



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Radana Malíka a soudců JUDr. Barbary Pořízkové a JUDr. Tomáše Herce v právní věci žalobkyně: **Správa a údržba silnic Plzeňského kraje, příspěvková organizace**, se sídlem Koterovská 462/162, Plzeň, zast. JUDr. Filipem Behenským, advokátem se sídlem Blažimská 1781/4, Praha 4, proti žalovanému: **Ministerstvo financí**, se sídlem Letenská 525/15, Praha 1, proti rozhodnutí žalovaného ze dne 26. 4. 2021, č. j. MF-30734/2016/1203-13, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 27. 7. 2022, č. j. 51 Af 11/2021-54,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **se z a m í t á**.
- II. Žádný z účastníků **n e m á p r á v o** na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Předmětem projednávané věci je oprávněnost kvalifikačního technického požadavku na dispozici se dvěma obalovnami asfaltových směsí stanoveného v rámci zadání veřejné zakázky na stavební práce.

[2] Regionální rada regionu soudržnosti Jihozápad uzavřela dne 27. 4. 2012 se žalobkyní smlouvu o podmínkách poskytnutí dotace z Regionálního operačního programu NUTS 2 Jihozápad maximálně ve výši 560 767 766,15 Kč na úhradu 85 % celkových způsobilých výdajů projektu „*Městský okruh Domažlická – Křimická v Plzni*“.

[3] Platebním výměrem Úřadu Regionální rady regionu soudržnosti Jihozápad č. 13/2015 ze dne 17. 12. 2015, č. j. RRRSJ 36158/2015, byl žalobkyni uložen odvod na porušení rozpočtové kázně podle § 22 odst. 1 písm. c) zákona č. 250/2000 Sb.,

o rozpočtových pravidlech územních rozpočtu, ve znění do 31. 12. 2021 (dále jen „malá rozpočtová pravidla“), ve výši 66 598 438 Kč. S ohledem na zápočet neposkytnutých prostředků za 4. etapu projektu byla žalobkyně povinna uhradit částku ve výši 21 539 779 Kč. Správce daně shledal, že dle auditních zpráv žalobkyně porušila u nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „starý ZVZ“), tím, že jako zadavatelka veřejné zakázky v důsledku vymezených kvalifikačních požadavků znemožnila tzv. sčítání kvalifikací, nastavila nepřiměřený, diskriminační kvalifikační technický požadavek na dispozici s obalovnami asfaltových směsí (1 ks stacionární obalovny s min. výkonem 180 t/hod. a 1 ks záložní obalovny s min. výkonem 160 t/hod.) a rozdělila předmět dvou zakázek na zajištění administrátora projektu tak, že došlo ke snížení předpokládané hodnoty každé z nich pod stanovené finanční limity. Dále porušila Závazné postupy pro zadávání zakázek spolufinancovaných ze zdrojů EU, nespádajících pod aplikaci zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v programovém období 2007-2013, verze 05/2012, tím, že rozdělila předmět dvou zakázek na zajištění publicity projektů tak, že došlo ke snížení předpokládané hodnoty každé z nich pod stanovené finanční limity.

[4] K odvolání žalobkyně žalovaný výše nadepsaným rozhodnutím uložený odvod snížil na částku 44 460 605 Kč s tím, že žalobkyně je povinna odvod uhradit ve výši 0 Kč, neboť odvod byl již uhrazen v důsledku uskutečněného krácení dotace a zápočtu na neposkytnuté peněžní prostředky za 4. etapu projektu. Žalovaný se ztotožnil se správcem daně ohledně nedovoleného dělení veřejných zakázek. Neshledal však porušení zákona neumožněním společného prokazování kvalifikací a ohledně diskriminačního požadavku na dispozici s obalovnami považoval za přiměřenou finanční opravu toliko ve výši 10 % z poskytnutých prostředků, nikoliv 25 %.

[5] Podanou žalobu zamítl krajský soud nyní napadeným rozsudkem. Nepřisvědčil námitce nepřezkoumatelnosti rozhodnutí žalovaného, ostatně žalobkyně se závěry žalovaného obsáhle polemizovala. Následně shledal, že v důsledku dřívější praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) ohledně nastaveného technického požadavku na obalovny, která byla judikatorně změněna, žalobkyni nevzniklo legitimní očekávání. Správní praxe totiž nepředstavovala dostatečně konkrétní ujištění ze strany správního orgánu, že se téhož posouzení dostane i věci žalobkyně. Zároveň bylo možné pozdější judikaturu aplikovat, jelikož se striktně vzato nejedná o judikatorní změnu. V rozsudku ze dne 21. 6. 2012, č. j. 62 Af 74/2010-61, se totiž krajský soud zabýval otázkou, o které soudy dosud nerozhodovaly. Zároveň soudem přijatý právní názor je v zásadě aplikovatelný i na případy mající skutkový základ před vydáním příslušného soudního rozhodnutí a krajský soud v projednávané věci neshledal prostor pro výjimečnou neaplikaci pozdější judikatury. Argumentaci žalobkyně, že by postačovala obalovna s výkonem 160 t/hod., označil krajský soud za zavádějící, jelikož ze zadávací dokumentace jednoznačně plyne požadavek na obalovnu s minimálním výkonem 180 t/hod. Nakonec žalobkyně uplatněním technického požadavku naplnila pojem skryté diskriminace, jelikož obalovaná asfaltová směs neměla v rámci zakázky dominantní roli a nejednalo se ani o materiál, jehož opatření by pro dodavatele mělo být obtížné. Požadavek na dispozici s obalovnami je proto ve vztahu k předmětu zakázky a její velikosti zjevně nepřiměřený.

II. Obsah kasační stížnosti a dalších podání

pokračování

II.a Kasační stížnost a vyjádření k ní

[6] Žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) napadla výše označený rozsudek krajského soudu kasační stížností z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a) a b) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“). Navrhla napadený rozsudek zrušit a věc vrátit krajskému soudu k dalšímu řízení.

