZZ a současně čl. 7 odst. 4 a čl. 8 odst. 2 první i druhé smlouvy. Za to jí byl uložen odvod ve výši 25 % způsobilých výdajů vztahujících se ke každé smlouvě, tj. 15 230 Kč ve vztahu k první smlouvě a 31 875 Kč ve vztahu k druhé smlouvě.

5. Žalobkyně proti platebnímu výměru brojila odvoláním, které Ministerstvo financí napadeným rozhodnutím zamítlo. Proto se nyní podanou žalobou domáhá zrušení napadeného rozhodnutí, vůči němuž namítá, že:
- žalovaný u zjištění ohledně diskriminace vycházel výhradně ze zprávy o auditu operace č. ROPSM/2015/O/012, která se však týká pouze první smlouvy a projektu přístupové komunikace k hradu. Auditní orgán dospěl k závěru, že hodnota živichých směsí měla představovat 6,85 % hodnoty zakázky na stavební práce. To je ale závěr nesprávný, protože není možné zohledňovat cenu celé zadávané zakázky, nýbrž jen její části týkající se stavby přístupové komunikace k hradu. Jedná se totiž o zcela samostatný projekt, na který byla uzavřena zcela samostatná dotační smlouva. Z položkového rozpočtu, který tvořil přílohu smlouvy o dílo vyplývá, že z celkové ceny této části zakázky ve výši 4 625 046 Kč bez DPH připadalo na živiché směsi 1 501 183 Kč bez DPH, tj. 38,95 %. Skutečnost, že byla zadána z praktických důvodů pouze jedna zakázka na tom nic nemění, protože obě dotační smlouvy jsou na sobě nezávislé a prostředky získané každou z nich bylo nezbytné použít právě na tu část zakázky, která odpovídala smlouvě. Judikatura, na kterou odkázal žalovaný není přílehlavá. Na věc dopadá rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové – pobočka v Pardubicích ze dne 7. 6. 2017, č. j. 52 Af 16/2016-87. Z něj jednoznačně vyplývá, že požadavek žalobkyně nebyl zjevně nepřiměřený. Žádná skutková zjištění ve vztahu k druhé části zakázky, tj. rekonstrukci náměstí, z auditu operace neplynou. Skutková zjištění správních orgánů proto nemají patřičný podklad.
 - žalovaný ve svém hodnocení ohledně provedených víceprací nezohlednil část technické zprávy, která stanoví, že pro stavbu komunikace vedoucí k hradu nebylo nutné získat stavební povolení a ani tuto stavbu ohlašovat. Proto také nemusela být vypracována projektová dokumentace, jejíž obsah a rozsah jsou dány přílohou č. 1 k vyhlášce č. 499/2006 Sb. V rámci technické pomoci investorovi byly pro navrhovanou stavbu zpracovány pouze technické zprávy. Samotná zpráva pak spojovala nutnost vypracování minimálně inženýrskogeologické a hydrogeologické rešerše pouze pro případ, že by byla vypracována realizační dokumentace. Navíc rešerše není totéž co kopaná sonda, a vychází se při ní toliko z listinných podkladů. Nemohla proto odhalit nevhodné podloží. Z technické zprávy je též zřejmé, že stavba komunikace k hradu spočívala v rekonstrukci stávající komunikace, a bylo možné předpokládat, že jak objekt komunikace, tak objekt parkoviště byly v minulosti řádně povoleny a že měly vyhovující podloží. Proto nebyl důvod provádět geologické průzkumy či rešerše. Provedené vícepráce proto nebylo možné objektivně předvídat.
 - k uzavření mandátních smluv na výkon technického dozoru došlo dne 26. 10. 2012 (ke stavbě přístupové komunikace k hradu – první smlouva) a dne 14. 9. 2012 (rekonstrukce náměstí – druhá smlouva). Obě mandátní smlouvy byly uzavřeny před samotnými dotačními smlouvami, proto nemohlo uzavřením předmětných mandátních smluv a rozdělením souvisejících zakázek dojít k jejich porušení. MPZZ, který dle žalovaného měla žalobkyně porušit, vůbec nebyl součástí dotačních smluv, protože čl. 17 smluv na tento pokyn neodkazovaly. Navíc stavba rekonstrukce náměstí a stavba přístupové komunikace k hradu byly realizovány v jiném časovém období a na jejich úhradu byly použité prostředky z různých dotačních smluv. Jako první byla realizována stavba přístupové komunikace k hradu, proto bylo v rámci výkonu efektivní kontroly nutné rozdělit zakázku na zajištění technického dozoru stavby.