[7] Stěžovatelka namítá, že rozhodnutí správce daně o naplnění skutkové podstaty skryté diskriminace spočívá téměř výhradně na obecné úvaze, která nemá reálný základ. Nebyly zkoumány konkrétní podstatné okolnosti případu.

[8] Stěžovatelka z několika důvodů nesouhlasí se závěry krajského soudu, že tehdejší rozhodovací praxe ÚOHS u ní nemohla založit legitimní očekávání zákonnosti požadavku na dispozici s obalovnami a že obalovaná asfaltová směs nehrála při plnění veřejné zakázky dominantní roli, pro což požadavek na obalovnu též není legitimní.

[9] Pokud ÚOHS opakovaně rozhodoval o zákonnosti požadavku na obalovnu, lze si dle stěžovatelky jen stěží představit konkrétnější ujištění o tom, že je možné tento kvalifikační požadavek používat. Tehdejší správní praxe, její vývoj a vývoj judikatury v otázce obaloven přitom dle stěžovatelky podtrhuje, že není splněna zjevnost porušení platné právní úpravy. Zároveň nedošlo k potenciálnímu dotčení na právech a zájmech EU, z jejíž finančních prostředků byla výstavba uhrazena. Evropská unie vydala prostředky na výstavbu, která proběhla a byla z těchto prostředků uhrazena. Pokud byly poškozeny něčí finanční zájmy, tak stěžovatelky, případně Plzeňského kraje, po kterých je vymáháno vrácení dotace.

[10] Rozhodnutí žalovaného i krajského soudu dle stěžovatelky postrádají přesvědčivé odůvodnění toho, co je „dominantní role“, proč hraje roli procentuální finanční podíl materiálu na hodnotě zakázky a proč podíl 10,14 % vyplývající z podkladů správce daně (příp. 7 % dle žalovaného nebo 8,48 % dle auditního týmu) dominantní roli nemá. Optikou napadených rozhodnutí není např. mikročip zásadním komponentem pro automobilovou výrobu, avšak je obecně známo, že zastavení dodávek mikročipů vedlo k zásadnímu omezení automobilové výroby. V projednávané věci proto nepřiměřenost technického požadavku není odůvodněna.

[11] Přiměřenost požadované kapacity či množství obaloven by dle stěžovatelky bylo na místě hodnotit, až pokud by technický kvalifikační požadavek na dispozici s obalovnami nebyl zjevně nepřiměřený. Úvahy správních orgánů i krajského soudu na toto téma jsou nadto nesprávné a nemají podklad ve spise. Jsou zaměřovány pojmy „minimální“ a „přiměřený“, stěžovatelka nemusela požadavek stanovit na minimální úrovni a vyšší požadovaná kapacita sama o sobě neznamená zjevnou nepřiměřenost. Správní orgány měly stanovit, jaká požadovaná kapacita by byla přiměřená s ohledem na konkrétní charakter dotčené stavby.

[12] Žádný z rozhodujících orgánů se dle stěžovatelky nezabýval otázkou zjevnosti nepřiměřenosti požadavku a zřejmosti omezení okruhu potenciálních dodavatelů, i když na to stěžovatelka upozorňovala v odvolání i v žalobě.

[13] Stěžovatelka nakonec namítá, že zjištěná skutková podstata nemá oporu ve spisech. Stěžovatelka již v žalobě namítala, že daňový spis neobsahuje skutečnosti, na základě kterých by bylo možné učinit závěr o nepřiměřenosti nastaveného technického požadavku ve vztahu k předmětu zakázky. Nebyla splněna podmínka zjevnosti nepřiměřenosti a nebylo zřejmé, že veřejnou zakázku by mohli splnit toliko někteří z dodavatelů, jež by jinak byli objektivně způsobilými k plnění. Z ničeho nevyplývá, že pro uchazeče nebyl zajištěn rovný přístup nebo byly vytvořeny neodůvodněné překážky. Abstraktními úvahami správních orgánů je na stěžovatelku přenášeno důkazní břemeno, které nesou kontrolní orgány. Krajský soud se touto námitkou nezabýval.

[14] Žalovaný se ve vyjádření ztotožnil se závěry napadeného rozsudku, který považuje za správný a řádně odůvodněný. Kasační stížnost navrhl zamítnout jako nedůvodnou. Konkrétní podstatné okolnosti případu zkoumány byly, a to s ohledem na judikatorně dovozené legitimní ekonomické zájmy zadavatele a podíl materiálu na celkové hodnotě zakázky. Předmětem zakázky bylo vybudování městského okruhu, proto pro posouzení způsobilosti uchazečů realizovat zakázku nemůže být rozhodující, zda disponují s obalovny. Navíc, nacházelo-li se v dojezdové vzdálenosti nejméně 7 obaloven, tj. nešlo o materiál těžko opatřitelný.

[15] Stěžovatelka byla dle žalovaného povinna dodržovat starý ZVZ a z konstantní judikatury NSS (žalovaný odkázal na rozsudky ze dne 13. 4. 2021, č. j. 6 Afs 143/2019-29, ze dne 27. 7. 2021, č. j. 8 Afs 244/2019-34, a ze dne 2. 12. 2021, č. j. 8 Afs 243/2019-33) vyplývá, že požadavek na prokázání dispozice s obalovny jako kvalifikační předpoklad pro účast v zadávacím řízení je diskriminační, absentují-li objektivní okolnosti, resp. legitimní zájmy zadavatele.

[16] Dodávka asfaltových směsí činila méně než 10,14 % z hodnoty zakázky, neměla tedy dle žalovaného dominantní roli, a tudíž byl kvalifikační předpoklad spočívající v zajištění dvou obaloven, o kapacitě vyšší než pro stavbu dálnic a rychlostních silnic dle Technických kvalitativních podmínek staveb pozemních komunikací vydaných Ministerstvem dopravy, zjevně nepřiměřený. Jednalo se přitom o diskriminaci nepřímou, proto správní orgán není povinen určit přesné zasažené osoby. A o diskriminaci skrytou, nikoliv zjevnou, k čemuž žalovaný odkázal na rozsudek NSS ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, č. 1771/2009 Sb. NSS. Žalovaný poukázal též na rozsudek NSS ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012-28, dle kterého postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Pro určení existence skryté diskriminace tedy též postačuje pouze její potencialita.