6. Žalovaný ve svém vyjádření navrhl žalobu zamítnout a zopakoval argumentaci uvedenou v napadeném rozhodnutí. Nad rámec toho odkázal na aktuální rozsudky NSS, které podporují jeho závěr o tom, že kritérium týkající se obalovny bylo diskriminační ve smyslu § 6 zákona o veřejných zakázkách.
7. V replice žalobkyně opětovně zdůraznila nezávislost a samostatnost obou dotačních smluv. Dále poukázala na to, že i kdyby bylo možné shledat nějaké pochybení týkající se první smlouvy, např. diskriminačního požadavku při prokazování TKP, bylo by možné uložit žalobkyni odvod pouze z prostředků poskytnutých na základě té smlouvy, které se neoprávněné čerpání prostředků týká.

B. Posouzení věci krajským soudem

8. Krajský soud přezkoumal napadené rozhodnutí v mezích žalobních bodů dle § 75 odst. 2 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“), přičemž vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době vydání napadeného rozhodnutí (§ 75 odst. 1 s. ř. s.) a dospěl k závěru, že žaloba není důvodná. Soud rozhodl bez jednání podle § 51 odst. 1 s. ř. s.
9. Poté, co věc napadla soudu, došlo na základě zákona č. 251/2021 Sb., kterým se mění zákon č. 248/2000 Sb., o podpoře regionálního rozvoje, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony, s účinností od 1. 1. 2022 ke zrušení regionálních rad regionů soudržnosti a ke změně odpovídající procesní úpravy. Působnost nadřízeného orgánu v důsledku toho přešla z Ministerstva financí na Odvolací finanční ředitelství, proto soud podle § 69 s. ř. s. jako s žalovaným jednal právě s ním. Přechod působnosti nevylučuje ani čl. IX bod 4 zákona č. 251/2021 Sb., který se vztahuje na řízení neukončená ke dni 31. 12. 2021. Tato řízení dokončí ministerstvo. Poté však již působnost přechází na Odvolací finanční ředitelství, a to i tehdy, pokud by bylo rozhodnutí ministerstva posléze zrušeno (blíže srov. usnesení zdejšího soudu ze dne 17. 5. 2022, č. j. 65 Af 68/2020-79 a rozsudky NSS ze dne 24. 10. 2022, č. j. 7 As 125/2022-41, ze dne 1. 9. 2022, č. j. 6 Afs 89/2022-28 nebo ze dne 22. 12. 2022, č. j. 8 Afs 178/2022-44).

Ke stanovení diskriminačního požadavku na prokázání TKP

10. Správce daně závěr týkající se diskriminačního stanovení požadavku na splnění TKP odůvodnil tím, že předmětem zakázky byla rekonstrukce povrchů a změny polohopisného i výškového uspořádání b. náměstí a rekonstrukce místní komunikace o délce 450 m směřující k hradu. Dodávka živičných směsí představovala 6,85 % zakázky na stavební práce. V dosahu stavby bylo k dispozici minimálně 6 obaloven, u kterých doba skladování a dopravy směsi na místo pokládky nepřesáhla 1,5 hod. Součástí TKP byl též požadavek na předložení seznamu stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatelů o jejich řádném splnění, přičemž se muselo jednat o zakázky týkající se rekonstrukce komunikace v centru obce nebo o zakázky s finančním objemem na komunikace minimálně 25 mil. Kč. Pro zamezení finančních rizik byla žalobkyní vymezena měsíční fakturace a smluvní pokuty. Dle správce daně nebylo nutné, aby dodavatelé disponovali již ve fázi prokazování TKP obalovnou, resp. smlouvou s jejím vlastníkem na dodávku živičné směsi. V okolí jich byl k dispozici dostatečný počet. Vítěz zadávacího řízení by neměl problém uzavřít dohodu na dodávku živičných směsí s kteroukoliv z nich a nemusel mít dodávku živičné směsi předem zajištěnu. Tato podmínka nepřiměřeně dopadala na zájemce, kteří se museli již v okamžiku prokazování TKP, tedy ještě než se rozhodnou,

zda vůbec předloží svojí nabídku, disponovat obalovnou, nebo závazným příslibem vlastníka obalovny. Navíc splnění požadavku ohledně dispozice s obalovnou záviselo do značné míry na vůli vlastníků obaloven. Nebyly zjištěny ani žádné objektivní okolnosti, které by jeho existenci odůvodnily. Takový požadavek neodpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu zakázky a žalobkyně stanovila dostatečné záruky toho, že se o zakázku budou ucházet jen způsobilí dodavatelé. Ve věci sice nikdo vůči postupu žalobkyně nepodal stížnost a předmětný požadavek všichni uchazeči splnili, nicméně to neznamená, že potenciálně nemohli být odrazeni od účasti v řízení též další dodavatelé. Za skrytou formu nepřípustné diskriminace je podle rozsudku NSS ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152 nutné považovat takový postup zadavatele, který nastavením TKP v rozporu se zákonem znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku, ačkoli by jinak byli k plnění předmětu zakázky objektivně způsobilí. Žalobkyně porušila zákaz diskriminace uvedený v § 6 zákona o veřejných zakázkách a současně čl. 7 odst. 4 a čl. 8 odst. 2 první i druhé smlouvy (str. 2 až 9 platebního výměru).