[17] S argumentací k legitimnímu očekávání žalovaný nesouhlasí, tvrzení o konkrétním ujištění považuje za absurdní. ÚOHS případ stěžovatelky neposuzoval, proto o konkrétním ujištění *nemůže být řeč*. Co se týče zjevnosti porušení právní úpravy, je irelevantní, kdy přesně došlo ke shledání postupu zadavatelů za zjevně rozporné s právní úpravou. Toto pozdější zjištění nezakládá polehčující okolnost, a už vůbec ne liberaci stěžovatelky. Argumentaci ohledně zájmů EU považuje žalovaný za mylnou, stěžovatelka opomíjí zájem EU na poskytování prostředků v souladu s principy 3E (účelnost, efektivnost, hospodárnost, pozn. NSS), a aby nedocházelo k nedůvodnému omezování potenciálních zájemců o veřejné zakázky.

pokračování

[18] Tvzení stěžovatelky stran dominantní role označil žalovaný za ryze účelové, na str. 26 napadeného rozhodnutí vysvětlil, v jakém konkrétním případě byl pojem dominantní role naplněn. Žalovaný nebyl povinen exaktně stanovit, u jaké konkrétní hodnoty podílu obalované směsi by již bylo možné hovořit o dominantní roli. Stěžovatelka tedy nemá pravdu, že žalovaný nijak odůvodnil závěr o tom, že materiál nehraje dominantní roli. Úvahy stěžovatelky o roli mikročipů nejsou relevantní.

[19] Žalovaný nepřisvědčil ani argumentaci ke kapacitě obaloven. Požadování samotných obaloven, resp. jejich nepřiměřených minimálních kapacitních hodnot v rozporu s Technickými kvalitativními podmínkami staveb pozemních komunikací je jednoznačně skrytě diskriminační. Tento dokument přitom má vztah k věci, jelikož stanovuje doporučené standardy pro jednotlivé typy staveb pozemních komunikací. V odůvodnění napadeného rozhodnutí dále bylo jednoznačně vysvětleno, proč stěžovatelka stanoveným požadavkem nemohla sledovat své legitimní zájmy. Žalovaný má nakonec za to, že správní spis obsahuje veškeré potřebné podklady včetně listinných důkazů, na základě kterých se dospělo k závěru o diskriminačním charakteru předmětného požadavku.

[20] Žalovaný se závěrem vyjádřil k otázce svého účastenství v řízení s ohledem na názor NSS v rozsudku ze dne 1. 9. 2022, č. j. 6 Afs 89/2022-28, a vysvětlil, proč za správné považuje své účastenství, nikoliv Odvolacího finančního ředitelství. Předestřel vlastní výklad přechodného ustanovení 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, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 251/2021 Sb.“). Krajský soud proto dle žalovaného nezatížil své řízení vadou tím, že jednal se žalovaným.

II.b Sdělení o uzavření smíru

[21] V průběhu řízení zaslal žalovaný kasačnímu soudu sdělení, že rozhodnutím ze dne 1. 2. 2023, č. j. MF-34902/2021/1203-21, schválil smír uzavřený mezi stěžovatelkou a právním nástupcem poskytovatele dotace, Ministerstvem pro místní rozvoj, na základě kterého byl snížen odvod uložený nyní napadeným platebním výměrem. Žalovaný má za to, že došlo k potvrzení správnosti napadeného rozhodnutí, neboť dohoda o smíru plně reflektovala údaje napadeného rozhodnutí a obsahovala též souhlasné prohlášení účastníků, že uzavřením dohody jsou mezi nimi vypořádány veškeré sporné otázky. Dle žalovaného smír svědčí o nedůvodnosti podané kasační stížnosti.

[22] Stěžovatelka na uvedené reagovala s tím, že na podané kasační stížnosti trvá. Schválením smíru skončil spor mezi ní a Ministerstvem pro místní rozvoj ohledně vyplacení dotace snížené o vyměřený odvod. Dospěli k závěru, že doplatek dotace ve výši reflektující napadená rozhodnutí by stěžovatelce měl být vyplacen. Otázka správnosti vyměřeného odvodu je však otázkou odlišnou a předmětem sporného řízení nikdy nebyla. Pokud by se ukázalo, že odvod byl vyměřen nesprávně, stěžovatelka by měla nárok na doplacení rozdílu. Skutečnost, že se stěžovatelka s poskytovatelem dotace shodla na nároku na vyplacení dotace ve výši dle aktuálních rozhodnutí, na tom nic nemění. V dohodě o smíru je uvedeno, že jsou vypořádány *veškeré sporné otázky tvořící předmět Sporného řízení*.

III. Právní hodnocení Nejvyššího správního soudu

[23] Nejvyšší správní soud posoudil formální náležitosti kasační stížnosti a shledal, že byla podána včas, osobou k tomu oprávněnou, směřuje proti rozhodnutí, proti němuž je podání kasační stížnosti přípustné, z důvodů, které zákon připouští, a stěžovatelka je zastoupena advokátem (§ 102 a násl. s. ř. s.). Poté přistoupil k přezkumu rozsudku krajského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů. Ověřil také, zda netrpí vadami, k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[24] Kasační stížnost není důvodná.

III.a Účastenství na straně žalovaného správního orgánu

[25] Nejvyšší správní soud se předně zabýval otázkou účastenství v řízení před soudem na straně žalovaného správního orgánu. Pokud by krajský soud skutečně jednal jako se žalovaným s někým, kdo jím ve skutečnosti není, zatížil by soudní řízení vadou mající vliv na zákonnost napadeného soudního rozhodnutí (srov. rozsudky NSS ze dne 9. 4. 2015, č. j. 9 Afs 130/2014-39, odst. [17] a tam citovanou judikaturu, nověji např. ze dne 30. 10. 2020, č. j. 4 As 155/2020-42, č. 4105/2021 Sb. NSS, odst. [13] a [15]).