11. Ministerstvo se ztotožnilo se závěry správce daně a doplnilo, že předmětné kritérium by bylo akceptovatelné, pokud by se jednalo o materiál obtížně opatřitelný nebo jeho podíl na hodnotě zakázky by byl dominantní. Dále doplnilo odkazy na rozsudky NSS ze dne 20. 12. 2012, č. j. 1 Afs 66/2012-64 a ze dne 28. 3. 2013, č. j. 1 Afs 69/2012-55 (str. 12 až 16 napadeného rozhodnutí).
12. Krajský soud musí předně odmítnout jako nedůvodné námitky týkající se skutkových zjištění. Z platebního výměru správce daně vyplývá, že ten vycházel ze zprávy o daňové kontrole ze dne 31. 10. 2016, č. D 27/2015. Ta vycházela ze skutkových zjištění vyplývajících ze zprávy o auditu operace č. ROPSM/2015/O/012 a z protokolu o veřejnosprávní kontrole ze dne 8. 1. 2016, č. OKN-P 28/2015, který žalobkyně v žalobě zcela opomenula. Z uvedených dokumentů správce daně zjistil shodné, a sice že dodávka živičných směsí představovala 6,85 % hodnoty zakázky na stavební práce, tj. celé zakázky zadané žalobkyní pod názvem *B. – rekonstrukce náměstí a přístupové komunikace k hradu B.* Předmětné zjištění se prvně objevilo ve zprávě o auditu operace. Ten byl sice ryze formálně proveden výhradně ve vztahu k první smlouvě, nicméně jeho zjištění o poměru hodnoty dodaných živičných směsí a hodnoty zakázky se vztahuje k celé žalobkyní zadané zakázce, která se skládala jak z rekonstrukce náměstí, tak z rekonstrukce komunikace vedoucí k hradu. To zcela zřetelně vyplývá ze str. 10 zprávy o auditu, kde je předmět zkoumané zakázky popsán. Proto také auditoři konstatovali, že uvedené zjištění může mít vliv rovněž na druhou smlouvu. Žalobkyně se tak mýlí v tom, že by snad z hlediska skutkového byla hodnocena jen část zakázky týkající se první smlouvy. Totožné zjištění pak vyplývá z výše uvedeného protokolu o kontrole, který se naopak ryze formálně týkal jen druhé smlouvy, nicméně i zde došlo k hodnocení obou částí zakázek *en block*. Správce daně tak zjevně měl podklad pro skutková zjištění ve vztahu k oběma dotačním smlouvám.
13. Ve věci není spor o tom, že žalobkyně byla povinna postupovat podle zákona o veřejných zakázkách jako veřejný zadavatel. Stejná povinnost jí vyplývala z čl. 7 odst. 4 a čl. 8 odst. 2 obou smluv. Z ustanovení § 56 odst. 5 písm. c) téhož zákona vyplývá, že ze *vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.*
14. Předmětné ustanovení je však nutné vykládat a aplikovat ve světle § 6 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, podle něž je zadavatel *povinen při postupu podle tohoto zákona*

Shodu s prvopisem potvrzuje M. Ch.

dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. K zákazu diskriminačních požadavků zadavatelů se vyjádřil NSS v rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, č. 1771/2009 Sb. NSS, v němž na základě podrobné argumentace zahrnující i komparativní a eurokonformní výklad dospěl k závěru, že zákaz diskriminace uvedený v § 6 ZVZ zahrnuje jednak formu zjevnou, jednak formu skrytou. 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. Přiměřenost shora uvedené podmínky prokazující TKP, je předmětem sporu.