[26] Žalovaný poukázal na rozsudek č. j. 6 Afs 89/2022-28, ve kterém zdejší soud dovodil, že v řízení o žalobě proti rozhodnutí Ministerstva financí o odvolání proti rozhodnutí Regionální rady regionu soudržnosti podle malých rozpočtových pravidel přešla s nabytím účinnosti zákona č. 251/2021 Sb., tj. ke dni 1. 1. 2022, působnost žalovaného na Odvolací finanční ředitelství (§ 69 s. ř. s.), a tamní městský soud proto zatížil své rozhodnutí vadou, jednal-li nadále s Ministerstvem financí (viz odst. [14] rozsudku č. j. 6 Afs 89/2022-28). Na tento rozsudek navázal Nejvyšší správní soud v rozsudcích ze dne 24. 10. 2022, č. j. 7 As 125/2022-41, odst. [11] a násl., ze dne 22. 12. 2022, č. j. 8 Afs 178/2022-44, odst. [15] a násl., a ze dne 18. 5. 2023, č. j. 2 Afs 233/2022-56, odst. [7] a násl. Se závěry těchto rozsudků stran výkladu přechodného ustanovení v čl. IX bodu 4. zákona č. 251/2021 Sb. žalovaný nesouhlasí (obdobně jako již v řízeních ukončených rozsudky č. j. 7 As 125/2022-41 a č. j. 8 Afs 178/2022-44, viz odst. [6] rozsudku č. j. 7 As 125/2022-41 a odst. [6] a násl. rozsudku č. j. 8 Afs 178/2022-44). Nejvyšší správní soud ovšem neshledal důvod se od závěrů své dosavadní judikatury odchýlit.

[27] Zároveň však kasační soud v nedávném rozsudku ze dne 29. 11. 2023, č. j. 6 Afs 238/2022-28, upozornil, že přechodné ustanovení v čl. IX bodu 4. zákona č. 251/2021 Sb. bylo s účinností od 20. 6. 2023 novelizováno zákonem č. 151/2023 Sb., kterým se mění zákon č. 251/2021 Sb., a žalovaným je nyní výslovně Ministerstvo financí. Nejvyšší správní soud proto v rozsudku č. j. 6 Afs 238/2022-28 shledal, že: „[a]čkoliv krajský soud po 1. 1. 2022 jednal s ohledem na tehdejší znění zákona nesprávně jako s žalovaným s Ministerstvem financí, s ohledem na další vývoj právní úpravy v této oblasti [...] tato vada neměla vliv na zákonnost jeho rozhodnutí, resp. [...] zrušení rozsudku krajského soudu z tohoto důvodu by ve věci nemělo žádný přínos, neboť v současné době by krajský soud v případě vedení dalšího řízení jednal se stejnými účastníky řízení jako dosud. Postupem soudu

pokračování

tedy nedošlo k zásahu do práv žádného účastníka řízení.“ (blíže viz odst. [27] až [30] rozsudku č. j. 6 Afs 238/2022-28).

[28] Projednávaná věc je obdobná se situací v rozsudku č. j. 6 Afs 238/2022-28, přičemž Nejvyšší správní soud neshledal důvod se od tam shledaného závěru odchýlit. V podrobnostech proto na tento rozsudek odkazuje a konstatuje, že ani v nyní projednávané věci účastenství žalovaného v řízení před krajským soudem namísto Odvolacího finančního ředitelství není vadou mající vliv na zákonnost napadeného rozsudku a v řízení o kasační stížnosti je nutno jednat s Ministerstvem financí (viz čl. 1 zákona č. 151/2023 Sb., kterým se mění zákon č. 251/2021 Sb.; a rozsudek č. j. 6 Afs 238/2022-28).

III.b Vliv uzavřeného smíru

[29] Nejvyšší správní soud se před posouzením věci samé zabýval též vlivem uzavřeného smíru mezi stěžovatelkou a poskytovatelem dotace na předmět projednávané věci, tj. uložený odvod za porušení rozpočtové kázně.

[30] Žalovaný ke svému sdělení o uzavřeném smíru přiložil dohodu o smíru ze dne 18. 1. 2023, návrh stěžovatelky na zahájení sporného řízení ze dne 3. 12. 2021 a rozhodnutí ze dne 1. 2. 2023 schvalující smír (vše na č. l. 41 až 50 spisu NSS). Z těchto dokumentů vyplývají následující skutečnosti.

[31] Návrhem na zahájení sporného řízení se stěžovatelka domáhala uhrazení dosud nevyplacené části dotace ve výši 53 999 023,17 Kč a zákonného úroku z prodlení z této částky. V návrhu popsala dosavadní vývoj včetně shledaných porušení rozpočtové kázně a uloženého odvodu a uvedla, že výše dotace, na kterou měla nárok, činila po korekcích a zápočtu na neposkytnuté peněžní prostředky za 4. etapu projektu 499 543 687,73 Kč. Stěžovatelka v návrhu dále uvedla, že dosud jí byla proplacena dotace ve výši 445 544 664,56 Kč (kasační soud uvádí, že tato částka odpovídá celkově proplacené částce dle str. 2 platebního výměru), proto jí zbývá doplatit částku 53 999 023,17 Kč.

[32] Dle dohody o smíru byl předmětem sporného řízení nárok stěžovatelky na úhradu doplatku dotace ve výši 53 998 967,50 Kč a zákonného úroku z prodlení z této částky. V odst. 4 dohody je uvedeno, že odpůrce, tj. poskytovatel dotace, *dne 19. 10. 2022 uhradil jistinu původně sporné předmětné částky ve výši 53 998 967,50 Kč*. Dle odst. 6 dohody strany dohody uzavřeli smír o uhrazení úroku z prodlení z částky 53 998 967,50 Kč a nákladů sporného řízení odpůrcem stěžovatelce. Dle odst. 7 dohody strany *souhlasně prohlašují, že uzavřením této dohody o smíru jsou mezi nimi veškeré sporné otázky tvořící předmět Sporného řízení zcela vypořádány*.

[33] Rozhodnutím žalovaného ze dne 1. 2. 2023 byl schválen smír ohledně uhrazení úroku z prodlení z částky 53 998 967,50 Kč a nákladů sporného řízení. Z odůvodnění rozhodnutí vyplývá, že odpůrce dne 19. 12. 2022 stěžovatelce dobrovolně uhradil částku 53 998 967,50 Kč (s tím, že jistina měla dle odpůrce představovat tuto částku, nikoliv 53 999 023,50 Kč, kterou stěžovatelka požadovala v návrhu) a o zbývajících částí předmětu řízení, tj. úroku z prodlení, se účastníci dohodli ve smíru.

[34] Nejvyšší správní soud tedy souhlasí se stěžovatelkou, že předmětem sporného řízení byla zjevně dosud neproplacená část dotace reflektující uložený odvod, spolu s úrokem z prodlení z této částky, a za zcela vypořádány shledaly strany dohody o smíru toliko otázky tvořící předmět sporného řízení. Nejvyšší správní soud naopak nepřisvědčil žalovanému, že schváleným smírem došlo ke snížení odvodu a k potvrzení správnosti napadených rozhodnutí. Takový závěr z výše uvedeného neplyne. Předmětem sporného řízení nebyl uložený odvod a skutečnost, že stěžovatelka v návrhu na zahájení sporného řízení s uloženým odvodem počítá, neznamená, že s ním souhlasí. Jak sama uvedla, pokud by byl uložený odvod uložený nesprávně, měla by nárok na další doplacení. Uzavřený smír proto nemá vliv na nyní projednávanou věc.

III.c Přezkoumatelnost napadených rozhodnutí

[35] Byť stěžovatelka výslovně v kasační stížnosti neuplatnila kasační důvod podle § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s., namítá, že rozhodnutí správce daně o naplnění skutkové podstaty skryté diskriminace spočívá toliko na obecné úvaze, napadená rozhodnutí neobsahují přesvědčivé odůvodnění ohledně nedominantní role obalované asfaltové směsi ve vztahu k předmětu zakázky, není odůvodněna nepřiměřenost tohoto požadavku, žádný z rozhodujících orgánů se nezabýval zjevností nepřiměřenosti a zřejmostí omezení potenciálních dodavatelů a krajský soud se nezabýval žalobní námitkou nedostatečných skutkových zjištění, resp. nedostatku jejich opory ve spise.

[36] Bylo by předčasné zabývat se právním posouzením věci samé, pokud by byla napadená rozhodnutí skutečně nepřezkoumatelná. Proto se Nejvyšší správní soud zabýval nejprve těmito kasačními námitkami.

[37] Námitky nejsou důvodné.

[38] Ke konkrétnímu obsahu pojmu nepřezkoumatelnosti Nejvyšší správní soud odkazuje na svou ustálenou judikaturu (rozsudky ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003-75, č. 133/2004 Sb. NSS, ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005-44, č. 689/2005 Sb. NSS, ze dne 29. 7. 2004, č. j. 4 As 5/2003-52, nebo ze dne 16. 12. 2008, č. j. 1 Ao 3/2008-136, č. 1795/2009 Sb. NSS). Povinnost řádného odůvodnění přitom neznamená povinnost podrobně odpovědět na každý dílčí argument účastníka řízení, ale postačí proti námitkám účastníka řízení postavit vlastní argumentační celek, v jehož konkurenci námitky neobstojí (srov. nálezy Ústavního soudu ze dne 12. 2. 2009, sp. zn. III. ÚS 989/08, a ze dne 14. 8. 2019, sp. zn. II. ÚS 222/18, obdobně rozsudky NSS ze dne 27. 2. 2019, č. j. 8 Afs 267/2017-38, odst. [16], nebo ze dne 30. 3. 2023, č. j. 9 As 123/2022-55, odst. [12]). Dále platí, že přezkoumá-li krajský soud správní rozhodnutí, které nebylo přezkoumatelné, zatíží nepřezkoumatelností i své rozhodnutí (srov. např. rozsudky NSS ze dne 13. 6. 2007, č. j. 5 Afs 115/2006-91, ze dne 28. 1. 2009, č. j. 1 As 110/2008-99, nebo nověji ze dne 13. 7. 2022, č. j. 7 As 342/2020-30, odst. [8]). Nakonec konstatování nepřezkoumatelnosti by mělo být vyhrazeno opravdu výjimečným případům, kdy není z odůvodnění napadeného rozhodnutí vůbec patrné hodnocení podstatných důvodů či skutečností (srov. usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 5. 12. 2017, č. j. 2 As 196/2016-123, č. 3668/2018 Sb. NSS, odst. [29]).

pokračování

[39] V projednávané věci jsou napadený rozsudek i rozhodnutí správních orgánů přezkoumatelná. Ze všech napadených rozhodnutí je zjevné, jaký skutkový stav vzaly rozhodující orgány za rozhodný, jakým způsobem postupovaly při posuzování rozhodných skutečností a proč považovaly argumentaci stěžovatelky za nedůvodnou. Rozhodnutí jsou řádně odůvodněná a plně srozumitelná. Krajský soud vypořádal všechny žalobní námitky, resp. postavil proti nim vlastní ucelený argumentační systém, v jehož konkurenci námitky stěžovatelky neobstály. Nesouhlas stěžovatelky se závěry krajského soudu, potažmo správních orgánů, nemá na přezkoumatelnost napadených rozhodnutí vliv.

[40] Nejvyšší správní soud nepřisvědčil stěžovateli, že závěr o naplnění skutkové podstaty skryté diskriminace spočíval na obecné úvaze bez zkoumání konkrétních okolností případu, které stěžovatelka ani blíže nespecifikovala. Správní orgány k závěrům ohledně diskriminačního charakteru požadavku na obalovny jednak odkázaly na konkrétní judikaturu Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu i rozhodovací praxí ÚOHS, jednak konstatovaly zjevnou nepřiměřenost stanoveného požadavku ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti veřejné zakázky. Poukázaly zejména na nedominantní roli podílu obalované asfaltové směsi ve vztahu k hodnotě zakázky, nepřiměřenost požadovaných kapacit obou obaloven a existenci min. 7 obaloven v dojezdové vzdálenosti. S ohledem na rozsudky krajského a kasačního soudu byla dle správce daně nepřiměřenost posílena o požadavek na záložní obalovnu (viz str. 5 a 6 platebního výměru a str. 25 až 27 rozhodnutí žalovaného). Nejvyšší správní soud takové odůvodnění nepovažuje za obecné, naopak hodnotí konkrétní okolnosti případu, jak stěžovatelka požaduje.