15. Soud předně nesouhlasí s žalobkyní, že by ministerstvo nesprávně stanovilo poměr hodnoty dodaných živičných směsí a hodnoty zakázky. Ministerstvo správně vycházelo z hodnoty celé zakázky, a nikoliv jen její části týkající se rekonstrukce komunikace k hradu. Žalobkyně totiž oba projekty realizovala formou jedné veřejné zakázky a z kvalifikační dokumentace, která je součástí spisu, nevyplývá, že by se zájemci o veřejnou zakázku mohli ucházet pouze o část zakázky. Proto každý, kdo se chtěl zadávacího řízení účastnit, musel splňovat podmínku týkající se dispozice s obalovnou. Navíc dodávka živičných směsí nebyla realizována jen v části zakázky týkající se rekonstrukce komunikace, ale z položkového rozpočtu, který je součástí uzavřené smlouvy o dílo, vyplývá, že živičné směsi byly dodány také k části zakázky týkající se rekonstrukce náměstí (stavební objekt SO 02 Komunikace a zpevněné plochy). Proto ministerstvo zcela správně vycházelo z hodnoty všech dodaných živičných směsí a hodnoty celé zakázky.
16. Ministerstvo při svém hodnocení věci přílehavě odkázalo na rozsudky ze dne 20. 12. 2012, č. j. 1 Afs 66/2012-64 a ze dne 28. 3. 2013, č. j. 1 Afs 69/2012-55, ve kterých NSS dospěl k závěru, že přiměřenost požadavku na dispozici s obalovnou nebude dána, pokud nebude podložena objektivními okolnostmi veřejné zakázky, resp. legitimními ekonomickými zájmy zadavatele - např. velmi obtížnou opatřitelností materiálu nebo jeho dominantní rolí v rámci dané zakázky (ve věci řešené NSS tvořila dodávka živičných směsí 3 % hodnoty zakázky). Stejně závěry pak potvrdil NSS v rozsudcích ze dne 27. 6. 2013, č. j. 1 Afs 20/2013-47 a ze dne 18. 10. 2022, č. j. 1 Afs 15/2022-40, a předestřené závěry lze nepochybně aplikovat také na nyní projednávanou věc.
17. Podíl dodaných živičných směsí na celé zakázce byl marginální. Jejím předmětem navíc nebylo dodání živičných směsí, nýbrž stavební práce, kdy živičné směsi byly využity pouze při některých činnostech. Bylo prokázáno, že se v okolí nacházel dostatečný počet obaloven. Žalobkyně současně nastavila požadavky, které měly zaručit, že se o její zakázku budou ucházet jen spolehliví uchazeči (požadavek na předložení seznamu stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatelů o jejich řádném splnění). Stejně tak nastavila ekonomické podmínky, které měly zajistit řádné provádění díla (měsíční fakturace, smluvní pokuty). Mezi řádným splněním zakázky a požadavkem na dispozici obalovny proto nelze nalézt souvislost. V řízení rovněž nebyly prokázány žádné okolnosti, které by žalobkyní vznesenou podmínku TKP odůvodnily (např. enormní

vytíženost obaloven, která by ohrozila včasné dodání živičných směsí), přitom v tomto směru tížilo důkazní břemeno právě žalobkyni (srov. rozsudky NSS ze dne 20. 10. 2016, č. j. 2 Afs 102/2016-43, č. 3508/2017 Sb. NSS, nebo ze dne 17. 5. 2013, č. j. 9 Afs 87/2022-47). V této situaci se jako nepřiléhavý jeví žalobkyní uvedený rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové – pobočky v Pardubicích ze dne 7. 6. 2017, č. j. 52 Af 16/2016-87. Ten se totiž týkal zakázky, u které činila hodnota dodaných živičných směsí 26,85 % hodnoty zakázky, tj. hodnota dodaných živičných směsí měla dominantní roli v rámci zakázky. Proto je zřejmé, že se jednalo o skutkově odlišnou věc.

18. Závěrem je k této námitce vhodné doplnit, že výše uvedené závěry nelze považovat za omezení práva žalobkyně určit a specifikovat zadávací podmínky veřejné zakázky či *sankci* za to, že jako zadavatel veřejné zakázky s náležitou odbornou péčí dbala o splnění všech povinností ze strany zájemců o účast na plnění veřejné zakázky. Zákon o veřejných zakázkách totiž sice umožňuje zadavateli poměrně široké uvážení, jaké a jak podrobné podmínky účasti na veřejné zakázce nastaví, avšak zadavatel musí vždy dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. S tím souvisí též to, že minimální úroveň TKP musí podle § 56 odst. 5 písm. c) zákona o veřejných zakázkách odpovídat druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky (k tomu srov. též rozsudek NSS ze dne 7. 11. 2013 č. j. 7 Afs 44/2013-37, č. 3020/2014 Sb. NSS). Nepříznivý následek v podobě odvodu za porušení rozpočtové kázně ve výši 10 % jí byl uložen za to, že prostor vymezený zákonem překročila, neboť v rozporu s jeho zněním stanovila TKP, které jsou zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky. Námitka žalobkyně není důvodná.

K realizovaným vícepracím

19. Žalobkyně oznámila poskytovateli dotace dne 9. 5. 2013 navýšení položky SO 02 Parkoviště o 904 826,86 Kč bez DPH. Jako důvod uvedla, že před samotnou výstavbou parkoviště byla po sejmutí povrchové vrstvy zeminy budoucího parkoviště nalezena vrstva navážek tvořená různorodou směsí materiálu (stavební rum – zbytky cihel, plasty, sklo, dráty, popel), která nemohla být ponechána v aktivní zóně budoucího parkoviště a musela být nahrazena vhodnou skladbou splňující kritéria nenamrzavosti a únosnosti.
20. Správce daně k předmětnému zjištění uvedl, že žalobkyně byla povinna realizovat projekt v souladu s předloženou žádostí, včetně předloženého rozpočtu. Jakékoliv změny projektu musí být podle čl. 7 odst. 1 první smlouvy schváleny poskytovatelem dotace, přičemž na dodatečné či zapomenuté položky rozpočtu nebude brán zřetel. Za ně se nepovažují vícepráce, pokud splní podmínky uvedené v § 23 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách. Žalobkyní uplatněné výdaje nesplňují podmínku, dle níž musí takový výdaj vzniknout v důsledku objektivně nepředvídatelných okolností. Z technické zprávy vyplývá, že projektant upozornil žalobkyni na nutnost zjištění inženýrsko-geologických poměrů staveniště, přesto tak žalobkyně neučinila, proto nelze říct, že by vícepráce vznikly v důsledku nepředvídatelných okolností. To vyplývá také ze znaleckého posudku Ing. H., ve kterém je uvedeno, že pokud žalobkyně nepostupovala dle doporučení projektanta, vznikla potřeba sanace podloží až v průběhu stavebních prací, a nelze ji posoudit jako nepředvídatelnou okolnost (str. 10 až 13 platebního výměru).
21. Ministerstvo aprobovalo závěry správce daně a k odvolací námitce doplnilo, že je irelevantní, zda měla či neměla být ve věci vypracována projektová dokumentace pro účely stavebního