[41] Nejvyšší správní soud oproti stěžovateli shledal, že napadená rozhodnutí obsahují přesvědčivé odůvodnění nikoliv dominantní role obalované asfaltové směsi v rámci hodnoty veřejné zakázky. Předně, nevysvětlení, co se rozumí pojmem dominantní role, nemůže mít za následek nepřezkoumatelnost napadených rozhodnutí, jelikož se jedná o zcela běžně používaný termín, jehož smysl je nejen odborné veřejnosti zcela srozumitelný – znamená „převládající, určující, mající převahu“ (srov. rozsudek NSS ze dne 31. 8. 2023, č. j. 10 Afs 418/2021-45, odst. [28]). Žalovaný a krajský soud pak uvedly, že v projednávané věci podíl obalované asfaltové směsi (10,14 %, resp. 7 %, příp. 8,48 % z hodnoty zakázky) není dominantní. Žalovaný nadto poukázal na rozhodnutí ÚOHS, ve kterém byl jako *stanovený s ohledem na předmět veřejné zakázky* uznán podíl 22,83 %, z čehož dovodil, že podíl stěží převyšující 10 % uznat nemůže (viz str. 26 rozhodnutí žalovaného). Je tedy jednoznačné, z jakých důvodů nebyl podíl obalované asfaltové směsi shledán dominantním, tj. většinovým vůči celkové hodnotě veřejné zakázky. Argumentace stěžovatelky důležitostí mikročipů v automobilové výrobě je sice zajímavá, nicméně nepřiléhavá, jak správně uvedl žalovaný. Předmětem posouzení nebyla otázka zásadnosti, důležitosti obalované asfaltové směsi pro realizovanou zakázku, ale její dominantní, tj. převládající role ve vztahu k celkové hodnotě zakázky.

[42] Nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku nezpůsobuje ani skutečnost, že se krajský soud v napadeném rozsudku výslovně nezabýval zjevností nepřiměřenosti stanoveného kvalifikačního požadavku a zřejmostí omezení dodavatelů, jejichž nenaplnění stěžovatelka namítala na str. 9 žaloby s tím, že správní orgány se tímto nezabývaly.

Stěžovatelka uvedenou argumentací rozporovala závěr o naplnění pojmu skryté diskriminace, čímž se krajský soud zabýval v bodech 43. a násl. napadeného rozsudku. Odkázal na rozsudek č. j. 1 Afs 69/2012-55, dle kterého by požadavek na obalovnu mohl být odůvodněn jen objektivními okolnostmi, resp. legitimními ekonomickými zájmy zadavatele, např. velmi obtížnou opatřitelností materiálu nebo jeho dominantní rolí v rámci zakázky. Krajský soud shledal, že asfaltová směs v projednávané věci neměla dominantní roli v rámci zakázky a nejednalo se ani o materiál, jehož opatření by bylo jakkoliv obtížné. Nejvyšší správní soud považuje takové odůvodnění za vlastní argumentační celek krajského soudu ve smyslu výše uvedené judikatury. Správnost závěrů krajského soudu je až otázkou věcného posouzení.

[43] Důvodná není ani námitka, že se krajský soud nezabýval námitkou, že zjištěná skutková podstata nemá oporu ve spisech. Není totiž pravdou, že stěžovatelka v žalobě namítala, že se správci daně nepodařilo zjistit takové skutečnosti a provést takové důkazy, ze kterých by vyplývalo, že technický požadavek je nepřiměřený, pro uchazeče nebyl zajištěn rovný přístup, nebo byly vytvořeny neodůvodněné překážky pro otevření zakázky hospodářské soutěži. Takovou námitku žaloba neobsahuje. Žalobní argumentace se týkala toliko nezohlednění konkrétních okolností případu (ve vztahu k legitimnímu očekávání z důvodu tehdejší praxe ÚOHS a nemožnosti aplikovat na případ stěžovatelky novější judikaturu) a nenaplnění pojmu skryté diskriminace z důvodu nesplnění podmínek zjevné nepřiměřenosti požadavku a nezřejmosti, že zakázku by mohli splnit toliko někteří z potenciálních dodavatelů, přičemž stěžovatelka namítala nedostatečné vypořádání její argumentace ze strany správních orgánů, nikoliv absenci opory ve spise. Neuplatnila-li tedy stěžovatelka námitku v žalobě, nemůže nyní krajskému soud vyčítat, že se jí nezabýval.

[44] Napadený rozsudek i správní rozhodnutí tedy Nejvyšší správní soud shledal přezkoumatelnými a mohl přistoupit k posouzení věci samé.

III.d Diskriminační charakter stanoveného technického požadavku, legitimní očekávání

[45] Stěžovatelka trvá na tom, že měla legitimní očekávání ohledně oprávněnosti stanoveného kvalifikačního požadavku na dispozici s obalovnami, a nesouhlasí s tím, že tento požadavek je zjevně nepřiměřený, skrytě diskriminační. Namítá též, že zjištěná skutková podstata nemá oporu ve spisech.

[46] Námitky nejsou důvodné.