řízení. Podstatné totiž bylo doporučení projektanta k provedení průzkumných sond (str. 17 a 18 napadeného rozhodnutí).

22. Podle čl. 7 odst. 1 první smlouvy je příjemce *povinen realizovat projekt v souladu s jím předloženou žádostí, a to včetně předloženého rozpočtu a v souladu s ustanoveními této Smlouvy. Jakékoliv změny projektu musejí být předem schváleny poskytovatelem prostředků. Žádost o změnu projektu musí být předložena na příslušném formuláři (viz změnový formulář uvedený v Příručce pro příjemce, příloha č. 4). Dle odst. 3 (věty první až třetí) téhož článku na dodatečné (nebo zapomenuté) položky rozpočtu projektu nebude brán zřetel a budou brány jako nezpůsobilé výdaje. Příjemce je bude hradit z vlastních finančních zdrojů. V případě víceprací, které budou splňovat podmínky ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, nebo pokud se jedná o vícepráce ve smyslu Metodického pokynu Zadávání zakázek a veřejných zakázek v programovém období 2007-2013 se nejedná o dodatečné nebo zapomenuté položky rozpočtu.*
23. Z ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona o veřejných zakázkách vyplývá, že v jednacím řízení bez uveřejnění může zadavatel zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby rovněž v případě, jestliže jde mj. o *dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat. Vícepracemi ve smyslu uvedeného ustanovení mohou být pouze dodatečné práce, jejichž potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídatelných okolností.* Krajský soud ve shodě s ministerstvem uvádí, že taková skutečnost v nyní řešené věci nenastala.
24. Jak již bylo popsáno výše, důvodem pro vícepráce byl nález nevhodného podloží skrytého pod vrchní vrstvou zeminy. Takový nález by obecně vzato mohl být nepředvídatelnou okolností, nicméně s přihlédnutím k ostatním okolnostem případu je nutné dospět k závěru, že pokud by žalobkyně postupovala s náležitou péčí, mohla nevhodné podloží odhalit před započatím prací a promítnout jej do samotné smlouvy o dílo.
25. V preambuli průvodní zprávy je uvedeno: *Dle vyjádření MÚ L., odbor dopravy, silniční hospodářství a dopravní úřad, jako příslušného stavebního úřadu nevyžadují práce uvedené v této dokumentaci stavební povolení ani ohlášení stavebnímu úřadu...* Z výše uvedeného vyplývá, že *nemusí být zpracována projektová dokumentace pro ohlášení stavby nebo k žádosti o vydání stavebního povolení, jejíž rozsah a obsah je dán přílohou č. 1 k vyhlášce č. 499/2006 Sb. o dokumentaci staveb. V rámci technické pomoci investorovi byly pro navrhovanou investici zpracovány pouze technické zprávy (technický popis) a situace.*
26. Na str. 1 souhrnné technické zprávy je uvedeno: *Geologické a hydrogeologické poměry: Předpokládá se, že inženýrskogeologický průzkum potvrdí na staveništi poměrně jednoduché geologické a základové poměry. K ověření inženýrskogeologických, základových a geotechnických poměrů staveniště budou v zájmovém území v rámci IGP provedeny kopané sondy. Předpokládá se, že nebude zastižena HPV. V každém případě je nutno výše uvedené předpoklady potvrdit IGP a HGP (minimálně inženýrskogeologickou a hydrogeologickou rešerší před zpracováním realizační dokumentace).* Na str. 8 je dále v části 1.9 *Průzkumy a měření* uvedeno: *Posouzení inženýrskogeologických poměrů staveniště, posouzení hydrogeologických poměrů lokality – navrženo vypracovat v předstihu před prováděcí dokumentací.*
27. Krajský soud nesouhlasí s žalobkyní, že by nebylo dle projektové dokumentace nutné zkoumat inženýrskogeologické poměry staveniště s odůvodněním, že to mělo být provedeno před vypracováním realizační dokumentace, která nemusela být vypracována.

Shodu s prvopisem potvrzuje M. Ch.

Z preambule průvodní zprávy vyplývá jen to, že není nutné zpracovávat dokumentaci, která by odpovídala požadavkům vyhlášky č. 499/2006 Sb. Sám projektant ale v preambuli uvedl, že vypracoval technickou zprávu jako pomoc investorovi (žalobkyni), kterou se však žalobkyně neřídila a rady projektanta nevyslyšela. Z citovaných části projektové dokumentace vyplývá, že projektant považoval za nutné ověřit inženýrskogeologické poměry lokality pomocí kopaných sond, minimálně provést v tomto směru rešerši. Jsou zcela mimoběžné námitky žalobkyně, že pomocí rešerše by nebylo možné odhalit nevhodné podloží. Ze správního spisu nevyplývá, že by žalobkyně provedla alespoň rešerši. Lze tak uzavřít, že žalobkyně byla projektantem upozorněna na nutnost ověření inženýrskogeologických poměrů staveniště, ale těchto upozornění nedbala a nezabývala se jimi. V důsledku toho nelze její postup vyhodnotit jako postup s náležitou péčí ve smyslu § 23 odst. 7 písm. a) zákona o veřejných zakázkách a nález nevhodného podloží jako objektivně nepředvídatelný.

28. Zcela nepřipadná je argumentace žalobkyně, dle níž se v daných místech již řadu let nacházela komunikace a parkoviště a že bylo možné předpokládat, že tyto byly vystavěny na odpovídajícím podloží. Tato argumentace je totiž v příkrém rozporu se spisovým materiálem. Již v odůvodnění žádosti o změnu rozpočtu žalobkyně uvedla, že nevhodné podloží bylo nalezeno po odhrnutí svrchní vrstvy zeminy v místech *budoucího parkoviště*, tj. stavebního objektu SO 02 Parkoviště (srov. změnový formulář ze dne 9. 5. 2013 včetně příloh). Ze str. 4 souhrnné technické zprávy vyplývá, že stavební objekt SO 02 Parkoviště tvoří zcela nové parkoviště. Z toho je zjevné, že se v této části projektu jednalo o výstavbu *na zelené louce* a veškeré související úvahy žalobkyně nad tím, že v minulosti muselo být parkoviště řádně vystavěno na vyhovujícím podloží, jsou liché.

K rozdělení zakázek na výkon technického dozoru

29. Správce daně k předmětnému zjištění uvedl, že žalobkyně zahájila dne 16. 3. 2012 zadávací řízení na veřejnou zakázku s názvem *B. – rekonstrukce náměstí a přístupové komunikace k hradu B.* S vítězným uchazečem uzavřela dne 19. 9. 2012 smlouvu o dílo. Dne 20. 8. 2012 zahájila žalobkyně výběrové řízení na samostatnou veřejnou zakázku na zajištění služeb výkonu technického dozoru stavby při realizaci stavby *B. – rekonstrukce náměstí*. Mandátní smlouvu uzavřela dne 14. 9. 2012 za cenu 185 000 Kč včetně DPH. Dne 4. 10. 2012 zahájila žalobkyně výběrové řízení na samostatnou veřejnou zakázku na zajištění služeb výkonu technického dozoru stavby při realizaci stavby *B. – přístupová komunikace k hradu B.* Mandátní smlouvu uzavřela dne 26. 10. 2012 za cenu 72 000 Kč včetně DPH. Dle správce daně porušila žalobkyně čl. 5 odst. 1 a odst. 2 MP ZZ. Pro určení toho, zda se jedná o jednu zakázku, či více samostatných zakázek, je dle uvedeného dokumentu rozhodující věcné, časové a místní hledisko. Mezi předmětnými zakázkami existovala úzká věcná souvislost. Jednalo se o totožné plnění, které se týkalo staveb, které byly zadávány společně. Popis obou zakázek v dokumentaci je v podstatě totožný a žádné důvody, které by založily odlišnost obou zakázek žalobkyně nedoložila. Žalobkyně ve výběrových řízeních na technický dozor neuvedla žádné speciální požadavky, navíc oslovila stejné uchazeče. Zjevná je též místní souvislost, protože se jedná o stavby, které na sebe navazují. Komunikace vedoucí k hradu B. je totiž vedena přímo z náměstí. Z časového hlediska probíhal technický dozor na obou stavbách takřka současně – provádění prací na komunikaci od října 2012 do června 2013 a na náměstí od září 2012 do června 2013. Navíc se jedná o stejné účetní období. Také ze skutečnosti, že samotná stavba byla zadávána jako celek vyplývá, že žalobkyně měla již v té době vědět, že bude technický dozor potřebovat ve stejném čase. Žalobkyně tak

v rozporu s čl. 5 MP ZZ a čl. 7 odst. 4 a čl. 8 odst. 2 obou smluv uměle rozdělila zakázku týkající se technického dozoru, kterou s ohledem na hodnotu obou částí (dohromady přesahují limitní hodnotu 200 000 Kč) měla zadávat v rámci zakázek kategorie III MP ZZ, nikoliv v méně transparentním systému kategorie II MP ZZ (str. 14 až 17 platebního výměru).