[47] Nejvyšší správní soud předně uvádí, že podobnými případy se již zabýval zejména v rozsudcích ze dne 20. 12. 2012, č. j. 1 Afs 66/2012-64 (rekonstrukce čtyř mostů na komunikaci II. třídy), ze dne 28. 3. 2013, č. j. 1 Afs 69/2012-55 (modernizace komunikace III. třídy s rekonstrukcí tří mostů), ze dne 27. 6. 2013, č. j. 1 Afs 20/2013-47 (rekonstrukce ulic Tanvald), ze dne 24. 6. 2021, č. j. 1 Afs 480/2020-38 (rekonstrukce mostu Vodokrty), ze dne 18. 10. 2022, č. j. 1 Afs 15/2022-40 (navazujícím na řízení sp. zn. 1 Afs 480/2020; podíl obalované asfaltové směsi na hodnotě zakázky 7,57 %), nebo již citovaném č. j. 10 Afs 418/2021-45 (modernizace komunikace II. třídy; požadavek na dvě obalovny s výkonem každé alespoň 160 t/hod., podíl obalované asfaltové směsi na hodnotě zakázky

pokračování

19,25 %), jakož i v žalovaným citovaných č. j. 6 Afs 143/2019-29 (rekonstrukce a modernizace mostů na silnicích II. a III. třídy; požadavek na obalovnu o výkonu 160 t/hod., podíl obalované asfaltové směsi na hodnotě zakázky 3 %), č. j. 8 Afs 244/2019-34 (vybudování jižního obchvatu Opavy; požadavek na dvě obalovny o celkové kapacitě 350 t/hod., podíl obalované asfaltové směsi na hodnotě zakázky 10,7 %) a č. j. 8 Afs 243/2019-33 (rekonstrukce a modernizace komunikace II. třídy včetně dvou mostů; požadavek na dvě obalovny živičných směsí o celkovém výkonu 280 t/hod., podíl obalované směsi na hodnotě zakázky 10 %). Rozsudky č. j. 1 Afs 480/2020-38 a na něj navazující č. j. 1 Afs 15/2022-40 a rozsudek č. j. 10 Afs 418/2021-45 se dokonce týkají nynější stěžovatelky. Krajský soud z této judikatury v projednávané věci vycházel a ani Nejvyšší správní soud neshledal důvod se od svých dřívějších závěrů odchýlit.

[48] Co se týče legitimního očekávání, krajský soud v bodech 22. a násl. napadeného rozsudku správně aplikoval závěry rozsudku č. j. 1 Afs 480/2020-38. Kasační soud v tomto rozsudku s odkazem mj. na judikaturu Soudního dvora Evropské unie konstatoval, že předpokladem legitimního očekávání je poskytnutí konkrétních ujištění ze strany příslušného orgánu (bližší viz odst. [20] a [24] rozsudku č. j. 1 Afs 480/2020-38 a v nich citovanou judikaturu). V projednávané věci však Nejvyšší správní soud souhlasí s krajským soudem, že stěžovatelce se konkrétního ujištění nedostalo a legitimní očekávání jí nezaložila ani rozhodovací praxe ÚOHS existující v době zadání veřejné zakázky. Požadavek na dispozici s obalovnou totiž ÚOHS považoval za souladný se zákonem pouze za předpokladu, že není vzhledem ke konkrétním okolnostem zjevně nepřiměřený. Jinými slovy při zjevné nepřiměřenosti tento požadavek nemusí obstát. Jeho rozhodovací praxe tedy nemohla u stěžovatelky založit legitimní očekávání, že i v jejím případě bude požadavek na dispozici s obalovnou shledán oprávněným (viz též bod 27. napadeného rozsudku). To by bylo možné pouze v případě, že by rozhodovací praxe shledala požadavek na dispozici s obalovnou souladný se zákonem, aniž by bylo nutné posuzovat jeho přiměřenost na podkladě skutkových okolností každého jednotlivého případu (obdobně viz rozsudek č. j. 1 Afs 15/2022-40, odst. [22], v obdobné věci stěžovatelky).

[49] Otázky zjevnosti porušení právní úpravy, jakož i dotčení zájmů EU na řádném čerpání dotačních prostředků, za této situace již nejsou relevantní (srov. rozsudek č. j. 1 Afs 15/2022-40, odst. [23]). Nejvyšší správní soud přesto reaguje na liché tvrzení stěžovatelky, že k dotčení práv a zájmů EU nemohlo dojít, byla-li zakázka realizována. Zájem EU nespočívá v realizaci té či oné veřejné zakázky, ale v řádném, tj. nikoliv neoprávněném nebo protiprávním využití jí poskytnutých finančních prostředků (viz též rozsudek č. j. 1 Afs 480/2020-38, odst. [18]).

[50] Nejvyšší správní soud již opakovaně posuzoval, zda a za jakých podmínek lze požadovat doložení dokladu o vlastnictví obalovny, popř. smluvní zajištění budoucí dodávky obalových směsí při zakázce týkající se provádění staveb. V projednávané věci stěžovatelka konkrétně požadovala „*vlastnictví technického zařízení, nebo smlouvy s vlastníkem zařízení pro výrobu obalované směsi zajišťující dispozici níže uvedeným technickým vybavením určeným pro plnění veřejné zakázky:*

1 ks stacionární obalovny asfaltových směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP1, o max. stáří 12 let, s minimálním výkonem 180 t/hod.,

1 ks záložní obalovny asfaltových směsí v dopravní vzdálenosti v souladu s ČSN a TKP, o max. stáří 10 let, s minimálním výkonem 160 t/hod.“

(viz shodně str. 9 zadávací dokumentace ve spise daňového řízení, str. 5 platebního výměru, str. 4 rozhodnutí žalovaného a bod 19. napadeného rozsudku).