30. Ministerstvo se správcem daně souhlasilo a doplnilo, že fyzická realizace obou částí zakázky na stavební práce probíhala takřka současně. Rovněž ze souhrnné technické zprávy a ze smlouvy o dílo uzavřené dne 19. 9. 2012 vyplývá, že obě části měly být realizovány současně (str. 18 až 20 napadeného rozhodnutí).
31. Předně je nutné odmítnout námitku žalobkyně, dle níž se nemohlo jednat o porušení rozpočtové kázně, neboť obě smlouvy se staly účinnými až poté, co byla zahájena výběrová řízení na obě zakázky týkající se stavebního dozoru.
32. První smlouva týkající se rekonstrukce komunikace k hradu byla uzavřena dne 9. 10. 2012. Žalobkyně zahájila výběrové řízení týkající se technického dozoru této části stavby dne 4. 10. 2012. Mandátní smlouvu na výkon technického dozoru uzavřela dne 26. 10. 2012.
33. Druhá smlouva týkající se rekonstrukce náměstí byla uzavřena dne 1. 2. 2013. Žalobkyně zahájila výběrové řízení týkající se technického dozoru této části stavby dne 20. 8. 2012. Mandátní smlouvu na výkon technického dozoru uzavřela dne 14. 9. 2012.
34. Podle § 22 odst. 2 zákona o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů platí, že *neoprávněným použitím peněžních prostředků podle odstavce 1 je jejich použití, kterým byla porušena povinnost stanovená právním předpisem, přímo použitelným předpisem Evropské unie, smlouvou nebo rozhodnutím o poskytnutí těchto prostředků. Za neoprávněné použití peněžních prostředků podle odstavce 1 se považuje také*
 - a) *porušení povinnosti stanovené právním předpisem, přímo použitelným předpisem Evropské unie, smlouvou nebo rozhodnutím o poskytnutí těchto prostředků, která souvisí s účelem, na který byly peněžní prostředky poskytnuty,*
 - b) *porušení povinnosti stanovené právním předpisem, přímo použitelným předpisem Evropské unie, smlouvou nebo rozhodnutím o poskytnutí těchto prostředků, která souvisí s účelem, na který byly peněžní prostředky poskytnuty, ke kterému došlo před připsáním peněžních prostředků na účet příjemce a které ke dni připsání trvá; den připsání peněžních prostředků na účet příjemce se považuje za den porušení rozpočtové kázně; penále za porušení rozpočtové kázně se počítá ode dne následujícího po dni, do kterého měl příjemce na základě platebního výměru odvod uhradit,*
 - c) *neprokáže-li příjemce peněžních prostředků, jak byly tyto prostředky použity.*
35. Poskytovatel dotace se první i druhou smlouvou zavázal poskytnout žalobkyni dotaci na způsobilé výdaje určených projektů. Žalobkyně se v obou smlouvách zavázala realizovat její projekty dle podmínek uvedených ve smlouvách (čl. 1 odst. 1 a odst. 2). V návaznosti na to byla žalobkyně oprávněna žádat o úhradu toliko způsobilých výdajů (čl. 5 odst. 1). Těmi se rozumí výdaje, které již byly uhrazeny a byly uskutečněny v souladu s právními předpisy a metodickými dokumenty (čl. 8 odst. 1). Žalobkyně byla podle čl. 7 odst. 4 povinna realizovat její projekty v souladu s platnou legislativou ČR a EU, a dále s příručkami a metodickými pokyny, které se vztahují k projektům a jsou platné pro danou výzvu, tj. metodické pokyny a instrukce uvedené v čl. 17 odst. 1.

36. Z čl. 15 smluv vyplývá, že poskytovatel dotace je při zjištění, že došlo k porušení podmínek vyplývajících ze smlouvy, pravidel ROP či právních předpisů ČR a EU, oprávněn posoudit, zda nedošlo k nesrovnalosti ve smyslu nařízení č. 1083/2006, přičemž zjištěné pochybení může rovněž kvalifikovat jako porušení rozpočtové kázně ve smyslu § 22 zákona o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů. Za nesrovnalost se považuje porušení právních předpisů EU nebo ČR, včetně podmínek stanovených příjemci smlouvou nebo pravidly ROP, v důsledku jednání či opomenutí příjemce, které vede nebo by mohlo vést ke ztrátě v souhrnném rozpočtu EU nebo ve veřejném rozpočtu ČR, a to započtením neoprávněného výdaje do těchto rozpočtů. Při porušení povinnosti příjemcem dané jemu právními předpisy EU nebo ČR, nebo podmínkami stanovenými pravidly ROP nebo smlouvou, které nestalo nebo bylo zjištěno před proplacením první platby příjemci, bude příjemce postižen finanční korekcí – krácením dotčených způsobilých výdajů ve výši 0-100 %.
37. Zákon o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů neobsahuje z hlediska času žádné omezení, které by omezovalo příslušný správní orgán posoudit jako porušení rozpočtové kázně jednání, které se událo ještě před uzavřením veřejnoprávní smlouvy, kterou byla dotace poskytnuta. Konkrétně z dikce § 22 odst. 2 zákona o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů vyplývá, že za neoprávněné použití peněžních prostředků je nutné považovat také jejich použití, kterým byla porušena smlouva, kterou byly tyto prostředky poskytnuty. Z výše uvedených ujednání první i druhé smlouvy vyplývá, že jejich součástí byly též metodické příručky upravující zadávání veřejných zakázek. Je pravdou, že žalobkyně zahájila výběrové řízení ještě před uzavřením obou smluv. Nicméně si ale jejich podpisem měla uvědomit, že takový výdaj nemůže být ve smyslu obou smluv výdajem uznatelným, protože neodpovídal postupu stanovenému v metodické příručce, která byla jejich součástí. Žalobkyně proto neměla žádat o proplacení takového výdaje. Jelikož tak učinila, postupovaly správní orgány správně, když žalobkyni uložily odvod za porušení rozpočtové kázně. Jejím porušením se totiž dle § 22 odst. 2 písm. b) rozumí porušení *povinnosti stanovené smlouvou o poskytnutí těchto prostředků, která souvisí s účelem, na který byly peněžní prostředky poskytnuty, ke kterému došlo před připsáním peněžních prostředků na účet příjemce a které ke dni připsání trvá.*
38. Závěr o tom, že i jednání, ke kterému došlo před uzavřením veřejnoprávních smluv, může představovat porušení rozpočtové kázně, vyplývá také z judikatury (srov. rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 28. 2. 2018, č. j. 31 Af 45/2016-178, bod 37, a na něj navazující rozsudek NSS ze dne 26. 9. 2019, č. j. 7 Afs 198/2018-31, bod 39, nebo též rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 17. 2. 2021, č. j. 5 A 191/2016-101, bod 43, resp. rozsudek zdejšího soudu ze dne 17. 2. 2023, č. j. 60 Af 49/2021-121, body 14 až 23).
39. Žalobkyni lze přisvědčit v tom, že metodický dokument nazvaný *Zadávání veřejných zakázek v programovém období 2007–2013 verze 8.1* není uveden v čl. 17 odst. 1 smluv. Je v něm však uveden dokument *MP Zadávání zakázek verze 7.4 ze dne 29. 3. 2011*. Součástí spisu je metodický dokument nazvaný *Zadávání veřejných zakázek v programovém období 2007–2013 verze 7.4 ze dne 29. 3. 2011*. Jeho čl. 5 odst. 1 a odst. 2 obsahují naprosto shodný text, jaký citoval správce daně na str. 14 a 15 platebního výměru. Také finanční limity rozlišující zakázky II. a III. kategorie v čl. 7 odst. 1 písm. b) a c) jsou shodné s tím, co uvedlo ministerstvo na str. 19 napadeného rozhodnutí. Z všech skutečností je nanejvýš zřejmé, že dokument upravující zadávání veřejných zakázek uvedený v čl. 17 odst. 1 smluv je stejným dokumentem, na který odkazovaly správní orgány ve svém rozhodnutí. Dokument uvedený

v čl. 17 odst. 1 smluv byl pouze zkratkovitě pojmenován. Správní orgány sice vycházely z jiné verze dokumentu (což umožňoval čl. 17 odst. 1 smluv), ale tato verze byla ve stěžejních ustanoveních zjevně totožná.

40. Skutečnost, že obě části zakázky na stavební práce byly hrazeny z různých dotačních smluv pro věc nemá význam. Technický dozor se týkal obou z nich. Krajský soud souhlasí s vyčerpávajícím hodnocením správních orgánů a na jejich odůvodnění pro stručnost odkazuje. Žalobkyně v žalobě totiž neuvedla nic než pouhé konstatování, že v rámci efektivity muselo dojít k rozdělení zakázky na zajištění technického dozoru, aniž by svou námitku blíže rozvedla. Ani poslední námitku neshledal soud důvodnou.

C. Závěr a náhrada nákladů řízení

41. Vzhledem k výše uvedenému krajský soud podle § 78 odst. 7 s. ř. s. žalobu zamítl jako nedůvodnou.
42. O náhradě nákladů řízení mezi účastníky soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s., neboť žalobkyně v řízení úspěšná nebyla a žalovanému nad rámec jeho úřední činnosti žádné náklady nevznikly, proto mu soud náhradu nákladů řízení nepřiznal (srov. usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 31. 3. 2015 č. j. 7 Afs 11/2014-47, č. 3228/2015 Sb. NSS).

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů od jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu.

Olomouc 28. června 2023

Mgr. Barbora Berková v. r.
předsedkyně senátu