[51] Již v rozsudku č. j. 1 Afs 69/2012-55, na který odkázal i krajský soud v bodě 44. napadeného rozsudku, Nejvyšší správní soud dovodil, že požadavek na dispozici s obalovnou lze odůvodnit „*jen na základě objektivních okolností veřejné zakázky, resp. legitimními ekonomickými zájmy zadavatele (např. velmi obtížnou opatřitelností materiálu nebo jeho dominantní rolí v rámci dané zakázky)*“ (srov. též rozsudky č. j. 10 Afs 418/2021-45, odst. 24]). V citovaném rozsudku kasační soud následně shledal, že v dané věci byl požadavek zjevně nepřiměřený s ohledem zejména na předmět veřejné zakázky (dodávka stavby nikoliv stavebního materiálu), zanedbatelný objem materiálu a jeho dostupnost u velkého množství dodavatelů nacházejících se přímo v dané oblasti (viz odst. [33] a násl. rozsudku č. j. 1 Afs 69/2012-55). Podobně shledal Nejvyšší správní soud zjevně nepřiměřeným, a tedy diskriminačním, požadavek na dispozici s obalovnou, příp. obalovnami v rozsudcích č. j. 1 Afs 66/2012-69, odst. [21] až [24], č. j. 6 Afs 143/2019-29, odst. [23], 1 Afs 15/2022-40, odst. [29], č. j. 10 Afs 418/2021-45, odst. [25], č. j. 8 Afs 244/2019-34, odst. [14], a č. j. 8 Afs 243/2019-33, odst. [16].

[52] Obdobně lze hodnotit i nyní posuzovanou věc. Předmětem veřejné zakázky byla dodávka stavby, konkrétně městského okruhu včetně osmipólového mostu, nadjezdů, pěší a cyklistické komunikace, demolice objektů a mostu, přeložek a výstavby inženýrských sítí, protihlukových stěn a opěrných zdí (viz str. 3 zadávací dokumentace, jakož i str. 25. rozhodnutí žalovaného). Podíl obalované asfaltové směsi na celkové hodnotě této zakázky činil nanejvýš 10,14 % (viz výše). Takový podíl skutečně z povahy věci není dominantní, většinový, byť ani bezvýznamný. Celková požadovaná kapacita obaloven byla stanovena na 340 t/hod. (180 t/hod. a 160 t/hod.). Nejvyšší správní soud v této souvislosti nepřisvědčil stěžovateli, že požadovanou kapacitou obaloven, jakož i jejich množstvím (dvě) by bylo na místě se zabývat, až pokud by byl samotný požadavek na dispozici s obalovnami shledán přiměřeným. Stanovený technický požadavek je logicky třeba posuzovat jako celek, tedy včetně požadovaného množství obaloven a jejich kapacit. Opačný názor ani z ničeho neplyne. Správní orgány i krajský soud dále příhodně poukázaly na blízkou existenci, dostupnost několika obaloven (viz str. 6 platebního výměru, str. 26 rozhodnutí žalovaného a 47. napadeného rozsudku). Uvedené závěry stěžovatelka ani nerozporuje, Nejvyšší správní soud proto souhlasí s krajským soudem, že stanovený kvalifikační požadavek na dispozici se dvěma obalovnami nebyl odůvodněn legitimními ekonomickými zájmy stěžovatelky, naopak byl zjevně nepřiměřený, a tedy diskriminační (srov. též rozsudek č. j. 1 Afs 20/2013, odst. [22], dle kterého je klíčovým pojmem skryté diskriminace právě zjevná nepřiměřenost kvalifikačního předpokladu ve vztahu k veřejné zakázce).

[53] K námitce stěžovatelky, že správní orgány ve vztahu k požadované kapacitě obaloven zaměňují pojmy *minimální* a *přiměřený*, Nejvyšší správní soud odkazuje na rozsudek č. j. 10 Afs 418/2021-45, odst. [31], dle kterého [ž]alovaný *nevycházel z „minimální“ kapacity (výkonu obalovny) pro nynější projekt, ale pro stavby náročnější*

pokračování

(dálnice a rychlostní silnice), než je nynější projekt – oprava silnice II. třídy. Byl-li již za této situace požadavek stěžovatele na výkon obaloven v součtu více než 2,5x vyšší, než by bylo zapotřebí pro tyto náročnější stavby, je zjevné, že se jedná o požadavek „zjevně nepřiměřený“. Tento závěr je zcela aplikovatelný i v projednávané věci. Žalovaný na str. 27 svého rozhodnutí zdůraznil, že minimální skutečný výkon obalovny pro dálnice a rychlostní silnice musí být 120 t/hod., přičemž stěžovatelka požadovala výkon v součtu více než 2,5x vyšší pro projekt, jehož předmět zahrnoval vedle stavby městského okruhu značný objem prací, u nichž je potřeba obalovaných asfaltových směsí marginální či nulová. Nejvyšší správní soud považuje takový závěr za srozumitelný i logický. Nebylo přitom nutné, aby správní orgány stanovovaly kapacitu přiměřenou projednávané věci, jak požaduje stěžovatelka, pokud stanovený kvalifikační požadavek shledaly jako celek zjevně nepřiměřeným, s čímž se Nejvyšší správní soud již výše ztotožnil.

[54] Nakonec neobstojí ani v zásadě obecná kasační námitka, že zjištěná skutková podstata nemá oporu v obsahu správního spisu. Na rozdíl od stěžovatelky Nejvyšší správní soud konstatuje, že správní spis obsahuje podklady, na jejichž základě je možné dovodit, že daný technický kvalifikační předpoklad byl nastaven zjevně nepřiměřeně ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Součástí spisu jsou zejména zadávací (kvalifikační) dokumentace, údaje o charakteru zakázky a o podílu obalované směsi na celkové hodnotě zakázky, zprávy o auditu operace ze dne 31. 7. 2014 a ze dne 5. 6. 2015 a protokoly o kontrole ze dne 21. 8. 2014 a ze dne 2. 10. 2015. Obsah správního spisu tedy poskytuje dostatečné podklady pro posouzení věci. Stěžovatelka netvrdí, jaké konkrétní podklady ve spisové dokumentaci chybí.

IV. Závěr a náklady řízení

[55] Nejvyšší správní soud kasačním námitkám nepřisvědčil a neshledal ani vadu, ke které by musel přihlédnout z úřední povinnosti. Kasační stížnost proto zamítl podle § 110 odst. 1, věty poslední, s. ř. s.

[56] Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 60 odst. 1 s. ř. s., ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatelka, která neměla ve věci úspěch, nemá právo na náhradu nákladů řízení, žalovanému nevznikly náklady nad rámec úřední činnosti.

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

V Brně dne 23. února 2024

JUDr. Radan Malík
předseda senátu